



FACULDADE NACIONAL DE DIREITO



UFRJ

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS

FACULDADE DE DIREITO

ARBITRAGEM E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:
OBSTÁCULOS À SUA EFETIVA UTILIZAÇÃO NO BRASIL

GABRIELA VIEIRA LEONARDOS

RIO DE JANEIRO

2016/ 2º Semestre



FACULDADE NACIONAL DE DIREITO



UFRJ

GABRIELA VIEIRA LEONARDOS

ARBITRAGEM E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:
OBSTÁCULOS À SUA EFETIVA UTILIZAÇÃO NO BRASIL

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Dra. Marcia Cristina Xavier de Souza.

RIO DE JANEIRO

2016/ 2º Semestre

CIP - Catalogação na Publicação

V581a Vieira Leonardos, Gabriela
ARBITRAGEM E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:
OBSTÁCULOS À SUA EFETIVA UTILIZAÇÃO NO BRASIL /
Gabriela Vieira Leonardos. -- Rio de Janeiro,
2016.
92 f.

Orientadora: Marcia Cristina Xavier de Souza.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2016.

1. Arbitragem. 2. Administração Pública. 3.
Direito Processual Civil. 4. Direito
Administrativo. I. Xavier de Souza, Marcia
Cristina, orient. II. Título.

CDD 341.4618



GABRIELA VIEIRA LEONARDOS

ARBITRAGEM E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:
OBSTÁCULOS À SUA EFETIVA UTILIZAÇÃO NO BRASIL

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Dra. Marcia Cristina Xavier de Souza.

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

RIO DE JANEIRO

2016/ 2º Semestre

AGRADECIMENTOS

Findos esses cinco anos de graduação, inúmeras são as pessoas a que teria que agradecer por terem contribuído substancialmente para a minha formação profissional. Agradeço, inicialmente, aos professores, funcionários e alunos da amada Faculdade Nacional de Direito da UFRJ, à qual sinto-me honrada de pertencer. Muito obrigada a todos os mestres que, ao longo desses anos, gentilmente me transmitiram parte de seus conhecimentos, e, em especial, à minha orientadora Marcia Cristina Xavier de Souza, pela dedicação em me orientar neste trabalho.

Muitos foram os profissionais excepcionais com que tive o prazer de trabalhar durante a faculdade. Agradeço ao Professor Carlos Bolonha, por ter me apresentado, no primeiro período da faculdade, à pesquisa acadêmica de excelência no âmbito da Teoria das Instituições, e ao Luis Claudio Martins de Araújo, por me incentivar a estagiar, logo cedo, na Advocacia Geral da União. Sem dúvida os conhecimentos adquiridos naquela época muito contribuíram para o presente trabalho, razão pela qual serei sempre grata. Ao Leonardo de Campos Melo, por ter me apresentado ao mundo da arbitragem e, com todo o seu brilhantismo, me ensinado o pouco que sei sobre o tema. Ao Pedro de Alencar Machado e ao Pedro Ivo Bobsin, muito obrigada por terem verdadeiramente me formado como profissional, e ao José Roberto de Castro Neves, pela oportunidade de aprender com o grande time FCDG.

Devo agradecer, ainda, aos queridos amigos de faculdade e estágio, sem os quais os cinco anos de graduação não teriam sido tão prazerosos. Especialmente à Fernanda Maranhão, à Iná Chaves, ao Tomaz Martinez e ao Roberto Perez, obrigada por tornarem a experiência de estudar na FND ainda mais enriquecedora e deixarem em mim, desde já, uma grande saudade. Ao Dante, amor que a FND me deu, obrigada por estar sempre ao meu lado, seja para vibrar com as minhas conquistas ou para me apoiar nos momentos difíceis. Às minhas irmãs, Ana Carolina e Mariana, por tornarem minha vida mais leve e acreditarem sempre na melhor versão de mim mesma. Por fim, aos meus pais, Adriana e Gabriel, por todo amor, atenção e dedicação que recebi ao longo da vida. Além de pais incríveis, ambos são profissionais admiráveis, nos quais me inspiro todos os dias. A todos, devo meus sinceros agradecimentos por tornarem possível a conclusão da graduação e deste trabalho.

RESUMO

A presente monografia tem como objeto o estudo da arbitragem como meio de resolução de conflitos envolvendo a Administração Pública, considerando as alterações à Lei de Arbitragem (Lei 9.307/1996) trazidas pela Lei 13.129/2015. O estudo se inicia com um breve histórico da utilização da arbitragem pelo Poder Público brasileiro, apresentando algumas mudanças trazidas pela Lei nº 13.129/2015. Em seguida, apresenta-se como a arbitragem vem sendo tratada pelo direito positivo brasileiro, com foco no setor de concessões de serviços públicos e no setor portuário. Parte-se, então, para a análise de alguns casos concretos em que a arbitrabilidade objetiva foi expressamente admitida pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, levantando-se, por fim, alguns obstáculos à efetiva utilização da via arbitral pela Administração Pública, bem como soluções sugeridas pela doutrina.

Palavras Chave: Arbitragem; Administração Pública; Direito Administrativo; Direito Processual Civil; Concessões de serviço público; Setor portuário.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

I – EVOLUÇÃO DA ARBITRAGEM COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL.....	5
1.1. Histórico.....	5
1.2. A reforma da Lei de Arbitragem pela Lei 13.129/2015.....	15
1.2.1. Arbitrabilidade subjetiva.....	15
1.2.2. Arbitrabilidade objetiva.....	19
1.2.3. Outras alterações trazidas pela Lei 13.129/2015.....	23
1.3. Novos paradigmas do Direito Administrativo.....	27
II – ARBITRAGEM E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO.....	31
2.1. Arbitragem nas concessões de serviço público.....	32
2.2. Arbitragem no setor portuário: o Decreto 8.465/2015.....	42
III – ARBITRABILIDADE OBJETIVA DE CONFLITOS ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	51
3.1. Arbitrabilidade Objetiva segundo o Superior Tribunal de Justiça.....	52
3.2. Eficácia da Cláusula Compromissória e o Princípio da <i>Kompetenz-Kompetenz</i>	58
IV – OBSTÁCULOS À EFETIVA UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL.....	64
4.1. Princípio da Publicidade x Confidencialidade.....	64
4.2. Custas e Honorários.....	68
4.3. A escolha da câmara de arbitragem e dos árbitros.....	70
4.4. Necessidade de regulamentação.....	75
CONCLUSÃO	

INTRODUÇÃO

Em 26 de maio de 2015, foi sancionada a Lei nº 13.129/2015, que promoveu a tão esperada reforma na Lei 9.307/1996 (Lei da Arbitragem). Certamente a modificação mais importante introduzida pela nova lei foi a constante do §1º do art. 1º, que admitiu a utilização da via arbitral pela Administração Pública, direta e indireta, para solucionar litígios envolvendo direitos patrimoniais disponíveis. A nova lei incluiu, ainda, o §2º no referido artigo, estabelecendo a competência para celebração das convenções de arbitragem, e previu expressamente, no §3º do art. 3º, que a arbitragem com a Administração Pública será sempre de direito e obedecerá ao princípio da publicidade.

A aprovação da Lei nº 13.129/2015 pôs fim à polêmica em torno da arbitrabilidade subjetiva dos litígios envolvendo a Administração Pública, e representou passo fundamental para que se possa avançar no uso da via arbitral para a resolução de conflitos envolvendo o Poder Público. Pretendendo contribuir a esse objetivo, mas evidentemente sem o objetivo de se esgotar o tema, ao longo deste trabalho levantaram-se alguns fatores que impedem ou desestimulam a utilização da via arbitral pela Administração Pública, dentre eles as dúvidas quanto à arbitrabilidade objetiva e as controvérsias envolvendo a necessidade de dotação orçamentária para o pagamento de custas e honorários dos árbitros, a forma de escolha da câmara arbitral e o dever de publicidade da Administração Pública.

O trabalho encontra-se, portanto, dividido em quatro capítulos. O primeiro buscou tratar brevemente da história, no direito brasileiro, da arbitragem nos litígios envolvendo o Estado e, em seguida, se tentou elencar algumas mudanças trazidas pela Lei nº 13.129/2015. No segundo capítulo, buscou-se analisar casos concretos em que a arbitrabilidade objetiva foi expressamente admitida pela jurisprudência do STJ, enquanto o capítulo 3 pretendeu examinar a forma como a arbitragem vem sendo tratada no direito positivo brasileiro, especificamente no setor de concessões de serviço público e no setor portuário. No capítulo 4, por sua vez, tentou-se elencar outros obstáculos à efetiva utilização da via arbitral pela Administração Pública, levantando-se possíveis soluções já trazidas pela doutrina.

1. EVOLUÇÃO DA ARBITRAGEM COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL

1.1. Histórico

A arbitragem poderia ser conceituada como o “*meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial*”.¹ Há tempos a arbitragem vem se consolidando no Brasil como um importante meio alternativo de solução de controvérsias, sobretudo em razão das vantagens tradicionalmente atribuídas ao instituto, tais como a especialização dos árbitros, a celeridade do procedimento, a irrecorribilidade da sentença arbitral, a flexibilização procedimental e a consensualidade.

A utilização da arbitragem como mecanismo de solução de litígios envolvendo a Administração Pública é tema bastante debatido na doutrina, por comportar inúmeras controvérsias. Com a aprovação da reforma da Lei de Arbitragem, renovaram-se as esperanças de uma efetiva utilização do instituto pelo Poder Público, o que, certamente traria inúmeras vantagens para o cenário jurídico nacional. Para melhor compreensão do tema, permita-se, de início, uma breve digressão histórica acerca da evolução da arbitragem nos litígios envolvendo a Administração Pública brasileira.

A possibilidade de as partes submeterem determinados litígios ao juízo arbitral já era prevista na nossa Constituição de 1824, que, em seu art. 160, estabelecia que sentenças proferidas pelos “juízes árbitros” seriam executáveis sem recurso, se assim as partes houvessem convencionado². No ano de 1850, foi promulgado o Código Comercial, que previa a obrigatoriedade da arbitragem para a solução de algumas controvérsias, como, por exemplo, aquelas concernentes à existência de fraude, dolo, simulação ou omissão culpável, na formação ou execução de contratos comerciais:

¹ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/1996*, 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009, p. 26

² Art. 160 da Constituição de 1824: 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.

Art. 20 - Serão necessariamente decididas por árbitros as questões e controvérsias a que o Código Comercial dá esta forma de decisão.

Art. 139 - As questões de fato sobre a existência de fraude, dolo, simulação, ou omissão culpável na formação dos contratos comerciais, ou na sua execução, serão determinadas por arbitradores

O Decreto nº 3.900, de 26 de julho de 1867, no entanto, revogou o juízo arbitral obrigatório previsto nos artigos acima transcritos e estipulou novas regras, dentre as quais se destacam **(i)** a voluntariedade do juízo arbitral, que poderia ser instituído antes ou na pendência de qualquer causa, em primeira ou segunda instância (art. 2º); **(ii)** a necessidade de celebração de compromisso arbitral, em sede judicial ou extrajudicial (arts. 3º e 5º); e **(iii)** a delimitação da arbitrabilidade subjetiva, segundo a qual só poderiam firmar compromisso arbitral aqueles que pudessem transigir (art. 4º).

Como afirma Gustavo Schmidt, sempre prevaleceu o entendimento de que o referido Decreto 3.900/1867 “*seria aplicável nas relações contratuais, de natureza privada, em que fosse parte a Fazenda Pública*”³. No entanto, especificamente para a Administração Pública, foi o Decreto 7.959 de 1880 que se mostrou um marco fundamental,⁴ pois previu, em seu item XXXV, que as controvérsias atinentes aos contratos de concessão de serviços e obras públicas, firmados entre o Governo do Império e empresas privadas, seriam resolvidas por árbitros nomeados: “*No caso de desacôrdo entre o Governo e a companhia, sobre a intelligencia das presentes clausulas, esta será decidida por árbitros nomeados*”.

Apesar desses exemplos pontuais, ao longo de todos os séculos XIX e XX, o legislador se eximiu de enfrentar a tormentosa problemática envolvendo a adoção do juízo arbitral pela Administração Pública. A falta de uma previsão genérica, contudo, não impediu o Governo Federal de editar atos normativos instituindo a via arbitral para a solução de controvérsias específicas. Um exemplo de arbitragem realizada com fundamento em um desses atos normativos trata-se do conhecido Caso Lage, julgado há mais de quarenta anos.

³ SCHMIDT, Gustavo da Rocha. *A arbitragem nos conflitos envolvendo a Administração Pública: uma proposta de regulamentação*. 2016. 140 f. Dissertação (Mestrado) - Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, Rio de Janeiro, 2016, p. 16

⁴ BARALDI, Eliana B. Arbitragem e contratos com a Administração Pública. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resende. (Coord.). *A Reforma da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 24

Em apertada síntese, o caso envolvia a União e um conglomerado de empresas privadas (Organização Lage), a qual teve todos os seus bens – em especial os acervos das empresas de navegação, estaleiros e portos – incorporados por meio de um decreto expedido em 1942 por Getúlio Vargas, com base no interesse da defesa nacional. Dois anos após a edição do decreto de incorporação, determinou-se a liquidação das dívidas e devolução de eventual saldo aos herdeiros da Organização Lage. Em 1946, o então Presidente Eurico Gaspar Dutra editou o Decreto-Lei nº 9.521, determinando que o cálculo da indenização devida pela União aos herdeiros fosse realizado por meio de arbitragem, o que levou à sentença arbitral proferida em 1948 reconhecendo o direito dos autores a receber da União determinada quantia em dinheiro.

Diante da sentença arbitral favorável aos herdeiros, o Governo Federal passou a sustentar a inconstitucionalidade do juízo arbitral e encaminhou mensagem ao Congresso Nacional solicitando o cancelamento dos créditos destinados àquele pagamento, afastando a possibilidade de se executar a sentença proferida legitimamente em sede de arbitragem. Inconformada, a família Lage ingressou no Judiciário com o objetivo de receber os valores fixados em sentença.

O caso chegou ao Supremo Tribunal Federal, que, em 1973, assentou a possibilidade de a União submeter à arbitragem questões suscetíveis de transação, com base em dois fundamentos principais, que já haviam sido invocados pelo Tribunal Federal de Recursos no julgamento da apelação: (i) a arbitragem seria admitida e consagrada em nosso direito desde o período imperial; (ii) não se poderia restringir a autonomia contratual do Estado, que possui a opção de prevenir o litígio judicial mediante a celebração de um compromisso arbitral, ressalvados os casos em que age como Poder Público propriamente dito, e não como particular.

O acórdão do julgamento, que se tornou *leading case* na matéria, restou assim ementado:

“INCORPORAÇÃO, BENS E DIREITOS DAS EMPRESAS ORGANIZAÇÃO LAGE E DO ESPÓLIO DE HENRIQUE LAGE. JUÍZO ARBITRAL. CLÁUSULA DE IRRECORRIBILIDADE. JUROS DA MORA. CORREÇÃO MONETÁRIA.

1. Legalidade do juízo arbitral, que o nosso direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a fazenda. Precedente do Supremo Tribunal Federal.

2. Legitimidade da cláusula de irrecorribilidade de sentença arbitral, que não ofende a norma constitucional.

3. Juros de mora concedidos, pelo acórdão agravado, na forma da lei, ou seja, a partir da propositura da ação. Razoável interpretação da situação dos autos e da Lei nº 4.414, de 1964.

4. Correção monetária concedida, pelo tribunal a quo, a partir da publicação da Lei nº 4.686, de 21.6.65. Decisão correta.

5. Agravo de instrumento a que se negou provimento” (grifou-se) ⁵

Apesar do entendimento favorável à arbitrabilidade subjetiva dos conflitos envolvendo o Poder Público exarado pelo STF, nas décadas que se seguiram ao julgamento do Caso Lage a arbitragem com a Administração Pública continuou encontrando muita resistência no cenário brasileiro.

Por outro lado, a arbitragem entre particulares ganhava força diante da ratificação de diversos tratados, acordos e protocolos internacionais – tais como Protocolo de Genebra sobre Cláusulas Arbitrais (1923), a Convenção do Panamá (1975), a Convenção de Montevideu (1979) e o Protocolo de Las Leñas (1992) – que contribuíram para solidificar a imagem do Brasil como um país afeto à arbitragem no cenário internacional.

O auge desse processo foi a promulgação da Lei 9.307/1996 (Lei de Arbitragem) – que, ao conferir à sentença arbitral força vinculante e eficácia independente de homologação judicial, alterou o procedimento de execução de sentenças arbitrais até então previsto no Código de Processo Civil (1973) ⁶ – bem como a ratificação da Convenção de Nova York (2002) acerca do reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras.

⁵ STF, Tribunal Pleno, AI 52181/GB, Relator Ministro Bilac Pinto, julgado em 14/11/1973, DJU de 15/02/1974.

⁶ Nesse sentido, confira-se: “As disposições finais, último capítulo da lei, adaptam o Código de Processo Civil às previsões da nova legislação, revogando os dispositivos que tratavam do compromisso e do juízo arbitral. [...] O legislador falhou, porém, em diversas oportunidades, no que se refere à adaptação do Código de Processo Civil: o art. 575, III (que tratava da competência para promover a ação de execução fundada em título judicial, reportando-se ao ‘juízo que homologou a sentença arbitral’) somente foi revogado em 2001, por força da Lei 10.358/01; o inciso IV do mesmo artigo foi também alterado pela Lei 10.358/01; o art. 814, cujo parágrafo único ainda se reportava ao ‘laudo arbitral pendente de homologação’, somente foi alterado em maio de 2002, pela Lei 10.444/02” CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/1996*, 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009, p. 30

Apesar do importante avanço na positivação de normas genéricas sobre arbitragem, a Lei 9.307/1996 pouco contribuiu para solucionar a polêmica da arbitrabilidade das questões envolvendo o Poder Público. Ainda pairavam inúmeras dúvidas a esse respeito, pois, na redação original da Lei 9.307/1996, não havia nenhuma menção à utilização do instituto no âmbito de contratos administrativos. Limitava-se o art. 1º a afirmar que poderiam se submeter à arbitragem “*pessoas capazes*” para dirimir conflitos envolvendo “*direitos patrimoniais disponíveis*”.

Em que pese a omissão legislativa, até mesmo a doutrina mais tradicional já admitia, àquela altura, a possibilidade de convenção de arbitragem no âmbito de contratos administrativos. Nas palavras de Caio Tácito, em texto do ano de 1997:

“Assim como é lícita, nos termos do contrato, a execução espontânea da obrigação, a negociação - e, por via de consequência, a convenção da arbitragem será meio adequado de tornar efetivo o cumprimento obrigacional quando compatível com a disponibilidade de bens.

Em suma, nem todos os contratos administrativos envolvem, necessariamente, direitos indisponíveis da Administração.

Certamente, haverá casos em que a prestação assumida pelo Estado possa corresponder a interesses públicos de uso de bens públicos ou a fruição de vantagens que não se compadecem com a disponibilidade ou a alienação do patrimônio estatal.

Quanto a estes, somente o Poder Judiciário poderá, no exercício de suas prerrogativas, impor à Administração deveres ou obrigações de fazer ou não fazer, de permitir ou de autorizar.

Todavia, **quando se trata tão-somente de cláusulas pelas quais a Administração está submetida a uma contraprestação financeira, não faz sentido ampliar o conceito de indisponibilidade à obrigação de pagar vinculada à obra ou serviço executado ou ao benefício auferido pela Administração em virtude da prestação regular do outro contratante.**

A convenção de arbitragem será, em tais casos, caminho aberto a que, pelo acordo de vontades, se possa alcançar a plena eficácia da relação contratual.” (grifou-se)⁷

A ausência de uma norma legal expressamente autorizadora, no entanto, mantinha vivo o discurso dos que resistiam à arbitragem envolvendo o Poder Público. Importante discussão a respeito da arbitrabilidade desses litígios foi travada, já no ano 2000, no Congresso Nacional, em razão da Proposta de Emenda à Constituição nº 29, que previa a exclusão da Administração Pública direta e indireta do cenário da arbitragem, por meio da inclusão do seguinte texto na Constituição:

⁷ TÁCITO, Caio. Arbitragem nos litígios administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 210, out./nov. 1997, p. 114.

“Art. 11. O art. 98 passa a vigorar com a seguinte redação:

‘Art. 98. ...

§1º Ressalvadas as entidades de direito público, os interessados em resolver seu conflitos de interesse poderão valer-se de juízo arbitral, na forma da lei’.”

A Proposta de Emenda foi recebida com surpresa e apreensão no meio jurídico. Caso aprovada, a PEC nº 29 poria “*em xeque contratos já em vigor e as arbitragens em curso ao abrigo de dispositivos legais que autorizavam expressamente a arbitragem envolvendo a Administração Pública e que poderiam ter sido interpretados como revogados pela Constituição Federal*”⁸, prejudicando especialmente os setores de petróleo, gás e telecomunicações, que, com fulcro em suas legislações específicas, há tempos faziam uso do instituto⁹. Felizmente, a Emenda Constitucional 45/2004, que instituiu a Reforma do Judiciário, foi promulgada sem os perigos da alteração pretendida pela PEC em questão.

Embora a proibição da arbitragem com a Administração Pública não tenha passado no Congresso, ainda havia uma enorme incerteza no trato da matéria, tornando-se cada dia mais evidente que a ausência de regras gerais explícitas, além de causar insegurança jurídica, impedia a efetiva utilização da arbitragem pelo Poder Público.

Em verdade, durante muito tempo houve discordâncias até mesmo dentre aqueles que defendiam a adoção da arbitragem pelo Estado. Os doutrinadores divergiam principalmente quanto ao fundamento legal e quanto à extensão da arbitrabilidade por eles defendida, como ensinam Carmen Tiburcio e Thiago Magalhães:

“Antes da Lei 13.129/2015, a doutrina se dividia em três correntes:

(i) a primeira sustentava que **qualquer entidade da Administração poderia firmar convenções arbitrais** por força do art. 54, *caput*, da Lei 8.666/93, que determina a aplicação supletiva, aos contratos regidos por ela, dos princípios da teoria geral dos contratos e das disposições de direito privado;

(ii) a segunda defendia que, da **previsão de arbitragem por uma série de leis pontuais** relacionadas à Administração Pública – como a Lei de Concessões (Lei 8.987/1995, art. 23-A) – se poderia extrair uma **autorização genérica para a adoção da arbitragem em qualquer circunstância**; enquanto

⁸ BARALDI, Eliana B. Arbitragem e contratos com a Administração Pública. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resende. (Coord.). *A Reforma da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 26

⁹ *Idem*.

(iii) a terceira, tratando apenas das **sociedades de economia mista e empresas públicas exploradoras de atividade econômica**, afirmava que tais entidades seriam plenamente aptas a se submeter à arbitragem, **por força do art. 173, §1º da CF/1988**” (grifou-se)¹⁰

O Superior Tribunal de Justiça adotava expressamente a terceira corrente acima mencionada, reconhecendo a eficácia de cláusulas compromissórias inseridas em contratos firmados por empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica, desde que o conflito envolvesse direitos patrimoniais disponíveis.¹¹

Não obstante o entendimento majoritário pela admissibilidade da arbitragem nos conflitos envolvendo o Poder Público – senão admitido quanto a todos os entes, ao menos quanto às estatais exploradoras de atividade econômica, como visto acima – o número de procedimentos arbitrais envolvendo partes estatais continuava sendo ínfimo se comparado com o volume de procedimentos envolvendo apenas partes privadas.

Tal fato possivelmente decorria de algumas das seguintes dúvidas que ainda permeavam a matéria: **(i)** necessidade de prévia autorização legislativa para que os entes estatais pudessem submeter seus litígios ao juízo arbitral; **(ii)** exigência de inclusão, nos contratos administrativos, de cláusula de eleição de foro na sede da Administração (art. 55, §2º da Lei nº 8.666/93) e **(iii)** impossibilidade de se compatibilizar o sigilo na arbitragem com o princípio da publicidade dos atos administrativos.¹²

A controvérsia acerca de exigência de prévia autorização legislativa se fundava primordialmente nos princípios da indisponibilidade do interesse público e da

¹⁰ TIBURCIO, Carmen; PIRES, Thiago Magalhães. Arbitragem envolvendo a Administração Pública: notas sobre as alterações introduzidas pela lei 13.129/2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 254, abri. 2016, p. 434.

¹¹ Nesse sentido, confirmam-se: Processo Civil. Juízo Arbitral. Cláusula Compromissória. Extinção do Processo. Art. 267, VII, do CPC. Sociedade de Economia Mista. Direitos Disponíveis. Extinção da Ação Cautelar Preparatória por Inobservância do Prazo Legal para a Proposição da Ação Principal. [...] 3. São válidos e eficazes os contratos firmados pelas sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços (CF, art. 173, § 1º) que estipulem cláusula compromissória submetendo à arbitragem eventuais litígios decorrentes do ajuste. 4. Recurso especial parcialmente provido. (REsp 612.439/RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, 2ª Turma, j. 25/10/2005, DJ 14/09/2006, p. 299); e MS 11.308/DF, Rel. Ministro Luiz Fux, 1ª Seção, j. 09/04/2008, DJe 19/05/2008.

¹² ROQUE, André Vasconcelos. Arbitragem Envolvendo Entes Estatais. In: Congresso Nacional do CONPEDI/UNINOVE, 22, 2013, Florianópolis, *Anais Direito e administração pública I*. São Paulo: FUNJAB, 2013, p. 404.

legalidade. Segundo esta corrente, as convenções arbitrais firmadas por entes da Administração Pública só seriam válidas se precedidas de autorização legislativa prévia. Esse sempre foi o entendimento do Tribunal de Contas da União, que teve a oportunidade de se pronunciar sobre a arbitragem envolvendo a Administração Pública inúmeras vezes.

Embora levado pela jurisprudência do STJ a admitir que, em determinados casos, empresas estatais celebrassem convenções de arbitragem, sempre prevaleceu no TCU o princípio da legalidade estrita, levando o plenário do Tribunal a rejeitar as previsões de arbitragem em contratos administrativos sob a alegação de *“inexistência de expressa autorização legal para tanto, sem a qual não poderia o administrador público, por simples juízo de oportunidade e conveniência, adotar tão relevante inovação”*.¹³

Em resposta ao firme posicionamento do Tribunal de Contas da União, diversos diplomas legais posteriores à Lei de Arbitragem passaram a prever autorização específica para a celebração de convenções de arbitragem. Cite-se, como exemplo, a autorização para inserção de cláusula compromissória nos contratos de concessão firmados pela ANATEL e pela ANP (Lei 9.472/97 e Lei 9.478/97), nos contratos de parcerias público-privadas (Lei 11.079/04) e nos contratos de concessão e permissão de serviços públicos em geral (art. 23-A, incluído pela Lei nº 11.196/2005 à Lei 8.987/95).

¹³ TCU - Processo 005.123/2005-4, Acórdão 1271/2005, Rel. Marcos Bemquerer, Plenário. Nesse sentido, confira-se, também: “Sobre a matéria, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) manifestou-se no MS 11.308/DF quanto à “aplicabilidade do juízo arbitral em litígios administrativos, quando presentes direitos patrimoniais disponíveis do Estado”. Ratifica, assim, o pressuposto de disponibilidade dos direitos patrimoniais do Estado, conquanto afirma: “é assente na doutrina e na jurisprudência que indisponível é o interesse público, e não o interesse da administração”. **No âmbito do TCU, a previsão da arbitragem, de forma indiscriminada, em contratos firmados para a prestação de serviço público já foi apreciada e proibida (cf. Acórdão 584/20032ª Câmara e Acórdão 537/2006-2ª Câmara). Os contratos assim formulados estão sendo alterados por meio de aditivos. Pode-se concluir que a jurisprudência tem buscado resguardar o interesse público, indisponível por natureza. No caso específico de contratos de concessão de serviços públicos, as questões econômico-financeiras são de interesse público e, por conseguinte, são indisponíveis a juízo arbitral em litígios administrativos.** Finalmente, a título de exemplo, é oportuno mencionar que o Contrato de Concessão do Aeroporto Internacional de São Gonçalo do Amarante (ASGA), no Rio Grande do Norte, delimita as situações que ensejará a resolução por meio de arbitragem como sendo as relativas às “indenizações eventualmente devidas quando da extinção do presente contrato, inclusive quanto aos bens revertidos”. Portanto, é indelegável e irrenunciável a resolução das divergências decorrentes do contrato de concessão de serviço público quanto aos aspectos econômico-financeiros. Com fulcro no que dispõe o art. 1º da Lei 9.307/1996 e em que pese ser possível a aplicação da arbitragem, tão somente, aos aspectos regulamentares do contrato de concessão, tem-se por devido determinar à ANTT, haja vista o que dispõe o art. 24, inciso VII, da Lei 10.233/2001, que preveja expressamente, no Contrato de Concessão decorrente do Edital 001/2011BR101/ES/BA, a inaplicabilidade da Arbitragem para resolução de divergências relativas às questões econômico-financeiras do contrato de concessão.” TCU - Processo 003.499/2011-1, Acórdão 2573/2012, Rel. Raimundo Carreiro, Plenário. (grifou-se)

Paralelamente, mais recentemente, foi editada a Lei Mineira de Arbitragem (Lei nº 19.477/2011), que dispõe sobre a adoção do juízo arbitral para a solução de litígios em que aquele Estado seja parte. Representando um grande avanço, a lei mineira passou a admitir, indistintamente, a adoção da arbitragem nos contratos firmados pela Administração Pública estadual.¹⁴ A ordem jurídica buscava, assim, contornar os obstáculos que se impunham à utilização da arbitragem pelo Poder Público.

Persistia, no entanto, inegável lacuna legislativa em âmbito federal, enfim preenchida pela Lei 13.129/2015. Diante da nova lei, se dissiparam grande parte das dúvidas que permaneciam acerca da necessidade de autorização legislativa, como será exposto adiante.

O segundo óbice à aceitação da arbitragem pelo Poder Público se referia ao art. 55 §2º da Lei 8.666/93, segundo o qual nos contratos administrativos seria obrigatória a previsão de cláusula de eleição de foro na sede da própria Administração.

Tal previsão “*transmite a muitos a sensação de que no âmbito dos contratos administrativos estaria banida a arbitragem (exceção feita às licitações internacionais de que trata o §6º do art. 32 da referida Lei)*”.¹⁵ A intenção da Lei de Licitações, no entanto, é apenas que eventuais demandas levadas ao Poder Judiciário sejam decididas na sede da Administração, excluídos os demais foros, de modo a facilitar a defesa do ente estatal.¹⁶ Não há, portanto, qualquer incompatibilidade entre essa exigência e a previsão de cláusula compromissória em contratos administrativos, sobretudo porque a arbitragem, “*mesmo entre particulares, não dispensa completamente o recurso ao Poder Judiciário, seja como instrumento de apoio [...], de revisão [...] ou, ainda, de execução da sentença a ser proferida pelos árbitros*”.¹⁷ Por esse motivo, o referido artigo de forma alguma poderia ser invocado como suposta vedação à instituição da

¹⁴ SCHMIDT, Gustavo da Rocha. *A arbitragem nos conflitos envolvendo a Administração Pública: uma proposta de regulamentação*. 2016. 140 f. Dissertação (Mestrado) - Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2016, p. 25

¹⁵ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/1996*, 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009, p. 48

¹⁶ *Idem*.

¹⁷ ROQUE, André Vasconcelos. Arbitragem Envolvendo Entes Estatais. In: Congresso Nacional do CONPEDI/UNINOVE, 22, 2013, Florianópolis, *Anais Direito e administração pública I*. São Paulo: FUNJAB, 2013, p. 407.

arbitragem para resolver conflitos havidos no bojo de contratos administrativos da Lei 8.666/93.¹⁸

Independentemente da celebração de convenção de arbitragem, a cláusula de eleição de foro prevista no art. 55 §2º da Lei 8.666/93 continuará sendo cláusula essencial aos contratos administrativos, sobretudo porque a Lei 13.129/2015 não estabeleceu qualquer exigência sobre a sede das arbitragens envolvendo a Administração Pública. Na ausência de previsão específica, poderia a regra do art. 55, §2º, da Lei 8.666/93 ser interpretada de forma extensiva, “*a fim de garantir que o Poder Público, seja perante o Judiciário, seja na arbitragem, só possa litigar no lugar de escolha do legislador - a sede da Administração*”.¹⁹ A sede da arbitragem, portanto, nos casos que não são regidos por legislação específica, estaria intimamente atrelada à competência de foro judicial estabelecido pelo art. 55, §2º, da Lei 8.666/93.

O terceiro óbice à utilização da arbitragem pelo Poder Público seria a impossibilidade de se compatibilizar o sigilo na arbitragem com o princípio da publicidade dos atos administrativos. Na verdade, trata-se de um impasse apenas aparente, pois, embora o sigilo seja uma característica comum à maioria dos litígios submetidos aos árbitros, a confidencialidade não é uma qualidade inerente ao processo arbitral, de tal forma que as partes sempre puderam abrir mão dessa prerrogativa e tornar o procedimento público.²⁰ Nada impediria, portanto, que as arbitragens envolvendo o Poder Público fossem obrigatoriamente públicas, como acabou prevalecendo após a reforma da Lei de Arbitragem (art. 2º, §3º da redação atual da Lei 9.307/1996).²¹

¹⁸ Nesse sentido, confira-se também: “[...]7. A previsão do juízo arbitral, em vez do foro da sede da administração (jurisdição estatal), para a solução de determinada controvérsia, não vulnera o conteúdo ou as regras do certame. 8. A cláusula de eleição de foro não é incompatível com o juízo arbitral, pois o âmbito de abrangência pode ser distinto, havendo necessidade de atuação do Poder Judiciário, por exemplo, para a concessão de medidas de urgência; execução da sentença arbitral; [...]”(STJ - REsp 904.813/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/10/2011, DJe 28/02/2012 – grifou-se).

¹⁹ TIBURCIO, Carmen; PIRES, Thiago Magalhães. Arbitragem envolvendo a Administração Pública: notas sobre as alterações introduzidas pela lei 13.129/2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 254, abri. 2016, p. 450.

²⁰ ROQUE, André Vasconcelos. Arbitragem Envolvendo Entes Estatais. In: Congresso Nacional do CONPEDI/UNINOVE, 22, 2013, Florianópolis, *Anais Direito e administração pública I*. São Paulo: FUNJAB, 2013, p. 408.

²¹ O tema da confidencialidade *versus* publicidade será tratado de forma mais aprofundada no Capítulo 4 desta monografia.

1.2. A reforma da Lei de Arbitragem pela Lei 13.129/2015

Com o intuito de pôr fim ao cenário de incertezas que há anos se arrastava, em 2013 formou-se uma Comissão Especial Externa do Senado, presidida pelo Ministro Luis Felipe Salomão, com a missão de elaborar o Anteprojeto da Reforma da Lei de Arbitragem. Buscou-se, assim, positivizar entendimentos já sedimentados na doutrina e abalizados pelo Poder Judiciário, solucionando muitas das dúvidas que ainda permeavam a instituição de arbitragem em litígios com a Administração Pública. A reforma da Lei de Arbitragem veio, portanto, em boa hora, contribuindo substancialmente para que seja possível o crescimento da utilização da arbitragem como meio alternativo de resolução de controvérsias junto ao Poder Público, como se verá a seguir.

1.2.1. Arbitrabilidade subjetiva

Como explicado anteriormente, até a edição da Lei 13.129/2015, havia grande discussão envolvendo a arbitrabilidade subjetiva das questões envolvendo entes estatais, em virtude da imperatividade do princípio da legalidade e do princípio da indisponibilidade do interesse público.

Chama-se *arbitrabilidade* a possibilidade jurídica de se submeter uma determinada controvérsia ao juízo arbitral. Nem todas as pessoas e nem todas as controvérsias podem ser submetidas à arbitragem, pois o Estado mantém:

“o poder de impedir que determinadas questões sejam dirimidas pela via da arbitragem, resultando no estabelecimento da regra da competência exclusiva da jurisdição estatal no que se refere a determinadas controvérsias. Nesse caso, diz-se que o litígio não é passível de ser resolvido por arbitragem, ou melhor, não é arbitrável.”²²

Assim, a arbitrabilidade mostra-se um requisito de validade da convenção de arbitragem, e pode ser vista por dois vieses: o subjetivo e o objetivo. A arbitrabilidade subjetiva se relaciona com a capacidade de as partes se submeterem ao juízo arbitral,

²² DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. Arbitrabilidade. In: Direito internacional privado – parte especial: Arbitragem Comercial Internacional, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, *apud* SCHMIDT, Gustavo da Rocha. *A arbitragem nos conflitos envolvendo a Administração Pública: uma proposta de regulamentação*. 2016. 140 f. Dissertação (Mestrado) - Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2016, p. 40.

enquanto que, na arbitrabilidade objetiva, se avalia a possibilidade de a questão controvertida ser resolvida pela via arbitral. Neste tópico, se focará apenas na arbitrabilidade subjetiva, passando-se à análise do viés objetivo no tópico seguinte.

A arbitrabilidade subjetiva, como dispõe o art. 1º da Lei 9.307/96, depende da capacidade de contratar das partes envolvidas. Isso porque a opção pela arbitragem se dá por escrito e de maneira expressa, mediante a celebração de compromisso arbitral, sendo indispensável que as partes tenham plena capacidade civil para que a vontade manifestada naquele instrumento seja válida.

Sendo a plena capacidade civil o único requisito à arbitrabilidade subjetiva, não deveria haver qualquer controvérsia quanto à arbitrabilidade, em tese, das questões atinentes à Administração Pública, cujos entes são plenamente capazes. Nunca se discutiu, por exemplo, a capacidade das pessoas jurídicas de direito público de contratar, mas a ausência de expressa previsão legal impediu, por muitos anos, a utilização da arbitragem como meio de resolução de conflitos com a Administração Pública.

A Lei 13.129/2015, promulgada em 26 de maio de 2015, admitiu a arbitrabilidade dos litígios envolvendo entes estatais de qualquer natureza. Esse certamente é um dos seus maiores méritos, não havendo dúvidas atualmente quanto à capacidade dos entes da Administração Pública de se valerem da via arbitral para a solução de seus conflitos, sendo a nova redação do art. 1º categórica nesse sentido:

Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

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

A partir da promulgação da Lei 13.129/2015, portanto, um novo leque de possibilidades de utilização da arbitragem se abriu diante da Administração Pública. Passou a ser possível que as pessoas jurídicas de direito público firmem convenções de arbitragem e insiram cláusulas compromissórias não apenas nos contratos administrativos, mas também em convênios, contratos de gestão e termos de cessão e de permissão de uso.

Inobstante o grande avanço obtido na matéria, o §2º do art. 1º, ao estabelecer que, na Administração direta, a competência para celebrar a convenção de arbitragem recai sobre o órgão competente para realizar acordos ou transações, suscitou novas controvérsias. Muito embora sejam muitos os órgãos da Administração direta que celebrem contratos administrativos, incumbe, em regra, apenas ao órgão de advocacia pública a celebração de transações judiciais, de forma que uma interpretação restritiva do artigo poderia tornar obrigatória a assinatura de advogados públicos em todos os contratos que contivessem cláusulas compromissórias.²³

Para Gustavo Fernandes de Andrade, a regra do §2º do art. 1º da Lei de Arbitragem se daria por atendida caso a convenção de arbitragem fosse firmada pela autoridade “*com competência para a celebração do contrato principal, ainda que não lhe caiba, de acordo com as normas incidentes, transigir ou mesmo renunciar acerca do direito subjetivo.*”²⁴

Para Carmen Tiburcio e Thiago Magalhães, no entanto, a submissão de um litígio à arbitragem não decorre de uma avaliação puramente discricionária do administrador, havendo elementos jurídicos (como a arbitrabilidade objetiva) a serem considerados. A melhor solução, segundo os autores, seria a combinação do controle jurídico das minutas de edital e contrato – exigido nos termos do art. 38, parágrafo único, da Lei 8.666/93 – com a competência decisória da autoridade pertinente, pois o simples fato de a arbitragem ser juridicamente viável não significa que seja preferível fazê-la no caso concreto.

Assim, em razão do espaço de discricionariedade existente, propõe a autora que o juízo de conveniência e oportunidade deva ser realizado não pelo advogado público, mas sim pelas mais elevadas autoridades de cada pasta, órgão autônomo ou Poder, ou

²³ TIBURCIO, Carmen; PIRES, Thiago Magalhães. Arbitragem envolvendo a Administração Pública: notas sobre as alterações introduzidas pela lei 13.129/2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 254, abri. 2016, p. 441.

²⁴ ANDRADE, Gustavo Fernandes. Arbitragem e Administração Pública: da hostilidade à gradual aceitação. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resende. (Coord.). *A Reforma da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 423

dirigente da empresa, fundação ou autarquia, sem prejuízo da possibilidade de delegação.²⁵

Ademais, é possível que sejam editadas leis próprias de cada ente federativo prevendo (i) em quais contratos, (ii) envolvendo quais quantias, e (iii) sobre quais matérias, se admitirá a utilização da via arbitral, bem como (iv) a quem competirá a celebração da convenção de arbitragem. Embora muitos autores estejam se posicionando pela conveniência da edição dessas normas específicas²⁶, deve-se ressaltar que a Lei de Arbitragem não depende de qualquer outro ato normativo para produzir efeitos, podendo servir, desde já, como fundamento para a submissão à via arbitral de litígios envolvendo entes da Administração direta e indireta de qualquer esfera federativa.

Como se vê, a Lei 13.129/2015 teve o grande mérito de pôr fim às dúvidas acerca da *arbitrabilidade subjetiva* dos litígios envolvendo a Administração Pública, mas criou também novas controvérsias, que vêm sendo levantadas paulatinamente pela doutrina. A definição do que seria arbitrável sob o ponto de vista objetivo é questão de contornos muito mais complexos, cujo debate não se pacificou com a reforma da Lei 9.307/1996, e sobre o qual se tratará a seguir.

1.2.2 Arbitrabilidade objetiva

Por oportuno, deve-se destacar que o simples fato de a Administração Pública figurar em um dos polos contratuais não significa que se esteja diante de um *contrato administrativo*, marcado por uma relação de verticalidade e pela existência das cláusulas

²⁵ TIBURCIO, Carmen; PIRES, Thiago Magalhães. Arbitragem envolvendo a Administração Pública: notas sobre as alterações introduzidas pela lei 13.129/2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 254, abri. 2016, p. 440.

²⁶ A necessidade de regulamentação específica pelos entes federativos será tratada especificamente no Capítulo 4. Posicionaram-se nesse sentido: TIBURCIO, Carmen; PIRES, Thiago Magalhães. Arbitragem envolvendo a Administração Pública: notas sobre as alterações introduzidas pela lei 13.129/2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 254, abri. 2016, p. 440; ANDRADE, Gustavo Fernandes. Arbitragem e Administração Pública: da hostilidade à gradual aceitação. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resende. (Coord.). *A Reforma da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 440; SCHMIDT, Gustavo da Rocha. *A arbitragem nos conflitos envolvendo a Administração Pública: uma proposta de regulamentação*. 2016. 140 f. Dissertação (Mestrado) - Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2016, p. 32.

exorbitantes. Isso porque há duas espécies de contratos firmados pelo Poder Público: *contratos administrativos* e *contratos da Administração*.²⁷

Nos *contratos da Administração*, assim como nos *contratos celebrados pelas empresas estatais*, a relação entre as partes é horizontal, não havendo cláusulas exorbitantes, e sendo regido predominantemente por normas de direito privado. Por essa razão, não havia grandes discussões acerca do cabimento da arbitragem nesses contratos, residindo maior resistência na inclusão de cláusula compromissória nos *contratos administrativos típicos*, nos quais há cláusulas exorbitantes e a relação contratual é vertical, regida predominantemente pelo direito público.²⁸

A reforma da Lei de Arbitragem dissipou qualquer dúvida a respeito do cabimento da arbitragem nesses contratos administrativos típicos ao prever, em seu art. 1º, §1º, que a arbitragem poderá ser utilizada pela Administração Pública para dirimir conflitos relativos a “*direitos patrimoniais disponíveis decorrentes de contratos*”. Atualmente, a dificuldade, portanto, se encontra em definir o que seria um direito patrimonial disponível dentre os direitos titularizados pelo Poder Público.

Em verdade, quanto ao significado de direito patrimonial, não parece haver grandes dúvidas, sendo aqueles direitos que podem ser quantificados em pecúnia. O problema se encontra justamente em definir quais direitos seriam disponíveis nas relações com o Poder Público. A questão torna-se ainda mais difícil em razão do tradicional princípio de indisponibilidade do interesse público, segundo o qual os agentes públicos não poderiam dispor dos bens e interesses da Administração.

Nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho:

“Os bens e interesses públicos não pertencem à Administração nem a seus agentes. Cabe-lhes apenas geri-los, conservá-los e por eles velar em prol da coletividade, esta sim a verdadeira titular dos direitos e interesses públicos. O princípio da indisponibilidade enfatiza tal situação. A Administração não tem a livre disposição dos bens e interesses públicos, porque atua em nome de terceiros. [...] O princípio parte, afinal, da premissa de que todos os cuidados

²⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, SOUTO, Marcos Juruena Villela. Arbitragem nos contratos firmados por empresas estatais. In: *Revista de Direito Administrativo*, n. 236, abr/jun, 2004, p. 215.

²⁸ *Ibidem*, p. 215-216.

exigidos para os bens e interesses públicos trazem benefícios para a própria coletividade. (grifou-se)”²⁹

Diante do conceito acima, pode-se dizer que o princípio da indisponibilidade do interesse público sempre foi o principal obstáculo à definição da arbitrabilidade objetiva nas demandas envolvendo o Poder Público. Embora ainda prevaleça na doutrina o conceito tradicional acima exposto, há autores que, ante a abertura do Direito Administrativo contemporâneo a certo grau de consensualidade, vêm sustentando uma revisão do conteúdo original deste princípio³⁰. Cada vez mais se percebe que o fato de a Administração Pública abrir-se ao diálogo com o particular, buscando, consensualmente, a melhor solução para a controvérsia no caso concreto, não significa que se esteja dispondo do interesse público.

Perceba-se que, ao se submeter uma pretensão ao juízo arbitral, não se está abrindo mão do direito material em litígio e dispondo do interesse público – apenas se está abdicando do direito de obter do Judiciário a solução para a questão. Ocorre uma mera substituição do método de composição de controvérsia, pois as regras processuais incidentes sobre o litígio não afetam o direito material a ele subjacente.³¹

Vendo a situação por outro ângulo, ao contratar uma obra ou um serviço de uma particular, o Poder Público pratica ato de disposição de seu patrimônio por meio do qual se buscará satisfazer o interesse público – que, no caso, pode ser a construção de um viaduto ou a prestação de serviços terceirizados de limpeza, por exemplo. Nesse mesmo raciocínio, entregar, por via contratual, a prestação jurisdicional a árbitros privados não significa dispor da coisa pública, mas apenas praticar ato de disposição patrimonial com vistas a atender a um interesse público final – como, por exemplo, a célere resolução do litígio ou o julgamento por árbitros especializados na matéria.³²

²⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, 25ª ed., rev. amp. e atual., São Paulo: Atlas, 2012, p. 34

³⁰ “Também esse princípio vem passando por revisões doutrinárias que sugerem uma atenuação de seu conteúdo original. Sustenta-se que a abertura do Direito Administrativo a uma certa consensualidade não constitui propriamente uma disponibilidade do interesse público, pois a celebração de um acordo com o particular pode, em certos casos, melhor atender ao interesse público do que a mera e simples imposição unilateral.” ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*, 2ª ed., rev. atual. e amp., Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 193-194.

³¹ ANDRADE, Gustavo Fernandes. Arbitragem e Administração Pública: da hostilidade à gradual aceitação. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDEZI, Renato Resende. (Coord.). *A Reforma da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 424

³² GRAU, Eros. Arbitragem e contrato administrativo. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo, v. 3, nº 2, julho/dezembro – 2002, p. 58.

Em suma, a “indisponibilidade do interesse público” significa apenas que o Poder Público não pode dispor de seus recursos com total liberdade, tal como os particulares, mas nada o impede de empregá-los “*dentro de parâmetros de necessidade, utilidade e razoabilidade, até porque semelhante atividade se configura como gestão de interesses públicos, o que não se confunde com indisponibilidade.*”³³

Nessa esteira, cumpre explicar a distinção existente na doutrina entre *interesse público primário* (ou interesse público propriamente dito) e *interesse público secundário* (ou interesse da Administração). Nas palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

“Em outros termos e mais sinteticamente: está-se diante de duas categorias de interesses públicos, os primários e os secundários (ou derivados), sendo que os primeiros são indisponíveis e o regime público é indispensável, ao passo que os segundos têm natureza instrumental, existindo para que os primeiros sejam satisfeitos, e resolvem-se em relações patrimoniais e, por isso, tomaram-se disponíveis na forma da lei, não importando sob que regime.

[...]

São disponíveis, nesta linha, todos os interesses e os direitos deles derivados que tenham expressão patrimonial, ou seja, que possam ser quantificados monetariamente, e estejam no comércio, e que são, por esse motivo e normalmente, objeto de contratação que vise a dotar a Administração ou seus delegados, dos meios instrumentais de modo a que estejam em condições de satisfazer os interesses finalísticos que justificam o próprio Estado.” (grifou-se)³⁴

O interesse público primário seria destinado à satisfação da sociedade como um todo, e diria respeito “*aos objetivos que justificam a existência da própria sociedade política, em particular a promoção do princípio da dignidade da pessoa humana.*”³⁵ Já o secundário corresponde ao interesse instrumental, meramente patrimonial da Fazenda Pública. Verdadeiramente indisponível e inarbitrável, portanto, seria apenas o interesse público primário, razão pela qual os atos revestidos apenas de aspecto patrimonial seriam passíveis de serem discutidos em sede arbitral.

³³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, 25ª ed., rev. amp. e atual., São Paulo: Atlas, 2012, p. 987

³⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Arbitragem nos contratos administrativos. In: *Revista de Direito Administrativo*, n. 209, jul/set, 1997, p. 84-85.

³⁵ TIBURCIO, Carmen; PIRES, Thiago Magalhães. Arbitragem envolvendo a Administração Pública: notas sobre as alterações introduzidas pela lei 13.129/2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 254, abri. 2016, p. 443

Na linha do exposto, aduz o Ministro Eros Grau que a disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais não encontra correlação com a disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público. Segundo o autor, a Administração estará disposta de direitos patrimoniais sempre que puder celebrar um contrato, sendo possível, portanto, a escolha da arbitragem como método de solução de controvérsia, sem que isso signifique disposição do interesse público:

“A Administração, para a realização do interesse público, pratica atos, da mais variada ordem, dispondo de determinados direitos patrimoniais, ainda que não possa fazê-lo em relação a outros deles. Por exemplo, não pode dispor dos direitos patrimoniais que detém sobre os bens públicos de uso comum. Mas é certo que inúmeras vezes deve dispor de direitos patrimoniais, sem que, com isso, esteja a dispor do interesse público, porque a realização deste último é alcançada mediante a disposição daqueles.

Bem a propósito, as observações de Alessi e de Celso Antônio Bandeira de Mello, acima reproduzidas, permitem-nos salientar a circunstância de, v.g., realizar-se o interesse público na omissão, pela Administração, do uso de recursos judiciais meramente protelatórios, que se prestam unicamente a retardar, em benefício exclusivo do interesse da Administração, secundário, o cumprimento de suas obrigações.

Daí porque, 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. Retorno, a esta altura, às observações de Themistocles Cavalcanti para afirmar que precisamente fazendo-o a Administração estará a prestar acatamento ao interesse público.” (grifou-se)³⁶

Há, ainda, aqueles que defendem o cabimento da arbitragem sempre que a pretensão à tutela judicial for disponível – ou seja, quando a controvérsia puder ser resolvida por acordo entre as partes, independentemente do Poder Judiciário³⁷. Percebe-se, portanto, que é possível estudar a arbitrabilidade objetiva das questões envolvendo a Administração Pública por três vieses, assim resumidos nas palavras de Joaquim Muniz:

“Pode-se citar, em suma, três grandes correntes para análise da arbitrabilidade objetiva, quais sejam: (i) a distinção entre interesse público primário e secundário; (ii) o simples fato de o direito litigioso estar previsto em contrato administrativo; (iii) a necessidade ou não de intervenção do Poder Judiciário.

Mas não importa de que ângulo se veja a questão, salta aos olhos ser a regra geral a arbitrabilidade dos litígios envolvendo a Administração Pública,

³⁶ GRAU, Eros. Arbitragem e contrato administrativo. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo, v. 3, nº 2, julho/dezembro – 2002, p. 57-58.

³⁷ SALLES, Carlos Alberto. Arbitragem em Contratos Administrativos. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 108, *apud* MUNIZ, Joaquim Tavares de Paiva. Arbitragem com Administração Pública – Arbitrabilidade e Questões Controversas. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro*, vol. 26, 2016, p. 355.

excepcionada apenas em hipóteses muito particulares, especialmente se houver lei específica autorizando a arbitragem”. (grifou-se)³⁸

É comum que se considerem arbitráveis litígios envolvendo relações contratuais, nas quais o Estado agiria como um ente no mercado, por envolverem direitos patrimoniais disponíveis. Por outro lado, os litígios envolvendo matérias de ordem pública, nas quais o Estado exerce seu poder de império, tendem a ser excluídos da jurisdição arbitral, por tratar de direitos indisponíveis. Essas são tendências, no entanto, que não podem ser tomadas como absolutas, pois, em que pese as inúmeras tentativas da doutrina de conceituar o que seria um direito patrimonial disponível, fato é que a arbitrabilidade da matéria em disputa só poderá ser aferida caso a caso.

1.2.3 Outras alterações trazidas pela Lei 13.129/2015

Dentre as alterações trazidas à Lei de Arbitragem pela Lei 13.129/2015 algumas questões devem ser ressaltadas. Além de estabelecer a autoridade competente para a celebração de convenção de arbitragem, como explicado no item 1.2.1, previu-se que a arbitragem envolvendo a Administração Pública seria, obrigatoriamente, de direito e obedeceria ao princípio da publicidade (art. 2º §3º da Lei 9.307/1996):

“Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§ 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

§ 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

§ 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.” (grifou-se)

A obrigatoriedade de observância ao princípio da publicidade nas arbitragens envolvendo a Administração Pública se fundamenta no direito que possui todo brasileiro, e não apenas os órgãos de controle, de ter acesso às informações que digam respeito à gestão do patrimônio público. A atuação da Administração Pública deve ser transparente, de modo a oportunizar o controle pelo cidadão daqueles que governam em seu nome.

³⁸ BINENBOJM, Gustavo. Arbitragem em ambientes regulados e sua relação com as competências das agências reguladoras. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro*, vol. 26, 2016, p. 24.

Não se discute a necessidade de se atender ao princípio da publicidade. No entanto, a doutrina diverge sobre quais os seus limites e a quem caberia garanti-la – se ao próprio ente estatal parte na arbitragem, ou à instituição privada escolhida para dirigir o procedimento. O tema será detidamente analisado no capítulo 4, em que se buscará debater os obstáculos à efetiva utilização da arbitragem pelo Poder Público. Cumpre ressaltar, aqui, mais uma controvérsia trazida pela Lei 13.129/2015 ao prever a obrigatoriedade da arbitragem de direito nos procedimentos envolvendo partes estatais.

Embora em procedimentos arbitrais envolvendo apenas partes privadas haja a liberdade para que as partes escolham se a arbitragem será de direito ou por equidade, o art. 2º §3º impôs que a arbitragem que envolva a Administração Pública seja sempre de direito, em razão do princípio da legalidade.

Como expõe o doutrinador Miguel Reale, “*a equidade é uma forma de justiça, ou melhor, é a justiça mesma em um de seus momentos, no momento decisivo de sua aplicação no caso concreto*” e complementa:

“Há certos casos em que a aplicação rigorosa do Direito redundaria em ato profundamente injusto. *Summun jus, summa injuria*. [...] Diante de certos casos, mister é que a justiça se ajuste à vida. Este ajustar-se à vida, como momento do dinamismo da justiça, é que se chama de equidade, cujo conceito os romanos inseriram na noção de Direito, dizendo: *jus est ars aequi et boni*. É o princípio da igualdade ajustada à especificidade do caso que legitima as normas de equidade.”³⁹

Nas palavras de Carlos Alberto Carmona, “*quando autorizado a julgar por equidade, o julgador pode com largueza eleger as situações em que a norma não merece mais aplicação, [...] porque a aplicação da norma causará injustiça e desequilíbrio entre as partes.*” E complementa:

“Pelo que se viu, pode o árbitro, autorizado a julgar por equidade, decidir em sentido contrário àquele indicado pela lei posta, o que não quer dizer que deva ele necessariamente julgar afastando o direito positivo. Em outros termos, se a aplicação da norma levar a uma solução justa do conflito, o árbitro a aplicará, sem que isto possa ensejar qualquer vício no julgamento. Ao conceder poderes para julgar por equidade, não podem as partes esperar

³⁹ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 125.

que obrigatoriamente o árbitro afaste o direito positivo o que configura mera faculdade, como se percebe claramente.”⁴⁰

Para Gustavo Schmidt, a vedação à arbitragem por equidade se justifica, pois, se a Administração Pública está obrigada a atuar nos limites do direito posto, é natural que eventuais conflitos em que se envolva sejam dirimidos com base no direito, oferecendo inclusive maior segurança jurídica ao agente público quanto à licitude dos atos praticados: “*seria um contrassenso exigir do Poder Público que atue em consonância com as normas jurídicas em vigor e ao mesmo tempo julgar os seus atos com base em regras de equidade*”.⁴¹

Selma Maria Ferreira Lemes aduz que essa imposição poderia criar óbices às sociedades de economia mista que atuam em setores autorregulados, pautados por normas próprias que não são leis, pois a autorização para que os árbitros solucionem a demanda com base nos princípios gerais do direito, nos usos e costumes, e nas regras internacionais de comércio, decorre justamente da autorização para que os árbitros decidam por equidade.⁴²

Permita-se, no entanto, discordar da ilustre doutrinadora, uma vez que a solução com base nos princípios gerais do direito, usos e costumes não parecem integrar a noção de arbitragem por equidade, tal como descrita por Miguel Reale e Carlos Alberto Carmona, mas, ao revés, parecem estar incluídas dentre as fontes de direito, tal como entendido no ordenamento jurídico brasileiro. Assim dispõe, por exemplo, o art. 4º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, segundo o qual “*quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito*.”

Certamente em razão das dúvidas levantadas a esse respeito, foi aprovado na I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, promovida pelo Conselho da Justiça Federal em agosto de 2016, o Enunciado 11, segundo o qual “*nas arbitragens*

⁴⁰ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo : um comentário à Lei nº 9.307/1996*, 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009, p. 65

⁴¹ SCHMIDT, Gustavo da Rocha. *A arbitragem nos conflitos envolvendo a Administração Pública: uma proposta de regulamentação*. 2016. 140 f. Dissertação (Mestrado) - Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2016, p. 47

⁴² LEMES, Selma Maria Ferreira. Anotações sobre a nova lei de arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v, 47, out./dez. 2015, p. 40.

envolvendo a Administração Pública, é permitida a adoção das regras internacionais de comércio e/ou usos e costumes aplicáveis às respectivas áreas técnicas”. Ao que tudo indica, portanto, o referido artigo deverá ser interpretado nesse sentido.

Feita esta ressalva, não parece adequado, de qualquer modo, estender a restrição à arbitragem por equidade às sociedades de economia mista e empresas públicas exploradoras de atividade econômica. Apesar de integrarem a estrutura da Administração Pública, essas estatais são pessoas jurídicas de direito privado, e se submetem às regras de direito público apenas pontualmente. Impor às estatais exploradoras de atividade econômica a vedação à arbitragem por equidade parece restringir, sem qualquer justificativa relevante, sua autonomia contratual. Esse é o entendimento, também, de Carmen Tiburcio e Thiago Magalhães:

“A Lei 13.129/2015 inseriu um parágrafo (§3º) no art. 2º da Lei 9.307/1996, para exigir que as arbitragens em que sejam partes entidades da Administração Pública sejam *sempre de direito*. Trata-se de regra especial, que afasta a norma geral, prevista no *caput* do mesmo art. 2º, que permite arbitragens fundadas em equidade. Convém ressaltar, no entanto, que a primeira parte do §3º não se aplica às empresas estatais que exercem atividade econômica, ao menos no que se refere a suas atividades fim. Como já conhecida a jurisprudência antes da Lei 13.129/2015, a atuação das estatais, nessas situações, se submete ao regime próprio das sociedades privadas em geral, nos termos do art. 173, §1º, II, da CF/1988”.⁴³

Ressalte-se, ainda, a importância do regime de paridade previsto no art. 173, §1º, II e §2º da CRFB/88, hodiernamente entendido como uma via de mão dupla: da mesma forma que não se deve dar às estatais benefícios que não sejam extensíveis aos particulares do mesmo ramo, não se deve alargar o regime público de forma a prejudicar a eficiência e competitividade da estatal em face dos particulares. A relevância da paridade entre estatais e empresas privadas foi, inclusive, um dos fundamentos que levou o STJ, antes da edição da Lei 13.129/2015, a admitir a arbitrabilidade das disputas envolvendo as sociedades de economia mista:

“[...] 12. As sociedades de economia mista encontram-se em situação paritária em relação às empresas privadas nas suas atividades comerciais, consoante leitura do artigo 173, § 1º, inciso II, da Constituição Federal, evidenciando-se a incoerência de quaisquer restrições quanto à possibilidade

⁴³ TIBURCIO, Carmen; PIRES, Thiago Magalhães. Arbitragem envolvendo a Administração Pública: notas sobre as alterações introduzidas pela lei 13.129/2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 254, abri. 2016, p. 452

de celebrarem convenções de arbitragem para solução de conflitos de interesses, uma vez legitimadas para tal as suas congêneres. [...]”⁴⁴

Além dessas importantes e controversas alterações, a reforma da Lei de Arbitragem previu, ainda, a interrupção da prescrição a partir da data do requerimento de instituição da arbitragem, contribuindo para a segurança jurídica no trato da matéria (art. 19 §2º), e positivou a possibilidade de se proferir sentenças parciais, esclarecendo que o prazo de 90 dias para propositura da ação anulatória de sentença arbitral aplica-se tanto às sentenças finais quanto às parciais (art. 33, §1º, da Lei de Arbitragem).

A nova lei instituiu, ainda, a carta arbitral (art. 22-C), por meio da qual o árbitro poderá solicitar ao juiz a execução de determinados atos no curso da arbitragem, como, por exemplo, o cumprimento de medida cautelar ou a condução de testemunha que se recuse a comparecer perante o juízo arbitral.⁴⁵ A lei se dedicou, também, às tutelas cautelares e de urgência, consolidando o entendimento jurisprudencial segundo o qual antes da instituição da arbitragem as medidas cautelares poderão ser requeridas perante o Judiciário, restando sua eficácia condicionada à instauração do procedimento arbitral no prazo de trinta dias (arts. 22-A e 22-B).

A Lei 13.129/2015 revogou, ainda, o art. 25 da Lei de Arbitragem, que previa a suspensão do procedimento arbitral para que fosse judicialmente solucionada eventual controvérsia sobre direito indisponível. A medida constituía prerrogativa do árbitro, e não da parte, mas causava certa insegurança ao procedimento arbitral e prejudicava a sua celeridade.⁴⁶ Houve, ainda, relevantes alterações na Lei nº 6.404/1976 (Lei das Sociedades Anônimas) quanto à arbitragem na área societária, as quais, no entanto, fogem ao escopo do presente trabalho.

⁴⁴ STJ - MS 11.308/DF, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 09/04/2008, DJe 19/05/2008

⁴⁵ LEMES, Selma Maria Ferreira. Anotações sobre a nova lei de arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v, 47, out./dez. 2015, p. 42.

⁴⁶ MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. A revogação do artigo 25 da Lei de Arbitragem e suas consequências nas arbitragens envolvendo a Administração Pública. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro*, vol. 26, 2016, p. 212.

1.3 Novos paradigmas do Direito Administrativo

Como se pôde perceber, nos últimos anos a arbitragem envolvendo a Administração Pública venceu a desconfiança e a hostilidade de parte da comunidade jurídica, sendo atualmente compreendida como método adequado para resolução de um espectro cada vez mais amplo de conflitos envolvendo o Poder Público. Vive-se, sobretudo após a edição da Lei 13.129/2015, um cenário de ascendente valorização da arbitragem com entes estatais, por ser este um meio de concretizar princípios como o da eficiência, da economicidade, da instrumentalidade e da consensualidade.

A gradual valorização da arbitragem acompanha a afirmação, no Brasil, da doutrina denominada “administração de resultados”, por meio da qual se imprime características modernas à gestão administrativa, em contraposição ao que seria “*uma Administração Pública tradicionalmente burocrática e pouco produtiva, vinculada apenas à lei formal*”.⁴⁷ Nas palavras de Selma Lemes, a atuação administrativa atualmente deve ser pautada “*na lógica do razoável, na proporção dos meios e fins, no buscar da eficiência e da economicidade, ser, enfim, uma administração de resultados, e, principalmente, que estabeleça vínculos mais equilibrados entre a Administração e a sociedade*”.⁴⁸

Como afirma Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a nova doutrina administrativista empreendeu verdadeira revolução no próprio conceito de Administração Pública, que, aos poucos, perde suas características imperativas, que tradicionalmente a erigiam a um “poder” do Estado, para ser compreendida como uma “função” a ser desempenhada pelo Estado, de preferência de maneira compartilhada com a sociedade. A participação da sociedade na atuação administrativa, portanto, passa a ser entendida como elemento fundamental também à noção de democracia: “*não apenas a vetusta democracia formal, aquela das eleições periódicas, para a escolha de*

⁴⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*, 2ª ed., rev. atual. e amp., Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.73

⁴⁸ LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem na Administração Pública – Fundamentos Jurídicos e Eficiência Econômica*, São Paulo: Quartier Latin, 2007 p. 105

*‘quem’ nos governará, mas a jovem democracia participativa, a da participação e a da realização de valores, para a escolha [...] de ‘como’ queremos ser governados”.*⁴⁹

Nesse contexto, inserem-se, ainda, os princípios da instrumentalidade e da consensualidade. Segundo Alexandre Aragão, da instrumentalidade extrai-se que “*o Direito Administrativo é meio para um fim, a realização do interesse público tal como especificado pelo ordenamento jurídico*”. E completa: “*realizar o melhor interesse público é, na verdade, atuar de forma prospectiva em favor da satisfação dos direitos fundamentais dos administrados*”.⁵⁰

Já a consensualidade, que também é fruto dessa mudança de paradigmas vivenciada pelo Direito Administrativo, faz com que a atuação da Administração Pública necessite de uma legitimidade reforçada, oriunda da participação dos cidadãos na atividade administrativa. Como aponta Rafael Vêras, “*o deslocamento da autoridade para o consenso passa a ter lugar quando a Administração deixa de se utilizar dos seus mecanismos de imposição unilateral de vontade [...] para travar diálogos com os destinatários de suas decisões*”.⁵¹ Nas precisas lições de Diogo de Figueiredo:

“É inegável que o consenso, como modo alternativo de ação estatal, representa para a Política e para o Direito uma benéfica renovação, pois, como já se teve ocasião de descrever, contribui para aprimorar a governabilidade (eficiência), propicia mais freios contra os abusos (legalidade), garante a atenção de todos os interesses (justiça), proporciona decisão mais sábia e prudente (legitimidade), evita os desvios morais (licitude), desenvolve a responsabilidade das pessoas (civismo) e torna os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidos (ordem)”⁵²

Pode-se concluir, portanto, que os novos rumos do Direito Administrativo apontam para um cenário em que o interesse público permanece sendo o fim próprio do Estado, que deverá pautar suas atividades sempre de modo a atingi-lo, mas não lhe é exclusivo, pois a sociedade organizada pode agir de maneira concorrente ao próprio Poder Público. Abre-se, então, um vasto campo de atuação para a iniciativa privada, que

⁴⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Novas Mutações Juspolíticas: em memória de Eduardo Garcia de Enterría, jurista de dois mundos*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 80-84.

⁵⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*, 2ª ed., rev. atual. e amp., Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 51

⁵¹ FREITAS, Rafael Vêras de. Novos Desafios da arbitrabilidade objetiva nas concessões. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro*, vol. 26, 2016, p. 298.

⁵² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Novas Mutações Juspolíticas: em memória de Eduardo Garcia de Enterría, jurista de dois mundos*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 176.

somará esforços com os entes públicos na consecução do interesse coletivo, tal como ocorre nas concessões de serviços públicos, nas concessões de uso de bem público, nas permissões de serviços públicos e nos arrendamentos portuários, dentre outros.⁵³

Nesse contexto de valorização da eficiência administrativa (art. 37, *caput*, da CRFB/88), de racionalização dos recursos públicos e de consensualidade, resta clara a valorização da arbitragem vivenciada nos últimos tempos, pois a busca por uma “administração de resultados” passa, indubitavelmente, pela adoção de uma forma célere e eficaz de resolução de controvérsias. Como já apontava Selma Lemes antes mesmo da reforma da Lei de Arbitragem, a Administração Pública, ao prever em seus contratos a utilização da arbitragem como meio de resolução de conflitos, torna mais eficiente a gestão de seus recursos, pois os interessados na celebração do contrato administrativo saberão que não terão que arcar com a contingência oriunda da morosidade do Judiciário, podendo oferecer melhores propostas à Administração:

“O custo de transação será seguramente menor, se não dizer a própria viabilidade do negócio. As parcerias público-privadas, as concessões de serviços e obras públicas, considerando o tempo de vigência dos contratos e os valores envolvidos, revelam que a arbitragem tem enorme conotação financeira na equação contratual. Negar esta evidência seria vender os olhos e virar as costas para a realidade deste tipo de negócios, que envolvem não apenas o prestador do serviço, mas garantias bancárias e demais contratos conexos. São contratos complexos e a arbitragem evita prejuízos, tanto para o parceiro privado quanto para o público, bem como a inviabilidade do projeto. A arbitragem possibilita a estabilidade da relação contratual. Enfim, com a arbitragem, ganha toda a sociedade ao ter os serviços e obras necessárias com recursos públicos otimizados.”⁵⁴

A autora ainda acrescenta dados que explicitam como a adoção da arbitragem nos contratos administrativos não apenas leva à melhores propostas no momento da licitação, mas também facilita a renegociação de contratos já existentes, gerando efetiva economia à Administração Pública:

“Estudos de economistas efetuados em mil contratos de concessão de serviços e obras públicas nos países da América Latina e Caribe, entre 1989 e 2000, demonstram que prever a arbitragem facilita a renegociação, bem como pode representar uma diminuição de até 20% do valor das tarifas pagas pelos usuários. Não é sem razão que os bancos de fomento internacional, tal como

⁵³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Novas Mutações Juspolíticas: em memória de Eduardo Garcia de Enterría, jurista de dois mundos*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 183-184.

⁵⁴ LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem na Administração Pública – Fundamentos Jurídicos e Eficiência Econômica*, São Paulo: Quartier Latin, 2007 p. 104

o Banco Mundial, tenham a previsão da arbitragem ao financiarem obras públicas.”⁵⁵

Exatamente por essa razão, afirma Selma Lemes que, em se tratando de direitos patrimoniais disponíveis, terá o administrador o dever de considerar a conveniência e oportunidade de se solucionar controvérsias por arbitragem, por ser este um instrumento realizador do princípio da eficiência e economicidade nas contratações administrativas.⁵⁶ Gustavo Binenbojm defende a escolha da arbitragem sob outro enfoque, afirmando que o instituto seria instrumento de realização tanto do interesse público primário, por realizar a justiça material e gerar segurança jurídica, quanto do secundário, propiciando uma eficiente defesa dos interesses do erário:

“Em outras palavras, sendo o litígio instaurado em torno de direitos patrimoniais disponíveis da Administração, o emprego da arbitragem como método de solução de controvérsias poderá configurar-se como instrumento de realização otimizada tanto do interesse público primário (realização da justiça material, busca de segurança jurídica), como do dito interesse público secundário (defesa eficiente dos interesses do erário).”⁵⁷

Não restam dúvidas, portanto, que a escolha da arbitragem pelo Poder Público mostra-se em plena conformidade com aquilo que, hodiernamente, se espera da Administração Pública: uma atuação eficiente, econômica, aberta ao diálogo e ao consenso, e, sobretudo, pautada na satisfação dos direitos fundamentais de seus administrados.

⁵⁵ LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem na Administração Pública – Fundamentos Jurídicos e Eficiência Econômica*, São Paulo: Quartier Latin, 2007 p. 104

⁵⁶ LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem na Administração Pública não precisa de regra posterior*. In: *Conjur*, 5 de janeiro de 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jul-15/solucoes-arbitragem-crescem-73-seis-anos-mostra-pesquisa>. Acesso em 16 de novembro de 2016.

⁵⁷ MUNIZ, Joaquim Tavares de Paiva. *Arbitragem com Administração Pública – Arbitrabilidade e Questões Controversas*. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro*, vol. 26, 2016, p. 355.

2. ARBITRAGEM E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO

Nesse contexto de valorização da consensualidade, da eficiência administrativa e da instrumentalidade, ao longo desse capítulo se buscará demonstrar como a arbitragem vem sendo tratada no direito positivo brasileiro, com foco no setor portuário e de concessões de serviço público. A escolha por esses dois setores específicos se justifica, pois ambos se desenvolvem primordialmente com base em parcerias firmadas entre o Poder Público e particulares, sendo campo propício, portanto, à utilização da arbitragem.

Em verdade, a utilização do instituto ainda se restringe a poucos e específicos setores da Administração Pública, especialmente aqueles que apresentam maior complexidade técnica, como setor portuário, petrolífero, de energia elétrica e de infraestrutura, os quais há tempos possuem leis específicas expressamente admitindo a utilização da via arbitral.⁵⁸

Para Joaquim Muniz, nos casos em que existe legislação específica permitindo a utilização da via arbitral, a arbitrabilidade do litígio envolvendo a Administração Pública deveria ser amplamente admitida, pois a autorização do legislador já revelaria que, em regra, as matérias objetos daquela relação seriam arbitráveis.⁵⁹ Carmen Tiburcio e Thiago Magalhães, em posição mais moderada, afirmam que a existência de lei específica tornaria inviável concluir pela total inarbitrabilidade do litígio, embora não conduza à conclusão oposta, de que toda e qualquer questão relacionada àquele negócio poderia ser submetida à arbitragem.⁶⁰

O fato é que apontar o que seria arbitrável numa relação com o Poder Público nunca será tarefa simples, pois os contratos administrativos são complexos e não

⁵⁸ Como exemplo, tem-se expressa autorização para inserção de cláusula compromissória nos contratos de concessão firmados pela ANATEL e pela ANP (Lei 9.472/97 e Lei 9.478/97), da mesma forma que se tem na Lei de Parcerias Público-Privadas (Lei 11.079/04) e na Lei de Concessões (Lei 8.987/95).

⁵⁹ MUNIZ, Joaquim Tavares de Paiva. Arbitragem com Administração Pública – Arbitrabilidade e Questões Controversas. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro*, vol. XXVI, 2016, p. 353.

⁶⁰ TIBURCIO, Carmen; PIRES, Thiago Magalhães. Arbitragem envolvendo a Administração Pública: notas sobre as alterações introduzidas pela lei 13.129/2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 254, abri. 2016, p. 446

englobam apenas direitos patrimoniais disponíveis: “*mais importante do que o contrato, é o ponto litigioso em si*”, pois, em meio a várias questões arbitráveis, pode haver um problema em particular que seja insuscetível de submissão à arbitragem.⁶¹

Em razão dessa dificuldade em se estabelecer os limites da arbitrabilidade objetiva desses conflitos, o Enunciado 13, aprovado na I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios promovida em agosto de 2016 pelo Conselho da Justiça Federal, tentou prever alguns parâmetros a serem utilizados nos conflitos envolvendo a Administração Pública:

“Enunciado 13: Podem ser objeto de arbitragem relacionada à Administração Pública, dentre outros, litígios relativos: I – ao inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes; II - à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, cláusulas financeiras e econômicas.”⁶²

O enunciado reflete o entendimento de grande parte da doutrina e da jurisprudência acerca da arbitrabilidade dos litígios com a Administração Pública nos mais diversos ramos de atuação, inclusive no das concessões de serviço público e no setor portuário, cujos aspectos gerais serão expostos a seguir.

2.1. Arbitragem nas concessões de serviço público

A Lei 8.987/1995 prevê, em seu art. 23-A⁶³, a possibilidade de inclusão de cláusula compromissória em contratos de concessões comuns, enquanto o art. 11, III, da Lei 11.079/2004⁶⁴ disciplina a questão nos contratos de parcerias público-privadas (PPP's), denominadas concessões especiais. Permita-se, desde logo, distinguir brevemente os dois tipos de contratos administrativos. Segundo Alexandre Aragão, a concessão comum pode ser assim conceituada:

⁶¹ TIBURCIO, Carmen; PIRES, Thiago Magalhães. Arbitragem envolvendo a Administração Pública: notas sobre as alterações introduzidas pela lei 13.129/2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 254, abri. 2016, p. 446

⁶² Enunciado 13 da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios promovida pelo Conselho da Justiça Federal nos dias 22 e 23 de agosto de 2016.

⁶³ Art. 23-A, da Lei 8.987/1995: “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.”

⁶⁴ Art. 11, da Lei 11.079/2004: “O instrumento convocatório conterà minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei [...], 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 no 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato”.

“Pela concessão, o Poder Público se desonera da prestação de serviços públicos de sua titularidade em relação aos quais não tem condições financeiras ou não entende ser conveniente prestar diretamente. A sua prestação é transferida a um agente privado que se remunerará, via de regra, pelas tarifas que os usuários lhe pagarão em razão da fruição do serviço, mantendo o Estado a titularidade e os controles públicos sobre ele.”⁶⁵

Por meio do contrato de concessão comum, os serviços concedidos à iniciativa privada permanecem sob a titularidade estatal, devendo, ao final do contrato, os bens afetados à prestação do serviço público e necessários à sua continuidade reverter ao Poder Público. A concessão comum poderá ser (i) uma concessão simples de serviço público⁶⁶ ou (ii) uma concessão de serviço precedida de execução de obra pública,⁶⁷ na qual o concessionário absorve a construção, reforma ou ampliação da estrutura que será por ele posteriormente explorada. Em ambos os casos de concessão comum, a remuneração do concessionário decorre, em regra, da receita oriunda das tarifas pagas pelos usuários, aliada a receitas alternativas complementares (art. 11 da Lei 9.897/1995).

Já as concessões especiais (ou parcerias público-privadas), se dividem em: (i) a concessão patrocinada, em que a remuneração do concessionário advém não apenas dos usuários, mas também do próprio Poder Público concedente; e (ii) a concessão administrativa, na qual a remuneração do concessionário é feita exclusivamente com recursos do Estado, não havendo a cobrança de tarifas.⁶⁸ Nas palavras de Ana Carolina Weber, seria possível visualizar as concessões especiais:

⁶⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*, 2ª ed., rev. atual. e amp., Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 421

⁶⁶ Art. 2º da Lei 8.987/1995: Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se: [...]

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;

⁶⁷ Art. 2º da Lei 8.987/1995: Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se: [...] III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado;

⁶⁸ Segundo Alexandre Aragão, as concessões administrativas seria um modelo adequado às situações em que o único usuário do serviço prestado será o próprio Estado, ou, ainda que o serviço seja prestado ao público, às situações na qual a cobrança de tarifas seja inviável por motivos socioeconômicos, ou juridicamente vedada, como nos casos de serviços de saúde e educação pública (art. 196 e 206, VI, CF), por exemplo. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*, 2ª ed., rev. atual. e amp., Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 449-451

“Como sendo a situação em que o particular assume o risco de projetar e construir uma determinada obra para, mantendo a propriedade desta após a sua conclusão, colocar os seus frutos à disposição do Estado ou da comunidade mediante um contrato de operação de longo prazo, fazendo jus a uma remuneração periódica do Estado se atender às metas e requisitos de qualidade previamente acordados”.⁶⁹

Embora existam particularidades em cada espécie de concessão, tanto a comum como a especial se caracterizam pelos investimentos de longa maturação, nos quais o parceiro privado é instado a fazer significativos aportes em projetos de interesse público, sendo tais investimentos amortizados ao longo dos anos de duração do contrato. Por essa razão, as concessões distinguem-se das tradicionais empreitadas de obra ou serviço público, na qual o contratado executa o contrato e, de imediato, obtém a respectiva remuneração.⁷⁰

Justamente por serem contratos complexos e de longa duração, vislumbrou-se a adequação da arbitragem como meio de solução de suas controvérsias.⁷¹ A arbitragem possui enorme conotação financeira na equação dos contratos de concessão, pois, como afirma Selma Lemes, possibilita a estabilidade de uma relação complexa, que envolve não apenas o concessionário prestador de serviço público, mas também garantias bancárias e outros contratos conexos.⁷²

Contudo, nem todas as questões atinentes às concessões são arbitráveis, fazendo-se necessária a distinção entre as cláusulas regulamentares (ou cláusulas de serviço) e as cláusulas econômicas do contrato. As cláusulas econômicas “*só podem ser alteradas em consonância com reestabelecimento do equilíbrio econômico financeiro do contrato*”⁷³ e estariam ligadas à remuneração do concessionário. Já as regulamentares, previstas em

⁶⁹ WEBER, Ana Carolina. Arbitragem nas Parcerias Público Privadas, *Revista Eletrônica de Direito Processual*. 1ª ed. out./dez. 2007, p. 129.

⁷⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. *Arbitragem e PPPs*. In: Direito do Estado, 20 de dezembro de 2015. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/columnistas/egon-bockmann-moreira/arbitragem-e-ppps> Acesso em 19 de outubro de 2016.

⁷¹ Nesse sentido, confira-se, também: “A inclusão de cláusula arbitral no contrato de PPP pode favorecer a celeridade e a tomada de decisões mais técnicas, resultantes de árbitros especializados em projetos dessa natureza. Desta forma, características ínsitas à arbitragem permitem que o instituto seja o mais adequado no cenário das Parcerias Público-Privadas.” WEBER, Ana Carolina. Arbitragem nas Parcerias Público Privadas, *Revista Eletrônica de Direito Processual*. 1ª ed. out./dez. 2007, p. 136.

⁷² LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem na Administração Pública – Fundamentos Jurídicos e Eficiência Econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007 p. 104

⁷³ FREITAS, Rafael Vêras de. Novos Desafios da arbitrabilidade objetiva nas concessões. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro*, vol. 26, 2016, p. 313.

leis, em regulamento próprio, ou no próprio contrato, “*disciplinam a execução dos serviços delegados ao agente privado de acordo com o denominado jus variandi do Poder Concedente*”.⁷⁴

Seriam arbitráveis, portanto, apenas as matérias tratadas nas cláusulas econômicas, posto que ligadas à remuneração do concessionário e ao equilíbrio econômico financeiro do contrato, ostentando caráter patrimonial disponível.⁷⁵ As questões envolvendo cláusulas regulamentares não seriam, em regra, discutíveis em sede arbitral, pois tratam da qualidade de execução do serviço e se aproximam de uma noção de atos de império do Poder Concedente. É possível, no entanto, que a alteração unilateral de cláusulas regulamentares pelo Poder Concedente afete a remuneração do concessionário e gere desequilíbrio na equação econômico-financeira do contrato, razão pela qual não é tão fácil delimitar a arbitrabilidade de questões envolvendo contratos de concessão.⁷⁶

A proteção ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos possui assento constitucional, especificamente no inciso XXI do art. 37 da CRFB/88⁷⁷, segundo o qual deverão ser “*mantidas as condições efetivas da proposta*” ao longo da execução do contrato. As Leis 8.987/1995 e 11.079/2004 garantiram uma especial proteção à equação econômico-financeira dos contratos de concessão, que deverá ser revista sempre que for rompido o equilíbrio inicialmente pactuado – seja para impor um maior ou um menor custo para a execução do serviço público em questão.⁷⁸

⁷⁴ FREITAS, Rafael Vêras de. Novos Desafios da arbitrabilidade objetiva nas concessões. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro*, vol. 26, 2016, p. 313.

⁷⁵ Esse foi o entendimento do STJ no julgamento do REsp 90.4813/PR, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, tratado anteriormente.

⁷⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*, 2ª ed., rev. atual. e amp., Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 438

⁷⁷ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

XXI - 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, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

⁷⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*, 2ª ed., rev. atual. e amp., Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 439

Estabeleceu-se, assim, que nos contratos de concessão o risco do negócio ficaria a cargo da concessionária (art. 2º, II, da Lei 8.987/1995), ressalvados os riscos imprevisíveis ou decorrentes de alterações unilaterais do contrato, em relação aos quais o particular estará protegido pela garantia do reequilíbrio econômico-financeiro.⁷⁹

Percebe-se, portanto, que será necessário recompor a equação econômico-financeira do contrato (i) na hipótese de o Poder Público impor alguma alteração unilateral nas cláusulas regulamentares, vindo a causar desequilíbrio econômico, ou (ii) diante da ocorrência de algum fato imprevisível, assim entendido como aquele cuja responsabilidade pela ocorrência não tenha sido atribuída, no contrato, a nenhuma das partes.

Um exemplo de alteração unilateral de cláusula regulamentar que surte efeitos na equação econômico-financeira do contrato seria a fixação de tarifa. Embora a matéria se insira na esfera de alteração unilateral do Poder Público, não podendo ser objeto de análise do juízo arbitral por não ser um direito patrimonial disponível, certamente sua alteração tornará necessário recompor o equilíbrio econômico financeiro inicialmente pactuado, o que poderá ser feito por meio da minoração dos investimentos, a não reversibilidade de parte dos bens ou o aumento do prazo da delegação.⁸⁰ Nas palavras de Carmen Tiburcio e Thiago Magalhães:

“Não compete ao tribunal arbitral definir se ou quando o Poder Público deve se valer de suas prerrogativas de alteração unilateral de um contrato, mas nada impede que os efeitos de seus exercícios, e.g., sobre a remuneração devida à outra parte, sejam apurados e definidos pelos árbitros.”⁸¹

É possível defender, assim, a arbitrabilidade dessas alternativas que se dispõem à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, a despeito da inarbitrabilidade da alteração da cláusula regulamentar que ensejou o desequilíbrio.⁸²

⁷⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*, 2ª ed., rev. atual. e amp., Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 443

⁸⁰ *Idem*, p. 438

⁸¹ TIBURCIO, Carmen; PIRES, Thiago Magalhães. Arbitragem envolvendo a Administração Pública: notas sobre as alterações introduzidas pela lei 13.129/2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 254, abri. 2016, p. 448

⁸² Em sentido diametralmente oposto à jurisprudência do STJ e à doutrina, destaca-se a posição do Tribunal de Contas da União, no Acórdão 2573/2012: “Sobre a matéria, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) manifestou-se no MS 11.308/DF quanto à “aplicabilidade do juízo arbitral em litígios administrativos, quando presentes direitos patrimoniais disponíveis do Estado”. Ratifica, assim, o pressuposto de disponibilidade dos direitos patrimoniais do Estado, conquanto afirma: “é assente na

O equilíbrio econômico financeiro pode ser abalado também pela ocorrência de inúmeros eventos imprevisíveis ao tempo da celebração da avença – sobretudo se levar-se em consideração o prazo máximo de trinta e cinco anos de duração de um contrato de concessão (art. 5º, I, Lei 11.079/2004). Diz-se, portanto, que a equação econômico-financeira desses contratos é dinâmica, pois deve atender não apenas (i) ao direito de remuneração do concessionário, mas também (ii) ao imperativo da modicidade tarifária e (iii) da continuidade dos serviços públicos.⁸³ Haveria, então, certo grau de “*incompletude deliberada*” nesses contratos de concessão, de modo a possibilitar uma adequada recomposição do seu equilíbrio econômico financeiro ao longo dos anos. Nas palavras de Rafael Véras:

“Nos ‘projetos concessionários’, às partes é impossível estabelecer, ex ante, todas as obrigações que serão necessárias à adequada prestação do serviços públicos durante a vigência contratual. Isso porque, como ensina Flavio Amaral Garcia, os contratos de concessão são ‘incompletos, porque realisticamente impossibilitados de regular todos os aspectos da relação contratual, o que os torna naturalmente inacabados e com lacunas, que reclamarão uma tecnologia contratual capaz de resolver a infinidade de contingências que poderão surgir durante a sua execução.’ Nesse quadrante, costuma-se afirmar que os contratos de longo prazo possuem uma incompletude deliberada.”⁸⁴ (grifou-se)

Em suma, os contratos de concessão possuem natureza dinâmica e complexa, sendo propositalmente incompletos de modo a possibilitar uma adequada manutenção do equilíbrio econômico-financeiro ao longo dos anos. Passa-se, então, a analisar

doutrina e na jurisprudência que indisponível é o interesse público, e não o interesse da administração”. No âmbito do TCU, a previsão da arbitragem, de forma indiscriminada, em contratos firmados para a prestação de serviço público já foi apreciada e proibida (cf. Acórdão 584/2003^{2ª} Câmara e Acórdão 537/2006-2^a Câmara). Os contratos assim formulados estão sendo alterados por meio de aditivos. Pode-se concluir que a jurisprudência tem buscado resguardar o interesse público, indisponível por natureza. No caso específico de contratos de concessão de serviços públicos, as questões econômico-financeiras são de interesse público e, por conseguinte, são indisponíveis a juízo arbitral em litígios administrativos. Finalmente, a título de exemplo, é oportuno mencionar que o Contrato de Concessão do Aeroporto Internacional de São Gonçalo do Amarante (ASGA), no Rio Grande do Norte, delimita as situações que ensejará a resolução por meio de arbitragem como sendo as relativas às “indenizações eventualmente devidas quando da extinção do presente contrato, inclusive quanto aos bens revertidos”. Portanto, é indelegável e irrenunciável a resolução das divergências decorrentes do contrato de concessão de serviço público quanto aos aspectos econômico-financeiros. Com fulcro no que dispõe o art. 1º da Lei 9.307/1996 e em que pese ser possível a aplicação da arbitragem, tão somente, aos aspectos regulamentares do contrato de concessão, tem-se por devido determinar à ANTT, haja vista o que dispõe o art. 24, inciso VII, da Lei 10.233/2001, que preveja expressamente, no Contrato de Concessão decorrente do Edital 001/2011BR101/ES/BA, a inaplicabilidade da Arbitragem para resolução de divergências relativas às questões econômico-financeiras do contrato de concessão.” TCU - Processo 003.499/2011-1, Acórdão 2573/2012, Rel. Raimundo Carreiro, Plenário.

⁸³ FREITAS, Rafael Véras de. Novos Desafios da arbitrabilidade objetiva nas concessões. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro*, vol. 26, 2016, p. 307-316.

⁸⁴ *Idem*, p. 308.

algumas das formas de se reequilibrar a equação econômico-financeira do contrato, sendo certo que muitas delas se mostrarão plenamente arbitráveis.

O cálculo e a aplicação do índice de reajuste, previsto no art. 23, IV, da Lei 8.987/1995, seria o primeiro exemplo de forma de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato envolvendo uma matéria plenamente arbitrável.⁸⁵ Como o reajuste se destina a verificar a variação dos custos que incidem especificamente em um determinado objeto contratual, a regra é a eleição de índice setorial que reflita não as perdas inflacionárias da economia em geral, mas aquelas que incidam sobre o setor ou sobre o contrato. Caberia ao árbitro, portanto, decidir acerca da adequação do índice estabelecido no contrato, bem como sobre os custos do concessionário sobre os quais este deverá incidir.⁸⁶

Outra matéria apontada pela doutrina como arbitrável, em tese, é a reversibilidade dos bens afetados à prestação do serviço público concedido. Como se sabe, ao firmar um contrato de concessão com um particular, o Poder Público não perde a titularidade sobre o serviço público, pois se delega o mero exercício daquele serviço objeto do contrato. Assim, “*embora fique por prazo determinado sem essa faculdade (gestão do serviço), a Administração mantém todas as demais faculdades inerentes ao seu direito sobre o serviço (de fiscalizá-lo, de alterar as condições de sua prestação, de retomá-lo, etc)*”.⁸⁷ Essa manutenção da obrigação do Poder Público de prestar um serviço essencial à coletividade faz com que, ao final da delegação contratual, o patrimônio necessário à

⁸⁵ Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:

[...] IV - ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas;

⁸⁶ Nas lições de Rafael Vêras: “Uma vez fixado o índice e preenchidas as condições de seu implemento [...] o reajustamento das prestações pecuniárias contratadas se dá por mera operação matemática automatizada. Nada obstante, parece-me que, em contratos de concessão, a matéria poderá provocar controvérsias a serem resolvidas por meio de procedimento arbitral. [...] Nesse quadrante, o árbitro poderá ter a importante função de decidir acerca dos ‘custos dos concessionários’ sobre os quais incidirá o índice setorial. Uma segunda possibilidade de tema que poderá ser levada à apreciação do *expert* diz respeito à análise da adequação do índice de reajuste previsto no contrato para fazer frente às perdas inflacionárias, sobretudo se se tratar de índice geral. É que, não raro, o Poder Público tem se valido de índices gerais que não retratam, efetivamente, as perdas suportadas pelos recursos aportados pelo concessionário.” FREITAS, Rafael Vêras de. Novos Desafios da arbitabilidade objetiva nas concessões. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro*, vol. 26, 2016, p. 321-322.

⁸⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*, 2ª ed., rev. atual. e amp., Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 422

execução do serviço retorne à posse estatal, em razão da necessidade de continuidade do serviço público.⁸⁸

Nesse sentido, caberá ao contrato, como dispõem os artigos 18, incisos X e XI e 23, inciso X, da Lei 8.987/1995, prever as características e condições dos bens reversíveis ao final do período de concessão, podendo ser revertidos tanto os bens que já pertenciam ao Poder concedente antes da concessão – e que apenas tiveram a sua posse transferida ao concessionário durante o período do contrato – quanto os bens adquiridos pelo concessionário ao longo do contrato e destinados à realização do serviço público.

Deve-se ressaltar, por oportuno, que a reversão “*não se trata de punição ao concessionário, na medida em que ou os seus custos para a aquisição desses bens já foram amortizados, ou se tratavam de bens originalmente do Poder Público*”.⁸⁹ Trata-se apenas de medida apta a efetivar o princípio da continuidade do serviço público, garantindo-se o direito do concessionário de ser indenizado na eventualidade de haver investimentos não amortizados ao momento de extinção do contrato (art. 36 da Lei 8.987/1995). Na prática, no entanto, não é simples identificar quais bens reverterão ao Poder Concedente, nem o valor eventualmente devido a título de indenização pelos investimentos não amortizados, sendo possível que se leve a questão ao juízo arbitral. Nas precisas lições de Rafael Vêras:

“Aqui, o árbitro terá um papel relevante nas concessões, identificando quais bens integrarão esse acervo. A nós, parece que os bens originalmente públicos serão revertidos ao patrimônio estatal, por duas razões: (i) primeiro, por já se tratar de patrimônio público, sob o aspecto da dominialidade, isto é, pois que integra o plexo de direitos patrimoniais estatal; (ii) segundo, porque ele é imprescindível à prestação do serviço público. No que tange aos bens de titularidade da concessionária, o tema terá duas soluções. Caso se trata de bem afetado à prestação do serviço delegado, ele deverá ser vertido ao patrimônio do Poder Concedente, mediante o pagamento de indenização ao concessionário, na forma do artigo 36 da Lei nº 8.987/1995 [...]. Por outro lado, caso não se trata de bem afetado a essa finalidade específica, não há que falar de afetação, sob pena de expropriação do patrimônio privado. Por fim, os direitos pessoais ou de terceiros (v.g. servidões administrativas), por estarem afetados à prestação do serviço, serão necessariamente revertidos, ainda que custeados com recursos da concessionária.

⁸⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*, 2ª ed., rev. atual. e amp., Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 445

⁸⁹ FREITAS, Rafael Vêras de. Novos Desafios da arbitrabilidade objetiva nas concessões. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro*, vol. 26, 2016, p. 323.

Outra função do árbitro nesta matéria será a de apontar o valor da indenização, nas hipóteses em que a concessão é extinta antecipadamente ou quando os investimentos do concessionário não restarem amortizados”.⁹⁰

Segundo o autor, seriam arbitráveis, ainda, controvérsias quanto à indenização devida no caso extinção antecipada do contrato de concessão, especialmente nos casos de encampação e de rescisão (art. 35, II e III da Lei 8.987/1995).⁹¹

A encampação é a “*retomada unilateral coativa do serviço pelo Poder concedente com os bens a ele vinculados por razões de interesse público*”,⁹² mediante prévia indenização e lei autorizativa específica (art. 37 da Lei 8.987/1995). Já a rescisão seria hipótese de extinção requerida pelo concessionário ao Poder Judiciário, em razão de inadimplemento do Poder Concedente, nos termos do art. 39 da Lei 8.987/1995, ficando o concessionário obrigado a prestar os serviços contratados até o trânsito em julgado da decisão judicial. Em ambos os casos, não há dúvidas que se fere a equação econômico-financeira inicialmente pactuada, sendo papel do árbitro fixar uma justa indenização ao concessionário:

“Nas hipóteses de encampação e de rescisão contratual, o procedimento arbitral poderá ser instaurado quando houver disputa quanto à indenização devida ao concessionário pelos eventuais prejuízos suportados com a ruptura do contrato. A nós, parece que esta indenização será composta: pelos danos emergentes relacionados aos investimentos ainda não amortizados, se for o caso; e pelos lucros cessantes, em razão do que ele deixou de ganhar e pelo custo do capital investido.”⁹³

Pode-se concluir, portanto, que a arbitragem é amplamente aceita como método adequado para solução de controvérsias no âmbito de contratos de concessão, sendo consideradas arbitráveis as questões atinentes à remuneração do concessionário e ao equilíbrio econômico financeiro do contrato, dentre elas (i) o reajuste contratual; (ii) a classificação dos bens reversíveis e o valor de indenização a ser paga pelos que não houverem sido amortizados até o momento de extinção do contrato; e (iii) a indenização a ser paga ao concessionário no caso de encampação ou rescisão contratual.

⁹⁰ FREITAS, Rafael Vêras de. Novos Desafios da arbitrabilidade objetiva nas concessões. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro*, vol. 26, 2016, p. 326.

⁹¹ *Idem*, p. 328.

⁹² ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*, 2ª ed., rev. atual. e amp., Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 445

⁹³ FREITAS, Rafael Vêras de. Novos Desafios da arbitrabilidade objetiva nas concessões. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro*, vol. 26, 2016, p. 337.

Por fim, cumpre destacar que a Medida Provisória nº 727, publicada em 12 de maio de 2016 e posteriormente convertida na Lei 13.334/2016, instituiu o Programa de Parcerias de Investimentos (PPI). O Programa inclui projetos nas áreas de energia, aeroportos, rodovias, portos, ferrovias e mineração, e foi criado com o objetivo estimular a contratação de parcerias entre o Poder Público e particulares, especialmente por meio de concessões e parcerias público-privadas.

Havia esperanças de que se previsse a utilização da arbitragem para solução dos conflitos oriundos desse programa,⁹⁴ o que, no entanto, não ocorreu, ensejando críticas da doutrina. Maurício Portugal Ribeiro, em artigo tratando especificamente do Programa de Parcerias de Investimentos, ressalta a importância da arbitragem no cenário das concessões e lamenta a ausência de uma previsão legal específica nesse sentido:

“Em um contexto no qual as agências reguladoras perderam, nos últimos anos, credibilidade para solução dos conflitos em torno da execução dos contratos de concessão – particularmente por consequência de atos de Governo que as capturaram, como, por exemplo, a indicação de diretores interinos, sem mandato – e em que o Poder Judiciário é excessivamente lento e os seus integrantes não possuem especialização para entender a complexidade das questões que emergem dos contratos de concessão e PPP, é indispensável viabilizar a possibilidade de utilização da arbitragem para solução dos conflitos que surgirem nos contratos de concessão em curso. Para isso, bastaria a previsão em lei de dispositivo que estabeleça que todas as questões econômico-financeiras tratadas em contratos de concessão ou PPP, inclusive nos contratos em curso, podem ser objeto de arbitragem, incluindo aquelas que decorram de impactos econômico-financeiros de decisões sobre aspectos regulamentares do contrato. Disposição nesse sentido deveria ter sido incluída na MP 727.”⁹⁵

Embora não haja uma previsão na Lei 13.334/2016 quanto à possibilidade de resolução pela via arbitral dos conflitos oriundos dos projetos incluídos no Programa, evidentemente nada impede que sejam inseridas cláusulas compromissórias em cada contrato de concessão individualmente considerado, sobretudo ante a alteração da Lei de

⁹⁴ Selma Ferreira Lemes, em entrevista ao Conjur publicada no dia 15.07.2016, afirmou: “Seria interessante que a Medida Provisória 727/2016, que institui o Programa de Parcerias de Investimentos (PPI), tivesse previsto a arbitragem. Talvez isso ainda possa ser solucionado com a inserção de um artigo na tramitação da MPV no Congresso”. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jul-15/solucoes-arbitragem-crescem-73-seis-anos-mostra-pesquisa> . Acesso em 18 de outubro de 2016.

⁹⁵ RIBEIRO, Maurício Portugal. *Medida Provisória 727/16 sobre PPI: o Governo Temer renunciou a usar investimentos em infraestrutura no curto prazo para revitalizar a economia do país?* In: Migalhas, 7 de julho de 2016. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI241939,41046-Medida+Provisoria+72716+sobre+PPI+o+Governo+Temer+renunciou+a+usar> . Acesso em 18 de outubro de 2016.

Arbitragem pela Lei 13.129/2015, que pôs fim à discussão acerca da necessidade de autorização legislativa para tanto.

2.2. Arbitragem no setor portuário: o Decreto 8.465/2015

Assim como as concessões de serviço público, o setor portuário é um dos ramos de infraestrutura que se desenvolve predominantemente com base em parcerias entre o Estado e particulares, nas quais a iniciativa privada realiza investimentos na estrutura pública e, em contrapartida, recebe remuneração dos usuários.⁹⁶ Por ser um setor em que os contratos podem ser firmados por até 25 anos (art. 8º, §2º, da Lei 12.815/2013), e cujas controvérsias envolvem aspectos técnicos complexos, “*a busca por uma solução para esses litígios, menos demorada e mais informada dos fundamentos técnicos especializados, consulta os interesses tanto da administração pública quanto das empresas portuárias*”⁹⁷.

Assim, a Nova Lei dos Portos (Lei 12.815/2013) previu, em seu art. 62, *caput* e §1º, a possibilidade de se usar a via arbitral para dirimir conflitos decorrentes da decisão administrativa que declare a empresa portuária inadimplente, em virtude do não recolhimento de tarifas portuárias devidas à administração do porto e à ANTAQ (Agência Nacional de Transportes Aquaviários):

Art. 62. O inadimplemento, pelas concessionárias, arrendatárias, autorizadas e operadoras portuárias no recolhimento de tarifas portuárias e outras obrigações financeiras perante a administração do porto e a Antaq, assim declarado em decisão final, impossibilita a inadimplente de celebrar ou prorrogar contratos de concessão e arrendamento, bem como obter novas autorizações.

§ 1º Para dirimir litígios relativos aos débitos a que se refere o caput, poderá ser utilizada a arbitragem, nos termos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Como visto, muitos diplomas legais específicos preveem a possibilidade de se dirimir conflitos envolvendo a Administração Pública pela via arbitral. Nenhuma dessas leis, no entanto, contava com uma regulamentação específica para arbitragem

⁹⁶ SCHWIND, Rafael Wallbach. O Programa de Parcerias de Investimentos (PPI) e suas implicações no setor portuário. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, nº 111, maio de 2016, disponível em <http://www.justen.com.br/pdfs/IE111/IE%20111%20-%20Rafael%20-%20MP%20727%20e%20o%20setor%20portu%C3%A1rio.pdf> . Acesso em 20 de outubro de 2016.

⁹⁷ LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Arbitragem no setor portuário: um passo importante para a difusão da arbitragem no âmbito da Administração Pública. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v, 47, out./dez. 2015, p. 77.

advinda da Chefia do Poder Executivo Federal,⁹⁸ razão pela qual mostra-se relevante a análise do Decreto 8.465, publicado em 8 de junho de 2015, justamente com o objetivo de regulamentar o §1º do art. 62 da Lei dos Portos, acima transcrito.

O Decreto 8.465/2015, no entanto, foi além de uma mera regulamentação do §1º art. 62 da Lei dos Portos, para abranger um grande escopo de questões atinentes ao setor portuário.⁹⁹ Nessa esteira, o art. 2º do Decreto previu a arbitrabilidade objetiva dos litígios envolvendo (i) o inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes, (ii) questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico financeiro dos contratos, e (iii) outras questões relacionadas ao inadimplemento no recolhimento de tarifas portuárias ou outras obrigações financeiras perante a administração do porto e a ANTAQ.¹⁰⁰

Como aponta Carlos Augusto da Silveira Lobo, apesar de ter sido alvo de duras críticas, o Decreto tem seu lado positivo, pois “*poderá constituir incentivo aos agentes*

⁹⁸ SCHMIDT, Gustavo da Rocha. *A arbitragem nos conflitos envolvendo a Administração Pública: uma proposta de regulamentação*. 2016. 140 f. Dissertação (Mestrado) - Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2016, p. 64.

⁹⁹ Carlos Alberto Carmona, em uma análise crítica do teor do Decreto, busca apontar as razões pelas quais este teria ultrapassado seus limites: “Durante a tramitação da reforma da lei de arbitragem, houve tentativa de emenda, na Câmara dos Deputados, para que constasse do art. 1º, parágrafo 1º da Lei de Arbitragem que a Administração Pública (direta e indireta) pudesse submeter litígios relativos a direitos patrimoniais à arbitragem, “desde que previsto no edital ou nos contratos da administração, nos termos do regulamento”. Esta tentativa de impor uma regulamentação à arbitragem em que fosse envolvida a Administração Pública soou despropositada, enfrentando oposição ferrenha da comunidade arbitral brasileira, que não queria permitir que o governo de plantão pudesse arruinar a experiência arbitral editando regulamentos, portarias ou decretos que estabelecessem desnecessárias diferenças entre a arbitragem disciplinada na Lei 9.307/96 (com as atualizações aportadas pela Lei 13.129/2015) e outras arbitragens “reguladas”, que certamente atenderiam setores do governo ou interesses momentâneos, criando diferenciações inconvenientes para o desenvolvimento do instituto no Brasil 5. O Senado Federal rejeitou a proposta da Câmara dos Deputados, [...] determinou simplesmente que a Administração Pública, direta ou indireta, poderia submeter-se à arbitragem. Redação curta, direta e adequada. 6. Ao que parece, o governo ficou vencido, mas não convencido: duas semanas depois da promulgação da Lei 13.129/2015, a Presidente da República edita um Decreto cujo objetivo seria regulamentar o parágrafo 1º do art. 62 da Lei 12.815/2013. Mas quem lê o Decreto entende perfeitamente que o diploma faz bem mais que isso.” CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no setor de infraestrutura portuária e as jabuticabas*. In: Migalhas, 11 de agosto de 2015. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI224914,81042-A+arbitragem+no+setor+de+infraestrutura+portuaria+e+as+jabuticabas> . Acesso em 11 de outubro de 2016.

¹⁰⁰ Art. 2º do Decreto 8.465/2015: Incluem-se entre os litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis que podem ser objeto da arbitragem de que trata este Decreto:

- I - inadimplência de obrigações contratuais por qualquer das partes;
- II - questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos; e
- III - outras questões relacionadas ao inadimplemento no recolhimento de tarifas portuárias ou outras obrigações financeiras perante a administração do porto e a Antaq.

públicos para convencionarem arbitragem ao amparo de normas aprovadas pela presidência da República”, e prossegue:

“A Lei de Arbitragem não precisa de regulamentação, mas o Dec. 8.465 serve como ‘marco regulatório’, que aliviará o agente público do receio de reprimendas por confiar a um tribunal privado a decisão do interesse da Administração Pública.”¹⁰¹

Dentre as previsões mais controversas se encontra o art. 6º, §2º, II, do Decreto, que exclui a recomposição do equilíbrio econômico financeiro da abrangência das cláusulas compromissórias. Não se proibiu a escolha da via arbitral para solucionar tais litígios, apenas se excluiu tais questões do escopo das cláusulas compromissórias, obrigando as partes a recorrer ao Judiciário ou celebrar compromisso arbitral após surgida a controvérsia.¹⁰²

A previsão parece inadequada, pois o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos é tradicionalmente visto pela doutrina, e pelo próprio STJ, no julgamento do Recurso Especial nº 904.813/PR, do qual se tratou no capítulo anterior, como um direito patrimonial disponível. Como bem sintetiza Gustavo Schmidt:

“É da natureza e da própria vocação do juízo arbitral a resolução de disputas de cunho predominantemente técnico, como é o caso de controvérsias que digam respeito ao equilíbrio econômico-financeiro de contratos com o Poder Público. Tanto assim que o art. 9º, § 2, do Decreto informa que “*será dada preferência à arbitragem... nos casos de litígios que envolvam análise técnica de caráter não jurídico*”. Mais do que isso, a recomposição do equilíbrio contratual é o típico exemplo de litígio que se refere a direitos patrimoniais disponíveis.”¹⁰³

O Decreto previu, ainda, em seu art. 3º, alguns parâmetros para a utilização da via arbitral, como a obrigatoriedade de que o procedimento seja realizado no Brasil e em língua portuguesa, além da vedação à arbitragem por equidade, devendo esta ser sempre de direito e aplicar a legislação brasileira.

¹⁰¹ LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Arbitragem no setor portuário: um passo importante para a difusão da arbitragem no âmbito da Administração Pública. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v, 47, out./dez. 2015, p. 78.

¹⁰² SCHMIDT, Gustavo da Rocha. *A arbitragem nos conflitos envolvendo a Administração Pública: uma proposta de regulamentação*. 2016. 140 f. Dissertação (Mestrado) - Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2016, p. 68.

¹⁰³ *Idem, ibidem*.

Parece fazer sentido que o procedimento seja obrigatoriamente realizado no Brasil e em língua portuguesa (art. 3º, III, Decreto 8.465/2015), na medida em que isto contribui para a maior celeridade na execução das sentenças, não sendo necessária a homologação da sentença arbitral estrangeira pelo Superior Tribunal de Justiça.¹⁰⁴ Além disso, a previsão de que a legislação aplicável à arbitragem seja brasileira, não impede que sejam adotadas normas processuais especiais para o procedimento arbitral, como expressamente admitido no inciso II, do art. 3º do Decreto.

No entanto, ao prever a obrigatoriedade de que a arbitragem seja de direito (art. 3º, I, do Decreto 8.465/2015), o decreto reflete norma igualmente prevista no art 2º, §3º, da Lei de Arbitragem, proibindo os árbitros de decidirem com equidade, do qual se tratou anteriormente.

Certamente em razão das dúvidas suscitadas tanto quanto ao Decreto 8.465/2015 quanto à Lei 13.129/2015, é que, dentre os enunciados aprovados na I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios promovido pelo Conselho da Justiça Federal em agosto de 2016, encontra-se o Enunciado 11¹⁰⁵, segundo o qual seria permitida, nas arbitragens envolvendo a Administração Pública, a adoção das regras internacionais de comércio e/ou usos e costumes aplicáveis às respectivas áreas técnicas – devendo-se interpretar o art. 3º, I, do Decreto 8.465/2015, portanto, também nesse sentido.

O art. 4º, por sua vez, prevê a possibilidade da arbitragem ser *ad hoc* ou institucional, e estabelece em seu §2º os requisitos para escolha da instituição arbitral: ter sede no Brasil, possuir reconhecida idoneidade, competência e experiência, além de estar regularmente constituída há pelo menos três anos e em regular funcionamento como instituição arbitral.

¹⁰⁴ SCHMIDT, Gustavo da Rocha. *A arbitragem nos conflitos envolvendo a Administração Pública: uma proposta de regulamentação*. 2016. 140 f. Dissertação (Mestrado) - Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2016, p. 73.

¹⁰⁵ Enunciado 11, da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, promovida pelo Conselho da Justiça Federal nos dias 22 e 23 de agosto de 2016: “Nas arbitragens envolvendo a Administração Pública, é permitida a adoção das regras internacionais de comércio e/ou usos e costumes aplicáveis às respectivas áreas técnicas”.

A exigência de que a instituição arbitral tenha sede no Brasil vem sendo criticada, pois “*exclui, desde logo, a intervenção de entidade de longa tradição e experiência em arbitragens envolvendo órgãos públicos, como a CCI (Câmara de Comércio Internacional, com escritório central em Paris)*”.¹⁰⁶ Como aponta Gustavo Schmidt, cumpridos os demais requisitos, deveria importar tão somente se a instituição está apta a prestar serviços no Brasil, possuindo ao menos uma filial no país, não necessariamente tendo sede em território brasileiro.¹⁰⁷

Criou-se grande polêmica, ainda, ante a obrigatoriedade de decisão colegiada prevista no art. 3º, V, segundo o qual as arbitragens cujo valor econômico exceda a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais) deverão ser decididas por três árbitros.¹⁰⁸ Carlos Alberto Carmona critica o dispositivo, pois a escolha do modo de composição do órgão julgador seria ínsita à própria noção de arbitragem, podendo este ser colegiado ou singular, desde que preservada a exigência de número ímpar de componentes. Além disso, segundo o autor, o valor da causa não necessariamente guardaria correspondência com a complexidade da causa, podendo ocorrer conflitos de valor inferior a vinte milhões de reais, mas que ensejem maiores dificuldades técnicas, demandando assim uma decisão colegiada. Por essas razões, afirma que caberia apenas às partes decidir acerca do modo de composição do tribunal arbitral.¹⁰⁹

Gustavo Schmidt, por outro lado, pondera que os conflitos envolvendo a Administração Pública tratam de questões que interessam a toda a coletividade, tornando-se necessária a modelação do uso de arbitragem de modo a minimizar os

¹⁰⁶ CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no setor de infraestrutura portuária e as jabuticabas*. In: Migalhas, 11 de agosto de 2015. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI224914,81042-A+arbitragem+no+setor+de+infraestrutura+portuaria+e+as+jabuticabas> . Acesso em 11 de outubro de 2016.

¹⁰⁷ SCHMIDT, Gustavo da Rocha. *A arbitragem nos conflitos envolvendo a Administração Pública: uma proposta de regulamentação*. 2016. 140 f. Dissertação (Mestrado) - Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2016, p. 73.

¹⁰⁸ Art. 3º A arbitragem de que trata este Decreto observará as seguintes condições:
[...] V - em caso de questões cujo valor econômico seja superior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais), o litígio deverá ser dirimido por colegiado de no mínimo três árbitros;
[...] § 1º Para os fins do disposto no inciso V do caput, será considerado como valor econômico da questão a quantia que a administração pública entender devida.

¹⁰⁹ CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no setor de infraestrutura portuária e as jabuticabas*. In: Migalhas, 11 de agosto de 2015. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI224914,81042-A+arbitragem+no+setor+de+infraestrutura+portuaria+e+as+jabuticabas> . Acesso em 11 de outubro de 2016.

riscos de captura e de erro de julgamento. Reputa como sábia, portanto, a regulamentação baixada pelo Poder Executivo, uma vez que as decisões proferidas pelo juízo arbitral são irrecorríveis, não permitindo uma revisão e eventual aperfeiçoamento em grau recursal.¹¹⁰ Completa, ainda, afirmando que:

“O julgamento por um órgão colegiado amplia o espaço de debate e discussão, qualificando a sentença arbitral e permitindo que seja a expressão de uma comunhão de vontades e convicções; e não a convicção isolada de um árbitro. Reduz-se com isso a chance de erro de julgamento e minimizam-se os riscos que derivam da inexistência do duplo grau de jurisdição. Poderia a Chefia do Poder Executivo, inclusive, ter estabelecido um piso mais reduzido para tal fim. Em se tratando de verba pública, é sempre recomendável que se tomem precauções para reduzir o risco de captura e erro de julgamento. (grifou-se)”¹¹¹

Dentre as polêmicas regras procedimentais trazidas pelo Decreto 8.465/2015, tem-se, ainda, a previsão contida no art. 5º, parágrafo único, segundo o qual se exigiria do árbitro estrangeiro um visto que autorize o exercício da atividade no Brasil. Carlos Alberto Carmona afirma que a exigência de visto é preocupante, pois representaria uma reprovável reserva de mercado aos profissionais brasileiros.¹¹² Cesar A. Guimarães Pereira resume as críticas levantadas por boa parte da doutrina, acrescentando que “*a referência específica ao visto para árbitros estrangeiros é uma sinalização negativa, incompatível com a boa-fé e a abertura à solução adequada de litígios que o decreto deveria estimular.*”¹¹³

¹¹⁰ SCHMIDT, Gustavo da Rocha. *A arbitragem nos conflitos envolvendo a Administração Pública: uma proposta de regulamentação*. 2016. 140 f. Dissertação (Mestrado) - Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2016, p. 75.

¹¹¹ *Ibidem*.

¹¹² CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no setor de infraestrutura portuária e as jabuticabas*. In: Migalhas, 11 de agosto de 2015. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI224914,81042-A+arbitragem+no+setor+de+infraestrutura+portuaria+e+as+jabuticabas> . Acesso em 11 de outubro de 2016.

¹¹³ “O requisito do parágrafo único do art. 5o [...] representa manifestação inexplicável de preconceito contra árbitros estrangeiros. Primeiro, a situação do visto do árbitro ou de qualquer outro envolvido na arbitragem é absolutamente irrelevante para o procedimento; não o afeta de modo algum, não tem qualquer relação com a sua validade ou viabilidade; restringe-se aos fins e efeitos próprios da legislação consular. Ademais, não cabe ao decreto disciplinar os requisitos de imigração ou a exigibilidade de visto.” PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *O decreto 8.465 e a arbitragem no setor portuário: considerações sobre a sua natureza, eficácia e objeto*. In: Migalhas, 27 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI224129,31047-O+decreto+8465+e+a+arbitragem+no+setor+portuario+consideracoes+sobre> . Acesso em 11 de outubro de 2016.

O referido artigo guarda relação com o §2º do art. 3º do Decreto 8.465/2015¹¹⁴, que prevê, nos julgamentos necessariamente decididos por colegiados, a obrigatoriedade de que pelo menos um dos árbitros seja bacharel em Direito. A esse respeito, deve-se destacar que não há qualquer exigência dessa natureza na Lei de Arbitragem, que é clara no sentido de ser admitida como árbitro qualquer pessoa capaz e de confiança das partes.¹¹⁵

Além dessas controversas disposições, estabelece o Decreto 8.465/2015 em seu art. 7º, §3º, que a “*escolha de árbitro ou de instituição arbitral será considerada contratação direta por inexigibilidade de licitação, devendo ser observadas as normas pertinentes*”, se referindo ao art. 25 da Lei 8.666/1993. A dificuldade de se estabelecer um método de escolha da entidade arbitral responsável pelos procedimentos envolvendo a Administração Pública será tratada novamente no quarto capítulo, dentre os obstáculos que se impõe à efetiva utilização da arbitragem pela Administração Pública.

Por ora, cabe pontuar que há autores que defendem a natureza singular dos serviços prestados pelas câmaras arbitrais, sendo adequada a definição trazida pelo Decreto¹¹⁶, por ser esta hipótese de inexigibilidade de licitação por contratação de profissional ou empresa com notória especialização (art. 25, II e §1º da Lei 8.666/1993). Há, no entanto, vozes contrárias a esse entendimento, como Cesar A. Guimarães Pereira, segundo o qual o decreto formularia uma interpretação inadequada da natureza da vinculação entre as partes da arbitragem e a instituição arbitral, sendo esta, em verdade, hipótese de não incidência de licitação.¹¹⁷

Outra disposição alvo de críticas é a obrigatoriedade de prazo mínimo de 45 dias para apresentação da defesa das partes (art. 3º, VI, do Decreto 8.465/2015).

¹¹⁴ Art. 3º, § 2º: No caso de litígios que devam ser necessariamente decididos por colegiado de árbitros, na forma do inciso V do caput, pelo menos um dos árbitros será bacharel em Direito, sem prejuízo da obrigatoriedade de cumprimento dos requisitos do art. 5º

¹¹⁵ SCHMIDT, Gustavo da Rocha. *A arbitragem nos conflitos envolvendo a Administração Pública: uma proposta de regulamentação*. 2016. 140 f. Dissertação (Mestrado) - Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2016, p. 75.

¹¹⁶ SCHMIDT, Gustavo da Rocha. *A arbitragem nos conflitos envolvendo a Administração Pública: uma proposta de regulamentação*. 2016. 140 f. Dissertação (Mestrado) - Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2016, p. 71.

¹¹⁷ PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *O decreto 8.465 e a arbitragem no setor portuário: considerações sobre a sua natureza, eficácia e objeto*. In: Migalhas, 27 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16.MI224129.31047-O+decreto+8465+e+a+arbitragem+no+setor+portuario+consideracoes+sobre> . Acesso em 11 de outubro de 2016.

Carmona, mais uma vez, critica o Decreto por tolher o direito das partes de estabelecer o procedimento mais conveniente no caso concreto, e pondera que o dispositivo caminha em sentido contrário até mesmo do Novo Código de Processo Civil, que prevê a possibilidade de celebração, em processo judicial, de negócios jurídicos processuais.¹¹⁸

Gustavo Schmidt, no entanto, defende a norma, pois apenas “*no mundo ideal, a Administração Pública estaria apta a se defender com a mesma agilidade e eficiência que os particulares em geral*”.¹¹⁹ Assim, diante da burocracia estatal envolvida no encaminhamento de ofícios, o cuidado com a coisa pública justificaria a previsão legal quanto a um prazo mais ampliado para a apresentação de defesa das partes. Por esse mesmo motivo, defende o autor, ainda, a correção do art. 10, §1º do Decreto 8.465/2015, que prevê a intimação pessoal dos advogados públicos: “*É necessário reconhecer as limitações estatais e tomar as precauções necessárias para preservar o erário de suas próprias ineficiências*”.¹²⁰

Por fim, deve-se ressaltar a discutível previsão do art. 3º, VII, do Decreto 8.465/2015, segundo a qual “*as despesas com a realização da arbitragem serão adiantadas pelo contratado quando da instauração do procedimento arbitral, incluídos os honorários dos árbitros, eventuais custos de perícias e demais despesas com o procedimento*”.

A norma parece criar um grande ônus ao particular, que terá que adiantar os altos custos envolvidos no procedimento arbitral, ainda que este seja iniciado pela Administração Pública. Da leitura do dispositivo, depreende-se que caberá ao particular adiantar todas as despesas, inclusive aquelas que caberiam à Fazenda, como os custos de produção de prova pericial que lhe aproveite e honorários devidos ao respectivo

¹¹⁸ CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no setor de infraestrutura portuária e as jabuticabas*. In: Migalhas, 11 de agosto de 2015. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI224914,81042-A+arbitragem+no+setor+de+infraestrutura+portuaria+e+as+jabuticabas> . Acesso em 11 de outubro de 2016.

¹¹⁹ SCHMIDT, Gustavo da Rocha. *A arbitragem nos conflitos envolvendo a Administração Pública: uma proposta de regulamentação*. 2016. 140 f. Dissertação (Mestrado) - Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2016, p. 75-76.

¹²⁰ SCHMIDT, Gustavo da Rocha. *A arbitragem nos conflitos envolvendo a Administração Pública: uma proposta de regulamentação*. 2016. 140 f. Dissertação (Mestrado) - Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2016, p. 76.

coárbitro. Seria esta uma clara afronta ao princípio da igualdade das partes por impor despesas tão elevadas ao réu, o que seria capaz de ensejar, segundo Gustavo Schmidt, inclusive a nulidade do procedimento arbitral.¹²¹

Demonstradas as principais controvérsias envolvendo o Decreto 8.465/2015, conclui-se que este claramente extrapolou os limites do art. 62, §1º, da Lei dos Portos a que pretendia regulamentar, mas se desincumbiu do ônus de estabelecer taxativamente a arbitrabilidade objetiva dos conflitos no setor portuário (art. 2º do Decreto 8.465/2015), tarefa muitas vezes evitada pelo legislador. Em que pese tenha previsto alguns bons parâmetros para a atuação do administrador público, parece, em muitos pontos, ter desfigurado o instituto da arbitragem, razão pela qual vem sendo muito criticado. Por ser inédito enquanto um regulamento especialmente destinado à arbitragem envolvendo a Administração Pública federal, no entanto, poderá servir de ponto de partida para a regulamentação da arbitragem por outros entes federativos, tese defendida por parte da doutrina, e que será debatida no quarto capítulo.

3. ARBITRABILIDADE OBJETIVA DE CONFLITOS ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Como visto, a Lei 13.129/2015 pôs fim às incertezas envolvendo a arbitrabilidade subjetiva dos conflitos envolvendo a Administração Pública, mas não conseguiu dirimir as inúmeras dúvidas quanto à arbitrabilidade objetiva desses conflitos. A dificuldade nessa definição mostra-se, inegavelmente, um fator impeditivo à efetiva utilização da arbitragem por entes estatais, razão pela qual se pretende discutir, a seguir, alguns pontos admitidos pelo Superior Tribunal de Justiça como arbitráveis, evidentemente sem a pretensão de exaurir este estudo.

Parte dessa dificuldade na definição da arbitrabilidade objetiva decorre comumente da própria redação da convenção de arbitragem, que muitas vezes deixa grande abertura na definição do tema que deverá ser levado ao juízo arbitral. Isso ocorre com alguma frequência nas cláusulas compromissórias, muitas das quais são redigidas de forma genérica, delegando a árbitros a solução dos “litígios decorrentes do contrato”

¹²¹ *Ibidem.*

em cujo texto a cláusula se insere.¹²² O mesmo nem sempre ocorre nos compromissos arbitrais, tendo em vista tratarem de litígios já concretizados, sendo provável que a definição do objeto da arbitragem seja mais bem delineada.¹²³

Assim como qualquer particular, é possível que a Administração Pública, ao redigir o contrato administrativo, excepcione expressamente a incidência da cláusula compromissória quanto a determinados temas – ainda que tratem de direitos patrimoniais disponíveis. Na falta de uma exclusão expressa, no entanto, “*a interpretação da convenção deve envolver toda a relação jurídica.*”¹²⁴ Segundo Carlos Alberto Carmona, as dúvidas quanto à interpretação da extensão da cláusula compromissória devem ser resolvidas no sentido de favorecer a arbitragem, pois, “*quem convencionou a solução arbitral para dirimir litígio não está, em princípio (a não ser que aja com reserva mental) imaginando fatiar a contenda para submeter parte das questões ao árbitro e parte ao Poder Judiciário.*”¹²⁵

No entanto, delinear a extensão objetiva da cláusula compromissória nos conflitos envolvendo a Administração Pública não parece ser tarefa simples, justamente por envolver interesses públicos, relacionados a toda a coletividade. Passa-se a analisar, portanto, alguns casos em que o Superior Tribunal de Justiça se pronunciou sobre a arbitrabilidade da matéria em litígio.

3.1. Arbitrabilidade objetiva segundo o Superior Tribunal de Justiça

Embora a maior parte dos casos envolvendo arbitragem e o Poder Público no Superior Tribunal de Justiça envolva exclusivamente empresas públicas e sociedades de economia mista – certamente em razão da irrisória utilização, nos últimos anos, da arbitragem pela Administração Pública direta – é pertinente que se façam breves análises de seus conteúdos.

Em um dos precedentes mais importantes sobre o tema (Recurso Especial nº 904.813/PR), envolvendo a Companhia Paranaense de Gás Natural – COMPAGAS e o

¹²² CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo : um comentário à Lei nº 9.307/1996*, 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009, p. 84

¹²³ *Ibidem.*

¹²⁴ *Ibidem*, p. 85.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 84

Consórcio Carioca Passarelli, a relatora, Ministra Nancy Andrighi, expressamente admitiu a arbitrabilidade da discussão envolvendo a manutenção do equilíbrio econômico financeiro do contrato, por não se tratar de direito indisponível. Na ocasião, a Ministra ressaltou que as partes escolheram se submeter à arbitragem e renunciar ao juízo estatal, sendo a posterior impugnação ao compromisso arbitral um ato prejudicial ao interesse público, por impedir a célere resolução da controvérsia:

“Com efeito, a controvérsia entre as partes é de caráter eminentemente patrimonial e disponível, tanto assim que as partes poderiam tê-la solucionado diretamente, sem intervenção tanto da jurisdição estatal, como do juízo arbitral. Preferiram, no entanto, optar pela arbitragem, mediante a celebração do compromisso arbitral, posteriormente impugnado pela recorrente. Observe-se que se tratou de um ato voluntário da administração – concessionária – submeter a controvérsia ao juízo arbitral, renunciando ao juízo estatal. Nesse contexto, pode-se dizer que a atitude posterior da recorrente, de impugnar seu próprio ato, beira às raias da má-fé, além de ser evidentemente prejudicial ao próprio interesse público de ver resolvido o litígio de maneira mais célere.”¹²⁶

No Mandado de Segurança nº 11.308/DF, julgado em 09.04.2008, de relatoria do então Ministro Luiz Fux, a Corte entendeu válida a estipulação de cláusula compromissória em contrato de arrendamento firmando entre a NUCLEP - Nuclebrás Equipamentos Pesados S/A e a empresa TMC – Terminal Multimodal de Coroa Grande – SPE – S/A. Na ocasião, o Ministro relator ressaltou que, embora as sociedades de economia mista estejam inseridas na Administração Pública indireta, suas atividades são regidas primordialmente pelo direito privado, sendo indubitável o cabimento da arbitragem nos casos em que a Administração está submetida a uma contraprestação financeira vinculada à obra ou serviço executado em benefício da Administração. Nesse sentido:

“*In casu*, por se tratar tão somente de contrato administrativo versando cláusulas pelas quais a Administração está submetida a uma contraprestação financeira, indubitável o cabimento da arbitragem. Não faria sentido ampliar o conceito de indisponibilidade à obrigação de pagar vinculada à obra ou serviço executado ou a benefício auferido pela Administração em virtude da prestação regular do outro contratante.”¹²⁷

Em outro caso interessante julgado pelo STJ, discutiu-se a existência de cláusula compromissória em contrato para aquisição de potência de energia elétrica firmado

¹²⁶ STJ - REsp 904.813/PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 20/10/2011, DJe 28/02/2012.

¹²⁷ STJ - MS 11.308/DF, Rel. Ministro Luiz Fux, 1ª Seção, julgado em 09/04/2008, DJe 19/05/2008

entre a empresa AES Uruguaiana Empreendimentos Ltda. e a Companhia Estadual de Energia Elétrica (CEEE), sociedade de economia mista com sede no Estado do Rio Grande do Sul.¹²⁸ Em seu voto, o Ministro João Otávio de Noronha afirmou que a vontade manifestada pelas partes de submeter o litígio à arbitragem não poderia ser afastada unilateralmente e que seriam arbitráveis as matérias referentes à atividade-fim realizada pela estatal, como os serviços públicos de natureza industrial ou atividade econômica de produção ou comercialização de bens:

“Em outras palavras, pode-se afirmar que, quando os contratos celebrados pela empresa estatal versem sobre atividade econômica em sentido estrito – isto é, serviços públicos de natureza industrial ou atividade econômica de produção ou comercialização de bens, suscetíveis de produzir renda e lucro –, os direitos e as obrigações deles decorrentes serão transacionáveis, disponíveis e, portanto, sujeitos à arbitragem. [...] Por outro lado, quando as atividades desenvolvidas pela empresa estatal decorram do poder de império da Administração Pública e, conseqüentemente, sua consecução esteja diretamente relacionada ao interesse público primário, estarão envolvidos direitos indisponíveis e, portanto, não-sujeitos à arbitragem.”¹²⁹

Em outro caso mais recente, o Agravo Regimental em Medida Cautelar nº 25.470, julgado em maio de 2016, o STJ teve a oportunidade de resolver controvérsia de natureza eminentemente processual, mas que indiretamente envolvia a análise da eficácia de cláusula compromissória quanto à cobrança de royalties e participações especiais de empresas exploradoras de petróleo.

No caso, as três empresas requerentes, Petrobras, BG E&P Brasil Ltda., e Petrogal Brasil S.A., unidas em consórcio, detinham o direito de exploração de petróleo em determinada área, devendo pagar royalties e participações especiais ao Poder Concedente, representado pela ANP. Instaurou-se, porém, controvérsia entre as empresas e a ANP, pois, enquanto para a agência reguladora a concessão se referiria a um campo de petróleo único, as empresas entendiam que a área objeto da concessão possuía dois reservatórios de petróleo diferentes (Campo de Lula e Campo de Cernambi). Essa divergência influenciava enormemente os valores a serem pagos a título de royalties e participações especiais, o que levou as empresas a recorrer a juízo

¹²⁸ Recursos Especiais 612.439/RS e 606.345/RS, de relatoria do Ministro João Otávio Noronha. No julgamento do Recurso Especial 606.435, oriundo do mesmo caso, porém julgado posteriormente, o STJ teve a oportunidade de consolidar o seu entendimento acerca da arbitrabilidade da matéria em disputa.

¹²⁹ STJ - REsp 612.439/RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, 2ª Turma, julgado em 25/10/2005, DJ 14/09/2006, p. 299

arbitral internacional – com base em cláusula compromissória constante no contrato de concessão – buscando reduzir os encargos fixados em lei.

Paralelamente, a ANP ajuizou ação ordinária na Justiça Federal do Rio de Janeiro para anular o procedimento arbitral, alegando a indisponibilidade da matéria objeto do litígio. As requerentes, por sua vez, para não terem de pagar integralmente os valores pretendidos pela ANP, ajuizaram medida cautelar incidental ao processo de arbitragem, ação originária da Medida Cautelar nº 25.470 ora em análise, onde obtiveram liminar para depositar em juízo os valores controvertidos.

Ocorre que a Justiça Federal do Rio de Janeiro julgou procedente a ação anulatória de arbitragem, ajuizada pela ANP antes mesmo da prolação da sentença arbitral, afirmando que, “*existindo dúvida fundada sobre a disponibilidade dos direitos submetidos à arbitragem, aguardar a definição do juízo arbitral para apenas depois suscitar a ilegalidade junto ao juiz togado através de ação anulatória é, com o perdão da expressão, perda de tempo*”.¹³⁰ A decisão concluiu, ainda, que a Medida Cautelar ajuizada pelas empresas havia perdido o objeto, razão pela qual esta foi extinta sem julgamento do mérito, com revogação da liminar que permitia o depósito dos valores em juízo.

Em verdade, é em torno de questão processual envolvendo a revogação dessa liminar que gravita a Medida Cautelar nº 25.470, não havendo o STJ enfrentado especificamente a possibilidade de se anular procedimento de arbitragem antes de proferida a sentença arbitral, nem se manifestado quanto à suposta indisponibilidade da matéria em litígio.

No entanto, em algumas passagens de seus votos, os Ministros trazem alguns apontamentos interessantes sobre a questão da arbitrabilidade objetiva e que merecem ser analisados. O relator, Ministro Humberto Martins, admite a natureza legal – e não

¹³⁰ “Se a ANP já indica peremptoriamente que ingressará com ação questionando a validade de eventual sentença arbitral que lhe seja desfavorável com base no argumento da indisponibilidade do direito deduzido, a postergação desta análise pelo Poder Judiciário gera insegurança na estabilidade da sentença arbitral. Em outras palavras, a sentença arbitral sendo proferida, ainda assim terá pendente uma condição (não no sentido técnico) capaz de nulificá-la e que era conhecida antes mesmo da instituição do procedimento arbitral (art. 19 da Lei 9307/96), vide documento de fls. 33.” JFRJ, Processo nº 0005966-81.2014.4.02.5101, 1ª. Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, j. em 13.05.2015, p. em 26.05.2015, fls. 1.082.

meramente contratual – da cobrança dos royalties e das participações especiais, afirmando que a concessão para a exploração de petróleo envolveria, em contrapartida, o pagamento desses valores ao Poder Concedente.

A questão da arbitrabilidade da disputa perpassaria, portanto, a análise da natureza da decisão da ANP que não permitiu a divisão da área objeto da concessão em dois campos de exploração. Deve-se analisar se seria este um caso de exercício do poder de polícia típico de agência reguladora, envolvendo a interpretação do conceito de “campo de petróleo” previsto na Lei do Petróleo (Lei 9.478/1997), ou se seria apenas uma interpretação de cláusula do contrato de concessão.

Segundo a sentença anulatória, citada especificamente pelo Ministro Hermann Benjamin em seu voto-vista proferido nos autos da Medida Cautelar nº 25.470, a possibilidade de se dividir, em dois, o bloco contido na área de concessão, não seria uma interpretação de cláusula contratual, mas sim uma decisão da ANP tomada com base em seu poder regulamentador da exploração do petróleo no Brasil. Levar o inconformismo com a decisão da ANP à arbitragem seria uma tentativa de se discutir a imperatividade dos atos administrativos no juízo arbitral, o que, segundo a decisão de primeira instância, não seria possível, ante a indisponibilidade da matéria.

Assim parece ter se posicionado o Ministro Hermann Benjamin, o qual afirmou, embora sem compromisso em definitivo com a tese, parecer correta a sentença anulatória de procedimento arbitral, uma vez que a matéria discutida se inseriria no âmbito do poder regulatório da ANP:

“Sem compromisso em definitivo com a tese, razoável supor que a possibilidade de um campo de petróleo poder ou não ser dividido em dois não envolve questão contratual, mas exercício do poder regulatório a cargo da ANP, que é quem tem atribuição legal para “promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo” (art. 8º da Lei 9.478/97), especialmente levando-se em conta que a exploração de petróleo é monopólio da União (art. 177 da Constituição). Assim, havendo conflito não em relação a questão contratual, mas de exercício do poder regulatório, a solução teria de ser buscada no Poder Judiciário, e não no juízo arbitral.”¹³¹

¹³¹ STJ - AgRg na MC 25.470/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, 2ª Turma, julgado em 17/05/2016, DJe 12/09/2016

A esse respeito, cumpre pontuar que Artur Watt Neto, em artigo tratando especificamente desse caso, defende a inarbitrabilidade da matéria, por envolver a interpretação de dispositivos legais, não se referindo apenas a cláusulas contratuais:

“Do mesmo modo, entendemos não ser possível a arbitragem em casos nos quais a controvérsia decorre da interpretação de um conceito legal ou de uma obrigação diretamente na lei. É essa aliás, a posição defendida pela Advocacia-Geral da União, em processos que envolvem o pagamento de participações governamentais decorrentes da exploração de petróleo. Discute-se a extensão do conceito de ‘campo de petróleo’ e suas repercussões no pagamento da participação especial prevista em lei e regulamentada por decreto. Neste caso, ainda que a relação jurídica entre as partes se dê por meio de um contrato com cláusula arbitral, a obrigação em questão é derivada diretamente de normas constitucionais, legais e regulamentares. [...] O fato de o contrato de concessão, que contém cláusula arbitral, fazer referência ao conceito previsto em lei e à obrigação de pagar todas as participações governamentais nos termos da legislação em vigor não transfere a questão para o plano de um direito patrimonial disponível.”¹³² (grifou-se)

O autor traz, ainda, mais um argumento contrário à arbitrabilidade da matéria em análise, uma vez que o pagamento de participações especiais teria como beneficiários a União, Estados e Municípios, e não a própria ANP. Embora se possa argumentar que a União seria representada pela ANP, o raciocínio não se estende aos demais entes, argumentando-se, portanto, que os direitos de terceiros seriam indisponíveis e inarbitráveis, sobretudo porque a convenção de arbitragem obriga apenas as partes que a contrataram.

Permita-se, a esse respeito, discordar do ilustre autor, uma vez que a Agência Nacional do Petróleo é encarregada de estabelecer as políticas nacionais concernentes a exploração de petróleo no Brasil, como dispõe o art. 1º da Lei 9.478/1997. A autarquia gere, portanto, os interesses não apenas da União, mas também os dos estados, municípios e Distrito Federal, não parecendo haver qualquer óbice, ao menos em tese, à arbitrabilidade da matéria sob essa justificativa.

Gustavo Schmidt, tratando especificamente sobre o caso em exame, pondera ainda que a atividade do árbitro, em essência, é a de interpretar o direito posto, e, considerando que os contratos de concessão invariavelmente envolverão o regime

¹³² WATT NETO, Artur. *Reforma da Lei de Arbitragem, Administração Pública e direitos indisponíveis*. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro, vol. XXVI, 2016, p. 396-697.

jurídico de direito público, o autor ressalta o risco de que não sobre qualquer espaço para arbitragens nesse setor, caso vingue a posição exarada na sentença anulatória:

“Tenho a impressão, particularmente, de que a controvérsia ali instaurada versava, de fato, sobre direitos patrimoniais disponíveis, atraindo a competência do juízo arbitral. Isso – percebe-se – não significa que as concessionárias fossem ter ganho de causa. A matéria de mérito teria que ser examinada pelo Tribunal Arbitral, a quem caberia dar a última palavra, em caráter definitivo e vinculante, sobre a lide. Ocorre que não aguardou a ANP, sequer, o exame da questão litigiosa pelos árbitros. [...] Demais disso, inexistente controvérsia que possa surgir de um contrato de concessão e que não verse sobre tema de direito público. O contrato de concessão é espécie do gênero contrato administrativo e se rege, por natureza, pelas regras e pelo regime jurídico de direito público. Logo, se a referida estipulação contratual for levada ao pé da letra, nenhum espaço terá remanescido para a resolução de conflitos pela via da arbitragem.”¹³³

A decisão da Justiça Federal do Rio de Janeiro que declarou nulo o procedimento arbitral antes mesmo de proferida sentença arbitral suscita críticas, ainda, pois, em regra, competiria aos árbitros decidir sobre a competência do juízo arbitral – ainda que a matéria se referisse a direito indisponível – sob pena de se ferirem princípios basilares da arbitragem, como será analisado no tópico seguir.

Conclui-se, portanto, que, embora o STJ não tenha se manifestado especificamente sobre o tema, é possível que sejam considerados inarbitráveis os casos envolvendo o poder regulamentador das agências reguladoras, como aqueles que envolvem a interpretação de dispositivos legais, e não apenas de cláusulas contratuais. Por outro lado, segundo os julgados tratados acima, percebe-se que foram considerados arbitráveis pela Corte (i) as discussões envolvendo o equilíbrio econômico-financeiro do contrato; (ii) os casos em que a Administração está submetida a uma contraprestação financeira, vinculada à obra ou serviço executado em seu benefício; e (iii) as matérias referentes à atividade-fim realizada pela empresa estatal exploradora de atividade econômica.

3.2. Eficácia da cláusula compromissória e o princípio da *Kompetenz-Kompetenz*

¹³³ SCHMIDT, Gustavo da Rocha. *A arbitragem nos conflitos envolvendo a Administração Pública: uma proposta de regulamentação*. 2016. 140 f. Dissertação (Mestrado) - Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2016, p. 112-114.

A preferência que se dá ao árbitro, e não ao juiz togado, de analisar a arbitrabilidade da matéria em disputa decorre de dois fundamentos da arbitragem: a autonomia da cláusula compromissória e o princípio da *Kompetenz-Kompetenz*, preconizados no art. 8º, *caput* e parágrafo único, da Lei 9.307/1996.¹³⁴

A autonomia da cláusula compromissória decorre do *caput* do art. 8º da Lei de Arbitragem, segundo o qual eventual nulidade do contrato não gera, por si só, a nulidade de cláusula compromissória nele inserida. Uma vez prevista a cláusula compromissória, portanto, ainda que nulo o contrato, vinculam-se as partes aos efeitos positivos e negativos da convenção de arbitragem – o primeiro impondo às partes o dever de submeter eventuais disputas ao juízo arbitral, e o segundo, o dever de abster-se de levar o conflito à jurisdição estatal.¹³⁵

Uma vez constatada a existência de cláusula compromissória no contrato firmado entre particular e a Administração Pública, caberá às partes tão somente a submissão ao procedimento arbitral, em obediência aos efeitos da cláusula compromissória por elas pactuadas, sendo este um dos pilares da arbitragem, como afirma Gary Born:

“Ao aceitar a arbitragem, as partes não apenas renunciam aos seus direitos legais ou ao acesso aos recursos judiciais, mas ao contrário, positivamente acordam em participar na resolução de suas disputas por meio de um procedimento arbitral, que tem características *sui generis*. Esta obrigação positiva de participar de um processo de resolução de litígios mutuamente estabelecido e adjudicativo está na base da convenção de arbitragem.”¹³⁶

¹³⁴ Art. 8º da Lei 9.307/1996: A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória. Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.

¹³⁵ Nas palavras de Carlos Alberto Carmona: “Em síntese apertada, a convenção de arbitragem tem um duplo caráter: como acordo de vontades, vincula as partes no que se refere a litígios atuais ou futuros, obrigando-as reciprocamente à submissão ao juízo arbitral; como pacto processual, seus objetivos são os de derrogar a jurisdição estatal, submetendo as partes à jurisdição dos árbitros. Portanto, basta a convenção de arbitragem (cláusula ou compromisso) para afastar a competência do juiz togado, sendo irrelevante estar ou não instaurado o juízo arbitral.” CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/1996*, 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009, p. 79.

¹³⁶ Tradução livre, do original: ““In agreeing to arbitrate, the parties do not merely negatively waive their legal rights or access to judicial remedies, but instead affirmatively agree to participate in the resolution of their disputes through the arbitral process, which has *sui generis* characteristics. This positive obligation to participate in a mutually-established, adjudicative, dispute resolution process is at the foundation of the arbitration agreement.” BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, vol. I, 1.006), 3ª edição, São Paulo, Atlas, 2009, p. 79

Em adendo à autonomia da convenção arbitral, há o princípio da *Kompetenz-Kompetenz*, positivado no art. 8º da Lei de Arbitragem, do qual se depreende que “*caberá ao árbitro decidir sobre sua própria competência, resolvendo as impugnações que surjam acerca de sua capacidade de julgar, da extensão de seus poderes, da arbitrabilidade da controvérsia, enfim, avaliando a eficácia e a extensão dos poderes que as partes lhe conferiram*”.¹³⁷

A atribuição de poderes ao árbitro para decidir acerca de sua própria competência e da arbitrabilidade do conflito, no entanto, não soluciona todos os problemas, pois, como pondera Carlos Alberto Carmona, “*em algumas hipóteses, caberá ao juiz togado lidar com a questão da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem*”. Segundo o autor, em hipóteses excepcionais, na qual uma das partes promove demanda arbitral, na qual enfrenta a alegação do adversário de invalidade da convenção de arbitragem, ao mesmo tempo em que este último propõe demanda perante o juiz togado, a solução mais sensata seria suspender o processo arbitral até a decisão acerca da validade da convenção de arbitragem ser proferida pelo juiz togado. Isso porque, “*ao final e ao cabo, tocará ao juiz togado enfrentar a questão da validade da convenção de arbitragem na demanda, que será certamente movida pela parte resistente com base no art. 32 da Lei*”. O autor ressalta que o juiz apenas poderia declarar, previamente, a invalidade de uma convenção de arbitragem em hipóteses excepcionais, nos casos em que o vício pudesse ser facilmente perceptível em sede de cognição sumária:

“A doutrina, de qualquer forma, ainda não tem posicionamento firme no sentido de identificar com exatidão quais os limites dos poderes investigativos do juiz acerca da invalidade da convenção de arbitragem. Emmanuel Gaillard sugere que o juiz só possa declarar a invalidade da convenção arbitral quando o vício for reconhecível *prima facie*, ou seja, de pronto, sem necessidade de maior exame. Parece que o ilustre professor parisiense tem razão, já que a limitação da cognição do juiz apenas a aspectos que desde logo pode detectar, sem maiores indagações (cognição sumária, portanto), harmoniza-se com o princípio da *Kompetenz-Kompetenz* adotado pela Lei. **Se assim for, poderia o juiz togado reconhecer a invalidade de um compromisso arbitral a que falte qualquer de seus requisitos essenciais, ou a impossibilidade de fazer valer uma convenção arbitral que diga respeito a uma questão de direito indisponível;** mas não poderia determinar o prosseguimento da instrução probatória para verificar o alcance

¹³⁷ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/1996*, 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009, p. 175.

da convenção arbitral ou para aferir se algum dos contratantes teria sido forçado ou induzido a celebrar o convênio arbitral. – grifou-se.”¹³⁸

Como se vê, o autor elenca a indisponibilidade do direito envolvido como exemplo de vício apto a ensejar a declaração de invalidade da convenção arbitral pelo juiz togado, posicionamento que se mostra especialmente relevante para os litígios envolvendo a Administração Pública. Um exemplo nesse sentido seria a decisão de primeira instância proferida nos autos do processo envolvendo as empresas exploradoras de petróleo e a ANP, no qual o procedimento arbitral foi anulado, em virtude da indisponibilidade do direito envolvido, antes mesmo de proferida a sentença arbitral.¹³⁹

O Superior Tribunal de Justiça, no entanto, em diversas oportunidades, entendeu de maneira diversa. No julgamento da Sentença Estrangeira Contestada nº 854/EX, por exemplo, a Corte Especial confirmou que “*ante a cláusula arbitral, de rigor a submissão da alegação de nulidade primeiramente ante o próprio tribunal arbitral*”. O acórdão ressaltou, ainda, a necessidade de se respeitar o princípio da *Kompetenz-Kompetenz*, “*sob pena de abrir-se larga porta à judicialização nacional estatal prematura, à só manifestação unilateral de vontade de uma das partes, que, em consequência, teria o poder de, tão somente ‘ad proprium nutum’, frustrar a arbitragem avençada*”.¹⁴⁰

Já no Recurso Especial nº 1.278.852/MG, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, ressaltou-se que haveria uma alternância de competência entre os juízos arbitral e o togado, relativamente às questões inerentes à existência, validade, extensão e eficácia da convenção de arbitragem, “*porquanto a ostentam em momentos procedimentais distintos, ou seja, a possibilidade de atuação do Poder Judiciário é*

¹³⁸ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/1996*, 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009, p. 177.

¹³⁹ “Se a ANP já indica peremptoriamente que ingressará com ação questionando a validade de eventual sentença arbitral que lhe seja desfavorável com base no argumento da indisponibilidade do direito deduzido, a postergação desta análise pelo Poder Judiciário gera insegurança na estabilidade da sentença arbitral. Em outras palavras, a sentença arbitral sendo proferida, ainda assim terá pendente uma condição (não no sentido técnico) capaz de nulificá-la e que era conhecida antes mesmo da instituição do procedimento arbitral (art. 19 da Lei 9307/96), vide documento de fls. 33.” JFRJ, Processo nº 0005966-81.2014.4.02.5101, 1ª. Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, j. em 13.05.2015, p. em 26.05.2015, fls. 1.082.

¹⁴⁰ STJ - SEC 854/EX, Rel. Ministro Massami Uyeda, Rel. p/ Acórdão Ministro Sidnei Beneti, Corte Especial, julgado em 16/10/2013, DJe 07/11/2013

possível tão somente após a prolação da sentença arbitral”, nos casos em que a parte pleitear a sua anulação. Diante da estipulação de convenção de arbitragem no contrato, portanto, restaria clara a competência do juízo arbitral para a análise da validade da cláusula arbitral, impondo-se ao Poder Judiciário a extinção do processo sem resolução de mérito.¹⁴¹

Eis o entendimento exarado, ainda, no Conflito de Competência 111.230/DF, envolvendo juízo estatal e câmara arbitral, em que figurou como relatora a Ministra Nancy Andrighi. Na ocasião, a Segunda Seção do STJ declarou, por maioria, ser competente o juízo arbitral para apreciar e, se entendesse cabível, deferir as medidas de conservação de patrimônio submetidas à apreciação do juízo estatal, declarando a nulidade de todas as decisões proferidas pelo juízo incompetente.

O respeito conferido pelo Poder Judiciário à competência dos árbitros, inclusive para a análise da validade da cláusula arbitral, mostra-se extremamente importante, pois impede que as partes afastem o juízo arbitral pela simples alegação de inarbitrabilidade da matéria. Como ressalta Joaquim Muniz, não houvesse respeito ao princípio da *Kompetenz-Kompetenz*, “*haveria desequilíbrio entre as partes, pois o Poder Público poderia, de má-fé, alegar a inarbitrabilidade de seu ato em defesa na arbitragem, sempre que tivesse posição jurídica fraca.*”¹⁴²

¹⁴¹ PROCESSO CIVIL. CONVENÇÃO ARBITRAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. ANÁLISE DA VALIDADE DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA "CHEIA". COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO JUÍZO CONVENCIONAL NA FASE INICIAL DO PROCEDIMENTO ARBITRAL. POSSIBILIDADE DE EXAME PELO JUDICIÁRIO SOMENTE APÓS A SENTENÇA ARBITRAL. [...] 2. A cláusula compromissória "cheia", ou seja, aquela que contém, como elemento mínimo a eleição do órgão convencional de solução de conflitos, tem o condão de afastar a competência estatal para apreciar a questão relativa à validade da cláusula arbitral na fase inicial do procedimento (parágrafo único do art. 8º, c/c o art. 20 da LArb). 3. De fato, é certa a coexistência das competências dos juízos arbitral e togado relativamente às questões inerentes à existência, validade, extensão e eficácia da convenção de arbitragem. Em verdade - excluindo-se a hipótese de cláusula compromissória patológica ("em branco") -, o que se nota é uma alternância de competência entre os referidos órgãos, porquanto a ostentam em momentos procedimentais distintos, ou seja, **a possibilidade de atuação do Poder Judiciário é possível tão somente após a prolação da sentença arbitral, nos termos dos arts. 32, I e 33 da Lei de Arbitragem.** 4. No caso dos autos, desponta incontestemente a eleição da Câmara de Arbitragem Empresarial Brasil (CAMARB) como tribunal arbitral para dirimir as questões oriundas do acordo celebrado, o que aponta forçosamente para a competência exclusiva desse órgão relativamente à análise da validade da cláusula arbitral, impondo-se ao Poder Judiciário a extinção do processo sem resolução de mérito, consoante implementado de forma escoreita pelo magistrado de piso. [...] (STJ - REsp 1278852/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 21/05/2013, DJe 19/06/2013 – grifou-se)

¹⁴² MUNIZ, Joaquim Tavares de Paiva. Arbitragem com Administração Pública – Arbitrabilidade e Questões Controversas. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro, vol. XXVI, 2016, p. 353.

Não restam dúvidas, portanto, que deve caber aos árbitros a verificação dos contornos do litígio e da extensão da cláusula compromissória firmada entre as partes, para, se for o caso, reconhecer sua incompetência ou a inarbitrabilidade da matéria. Como expressamente admitido pelo STJ nos julgados acima referidos, uma vez constatada a existência de convenção de arbitragem, a competência do juiz togado se restringiria à possibilidade de anulação da sentença arbitral,¹⁴³ nas hipóteses previstas nos arts. 32 e 33 da Lei de Arbitragem.

Ressalte-se que, como pontua Carlos Alberto Carmona, não existe qualquer preclusão que possa impedir eventual ataque à sentença arbitral, sob a alegação de invalidade da convenção arbitral. Assim, ainda que a questão da nulidade da convenção não tenha sido suscitada pelas partes durante o procedimento arbitral, poderá o juiz togado anular a sentença arbitral,¹⁴⁴ desde que a ação declaratória de nulidade seja proposta até 90 dias após o recebimento da notificação da sentença arbitral, como dispõe o art. 33, §1º da Lei de Arbitragem.

¹⁴³ Interessante notar que, como aponta Natalia Lamas, quando se trata de ações anulatórias, pode-se dizer que o Judiciário brasileiro vem apoiando a arbitragem e, principalmente, compreende suas peculiaridades, seja para afastar a validade da sentença arbitral ou para confirmá-la: “*Na realidade, [...] demonstrou-se que há decisões judiciais brasileiras que já chegam ao requinte de tratar de questões arbitrais complexas e sofisticadas com acerto e precisão, seja para afastar a validade da sentença arbitral, seja para confirmá-la.*” (LAMAS, Natália Mizrahi. Ações Anulatórias de Sentença Arbitral. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resende. (Coord.). *A Reforma da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 197).

¹⁴⁴ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/1996*, 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009, p. 175.

4. OBSTÁCULOS À EFETIVA UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL

Em que pese o grande avanço obtido na matéria, ainda restam alguns obstáculos à efetiva utilização do instituto pelo Poder Público a serem transpostos. O primeiro deles, como se buscou elucidar anteriormente, se trata justamente da definição do que seria passível de ser levado à arbitragem na relação com o Poder Público.

Além dessas dúvidas quanto à arbitrabilidade objetiva, que só poderão ser dirimidas de acordo com o caso concreto, há ainda outros fatores que impedem ou desestimulam a adoção da via arbitral pelos entes estatais, dentre eles **(i)** a dicotomia existente entre a tradicional confidencialidade da arbitragem e o dever de publicidade da Administração Pública; **(ii)** a necessidade de dotação orçamentária para o pagamento de custas e honorários dos árbitros; e **(iii)** a dúvida quanto à forma de escolha da câmara arbitral, os quais serão brevemente debatidos a seguir.

4.1. Princípio da Publicidade x Confidencialidade

Entre os fatores que impedem ou desestimulam a efetiva utilização da arbitragem pela Administração Pública, encontra-se a problemática envolvendo a tradicional confidencialidade dos procedimentos arbitrais e o dever de publicidade dos atos administrativos.

Como se sabe, a Administração Pública deve respeitar o princípio da publicidade, insculpido no *caput* do art. 37 da Constituição, do qual se extrai o dever de prestação de contas aos órgãos de controle e o dever de sujeição ao controle social. A importância conferida à publicidade é justificável, pois, para que se garanta a efetividade do princípio democrático, é fundamental que a atuação administrativa seja transparente, propiciando que os cidadãos, verdadeiros titulares dos interesses e recursos públicos, fiscalizem a atuação do Estado.

Exatamente por esses motivos, a Lei 13.129/2015 incluiu no art. 2º, §3º da Lei de Arbitragem a observância obrigatória ao princípio da publicidade no caso de arbitragens envolvendo a Administração Pública, as quais não poderão se desenrolar no ambiente de confidencialidade tradicionalmente vivenciado na arbitragem. O ponto controvertido do qual se tratará a seguir não se refere à obrigatoriedade de se atender ao princípio da publicidade, mas sim (i) a quem caberia garanti-la, se ao próprio ente estatal parte na arbitragem ou à câmara arbitral escolhida para sediar o procedimento, e (ii) quais os limites desse dever de publicidade nos casos em que a natureza do litígio exija certo grau de confidencialidade.

Como ensina Gustavo Schmidt, antes da edição da Lei 13.129/2015, a prática das entidades especializadas impunha somente ao Poder Público o dever de garantir a publicidade dos atos praticados no curso do procedimento, por ser a câmara arbitral uma instituição privada, contratada enquanto prestadora de serviços, a quem a observância ao art. 37 da Constituição não se imporia. Caberia, portanto, à Administração dar publicidade aos principais atos praticados no procedimento arbitral, mediante a publicação no Diário Oficial.¹⁴⁵

¹⁴⁵ SCHMIDT, Gustavo da Rocha. *A arbitragem nos conflitos envolvendo a Administração Pública: uma proposta de regulamentação*. 2016. 140 f. Dissertação (Mestrado) - Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2016, p. 49

Pondera o autor, no entanto, que a edição da Lei 13.129/2015 parece ter alterado esse cenário. O novo comando incluído no §3º do art. 2º da Lei 9.307/1996 se dirigiria não apenas ao ente estatal parte na arbitragem, mas também aos árbitros ou câmara arbitral à frente do procedimento. Isso porque, fosse apenas para exigir que a Administração Pública respeitasse o princípio da publicidade, não haveria necessidade de expressa previsão legal nesse sentido, pois bastaria o comando do *caput* do art. 37 da Constituição. Ademais, afirma o autor, que “*a atividade das câmaras arbitrais tem natureza sui generis, não podendo ser equiparada a outras modalidades de prestação de serviços*”, incidindo sobre os atores responsáveis pela condução da arbitragem “*um dever secundário de publicidade, fruto do preceito contido no art. 2º, §3º, da Lei 9.307/1996*”.¹⁴⁶

Carmen Tiburcio e Thiago Magalhães defendem que, em relação à arbitragem, a publicidade se desdobra em dois aspectos relevantes. O primeiro, relacionado ao princípio da publicidade administrativa, diz respeito à divulgação da opção pela via arbitral – cabendo à autoridade administrativa anunciar que firmou uma convenção de arbitragem e indicar a Câmara de Arbitragem e os árbitros a que o conflito se submeterá – ao passo que o segundo se referiria à publicidade dos atos processuais e das audiências de arbitragem. Os autores defendem que caberia apenas ao Poder Público divulgar a sua opção pela via arbitral, assim como a câmara arbitral e os árbitros escolhidos para atuar naquele feito, enquanto à câmara arbitral, por sua vez, caberia garantir o acesso de interessados aos atos praticados no curso do procedimento, bem como franquear a presença na audiência arbitral.¹⁴⁷

Joaquim Muniz, por outro lado, entende que o destinatário da norma contida na Lei de Arbitragem seria apenas a Administração Pública, e não a câmara arbitral, ressaltando que não parece ser possível que uma arbitragem tenha o mesmo grau de publicidade que ostenta um processo judicial, exatamente por ser conduzida perante uma instituição privada:

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 52

¹⁴⁷ TIBURCIO, Carmen; PIRES, Thiago Magalhães. Arbitragem envolvendo a Administração Pública: notas sobre as alterações introduzidas pela lei 13.129/2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 254, abri. 2016, p. 459.

“Seria incomum conceber, por exemplo, que qualquer pessoa pudesse comparecer à instituição a qualquer momento, para tirar cópia dos autos. Ainda mais considerando que pode haver informações sensíveis da parte privada, tais como: segredos comerciais e industriais, diferenciais competitivos, carteiras de clientes, etc.”¹⁴⁸

Cumprе ressaltar que, embora a publicidade do procedimento seja a regra, admite-se a possibilidade de decretação de sigilo em situações específicas, como, por exemplo, na hipótese de haver documentos e informações que possam por em risco a segurança da sociedade ou do próprio Estado. Nesses casos, a Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011), que classifica os atos administrativos em ultrassecretos, secretos ou reservados, poderia ser utilizada como parâmetro para a mitigação do princípio da publicidade. Pode-se declarar o sigilo, ainda, por haver no procedimento documentos e informações que ponham em risco direitos sigilosos de terceiros, ou direitos individuais da parte privada submetida à arbitragem, como segredos comerciais, patentes, carteira de clientes e livros comerciais.¹⁴⁹

Assim como nos processos judiciais, portanto, a publicidade é a regra, mas nada impede que, num juízo de ponderação, se proteja outros direitos igualmente relevantes. Como pontua Gustavo Fernandes de Andrade, a própria Constituição Federal, no art. 37, §3º, II, assegura o direito de todo o cidadão às informações de interesse particular ou coletivo, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja essencial à segurança da sociedade e do Estado, devendo-se sempre observar a intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas. O dever de publicidade, portanto, não deve ser tomado como absoluto.¹⁵⁰

A esse respeito, destaca-se a competência do árbitro, que é juiz de fato e de direito da causa, para decidir acerca da manutenção da publicidade do procedimento ou

¹⁴⁸ MUNIZ, Joaquim Tavares de Paiva. Arbitragem com Administração Pública – Arbitrabilidade e Questões Controversas. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro*, vol. XXVI, 2016, p. 364.

¹⁴⁹ Nesse sentido, confira-se: MUNIZ, Joaquim Tavares de Paiva. Arbitragem com Administração Pública – Arbitrabilidade e Questões Controversas. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro*, vol. XXVI, 2016, p. 364; SCHMIDT, Gustavo da Rocha. *A arbitragem nos conflitos envolvendo a Administração Pública: uma proposta de regulamentação*. 2016. 140 f. Dissertação (Mestrado) - Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2016, p. 54

¹⁵⁰ ANDRADE, Gustavo Fernandes. Arbitragem e Administração Pública: da hostilidade à gradual aceitação. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resende. (Coord.). *A Reforma da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 435

da decretação de sigilo.¹⁵¹ Carmen Tiburcio e Thiago Magalhães, em sentido contrário, por considerarem o direito à publicidade um direito fundamental dos cidadãos – e, portanto, indisponível – entendem que caberia apenas ao órgão judicial competente a relativização do princípio da publicidade.¹⁵²

Como se vê, a doutrina ainda não pacificou entendimento sobre as questões levantadas acima. Na I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios promovida pelo Conselho da Justiça Federal, restou aprovado o Enunciado 4, segundo o qual caberá à Administração, e não às câmaras arbitrais, promover a publicidade do procedimento arbitral, cabendo ao árbitro a decisão de mitigação do princípio da publicidade, nas hipóteses previstas em lei e observado o disposto na Lei de Acesso à Informação:

“Enunciado 4: 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.”

Ainda que caiba exclusivamente aos árbitros decidirem acerca da decretação de sigilo do procedimento ou de certos documentos, cumpre destacar a acertada ressalva feita por Gustavo Schmidt, segundo o qual não seria papel do Tribunal Arbitral classificar como sigilosos, ou não, os documentos trazidos pelo Poder Público ao procedimento arbitral. “*Caso a informação tenha sido classificada como sigilosa pelo Estado, conforme o procedimento estatuído pela Lei de Acesso à Informação, deverá o Tribunal Arbitral decretar o segredo de justiça ou, ao menos, preservar o sigilo da informação*”, pois, por serem informações consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado, não haveria margem à discricionariedade do árbitro a esse respeito.¹⁵³

4.2. Custas e honorários do procedimento arbitral

¹⁵¹ SCHMIDT, Gustavo da Rocha. *A arbitragem nos conflitos envolvendo a Administração Pública: uma proposta de regulamentação*. 2016. 140 f. Dissertação (Mestrado) - Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2016, p. 54

¹⁵² TIBURCIO, Carmen; PIRES, Thiago Magalhães. Arbitragem envolvendo a Administração Pública: notas sobre as alterações introduzidas pela lei 13.129/2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 254, abri. 2016, p. 459

¹⁵³ SCHMIDT, Gustavo da Rocha. *A arbitragem nos conflitos envolvendo a Administração Pública: uma proposta de regulamentação*. 2016. 140 f. Dissertação (Mestrado) - Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2016, p. 53-54

Além das controvérsias expostas acima envolvendo o dever de publicidade dos atos administrativos e a confidencialidade muitas vezes necessária ao procedimento arbitral, há ainda certas dúvidas quanto a quem caberá o pagamento das custas e honorários do procedimento arbitral.

Por estarem as despesas da Administração Pública vinculadas às respectivas dotações orçamentárias, é possível que haja questionamentos quanto à capacidade dos entes estatais de arcar com as despesas, muitas vezes elevadas, dos procedimentos arbitrais, especialmente as custas das câmaras arbitrais e os honorários dos árbitros. Tal problemática torna-se ainda mais evidente se considerarmos que a Administração Pública, ao litigar no Judiciário, não se sujeita ao pagamento de custas e despesas judiciais, devendo apenas, se restar vencida, ressarcir as despesas da parte contrária.¹⁵⁴

Sendo este um dos obstáculos à efetiva utilização da arbitragem pela Administração Pública, Joaquim Muniz propõe que a Administração inclua em seus contratos com cláusula compromissória disposição segundo a qual os particulares, se forem os requerentes na arbitragem, ficarão responsáveis pela integralidade das custas da entidade arbitral, dos honorários dos árbitros e demais despesas, todos sujeitos à reembolso caso os requerentes se saírem vencedores da demanda. Para que não se cometam abusos, ressalta o autor que essa sistemática de antecipação de pagamentos, adotada pelo regulamento de muitas câmaras arbitrais, não pode ser imposta à parte privada quando o requerente for a própria Administração Pública, pois feriria o princípio da igualdade das partes.¹⁵⁵

A violação à igualdade das partes é justamente uma das críticas levantadas pela doutrina ao art. 3º, VII, do Decreto 8.465/2015, que regulamentou a arbitragem no setor portuário e do qual se tratou anteriormente. A redação do artigo do decreto é

¹⁵⁴ MUNIZ, Joaquim Tavares de Paiva. Arbitragem com Administração Pública – Arbitrabilidade e Questões Controversas. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro*, vol. XXVI, 2016, p. 356.

¹⁵⁵ MUNIZ, Joaquim Tavares de Paiva. Arbitragem com Administração Pública – Arbitrabilidade e Questões Controversas. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro*, vol. XXVI, 2016, p. 358.

extremamente semelhante ao art. 11 da Lei do Estado de Minas Gerais nº 19.477,¹⁵⁶ chamada de Lei Mineira de Arbitragem. Ambos merecem ressalvas, pois impõem ônus excessivo ao particular que contrata com a Administração Pública.

A parte privada, ainda que não seja a requerente, terá que adiantar todos os custos da instauração do procedimento arbitral, inclusive honorários dos árbitros e os custos de provas periciais requeridas pelo ente estatal, criando-se o risco de que a incerteza acerca dos elevados custos da arbitragem leve a propostas mais elevadas no momento da contratação. A opção legislativa pelo adiantamento de todas as despesas pelo particular não parece, portanto, ser a opção que melhor atenda ao princípio da economicidade nos procedimentos licitatórios.

O melhor dos cenários, como ressalta Joaquim Muniz, parece ser aquele em que a Administração Pública preveria, em seu orçamento anual, recursos para futuras arbitragens naquele exercício fiscal: “*Embora a arbitragem seja em geral mais cara do que o processo judicial, trata-se de escolha mais eficiente do ponto de vista econômico, pois o Estado conseguirá obter o seu crédito de forma mais expedita, o que justifica o investimento.*”¹⁵⁷

4.3. A escolha da câmara de arbitragem e dos árbitros

Como se sabe, a arbitragem pode ser institucional, sendo então administrada por uma câmara de arbitragem, ou *ad hoc*, caso em que serão nomeados árbitros para dirimir apenas aquele litígio em específico, sem que haja a administração do procedimento por uma entidade constituída. Durante a tramitação do projeto de lei que resultou na Lei 13.129/2015, a obrigatoriedade de adoção de uma instituição arbitral para a administração dos procedimentos envolvendo o Poder Público foi explicitamente proposta e rejeitada. Como lembram Carmen Tiburcio e Thiago Magalhães, “*na avaliação da comissão especial da Câmara dos Deputados, seria um erro definir*

¹⁵⁶ Art. 11. No edital de licitação de obra e no contrato público constará a previsão das despesas com arbitragem, taxa de administração da instituição arbitral, honorários de árbitros e peritos e outros custos administrativos.

Parágrafo único. As despesas a que se refere o caput deste artigo serão adiantadas pelo contratado quando da instauração do procedimento arbitral.

¹⁵⁷ MUNIZ, Joaquim Tavares de Paiva. Arbitragem com Administração Pública – Arbitrabilidade e Questões Controversas. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro*, vol. XXVI, 2016, p. 358.

normas aplicáveis a todos os casos, cabendo definir o ponto diante de cada caso.” Assim, não há, na Lei de Arbitragem, qualquer vedação à realização de arbitragem *ad hoc* ou qualquer restrição quanto à instituição a ser eventualmente escolhida.¹⁵⁸

Embora não haja uma vedação à arbitragem *ad hoc*, a arbitragem institucional parece ser mais adequada para dirimir conflitos envolvendo o Poder Público, pois minimiza as chances de o procedimento arbitral desaguar na esfera judicial, competindo à instituição a tomada de decisões importantes, e não raro controvertidas, no curso da arbitragem, tais como a nomeação, impugnação e substituição de árbitros.¹⁵⁹

Assim dispõem o art. 4º da Lei Mineira de Arbitragem e o Decreto 8.465/2015, que regulamenta a arbitragem no setor portuário. No caso da legislação mineira, a arbitragem institucional é obrigatória nos litígios envolvendo a Administração Pública estadual, e no setor portuário ela é preferível, devendo ser justificada eventual escolha pela arbitragem *ad hoc* (art. 4º, §1º, Decreto 8.465/2015).

Surgem, então, dúvidas se a contratação de câmara arbitral e a escolha dos árbitros pela Administração Pública se subsumiriam ou não à obrigatoriedade de licitação, nos termos da Lei nº 8.666/93, e caso positivo, se estariam incluídas dentre as hipóteses de inexigibilidade de licitação, prevista no art. 25 da Lei 8.666/1993.

A possibilidade de escolha de árbitros de confiança das partes para o julgamento das disputas (art. 13 da Lei de Arbitragem) é, certamente, um dos principais atrativos da arbitragem, e também uma das decisões mais importantes ao longo de todo o procedimento arbitral. Como aponta Gustavo Fernandes de Andrade, “*nada pode ser mais desastroso para o julgamento de uma disputa do que a escolha de pessoas inadequadas para solucionar um conflito já instaurado*”.¹⁶⁰ Nas precisas palavras de José Roberto de Castro Neves:

¹⁵⁸ TIBURCIO, Carmen; PIRES, Thiago Magalhães. Arbitragem envolvendo a Administração Pública: notas sobre as alterações introduzidas pela lei 13.129/2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 254, abri. 2016, p. 456.

¹⁵⁹ SCHMIDT, Gustavo da Rocha. *A arbitragem nos conflitos envolvendo a Administração Pública: uma proposta de regulamentação*. 2016. 140 f. Dissertação (Mestrado) - Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2016, p. 59.

¹⁶⁰ ANDRADE, Gustavo Fernandes. Arbitragem e Administração Pública: da hostilidade à gradual aceitação. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resende. (Coord.). *A Reforma da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 444.

“Num chiste, com algum fundo de verdade, diz-se que o momento mais importante da arbitragem ocorre quando se escolhem árbitros. Assim, essa indicação é relevantíssima e pode orientar o destino da arbitragem. Há árbitros mais ágeis, mais apegados a uma interpretação literal, positivistas, detalhistas, radicais, suas qualidades e defeitos, enfim, variam tanto quanto varia a humanidade. Para a parte e seu advogado, ao caso e à tese defendida, um árbitro pode adequar-se melhor que outro. Assim, essa escolha é uma prerrogativa relevantíssima para a parte. [...] Embora a celeridade, o sigilo e a especialização sejam elementos relevantes, o principal fator pelo qual alguém elege a arbitragem como meio de solução de um conflito é a oportunidade de escolher o seu julgador. A humanidade fica mais segura se julgada por uma pessoa em quem confia. Há pessoas que não admitem julgamento, mas que o permitiriam se o juiz fosse alguém de confiança. Até mesmo sob o aspecto psicológico da resolução do conflito, é mais fácil conformar-se com a derrota se a decisão for tomada por pessoa de confiança. [...] O poder de eleger livremente os árbitros é um elemento natural do contrato de arbitragem. Tanto na prática, como de forma científica, a escolha dos árbitros justifica a arbitragem porque integra o núcleo de vontade determinante da parte que opta por esse meio de solução de conflitos.”¹⁶¹

Em que pese a importância da escolha de um árbitro cujas características se adequem ao conflito em questão e às teses a serem defendidas pelas partes, os árbitros devem guardar equidistância tanto em relação ao requerente quanto ao requerido, sendo a relação travada entre eles “triangular”.¹⁶² A imparcialidade e a neutralidade dos árbitros se mostra especialmente importante de sorte a se garantir a legitimidade das decisões, evitando-se alegações de invalidade da sentença arbitral.¹⁶³ A esse respeito, Joaquim Muniz sugere, com o intuito de aumentar a neutralidade dessa relação, que, ao invés da indicação direta dos coárbitros pelas partes, se adotem duas alternativas:

“Uma possível medida para aumentar a neutralidade seria [...] a adoção do sistema de troca de listas de potenciais nomes, em ordem de preferência, em que todos os membros do painel seriam escolhidos dentre os profissionais cujos nomes coincidisse ou fossem melhor posicionados na ordem. Outro possível método seria o “Vetulle”, no qual cada parte apresenta três árbitros potenciais e cada contraparte seleciona um deles, ficando esses dois coárbitros responsáveis pela nomeação do presidente, após consulta às partes.”¹⁶⁴

¹⁶¹ CASTRO NEVES, José Roberto de. A escolha do árbitro como fundamento da arbitragem. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resende. (Coord.). A Reforma da Arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 444.

¹⁶² TIBURCIO, Carmen; PIRES, Thiago Magalhães. Arbitragem envolvendo a Administração Pública: notas sobre as alterações introduzidas pela lei 13.129/2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 254, abri. 2016, p. 454-454.

¹⁶³ MUNIZ, Joaquim Tavares de Paiva. Arbitragem com Administração Pública – Arbitrabilidade e Questões Controversas. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro*, vol. XXVI, 2016, p. 358.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 362.

Como argumentam Carmen Tiburcio e Thiago Magalhães, exatamente em virtude dessa necessária imparcialidade e independência, o árbitro escolhido não deve ser encarado como um prestador de serviços ao Poder Público, mas sim como um particular que “*dirime um conflito em caráter supra partes*”.¹⁶⁵ A equidistância que o tribunal deve guardar em relação às partes, segundo os autores, tornaria inviável que seus membros tivessem um vínculo direto e econômico com uma das partes. Por essas razões, seria despropositado exigir licitação quando da escolha dos árbitros:

“A situação dos membros do Tribunal é inteiramente peculiar, não podendo ser subsumida às normas aplicáveis à contratação pelo Poder Público. [...] Não se tratando de prestadores de serviços da Administração, mas de pessoas vinculadas às duas partes da arbitragem, não faz sentido adotar, para sua escolha, um procedimento que é conduzido inteiramente pelo Poder Público e que, ademais, tem como finalidade garantir ‘a seleção da proposta mais vantajosa para a administração’.”¹⁶⁶

Flavio Amaral Garcia defende, no mesmo sentido, que a relação travada entre a parte e o árbitro sequer poderia se subsumir à lógica da Lei 8.666/93, pois este não tem qualquer compromisso em sustentar a tese da parte que o indicou, “*não se estabelecendo qualquer relação de comutatividade que sinalize para um contrato administrativo a ser celebrado com a Administração Pública*”.¹⁶⁷ E ainda que se entendesse pela incidência do dever de licitar, seria esta clara hipótese de inexigibilidade de licitação, com base no inciso II, do art. 25, da Lei 8.666/1993, por ser este um serviço singular e que envolve notória especialização.¹⁶⁸ É com base nestas mesmas razões que parte da doutrina defende a inexigibilidade de licitação para a contratação da câmara arbitral, como se tratará a seguir.

No universo privado, como bem aponta Gustavo Schmidt, a escolha da câmara arbitral pelos contratantes leva em consideração a credibilidade da instituição e os preços de custas e honorários dos árbitros definidos no respectivo regimento. Quando

¹⁶⁵ TIBURCIO, Carmen; PIRES, Thiago Magalhães. Arbitragem envolvendo a Administração Pública: notas sobre as alterações introduzidas pela lei 13.129/2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 254, abri. 2016, p. 453-454.

¹⁶⁶ *Ibidem*.

¹⁶⁷ GARCIA, Flavio Amaral. *A escolha dos árbitros e das Câmaras Arbitrais: licitar ou não?* In: *Direito do Estado*, 21 de abril de 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/columnistas/flavio-amaral-garcia/a-escolha-dos-arbitros-e-das-camaras-arbitrais-licitar-ou-nao> Acesso em 16 de novembro de 2016

¹⁶⁸ Nesse sentido, também: TIBURCIO, Carmen; PIRES, Thiago Magalhães. Arbitragem envolvendo a Administração Pública: notas sobre as alterações introduzidas pela lei 13.129/2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 254, abri. 2016, p. 455.

um dos contratantes é a Administração Pública, no entanto, a escolha não é completamente livre, pois a instituição arbitral irá prestar serviços ao Poder Público, que envolvem desde o apoio administrativo até a disponibilização das regras procedimentais.¹⁶⁹

A relação travada entre a Administração Pública e a câmara arbitral, portanto, parece ter características bastante distintas daquela existente entre o Poder Público e os árbitros, que, como visto, se vinculam aos dois lados do litígio numa relação baseada na confiança. Na relação entre Administração Pública e câmara arbitral percebe-se com maior nitidez a natureza de contratação de serviços, razão pela qual há autores que defendem a exigibilidade de licitação, como é o caso do José Antônio Fichtner: “*no que respeita à escolha da Instituição ou Câmara para processamento da arbitragem, como se trata de um serviço, não há como fugir da licitação*”.¹⁷⁰

Caso de fato se exigisse a realização de licitação, no entanto, a Administração Pública certamente esbarraria na dificuldade de se estabelecer critérios objetivos capazes de avaliar a competitividade entre os licitantes interessados em prestar o serviço de gestão de procedimento arbitral,¹⁷¹ sobretudo porque “*espera-se que a câmara demonstre isenção e imparcialidade [...] bem como que seja adequada às exigências do caso concreto, no perfil, na respeitabilidade, no custo e nas instalações de que dispõe*”.¹⁷² Por essas razões, incidiria na hipótese a regra do art. 25, *caput* e II, da Lei 8.666/1993, sendo autorizada a contratação direta de câmara arbitral seja em virtude da impossibilidade de competição, seja em razão da singularidade do serviço prestado e da notória especialização da câmara arbitral.

¹⁶⁹ ANDRADE, Gustavo Fernandes. Arbitragem e Administração Pública: da hostilidade à gradual aceitação. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resende. (Coord.). A Reforma da Arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 447

¹⁷⁰ FITCHNER, José Antonio. A confidencialidade no projeto da nova lei de arbitragem – PLS nº 406/2003. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (coordenação). Arbitragem e mediação: a reforma da legislação brasileira, São Paulo: Atlas, 2015, p. 185. *apud* SCHMIDT, Gustavo da Rocha. *A arbitragem nos conflitos envolvendo a Administração Pública: uma proposta de regulamentação*. 2016. 140 f. Dissertação (Mestrado) - Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2016, p. 60.

¹⁷¹ SCHMIDT, Gustavo da Rocha. *A arbitragem nos conflitos envolvendo a Administração Pública: uma proposta de regulamentação*. 2016. 140 f. Dissertação (Mestrado) - Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2016, p. 60.

¹⁷² TIBURCIO, Carmen; PIRES, Thiago Magalhães. Arbitragem envolvendo a Administração Pública: notas sobre as alterações introduzidas pela lei 13.129/2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 254, abri. 2016, p. 457.

De todo modo, a escolha do administrador público quanto a qual câmara arbitral contratar não deve ser absolutamente desprovida de parâmetros. Assim dispõe o Decreto 8.465/2015, segundo o qual as arbitragens realizadas no setor portuário deverão ser administradas por câmaras arbitrais que cumpram alguns requisitos objetivos (art. 3º, §2º, do Decreto 8.465/2015), e o art. 10 da Lei Mineira de Arbitragem (Lei do Estado de Minas Gerais nº 19.477/2011).

De modo a restringir a discricionariedade dos agentes encarregados da escolha da câmara arbitral e fomentar a competitividade entre as entidades prestadoras de tais serviços, alguns autores sugerem a criação de cadastro de câmaras arbitrais previamente avaliadas pelo Poder Público, devendo os requisitos e condições para o credenciamento estarem previstos, preferencialmente, em ato regulamentar editado pela Administração.¹⁷³ Há, no entanto, quem critique a solução do credenciamento, pois este presume que os particulares é que tomarão a iniciativa de se apresentar e demonstrar que atendem aos requisitos daquele ente estatal, o que poderia afastar instituições internacionais de renome que não manifestassem o interesse em se cadastrar.¹⁷⁴

4.4. Necessidade de Regulamentação

A edição de uma lei específica de cada ente administrativo dispondo acerca das condições específicas para a realização da arbitragem – inclusive quanto (i) às hipóteses de arbitrabilidade objetiva, (ii) a quem caberá atender ao princípio da publicidade, (iii) a quem caberá arcar com as custas e honorários do procedimento arbitral, e (iv) como se darão as escolhas dos árbitros e da câmara arbitral – parece ser um dos caminhos para dirimir as inúmeras dúvidas trazidas ao longo deste trabalho.

¹⁷³ Nesse sentido: TIBURCIO, Carmen; PIRES, Thiago Magalhães. Arbitragem envolvendo a Administração Pública: notas sobre as alterações introduzidas pela lei 13.129/2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 254, abri. 2016, p. 457; e SCHMIDT, Gustavo da Rocha. *A arbitragem nos conflitos envolvendo a Administração Pública: uma proposta de regulamentação*. 2016. 140 f. Dissertação (Mestrado) - Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, Rio de Janeiro, 2016, p. 60.

¹⁷⁴ GARCIA, Flavio Amaral. *A escolha dos árbitros e das Câmaras Arbitrais: licitar ou não?* In: *Direito do Estado*, 21 de abril de 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/columistas/flavio-amaral-garcia/a-escolha-dos-arbitros-e-das-camaras-arbitrais-licitar-ou-nao> Acesso em 16 de novembro de 2016

Embora a reforma implementada pela Lei 13.129/2015 tenha sido muito relevante, para Carmen Tiburcio e Thiago Magalhães, “a lei federal – responsável por disciplinar a matéria de fundo, processual e contratual – não substitui a manifestação de vontade das outras esferas federativas, que são livres para decidir se e quando optarão pela arbitragem”.¹⁷⁵

A competência da União para estabelecer normas gerais em matéria de contratos da Administração não exclui a competência suplementar dos demais entes, sendo possível e até mesmo conveniente, que estes editem leis próprias para indicar os limites a serem observados pelos administradores ao escolher a arbitragem: “cabe, assim, apenas à lei de cada entidade política definir suas próprias preferências em matéria de arbitram (e.g. em que contratos, envolvendo quais questões, até que valor, se admite a celebração de convenção arbitral).”¹⁷⁶

Nada impede, deve-se ressaltar, que o §1º do art. 1º da Lei 9.307/1996 seja invocado diretamente por Estados, Distrito Federal e Municípios como fundamento para a submissão de uma matéria à solução arbitral.¹⁷⁷ Preferencialmente, no entanto, deverá cada ente público, em ato normativo próprio, definir os contornos da arbitragem envolvendo entes estatais, tal como o fez o Estado de Minas Gerais, que trata da matéria na pioneira Lei Estadual n.º 19.477/11.

Importantes lições podem ser absorvidas, ainda, de experiências pretéritas da Administração nos setores de concessões de serviços públicos, de óleo e gás, além do setor portuário, todos os quais já utilizavam a arbitragem, com base em suas legislações específicas, tempos antes da edição da Lei 13.129/2015. Seria interessante analisar, ainda, os erros e acertos cometidos pelo legislador quando da edição do Decreto 8.465/2015, que regulamentou a arbitragem no setor portuário. Inobstante as inúmeras críticas que recebeu da doutrina, o Decreto parece conferir aos administradores públicos segurança na hora de pactuar convenções arbitrais, o que os estimula a fazê-lo –

¹⁷⁵ TIBURCIO, Carmen; PIRES, Thiago Magalhães. Arbitragem envolvendo a Administração Pública: notas sobre as alterações introduzidas pela lei 13.129/2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 254, abri. 2016, p. 440.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 441.

¹⁷⁷ TIBURCIO, Carmen; PIRES, Thiago Magalhães. Arbitragem envolvendo a Administração Pública: notas sobre as alterações introduzidas pela lei 13.129/2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 254, abri. 2016, p. 441.

podendo, por essa razão, ser um importante ponto de partida para aqueles estados e municípios que pretendam regulamentar a utilização da arbitragem em seus respectivos contratos.

Interessante sugestão é levantada por Flavio Amaral Garcia, segundo o qual os entes públicos deveriam dar a oportunidade de interessados participarem na confecção desses atos normativos, submetendo-os à prévia consulta pública, como direta expressão do princípio da consensualidade na Administração Pública: “*Afinal, se a arbitragem é um mecanismo de consensualidade, é razoável e coerente que esta saudável relação dialógica seja instaurada ouvindo os interessados e não imposta unilateralmente no seio interno da Administração Pública*”.¹⁷⁸ O mecanismo conferiria aos atos normativos maior legitimidade, pois levaria em consideração as inúmeras contribuições que sociedades empresárias, cidadãos, câmaras arbitrais e órgãos de controle teriam a oferecer.¹⁷⁹

CONCLUSÃO

Como visto ao longo deste trabalho, até hoje não se pode dizer que a arbitragem seja efetivamente utilizada pelo Poder Público brasileiro, em que pese a inegável tendência *favor arbitratis* da ordem jurídica brasileira e as inúmeras decisões judiciais favoráveis à sua aplicabilidade aos litígios envolvendo a Administração Pública – a começar pelo julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, na década de 1970, do notório Caso Lage.

A irrisória utilização do instituto pelo Poder Público decorria, em grande parte, das dúvidas acerca da necessidade de uma previsão legal específica autorizando o administrador público a celebrar convenção de arbitragem. Tal polêmica restou resolvida com a aprovação da Lei 13.129/2015, em 26 de maio de 2015, a qual, enfim, sepultou a discussão acerca da arbitrabilidade subjetiva dos litígios envolvendo a

¹⁷⁸ GARCIA, Flavio Amaral. *A escolha dos árbitros e das Câmaras Arbitrais: licitar ou não?* In: Direito do Estado, 21 de abril de 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/columnistas/flavio-amaral-garcia/a-escolha-dos-arbitros-e-das-camaras-arbitrais-licitar-ou-nao> Acesso em 16 de novembro de 2016

¹⁷⁹ *Ibidem*.

Administração Pública e renovou as esperanças de que a via arbitral seja efetivamente utilizada por entes estatais.

Embora a reforma da Lei de Arbitragem tenha representado grande passo nesse sentido, persistem alguns obstáculos que freiam a efetiva utilização do instituto pela Administração Pública, os quais se buscou levantar no presente trabalho. Dentre eles reside a dúvida quanto à arbitrabilidade objetiva, em virtude da dificuldade de se definir o que seria um direito patrimonial disponível nas relações com o Poder Público. Buscou-se levantar, portanto, alguns exemplos do que se entende como arbitrável no setor de concessão de serviços públicos, no setor portuário, e o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça a esse respeito.

Buscou-se, ainda, trazer respostas a outros questionamentos levantados pela doutrina após a aprovação da Lei 13.129/2015, dentre eles o conflito existente entre a tradicional confidencialidade da arbitragem e o dever de publicidade da Administração Pública – polêmica que se desdobra nas dúvidas quanto a quem caberia garantir a publicidade do procedimento arbitral e quais os limites dessa publicidade, nos casos de existirem informações confidenciais a serem protegidas. Há, ainda, muitas dúvidas quanto à necessidade de dotação orçamentária para o pagamento de custas e honorários dos árbitros, muitas vezes elevados, e questões envolvendo a forma de escolha dos árbitros e da câmara arbitral, se ensejariam ou não a aplicação da Lei de Licitações e Contratos da Administração (Lei nº 8.666/1993).

Conclui-se, assim, que ainda restam alguns obstáculos a serem vencidos de modo que se possa alcançar um cenário de efetiva utilização do instituto pelo Poder Público brasileiro, mas não se deve desistir de implementar um novo padrão de postura na Administração Pública: menos litigiosa, mais consensual, mais célere, eficiente, e voltada à satisfação dos interesses de seus administrados. A adoção da arbitragem para resolução de controvérsias envolvendo direitos patrimoniais disponíveis, especialmente os de grande expressão econômica e elevada complexidade, adequa-se perfeitamente a esses objetivos, e traz ainda outros benefícios indiretos, na medida em que desafoga o Poder Judiciário e propicia uma adequada prestação jurisdicional no que concerne a direitos indisponíveis.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Gustavo Fernandes. Arbitragem e Administração Pública: da hostilidade à gradual aceitação. In: CAMPOS MELO, Leonardo de; BENEDUZI, Renato Resende. (Coord.). *A Reforma da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*, 2ª ed., rev. atual. e amp., Rio de Janeiro: Forense, 2013.
Atlas, 2015.

AYOUB, Luiz Roberto. Arbitragem: o acesso à justiça e a efetividade do processo – uma nova proposta. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BARALDI, Eliana B. Arbitragem e contratos com a Administração Pública. In: CAMPOS MELO, Leonardo de; BENEDUZI, Renato Resende. (Coord.). *A Reforma da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016,

BARROSO, Luis Roberto. Sociedade de economia mista prestadora de serviço público. Cláusula arbitral inserida em contrato administrativo sem prévia autorização legal. Invalidez. In: *Temas de direito constitucional* – tomo II, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BORN, Gary B. *International arbitration: law and practice*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2012.

BRASIL. Decreto nº 7.959, de 29 de dezembro de 1880. Aprova as cláusulas que devem regular as concessões de estradas de ferro geraes no Imperio. *Coleção de Leis do Império do Brasil*, Rio de Janeiro, 29 de dezembro de 1880. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-7959-29-dezembro-1880-547352-publicacaooriginal-62081-pe.html>. Acesso em 25 de novembro de 2016.

BRASIL. Decreto nº 8.465, de 8 de junho de 2015. Regulamenta o § 1º do art. 62 da Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, para dispor sobre os critérios de arbitragem para dirimir litígios no âmbito do setor portuário. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 8 de junho de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2015-2018/2015/Decreto/D8465.htm. Acesso em 25 de novembro de 2016.

BRASIL. Decreto-Lei nº 9.521, de 26 de julho de 1946. Modifica os Decretos-leis ns. 4.648, de 02 de setembro de 1942, e 7.024, de 06 de novembro de 1944, regula o destino dos bens deixados por Henrique Lage, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 27 de julho de 1946. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-9521-26-julho-1946-417649-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 25 de novembro de 2016.

BRASIL. Justiça Federal do Estado do Rio de Janeiro. Sentença. Processo nº 0005966-81.2014.4.02.5101, 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, julgado em 13.05.2015, *Diário de Justiça Eletrônico*, 26.05.2015.

BRASIL. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 30 de dezembro de 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm. Acesso em 25 de novembro de 2016.

BRASIL. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei no 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei no 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 18 de novembro de 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm. Acesso em 25 de novembro de 2016.

BRASIL. Lei nº 12.815/2013, de 5 de junho de 2013. Dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários; altera as Leis nos 5.025, de 10 de junho de 1966, 10.233, de 5 de junho de 2001, 10.683, de 28 de maio de 2003, 9.719, de 27 de novembro de 1998, e 8.213, de 24 de julho de 1991; revoga as Leis nos 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, e 11.610, de 12 de dezembro de 2007, e dispositivos das Leis nos 11.314, de 3 de julho de 2006, e 11.518, de 5 de setembro de 2007; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 5 de junho de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Lei/L12815.htm. Acesso em 25 de novembro de 2016.

BRASIL. Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015. Altera a Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 27 de maio de 1996. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm. Acesso em 25 de novembro de 2016.

BRASIL. Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016. Cria o Programa de Parcerias de Investimentos - PPI; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 13 de setembro de 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13334.htm. Acesso em 25 de novembro de 2016.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 22 de junho de 1993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm. Acesso em 25 de novembro de 2016.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 22 de junho de 1993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm. Acesso em 25 de novembro de 2016.

BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 14 de fevereiro de 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8987cons.htm. Acesso em 25 de novembro de 2016.

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 24 de setembro de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm. Acesso em 25 de novembro de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. Agravo Regimental na Medida Cautelar nº 25.470/RJ, Relator Ministro Humberto Martins, Brasília, DF, julgado em 17/05/2016, *Diário de Justiça Eletrônico*, 12/09/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. Mandado de Segurança nº 11.308/DF, Relator Ministro Luiz Fux, Brasília, DF, julgado em 09/04/2008, *Diário de Justiça Eletrônico*, 19/05/2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. Recurso Especial nº 1278852/MG, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Brasília, DF, julgado em 21/05/2013, *Diário de Justiça Eletrônico*, 19/06/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. Recurso Especial nº 612.439/RS, Relator Ministro João Otávio de Noronha, Brasília, DF, julgado em 25/10/2005, *Diário de Justiça*, 14/09/2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. Recurso Especial nº 904.813/PR, Relatora Ministra Nancy Andrichi, Brasília, DF, julgado em 20/10/2011, *Diário de Justiça Eletrônico*, 28/02/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. Sentença Estrangeira Contestada nº 854/EX, Relator Ministro Massami Uyeda, Relator para Acórdão Ministro Sidnei Beneti, Brasília, DF, julgado em 16/10/2013, *Diário de Justiça Eletrônico*, 07/11/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Agravo de Instrumento nº 52181/GB, Relator Ministro Bilac Pinto, Brasília, DF, julgado em 14/11/1973, *Diário de Justiça da União*, 15/02/1974.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo nº 003.499/2011-1, Acórdão nº 2573/2012, Relator Ministro Raimundo Carreiro, Brasília, DF, 12/11/2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relatório de Levantamento, Processo nº 005.123/2005-4, Acórdão nº 1271/2005, Relator Ministro Marcos Bemquerer, Brasília, DF, 24/08/2005.

CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no setor de infraestrutura portuária e as jabuticabas*. In: Migalhas, 11 de agosto de 2015. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI224914,81042-A+arbitragem+no+setor+de+infraestrutura+portuaria+e+as+jabuticabas> . Acesso em 11 de outubro de 2016.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, 25ª ed., rev. amp. e atual., São Paulo: Atlas, 2012.

CASTRO NEVES, José Roberto de. A escolha do árbitro como fundamento da arbitragem. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resende. (Coord.). *A Reforma da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CASTRO NEVES. José Roberto de. Custas, Despesas e Sucumbência na Arbitragem. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, v.11, n.43, out./dez. 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Arbitragem na Teoria Geral do Processo*, Ed. Malheiros, 2012.

FITCHNER, José Antonio. A confidencialidade no projeto da nova lei de arbitragem – PLS nº 406/2003. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (coordenação). *Arbitragem e mediação: a reforma da legislação brasileira*, São Paulo:

FREITAS, Rafael Vêras de. Novos Desafios da arbitrabilidade objetiva nas concessões. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro*, vol. 26, 2016, p. 298.

GARCIA, Flavio Amaral. *A escolha dos árbitros e das Câmaras Arbitrais: licitar ou não?* In: Direito do Estado, 21 de abril de 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/flavio-amaral-garcia/a-escolha-dos-arbitros-e-das-camaras-arbitrais-licitar-ou-nao>. Acesso em 16 de novembro de 2016

GARCIA, Flavio Amaral. Arbitragem nos contratos administrativos: aspectos gerais e a problemática das tarifas nos contratos de concessão de serviço público. In: *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro*, vol. XXVI, 2016.

GRAU, Eros. Arbitragem e contrato administrativo. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo, v. 3, nº 2, julho/dezembro – 2002.

LAMAS, Natália Mizrahi. Ações Anulatórias de Sentença Arbitral. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resende. (Coord.). *A Reforma da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem na Administração Pública não precisa de regra posterior*. In: *Conjur*, 5 de janeiro de 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jul-15/solucoes-arbitragem-crescem-73-seis-anos-mostra-pesquisa>. Acesso em 16 de novembro de 2016.

LEMES, Selma Ferreira. *Por que criar amarras à arbitragem?* In: *Valor Econômico*, 15 de agosto de 2014. Disponível em: <http://www.valor.com.br/legislacao/3654576/por-que-criar-amarras-arbitragem>. Acesso em 11 de outubro de 2016.

LEMES, Selma Maria Ferreira. Anotações sobre a nova lei de arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v, 47, out./dez. 2015.

LEMES, Selma Maria Ferreira. *Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Arbitragem no setor portuário: um passo importante para a difusão da arbitragem no âmbito da Administração Pública. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v, 47, out./dez. 2015.

MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. A revogação do artigo 25 da Lei de Arbitragem e suas consequências nas arbitragens envolvendo a Administração Pública. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro*, vol. 26, 2016.

MINAS GERAIS. Lei nº 19.477, de 12 de janeiro de 2011. Dispõe sobre a adoção do juízo arbitral para a solução de litígio em que o estado seja parte e dá outras providências. *Diário do Executivo do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, MG, 13 de janeiro de 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, SOUTO, Marcos Juruena Villela. Arbitragem em Contratos Firmados por Empresas Estatais. *Revista de Direito Administrativo*, v. 236. 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Arbitragem nos Contratos Administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, v. 209. 1997.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Arbitragem nos contratos administrativos. In: *Revista de Direito Administrativo*, n. 209, jul/set, 1997.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Novas Mutações Juspolíticas: em memória de Eduardo Garcia de Enterría, jurista de dois mundos*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Arbitragem e PPPs*. In: *Direito do Estado*, 20 de dezembro de 2015. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/egon-bockmann-moreira/arbitragem-e-ppps> Acesso em 19 de outubro de 2016.

MUNIZ, Joaquim Tavares de Paiva. Arbitragem com Administração Pública – Arbitrabilidade e Questões Controversas. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro*, vol. 26, 2016.

MUNIZ, Joaquim Tavares de Paiva. Os limites da arbitragem nos contratos de concessão de exploração e produção de petróleo e gás natural. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 1, 2004.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *O decreto 8.465 e a arbitragem no setor portuário: considerações sobre a sua natureza, eficácia e objeto*. In: *Migalhas*, 27 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI224129,31047->

[O+decreto+8465+e+a+arbitragem+no+setor+portuario+consideracoes+sobre](#) . Acesso em 11 de outubro de 2016.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27ª ed .,São Paulo: Saraiva, 2002.

RIBEIRO, Mauricio Portugal. *Medida Provisória 727/16 sobre PPI: o Governo Temer renunciou a usar investimentos em infraestrutura no curto prazo para revitalizar a economia do país?* In: Migalhas, 7 de julho de 2016. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI241939,41046-Medida+Provisoria+72716+sobre+PPI+o+Governo+Temer+renunciou+a+usar>. Acesso em 18 de outubro de 2016.

ROQUE, André Vasconcelos. Arbitragem Envolvendo Entes Estatais. In: Congresso Nacional do CONPEDI/UNINOVE, 22, 2013, Florianópolis, *Anais Direito e administração pública I*. São Paulo: FUNJAB, 2013.

SCHMIDT, Gustavo da Rocha. *A arbitragem nos conflitos envolvendo a Administração Pública: uma proposta de regulamentação*. 2016. 140 f. Dissertação (Mestrado) - Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2016,

SCHWIND, Rafael Wallbach. O Programa de Parcerias de Investimentos (PPI) e suas implicações no setor portuário. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, nº 111, maio de 2016, disponível em <http://www.justen.com.br/pdfs/IE111/IE%20111%20-%20Rafael%20-%20MP%20727%20e%20o%20setor%20portu%C3%A1rio.pdf>. Acesso em 20 de outubro de 2016.

TÁCITO, Caio. Arbitragem nos Litígios Administrativos. In: *Temas de Direito Público Estudos e Pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TIBURCIO, Carmen. Arbitragem Envolvendo a Administração Pública. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, n. 18. 2010.

TIBURCIO, Carmen; PIRES, Thiago Magalhães. Arbitragem envolvendo a Administração Pública: notas sobre as alterações introduzidas pela lei 13.129/2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 254, abri. 2016.

WALD, Arnold; SERRÃO, André. Aspectos constitucionais e administrativos da arbitragem nas concessões. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 16, 2008.

WATT NETO, Artur. Reforma da Lei de Arbitragem, Administração Pública e direitos indisponíveis. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro*, vol. XXVI, 2016.

WEBER, Ana Carolina. Arbitragem nas Parcerias Público Privadas, *Revista Eletrônica de Direito Processual*. 1ª ed. out./dez. 2007, p. 136.