

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO

Bruno Schmitz Rodrigues

ARBITRAGEM EM CONTRATOS ADMINISTRATIVOS:

Crterios para utilizao e peculiaridades processuais

Porto Alegre

2021

Bruno Schmitz Rodrigues

ARBITRAGEM EM CONTRATOS ADMINISTRATIVOS:

Critérios para utilização e peculiaridades processuais

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Rafael da Cás Maffini

Porto Alegre

2021

FICHA CATALOGRÁFICA

CIP - Catalogação na Publicação

Rodrigues, Bruno Schmitz
ARBITRAGEM EM CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: Critérios
para utilização e peculiaridades processuais / Bruno
Schmitz Rodrigues. -- 2021.
68 f.
Orientador: Rafael da Cás Maffini.

Trabalho de conclusão de curso (Graduação) --
Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade
de Direito, Curso de Ciências Jurídicas e Sociais,
Porto Alegre, BR-RS, 2021.

1. Direito Administrativo. 2. Arbitragem. 3.
Administração Pública. 4. Contratos administrativos.
I. da Cás Maffini, Rafael, orient. II. Título.

Elaborada pelo Sistema de Geração Automática de Ficha Catalográfica da UFRGS com os
dados fornecidos pelo(a) autor(a).

Bruno Schmitz Rodrigues

ARBITRAGEM EM CONTRATOS ADMINISTRATIVOS:

Critérios para utilização e peculiaridades processuais

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Rafael da Cás Maffini

Aprovado em:Porto Alegre,17 de maio de 2021.

BANCA EXAMINADORA:

Professor Dr. Rafael da Cás Maffini
Orientador

Professora Aline Lazzaron

Professora Louíse Freiburger Bassan

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, aos meus pais, por tudo que me proporcionaram para chegar até aqui.

Agradeço minha namorada, Esther Valle Pinhatti, pelo apoio incondicional e suporte em todas as áreas de minha vida.

Ao meu orientador, Rafael da Cás Maffini, que sempre esteve disposto a me ajudar, além de ser minha inspiração acadêmica e exemplo de profissional.

Aos queridos amigos que a faculdade me proporcionou, em especial ao Alessandro Hippler, por me auxiliar na busca do tema deste trabalho. Também aos amigos Augusto Germano Ecke, Bruno Araújo, Bruno Faglioni, Carlos Eduardo, Gabriel Spiller, Igor Falcão, Kelvin Martin e Martin Petiz, pela construção de uma amizade para além da Faculdade.

Aos meus colegas do trabalho, em especial ao amigo Vinícius Cameranesi Sant'ana, por ter se disponibilizado a ler o trabalho e fazer apontamentos para melhorá-lo.

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo analisar os critérios, procedimentos e controvérsias inerentes ao emprego da arbitragem nos contratos celebrados com a Administração Pública. Conquanto o debate acerca da admissibilidade de o Poder Público se valer do instituto arbitral para dirimir seus conflitos tenha sido, em um juízo *prima facie*, equacionado a partir de recente reforma na lei de arbitragem, surgem hoje novos pontos de tensão sobre a utilização deste instituto em contratos administrativos. Um dos problemas a serem abordados neste trabalho é compreender os critérios necessários para sua utilização, tendo em vista aparente conflito com o princípio da indisponibilidade do interesse público. Outro, reside nas especificidades que devem ser observadas para que a Administração possa participar do procedimento. O trabalho estrutura-se em dois eixos. Na primeira parte, abordar-se-á o processo evolutivo da arbitragem no setor público e os critérios jurídicos para a verificação da disponibilidade do direito. Já na segunda parte, serão analisadas as peculiaridades e modificações no procedimento arbitral para que a Administração possa utilizá-lo sem conflitar com os princípios a que está submetida.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Arbitragem. Administração Pública. Contratos administrativos.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the criteria, procedures and controversies inherent to the use of arbitration in contracts with the Public Administration. Although the debate about the admissibility of the Public Administration to use arbitration to settle its conflicts has been, in a prima facie judgment, equaled after the recent reform in the arbitration law, new points of tension arise today regarding the use of this institute in administrative contracts. One of the problems to be addressed in this work is to understand the criteria necessary for its use, in view of the apparent conflict with the principle of unavailability of the public interest. Another is the specificities that must be observed in order for the Administration to participate in the procedure. The work is structured in two axes. In the first part, the evolutionary process of arbitration in the public sector and the legal criteria for verifying the availability of the right will be addressed. In the second part, the peculiarities and modifications in the arbitration procedure will be analyzed so that the Administration can use it without conflicting with the principles to which it is subject.

Keywords: Administrative Law. Arbitration. Government. Administrative contract

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CAMARB	Câmara de Arbitragem Empresarial – BRASIL
CF/88	Constituição da República Federativa do Brasil
LArb	Lei de Arbitragem
NCPC	Novo Código de Processo Civil (2015)
REsp	Recurso Especial
TCU	Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
I. CRITÉRIOS PARA O USO DE ARBITRAGEM NOS CONTRATOS	
ADMINISTRATIVOS	12
A. CONTEXTO HISTÓRICO E ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À UTILIZAÇÃO	12
B. REFORMA NA LEI DE ARBITRAGEM E FORMAS DE IDENTIFICAR A DISPONIBILIDADE DO DIREITO	26
II. ASPECTOS PROCEDIMENTAIS ENVOLVENDO ARBITRAGEM COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	37
A. REGRAS DE ARBITRAGEM E A COMPATIBILIZAÇÃO COM OS PRECEITOS DO REGIME JURÍDICO DE DIREITO PÚBLICO	40
B. LIMITAÇÕES EM ARBITRAGENS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	49
CONCLUSÃO	58
REFERÊNCIAS	62

INTRODUÇÃO

A arbitragem com a Administração Pública tem ganhado cada vez mais espaço como opção mais eficiente na resolução de determinados conflitos. Em 2018, à guisa de ilustração, houve a participação da Administração Pública Direita e Indireta em 29 novos procedimentos arbitrais¹, o que correspondeu a quase 10% de todas as arbitragens no país naquele ano.

Essa tendência em optar pela arbitragem nos contratos com a Administração Pública, em detrimento do processo judicial², segue uma lógica marcadamente utilitarista. Dentre as vantagens de se utilizar a via arbitral, o prof. Salles cita, por exemplo, a celeridade, a especialização no tema, a economia de recursos materiais e humanos, o menor grau de enfrentamento entre as partes, a flexibilidade, a maior participação das partes e a maior proximidade delas com o árbitro³. Nesse aspecto, a arbitragem se mostra vantajosa para a Administração Pública, visto que as mesmas razões que fazem o particular adotá-la também se apresentam em consonância com os cânones do interesse público.

Ocorre, entretanto, que nem sempre foi assim: antes de 2015, este instituto não era amplamente aceito nos litígios com o Poder Público. Vale dizer, parcela da doutrina, jurisprudência e órgãos de controle eram contrários à sua aplicação em contratos administrativos.

Os argumentos contrários sustentavam que a indisponibilidade do interesse público inviabilizava, per si, a adoção da arbitragem nesses litígios. Estes argumentos, no entanto, não devem prevalecer, visto que a adoção da arbitragem há de ser compreendida como uma manifestação de cunho contratual, de sorte que não a

¹ LEMES, S. M. F. **Arbitragem em Números e Valores**. [S. l.: s. n.], 2019. Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/PesquisaArbitragens2019.pdf>. Acesso em: 1 dez. 2020.

² Nesse sentido, a excessiva duração do processo, a baixa qualidade da resposta jurisdicional e a cultura corporativa potencializam a necessidade da desjudicialização. MENDES, V. A. M. de F. **Mecanismos de consenso no direito administrativo e sua contribuição para a desjudicialização da política pública**. In: *MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA*. Curitiba: CRV, 2018. p. 217.

³ SALLES, C. A. de. **Arbitragem em Contratos Administrativos**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 29.

admitir consistiria em excluir a existência de qualquer contrato administrativo⁴. Com a reforma da lei de arbitragem, entretanto, o poder legiferante suplantou a controvérsia sobre a possibilidade de adoção de arbitragem para composição de litígios de que participasse a Administração Pública.

Naturalmente, nem sempre a escolha pela arbitragem será admissível: a arbitragem somente será cabível se, a partir da análise do caso concreto, o litígio em questão versar sobre um direito patrimonial disponível⁵. Nessa linha, o presente trabalho pretende abordar o problema acerca da possibilidade de se optar por este instituto, bem como explorar as peculiaridades que a Administração goza no procedimento arbitral.

Nessa ordem de ideias, o objetivo geral do trabalho centra-se em compreender os atuais critérios para utilização de arbitragem com a Administração Pública e sua regulamentação. Para tanto, faz-se imprescindível abordar o processo evolutivo da arbitragem em contratos administrativos. Faz-se necessário, também, examinar quais regras do procedimento devem ser adaptadas às prerrogativas que a Administração detém por estar vinculada aos princípios administrativos e ao regime de direito público.

O problema que se apresenta é, em primeiro lugar, compreender em quais tipos de litígio o Poder Público pode se valer da via arbitral; em segundo lugar, é preciso averiguar quais os critérios necessários para avaliar se a demanda se enquadra no requisito legal permissivo de arbitragem; finalmente, sendo possível e se optando por esse meio, é preciso examinar quais as limitações e prerrogativas que detém o poder público no procedimento arbitral, visto que as regras deste instituto são eminentemente de direito privado, e a Administração, notoriamente, se submete a normas de direito público.

⁴ Em princípio, todas as questões que comportam disciplina por via contratual também admitem a instituição de arbitragem. Trata-se de uma questão indissociável, já que existe um único e mesmo tema jurídico. A disponibilidade para impor a arbitragem é a mesma para criar direitos e obrigações por via consensual. FILHO, M. J. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. *E-book*.p. Capítulo 13.

⁵ Eros Grau, citando ORLANDO GOMES, traz a definição de direito patrimonial disponível como “os que o Estado conclui com particulares ou outros entes públicos para a satisfação de interesses comuns, implicando disposição de direitos subjetivos patrimoniais” GRAU, E. R. **Arbitragem e contrato administrativo**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 21, p. 140–149, 2002. p. 145.

A primeira hipótese de solução do problema seria assumir, *ex ante*, uma postura mais rígida e afirmar que a arbitragem é incompatível com as prerrogativas e peculiaridades do regime de Direito Público. Nesse caso, prevaleceriam os fundamentos de que o interesse público é indisponível e não permitiria o uso de arbitragem.

Não é, entretanto, o que parece ser a melhor solução. A segunda hipótese consiste em aceitar o uso de arbitragem com o Poder Público nas questões que se enquadrem no conceito de direito patrimonial disponível. Para tanto, imprescindível que se adotem critérios para demonstrar tal disponibilidade do direito que se pretende resolver na via arbitral.

No que tange à metodologia, o método dedutivo é utilizado como perspectiva principal deste trabalho. Parte-se da avaliação de institutos de Direito Administrativo para poder – a partir dessas perspectivas – avaliar o regime da arbitragem com o Poder Público em contexto com a doutrina especializada no tema. Adicionalmente, serão utilizados o método histórico e hipotético-dedutivo. O primeiro para demonstrar a evolução do instituto ao longo do tempo; o segundo, quando se coloca como hipótese a impossibilidade de utilização de arbitragem com o Poder Público com fundamento em evidências que a infirmem.

As técnicas de pesquisas utilizadas consistem em pesquisa bibliográfica, legislativa e jurisprudencial. Para tanto, far-se-á uma comparação entre o que entende a doutrina tradicional do Direito Administrativo em paralelo com o entendimento da doutrina especializada em arbitragem com o Poder Público. Ademais, na segunda parte do trabalho, será feito um contraponto entre o procedimento arbitral entre privados, a partir da doutrina especializada no tema, em paralelo com as adaptações necessárias ao procedimento quando se trata de arbitragem com a Administração Pública.

Quanto aos capítulos, o presente trabalho está dividido em duas partes. Na primeira parte, busca-se compreender o processo evolutivo e os critérios necessários para que a Administração se valha da via arbitral; na segunda, far-se-á uma análise

das peculiaridades e vedações no procedimento arbitral quando parte a Administração Pública.

A primeira parte está dividida em dois tópicos. No tópico um, abordar-se-á o processo histórico de desenvolvimento legislativo, jurisprudencial e doutrinário do uso de arbitragem em contratos administrativos antes da reforma da lei de arbitragem, bem como quais os argumentos contrários e a favor da utilização de arbitragem quando envolvido o poder público; no tópico dois, analisam-se as mudanças que a reforma na lei de arbitragem trouxe para uso de arbitragem com o poder público, bem como a compreensão dos critérios necessários, à luz da disponibilidade do direito, à utilização de arbitragem com a Administração Pública.

A segunda parte do trabalho, por sua vez, também está dividida em dois tópicos. No primeiro tópico, serão abordadas as questões sobre a regulamentação processual, tais como a legitimidade, autoridade competente para instaurar, a escolha das instituições arbitrais, escolha dos árbitros e a convenção de arbitragem como negócio jurídico processual. Já no segundo tópico, pretende-se investigar as possíveis vedações e conflitos aparentes no processo de arbitragem com a Administração Pública. Assim, dois principais conflitos serão abordados: a vedação de arbitragem por equidade e a vedação de arbitragem confidencial, tendo em vista o princípio da publicidade.

I. CRITÉRIOS PARA O USO DE ARBITRAGEM NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Antes de adentrar nos critérios atuais para uso de arbitragem em contratos administrativos, é preciso compreender o processo evolutivo e histórico pelo qual passou este instituto. Vale ressaltar que o mecanismo de arbitragem, muito difundido nas relações privadas, tem, cada vez mais, ganhado força em âmbito de contratos administrativos. Todavia, para chegar a este patamar, foi preciso passar por várias fases em que sua admissão era pouco aceita pela doutrina e jurisprudência.

Na primeira parte do presente estudo, portanto, serão feitas quatro análises: primeiro, o processo histórico de desenvolvimento do uso de arbitragem em contratos administrativos antes da reforma da lei de arbitragem, a partir de uma análise legislativa, jurisprudencial e doutrinária; segundo, quais os argumentos contrários à utilização de arbitragem com a administração pública; terceiro, quais as mudanças que lei 13.129/2015 trouxe para uso de arbitragem com o poder público; e, por último, a compreensão dos critérios, à luz da disponibilidade do direito, para se utilizar arbitragem com a administração pública.

A. CONTEXTO HISTÓRICO E ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À UTILIZAÇÃO

Ao tratar do contexto histórico da arbitragem com a Administração Pública, é preciso compreender dois momentos distintos: aquele anterior à lei 13.129/2015 e o seu posterior. Isso porque, como se verá em outro tópico deste trabalho, esta lei reformou⁶ a Lei de Arbitragem e sanou a dúvida a respeito da arbitrabilidade subjetiva, referente a possibilidade de uso ou não quando presente o Poder Público.

Todavia, o uso de arbitragem com o poder público nem sempre foi tão aceito como nos dias atuais. Vale dizer, antes da referida reforma, a arbitragem envolvendo

⁶ 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. Brasília: Presidência da República, 2015b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm. Acesso em: 4 dez. 2020.

Administração Pública era de uso mais esporádico e restrito. Além disso, havia, na doutrina e jurisprudência, diversos posicionamentos contrários ao instituto, sobretudo com fundamento na indisponibilidade do interesse público.

Como se verá adiante, tais fundamentos não devem prevalecer: a controvérsia sobre adoção de arbitragem em contratos administrativos já está superada, sobretudo a partir da reforma da lei de arbitragem. Resta, agora, saber quais os critérios para sua utilização e quais conflitos encontram na arbitragem a via processual mais adequada para que o mecanismo seja correta e devidamente utilizado.

Para tanto, faz-se necessário compreender como se deu o processo evolutivo desse instituto para chegar até o modelo atual, a partir dos requisitos de arbitrabilidade objetiva. Assim, nesse tópico serão analisados: (i) as menções legislativas sobre a regulação de arbitragem; (ii) os precedentes judiciais que admitiram seu uso com o poder público; (iii) os argumentos contrários na doutrina e jurisprudência; e (iv) os argumentos em favor da arbitragem, a partir da não confusão do interesse público com a disponibilidade do direito;

Em um primeiro momento, na época do Brasil Império, a arbitragem no setor público foi sendo admitida em casos esporádicos e pontuais, ainda sob a vigência do Código Comercial de 1850⁷. O referido código prescrevia a possibilidade de resolução por juízo arbitral de diversas questões mercantis⁸.

Nessa época, outros diplomas legais também admitiram o uso de arbitragem. Toma-se, como exemplo, o Decreto n° 7.959/1880⁹ que, no seu inciso XXXV, previu o uso de arbitragem nos casos de desacordo entre Governo e companhia, sendo o litígio decidido por meio de árbitros nomeados.

⁷ LEMES, S. M. F. Breve histórico sobre a admissibilidade de arbitragens envolvendo Administração Pública. *In*: **ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: FUNDAMENTOS JURÍDICOS E EFICIÊNCIA ECONÔMICA**. São Paulo: Quartier Latin, 2007b. p. 63–67.

⁸ “Art. 294 - Todas as questões sociais que se suscitarem entre sócios durante a existência da sociedade ou companhia, sua liquidação ou partilha, serão decididas em juízo arbitral”. BRASIL. **Lei n° 556, de 25 de junho de 1850**. Código Comercial. Império do Brasil, 1850. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim556.htm. Acesso em: 21 dez. 2020.

⁹ BRASIL. **Decreto no 7.959, de 29 de dezembro de 1880**. Aprova as cláusulas que devem regular as concessões de estradas de ferro gerais no Império. 1880. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-7959-29-dezembro-1880-547352-publicacaooriginal-62081-pe.html>. Acesso em: 19 out. 2020.

Entretanto, o precedente que, de fato, consolidou o uso de arbitragem pela Administração Pública se deu apenas em 1973, no julgamento do Caso Lage¹⁰ pelo STF. Este litígio envolveu a incorporação de bens e direitos das Organizações Lage ao patrimônio nacional, situação resolvida por juízo arbitral. A decisão do STF foi no sentido de que o Estado só não pode dispor da arbitragem para as matérias em que age como Poder Público¹¹. Em outras palavras, o Estado não pode dispor de arbitragem quando presente o princípio da indisponibilidade do interesse público, que, nas palavras de Mello:

Na Administração, o dever e a finalidade sempre prevalecem, opõe-se a noção de administração à de propriedade, nisto que, sob administração, o bem não se entende vinculado à vontade ou personalidade do administrador, porém a finalidade impessoal a que essa vontade deva servir¹².

Mais adiante, na década de 90, deu-se início a era das privatizações e reformas administrativas. Vale dizer, houve, nessa época, uma “revolução normativa”¹³ em âmbito de direito administrativo, com a aprovação de diversos diplomas normativos, dentre os quais, destacam-se os seguintes: Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1997), Lei de Licitações (Lei nº 8.666/1993), Lei das Concessões e Permissões de Prestação de Serviços Públicos (Lei nº 8.987/1995), Lei Geral das Telecomunicações (Lei nº 9.472/1997), entre outros diplomas¹⁴. Vale frisar que foi também nesta época a aprovação da Lei nº 9.307/96¹⁵ - a Lei da Arbitragem.

Essas inovações legislativas em âmbito administrativo foram importantes para a evolução da arbitragem com o Poder Público, tendo em vista que serviram como atrativo para o direcionamento de recursos privados à proposta de descentralização

¹⁰ BRASIL, S. T. F. **Recurso Extraordinário nº 71.467**. Relator: Min. Bilac Pinto, 14 nov. 1973.

¹¹ O STF assentou não ser possível impedir a União de submeter questão que possa ser objeto de transação à solução arbitral. CARMONA, C. A. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 45.

¹² MELLO, C. A. B. de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 33.

¹³ MARRARA, T. *In*: **Direito administrativo: transformações e tendências**. São Paulo: Grupo Almedina, 2014. p. 22.

¹⁴ *Ibid.*, p. 23.

¹⁵ BRASIL. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília: Presidência da República, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 3 nov. 2020.

administrativa¹⁶. Vale dizer, as novas legislações trouxeram previsão de diversos dispositivos prevendo a resolução de disputas pela via arbitral¹⁷. Com isso, importante notar que a previsão de arbitragem, nessa época, se dava no âmbito de contratos específicos, não havendo, portanto, uma autorização genérica no âmbito do Poder Público¹⁸.

Frisa-se que, com a revolução normativa da década de 1990, veio à tona uma noção de privatização de certas relações de direito administrativo. Com efeito, começou a vigorar a noção de que nem sempre que haja presença da Administração Pública se faz necessária a utilização dos princípios peculiares ao Direito Administrativo¹⁹, devendo este ramo do direito prevalecer apenas nos casos relacionados diretamente a interesses públicos primários.

Nesse contexto, no que tange à noção de interesse público, importante destacar a diferença entre o interesse público propriamente dito e o interesse meramente das pessoas estatais. Vale dizer, o conceito de interesse público pode ser dividido entre interesse público primário e secundário, diferenciados, nas palavras de Mello²⁰, da seguinte forma:

Interesse público primário é o pertinente à sociedade como um todo, e só ele pode ser validamente objetivado, pois este é o interesse que a lei consagra e entrega à compita do Estado como representante do corpo social. Interesse secundário é aquele que atina tão só ao aparelho estatal enquanto entidade personalizada, e que por isso mesmo pode lhe ser referido e nele encarnar-se pelo simples fato de ser pessoa, mas que só pode ser validamente perseguido pelo Estado quando coincidente com o interesse público primário.

Todavia, a divisão entre interesse público primário e secundário, como se verá em outro tópico deste trabalho, não quer demonstrar a impossibilidade de utilização da via arbitral pelo Poder Público. Tal divisão foi feita a partir de outro contexto e com

¹⁶ SALLES, 2011, p. 73.

¹⁷ Toma-se, como exemplo, o inciso XV do art. 93 da Lei Geral de Telecomunicações, o qual dispõe que o contrato de concessão indicará: “o foro e o modo para solução extrajudicial das divergências contratuais.” BRASIL. **Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997**. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais. Brasília: Presidência da República, 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9472.htm. Acesso em: 17 dez. 2020.

¹⁸ SALLES, 2011, p. 61.

¹⁹ MARRARA, 2014, p. 31.

²⁰ MELLO, 2009, p. 99.

outra finalidade²¹. Dessa forma, não deve prevalecer este argumento contrário à utilização de arbitragem.

Feito o panorama sobre a previsão de arbitragem com o poder público na legislação brasileira, passa-se agora a verificar sua aceitação na jurisprudência. Com efeito, um ano após a publicação da Lei de Arbitragem²², o pleno do Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida em sede de Agravo Regimental em Sentença Estrangeira²³, entendeu, em controle incidental, pela constitucionalidade das inovações trazidas pela referida lei.

Nessa linha, o Superior Tribunal de Justiça também teve importante papel na evolução do uso de arbitragem pela Administração Pública. Em consonância com parte da doutrina, em momento anterior à reforma da lei de arbitragem, este tribunal – bem como diversos tribunais estaduais - já sinalizavam não existir óbice legal para estipulação de arbitragem pelo poder público em contratos administrativos²⁴.

Em 2005, no julgamento do Resp. nº 612.439-RS, o STJ definiu que 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 ajuste²⁵.

Em 2011, a mesma corte também entendeu, conforme voto da Min. Relatora Nancy Andrighi²⁶, não haver óbice na estipulação de arbitragem pela Administração:

²¹ FRANZONI, D.; DAVIDOFF, F. **Interpretação do critério da disponibilidade com vistas à arbitragem envolvendo o Poder Público**. Revista de Arbitragem e Mediação, [s. l.], v. 41, p. 243–264, 2014. p. 4.

²² A lei de arbitragem foi publicada em 23 de setembro de 1996. BRASIL, 1996.

²³ BRASIL, S. T. F. **Agravo Regimental nº 5.206-7**. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 8 maio 1997a.

²⁴ BRASIL, S. T. J. **Recurso Especial nº 904.813 - PR**. PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. LICITAÇÃO. ARBITRAGEM. VINCULAÇÃO AO EDITAL. CLÁUSULA DE FORO. COMPROMISSO ARBITRAL. EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO DO CONTRATO. POSSIBILIDADE. Relator: Min. Nancy Andrighi, 20 out. 2011.

²⁵ BRASIL, S. T. J. **Recurso Especial nº 612.439 - RS**. 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. Relator: Min. João Otávio de Noronha, 25 out. 2005.

²⁶ BRASIL, S. T. J., 2011.

Tanto a doutrina como a jurisprudência já sinalizaram no sentido de que não existe óbice legal na estipulação da arbitragem pelo poder público, notadamente pelas sociedades de economia mista, admitindo como válidas as cláusulas compromissórias previstas em editais convocatórios de licitação e contratos.

Em que pese o entendimento favorável de diversos tribunais brasileiros, em especial do STJ²⁷, é importante ressaltar que, no tocante ao controle externo da Administração Pública, o Tribunal de Contas da União já se posicionou, diversas vezes, sobretudo antes da reforma da lei de arbitragem, contrário à utilização de arbitragem com o poder público.

Conhecer a posição restritiva do TCU é de suma importância, visto que sua interpretação contrária à arbitragem tem inibido o emprego do instituto na solução de conflitos em contratos administrativos²⁸.

A primeira oportunidade em que o TCU se manifestou sobre o tema de arbitragem e administração pública foi no Acórdão nº 286, do ano de 1993²⁹. Na ocasião, os pareceres foram unâimes em afastar o uso de arbitragem³⁰. O plenário entendeu pela inadmissibilidade de arbitragem em contratos administrativos, sob o fundamento de que não haveria expressa autorização legal, bem como contrariaria princípios básicos do direito público: a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do direito público.

Mais adiante, o Plenário do TCU, no Acórdão nº 587, do ano de 2003³¹, novamente entendeu pela incompatibilidade de arbitragem em um processo de levantamento de auditoria, referente à fiscalização do DNIT em obras da BR-101. Vale

²⁷ BORJA, A. G. de; WALD, A. **Decisões dos tribunais revelam posição pró-arbitragem**. Conjur, 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-dez-21/decisoes-tribunais-pais-revelam-posicao-favoravel-arbitragem#author>. Acesso em: 3 jan. 2021.

²⁸ PARADA, A. L. N. **Análise crítica das decisões do Tribunal de Contas da União acerca da utilização da arbitragem em contratos administrativos**. Evolução interpretativa. Revista de Direito Administrativo, v. 273, p. 165–198, 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v273.2016.66660>

²⁹ BRASIL, TCU. **Decisão nº 286/93**. Relator: Min. Homero Santos, 4 ago. 1993. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-5150%22>. Acesso em: 4 jan. 2021.

³⁰ PARADA, 2016.

³¹ BRASIL, TCU. **Acórdão nº 587/2003**. Relator: Min. Adilson Motta, 28 maio 2003. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-15083%22>. Acesso em: 4 jan. 2021.

dizer que no edital de licitação entre o DNIT e a empresa vencedora do certame havia previsão de arbitragem para solucionar eventuais conflitos. Todavia, a Corte de Contas entendeu pela “inquestionável natureza pública” da avença, o que, segundo a corte, traria ofensa ao princípio da indisponibilidade do interesse público³².

Diante disso, verifica-se que, antes da reforma trazida pela Lei nº 13.105/2015, a corte de contas impediu durante muito tempo que a Administração Pública se valesse de arbitragem para solucionar seus conflitos, ainda que se tratasse de direitos patrimoniais disponíveis³³.

No que se refere à doutrina, a despeito de já existir entendimento favorável ao uso de arbitragem com o poder público antes mesmo da reforma da Lei de Arbitragem, Marçal Justen Filho³⁴ aponta que essa aceitação não era totalmente pacífica: parcela doutrinária era contrária à utilização do instituto pela administração pública. Os principais argumentos pautavam-se no fundamento da indisponibilidade do interesse público e supremacia do interesse público sobre o privado, partindo-se do pressuposto de que todo interesse público seria indisponível.

Nessa linha, guiado na noção de indisponibilidade do interesse público, Celso Antônio Bandeira de Mello³⁵ defendia que:

Não é aceitável perante a Constituição que particulares, árbitros, como suposto no art. 11, III, possam solver contendas nas quais estejam em causa interesses concernentes a serviços públicos, os quais não se constituem em bens disponíveis, mas indisponíveis, coisas "extra commercium". Tudo que diz respeito ao serviço público, portanto, condições de prestação, instrumentos jurídicos compostos em vista deste desiderato, recursos necessários para bem desempenhá-los, comprometimento destes mesmos recursos, são questões que ultrapassam por completo o âmbito decisório de particulares. Envolvem interesses de elevada estatura, pertinentes à Sociedade como um todo e, bem por isto, quando suscitarem algum quadro conflitivo entre partes só podem ser solutos pelo Poder Judiciário. Permitir que simples árbitros disponham sobre matéria litigiosa que circunde um serviço público e que esteja dessarte com ele embricada ofenderia o papel constitucional do serviço público e a própria dignidade que o envolve.

³² PARADA, 2016.

³³ MAROLLA, E. C. C. **A arbitragem e os contratos da administração pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 76.

³⁴ FILHO, 2018.

³⁵ MELLO, C. A. B. de. As Parcerias Público-Privadas (PPPs). **Migalhas**, [s. l.], 2006. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/20266/as-parcerias-publico-privadas--ppps>. Acesso em: 26 dez. 2020.

Para compreender melhor estes argumentos contrários à arbitragem, faz-se necessário analisar os conceitos dos princípios invocados como argumento. Com efeito, é notório que o Direito Administrativo goza de certas especificidades, visto que este ramo do direito pode ser entendido, pelo critério da Administração Pública³⁶, como o conjunto de princípios que regem as condutas administrativas. Vale dizer, por se tratar de um ramo de direito público, o Direito Administrativo contém algumas particularidades, regendo-se por princípios que lhes são peculiares, que guardam entre si uma relação de coerência, compondo o regime jurídico-administrativo³⁷.

Tais princípios consistem na noção de que, no Direito Público, os interesses são pertinentes à sociedade com um todo, e não aos particulares considerados em sua singularidade³⁸. Nessa linha, ao tratar de temas ligados ao Direito Administrativo, dois princípios aparentemente poderiam conflitar com a utilização de arbitragem com a Administração Pública: (i) a supremacia do interesse público sobre o privado; e (ii) a indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos.

Antes de conceituar estes dois princípios, primeiramente é necessário compreender, brevemente, o conceito jurídico de interesse público. Sem esgotar o tema, tal princípio pode ser compreendido, segundo doutrina de Celso de Mello³⁹, não como a somatória de interesses individuais, mas sim no interesse do todo, do próprio conjunto social, isto é, nos interesses de cada um enquanto partícipe da Sociedade. Já nas palavras de Phillip Gil França⁴⁰:

Interesse público é objeto buscado por quem compõe um Estado (pessoa privada ou pública) para o benefício daqueles que precisam desse objeto, para, nesse sentido, proporcionar condições de vida digna nesse Estado, inclusive para si próprios. Logo, interesse público é objeto que se condiciona concretizavelmente positivo e produtivo, proporcionalmente, para quem carece de uma eficiente atividade estatal, conforme objetivos e estrutura normativa, social e política definidos pela Constituição Federal.

³⁶ DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 171.

³⁷ MELLO, 2009, p. 52.

³⁸ Ibid., p. 55.

³⁹ Ibid., p. 60.

⁴⁰ FRANÇA, P. G. **Ato administrativo, consequencialismo e compliance**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. *E-book*.p. RB-2.1.

Como se verifica, o conceito de interesse público se molda numa abstralidade. Marçal Justen Filho⁴¹ entende isto como um defeito, na medida em que “a indeterminação dos critérios de validade dos atos governamentais dificulta o seu controle”. O interesse público, portanto, se apresenta como um conceito jurídico indeterminado⁴².

Ademais, há de se pontuar que tal princípio sofreu novas reflexões nos dias de hoje. Nesse cenário, Maffini⁴³ alerta no sentido de que nem sempre a Administração, ao defender o interesse público, terá condição de supremacia, haja vista o modelo constitucional vigente de amplo rol de garantias e direitos fundamentais.

Feitas essas breves considerações acerca do interesse público, passa-se a verificar o sentido dos dois princípios que fundamentam os argumentos contrários à arbitragem: a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público.

Em primeiro lugar, analisar-se-á o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Consoante doutrina de Maria Sylvia Di Pietro⁴⁴, “as normas de direito público, embora protejam reflexamente o interesse individual, têm o objetivo primordial de atender ao interesse público, ao bem-estar coletivo”. De fato, o direito deixou de ser apenas instrumento de garantia dos direitos do indivíduo e passou a ser visto como meio para consecução da justiça social e do bem-estar coletivo. Assim, para que o Estado possa atender às necessidades coletivas, é preciso que o administrador esteja vinculado à lei para exercer sua função administrativa⁴⁵.

Nas palavras de Carvalho Filho⁴⁶, pelo princípio da supremacia do interesse público sobre o privado:

⁴¹ FILHO, 2018, p. 17.

⁴² “Quando a lei adota um conceito jurídico indeterminado, visa a produzir uma solução que seja adaptável à realidade e suscetível de controle. Isso decorre de que o conceito jurídico indeterminado é determinável. A possibilidade de determinação do conteúdo do conceito é o instrumento de controle sobre a escolha do aplicador”. Ibid., p. 23.

⁴³ MAFFINI, Rafael. **Elementos de Direito Administrativo**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2016. p.37

⁴⁴ DI PIETRO, 2017, p. 215.

⁴⁵ Ibid., p. 217.

⁴⁶ CARVALHO FILHO, J. dos S. **Manual de direito administrativo**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 109.

As atividades administrativas são desenvolvidas pelo Estado para benefício da coletividade. Mesmo quando age em vista de algum interesse estatal imediato, o fim último de sua atuação deve ser voltado para o interesse público. E se, como visto, não estiver presente esse objetivo, a atuação estará inquinada de desvio de finalidade.

Já na concepção de Hely Lopes Meirelles⁴⁷, “sempre que entrarem em conflito o direito do indivíduo e o interesse da comunidade, há de prevalecer este, uma vez que o objetivo primacial da Administração é o bem comum”. Logo, pela Supremacia do Interesse Público, há uma desigualdade na relação jurídica entre Administração e particular, de sorte que o Poder Público conta com privilégios e prerrogativas que não podem ser desconsideradas pelo aplicador e interprete do direito.

Desse modo, se a lei dá à Administração os poderes de restringir direitos dos particulares, é porque tem em vista atender ao interesse geral, que não pode ceder diante do interesse individual.

Finalmente, há de ser compreendido o princípio da indisponibilidade do interesse público, assim definido nas palavras de Mello⁴⁸:

A indisponibilidade dos interesses públicos significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los - o que é também um dever - na estrita conformidade do que predispuer a *intentio legis*.

Como se verifica, o interesse público se pauta por uma finalidade impessoal, vale dizer, é indisponível à vontade do administrador, de forma que, sendo os interesses qualificados como próprios da coletividade, não se teria margem para litigar a partir do uso de arbitragem.

Para Bruno Miragem, "o agente público não pode a seu livre-arbítrio definir o interesse público e afastar as decisões em conformidade com este, segundo as razões

⁴⁷ MEIRELLES, H. L. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016. p. 87.

⁴⁸ MELLO, 2009, p. 73–74.

que encontre."⁴⁹ Nesse sentido, poder-se-ia entender, equivocadamente, que todo o direito público é indisponível.

Diante da noção desses princípios, surge aqui um conflito aparente no que tange à arbitragem em casos que envolvam a Administração Pública: levando-se em conta apenas a noção de indisponibilidade e supremacia do interesse público, poder-se-ia entender não ser compatível a utilização de arbitragem, pois conflitaria diretamente com estes importantes princípios que regem o Direito Administrativo.

Ocorre, entretanto, como se verificará a seguir, que nem todos os direitos da administração são indisponíveis. Vale dizer, quando o Estado atua fora de sua condição de entidade pública, praticando atos em posição de igualdade com particulares, não se aplicam as normas próprias de contratos administrativos, ancoradas no direito público⁵⁰.

Nesse cenário, em que pese os argumentos contrários da doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello e outros juristas⁵¹, concebe-se que, a partir dos argumentos da doutrina especializada, não merece prevalecer o entendimento pelo não cabimento de arbitragem com a Administração Pública. Desse modo, passa-se, agora, a demonstrar por que a arbitragem é totalmente viável para resolver litígios envolvendo o Poder Público.

Em primeiro lugar, ao escolher a via arbitral, o Poder Público não está abrindo mão da defesa de interesses públicos. Na verdade, está optando por uma maneira mais célere e eficaz para a defesa do interesse público. Vale dizer, do mesmo modo que no processo judicial, o árbitro também atua de maneira imparcial.

Conforme afirmam os autores Abreu Dallari, Schwind e Justen Filho:

O interesse público não se confunde com o mero interesse da Administração ou da Fazenda Pública; o interesse público está na correta aplicação da lei e

⁴⁹ MIRAGEM, B. **Direito Administrativo Aplicado: A nova Administração Pública e o Direito Administrativo**. 1. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2017. *E-book*.

⁵⁰ CARMONA, 2009, p. 45.

⁵¹ Além de Mello, autores como Lúcia Valle Figueiredo e Ricardo Marcondes Martins também já se posicionaram contrários à utilização de arbitragem pela Administração Pública. MAROLLA, 2016, p. 93.

se confunde com a realização concreta da justiça. Inúmeras vezes, para defender o interesse público, é preciso decidir contra a Administração Pública.⁵²

Com efeito, o árbitro não decide sobre interesses públicos, decide os litígios existentes nos contratos administrativos firmados entre administração e particular, com base no ordenamento jurídico e nas cláusulas contratuais pactuadas entre as partes.

Nessa linha, Hely Lopes Meireles pontua que as prerrogativas da administração pública “não lhe são outorgadas em consideração pessoal, mas sim para serem utilizadas em benefício da comunidade administrada. Descumpri-las ou renunciá-las equivalerá a desconsiderar a incumbência que aceitou ao empossar-se na função pública”⁵³.

Em segundo lugar, não se pode confundir a indisponibilidade do interesse público com indisponibilidade dos interesses patrimoniais. De fato, a administração não tem disponibilidade sobre o interesse público, porque são próprios da coletividade. Ocorre, todavia, que nem todos os direitos da administração são indisponíveis⁵⁴.

Conforme explicita Eros Grau⁵⁵, quando o Estado atua em relação contratual, está vinculado às mesmas estipulações impostas ao particular, de sorte que, para realizar o interesse público, muitas vezes tem de praticar atos dispondo de direitos patrimoniais, sem que isso signifique dispor do interesse público.

Eros Grau ainda aponta que, sempre que a administração estiver contratando – o que importa disponibilidade de direitos patrimoniais –, estará permitida a

⁵² FILHO, M. J.; SCHWIND, R. W.; DALLARI, A. A. **Arbitragem nas parcerias público privadas**. In: PARCERIAS PÚBLICO PRIVADAS: REFLEXÕES SOBRE OS 10 ANOS DA LEI 11.079/2004. 1. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015. *E-book*.

⁵³ MEIRELLES, 2016, p. 91.

⁵⁴ MAFFINI, R.; DE JESUS CIRNE, R. **Arbitragem e administração pública: uma análise da arbitrabilidade dos litígios envolvendo a administração pública à luz da disponibilidade dos direitos**. Revista da ESDM, v. 4, n. 8, p. 84–99, 2018.

⁵⁵ GRAU, 2002.

convencionar cláusula de arbitragem, sem que isso ofenda à indisponibilidade do interesse público⁵⁶.

Desse modo, em se tratando de contratos administrativos, não deve prevalecer os argumentos de que a utilização de arbitragem seja incompatível, visto que o princípio da indisponibilidade do interesse público não impede o uso de arbitragem com a administração pública.

Em terceiro lugar, a indisponibilidade do direito também não pode ser compreendida como a necessidade de intervenção judicial⁵⁷. Nesse sentido, “os entes da Administração Pública podem e devem resolver seus conflitos com terceiros sem ter de recorrer ao Judiciário”⁵⁸. Isso porque, quanto à possibilidade de resolver conflitos sem a necessidade de intervenção judicial, a regra de disponibilidade também vale para a Administração⁵⁹.

Em quarto lugar, fica mais claro compreender que a arbitragem é compatível com a Administração Pública, em se tratando de direitos disponíveis, na medida em que, nesses casos, a atuação Estatal se pauta em atos de gestão⁶⁰.

Nesse contexto, faz-se mister uma breve diferenciação entre os atos de império e atos de gestão: os atos de império são os que se caracterizam pelo poder de coerção decorrente do poder de império, de modo que a vontade dos administrados não é levada em conta para sua prática. De acordo com Hely Lopes Meirelles, “ato de império é todo aquele que contém uma ordem ou decisão coativa da Administração para o administrado, como o é um decreto expropriatório, um despacho de interdição de atividade ou uma requisição de bens”.⁶¹

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ TALAMINI, E. Arbitragem nas empresas estatais. In: JUSTEN FILHO, M. **Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/2016: Lei das estatais**. 1. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2016. *E-book*.

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ O Estado, entretanto, atua no mesmo plano jurídico dos particulares quando se volta para a gestão da coisa pública (*ius gestionis*). Nessa hipótese, pratica atos de gestão, intervindo frequentemente a vontade de particulares. CARVALHO FILHO, 2019, p. 237.

⁶¹ MEIRELLES, 2016, p. 83.

Já nos atos de gestão, a Administração atua no mesmo plano jurídico dos particulares.⁶² Consoante Carmona, “quando o Estado pratica atos de gestão, desveste-se da supremacia que caracteriza sua atividade típica”⁶³, de sorte que tais atos geram direitos subjetivos a ambas as partes.

Diante disso, é possível afirmar que, haja vista a pluralidade de relações em que o Estado está envolvido com particulares, “não há um interesse público, mas um conjunto de interesses públicos que devem orientar as decisões da Administração e toda a sua atuação”.⁶⁴

É certo que a atuação administrativa deve servir sempre aos interesses da coletividade, e que o interesse público é o princípio orientador dessa atividade. Entretanto, a despeito do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, as bases do regime jurídico-administrativo que orientavam as relações do século passado não são as mesmas vivenciadas na atualidade.⁶⁵

Desse modo, a supremacia do interesse público não se verifica em todas as relações que Administração atua como parte. Logo, como bem afirma Marçal⁶⁶, o interesse público não pode ser visto como um impasse insuperável, de forma que, se assim o fosse, o direito seria considerado indisponível igualmente para toda contratação com a Administração Pública.

Examinados os aspectos evolutivos envolvendo arbitragem e Administração Pública, passa-se agora para análise do contexto envolvendo a utilização desse mecanismo após a reforma na lei de arbitragem.

⁶² CARVALHO FILHO, 2019, p. 33.

⁶³ CARMONA, 2009, p. 45.

⁶⁴ MAIA, A. J. **Fazenda Pública e Arbitragem: do contrato ao processo**. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 34.

⁶⁵ RODRIGUES, M. A. **A Fazenda Pública no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 16.

⁶⁶ FILHO, 2018, p. 645.

B. REFORMA NA LEI DE ARBITRAGEM E FORMAS DE IDENTIFICAR A DISPONIBILIDADE DO DIREITO

Como visto no tópico anterior, antes mesmo da reforma na Lei de Arbitragem, já havia certa tendência na doutrina e jurisprudência pela aceitação de arbitragem em contratos administrativos. Isso porque, como analisado, não deve prevalecer o entendimento de que todo e qualquer interesse público sobrepõe-se sobre o particular. Nesse sentido, caberá a utilização de arbitragem sempre que o ato não se refira à direito indisponível, à luz do interesse público.

Vale ressaltar, porém, que embora o administrador não tenha o condão de dispor de direitos que não lhe pertencem, é preciso definir quais são esses direitos entendidos como indisponíveis e de interesse público primário. Nesse sentido, não cabe ao administrador, mas sim ao legislador a definição primária do interesse público. A regulação por meio de lei dá mais segurança jurídica às relações. Com efeito, a lei pode até mesmo tornar disponível o que até então era tratado como indisponível. Desse modo, havendo autorização legal, não há que se falar em indevida disposição do interesse público.⁶⁷

Nesse cenário, com a alteração dada na Lei nº 9.307/1996 (Lei da Arbitragem) pela Lei nº 13.129/2015, o direito positivo fez cessar qualquer controvérsia eventualmente remanescente sobre a possibilidade ou não de a Administração Pública se valer do instituto arbitral para dirimir seus conflitos. Entretanto, uma vez admitida essa realidade, o desafio seguinte passa a ser o adequado delineamento do procedimento arbitral quando o Poder Público dele participa.⁶⁸

Em primeiro lugar, cabe salientar que a Lei nº 13.129/2015 não depende de norma inferior para produzir efeitos – visto que se trata de norma autoaplicável.⁶⁹ Também não se faz necessária a edição de normas próprias dos entes públicos, visto

⁶⁷ MAIA, 2020, p. 36.

⁶⁸ CARNAÚBA, C. A. M. **Adequação da Arbitragem aos Litígios Envolvendo o Poder Público**. Revista Brasileira de Arbitragem, v. 58, p. 7–27, 2018.

⁶⁹ TIBURCIO, C. **Arbitragem envolvendo a Administração Pública: notas sobre as alterações introduzidas pela Lei 13.129/2015**. Revista de Processo, v. 254, n. 18, 2018. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.254.21.PDF. Acesso em: 13 jan. 2021.p. 4.

que a referida lei tem status de norma geral de contratos da Administração⁷⁰. O que não impossibilita que as entidades políticas complementem a aplicação da lei por meio de diplomas específicos.

Em segundo lugar, dentre as modificações trazidas pela Lei nº 13.129/2015, houve a inclusão do §1º no art. 1º da Lei nº 9.307/1996, que passou a contar com a seguinte redação: “a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.⁷¹ Com essa inclusão, o legislador optou por limitar interpretações restritivas e reduzir complexidades para que a Administração utilize o mecanismo arbitral para dirimir conflitos relativos a direitos disponíveis.⁷²

Vale dizer, a reforma esclareceu a dúvida quanto à arbitrabilidade subjetiva⁷³, de forma que não se faz mais necessário que leis específicas autorizem o ente público a resolver litígios por arbitragem. Com efeito, a Lei nº 13.129/2015 inseriu no art. 1º da LArb os §§1º⁷⁴ e 2º⁷⁵, de modo que arbitragem passou a ser admitida de forma generalizada quanto ao aspecto subjetivo.

Desse modo, a lei de arbitragem traz como único requisito subjetivo a capacidade para contratar, requisito no qual não há dúvida de que a Administração preencha⁷⁶. Assim, passou a ser relevante averiguar apenas os critérios de arbitrabilidade objetiva, à luz da disponibilidade do direito⁷⁷.

⁷⁰ Ibid.

⁷¹ BRASIL, 1996.

⁷² OLIVEIRA, G. J. de. **Especificidades do processo arbitral envolvendo a Administração Pública**. Enciclopédia Jurídica da PUCSP, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/49/edicao-1/especificidades-do-processo-arbitral-envolvendo-a-administracao-publica>. Acesso em: 14 jan. 2021.

⁷³ “A arbitrabilidade será subjetiva ou objetiva, conforme se refira aos sujeitos ou ao objeto do conflito”. CAHALI, F. J. **Curso de arbitragem**. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. *E-book*.

⁷⁴ “§1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. BRASIL, 1996.

⁷⁵ “§2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações”. Ibid.

⁷⁶ MAROLLA, 2016, p. 79.

⁷⁷ “São disponíveis aqueles bens que podem ser livremente negociados, por encontrarem-se desembaraçados, tendo o alienante plena capacidade jurídica para tanto”. CARMONA, 2009, p. 38.

Em terceiro lugar, feitas as considerações sobre a inclusão do §1º no art. 1º da Lei de Arbitragem, através da Lei nº 13.129/2015, faz-se necessário compreender o conceito de arbitrabilidade supramencionado. Consoante Cahali⁷⁸, “a arbitrabilidade é a condição essencial para que um determinado conflito seja submetido à arbitragem”.

Com efeito, nem todas as pessoas podem convencionar pela arbitragem e nem todas as questões de direito podem ser apreciadas por juízo arbitral. É nesse sentido o disposto no art. 1º da Lei de Arbitragem: “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”⁷⁹.

Nessa linha, a arbitrabilidade é “a possibilidade ou autorização para que a matéria possa se submeter ao juízo arbitral”⁸⁰. Ademais, a arbitrabilidade se divide em dois tipos: pode ser subjetiva – pessoas capazes de contratar; ou objetiva – dirimir conflitos relativos a direitos disponíveis. Em outras palavras, a arbitrabilidade será subjetiva ou objetiva conforme se refira aos sujeitos envolvidos ou ao objeto do conflito. Dito isso, faz-se mister compreender a diferença entre as duas modalidades.

A arbitrabilidade subjetiva é uma forma abstrata de se referir à capacidade, visto que a capacidade das partes é condição essencial para utilização da arbitragem⁸¹. Nessa linha, até mesmo entes despersonalizados, como a massa falida, espólio e condomínios podem ser partes em procedimentos arbitrais⁸², visto que possuem capacidade de contratar e estar em juízo.

No âmbito de direito público, conforme afirmado por Selma Lemes⁸³, seja como pessoa jurídica de direito público ou direito privado, todas as entidades da Administração Pública direta ou indireta possuem capacidade para firmar convenções

⁷⁸ “Capítulo 5.1”. CAHALI, 2020.

⁷⁹ BRASIL, 1996.

⁸⁰ MAIA, 2020, p. 63.

⁸¹ Ibid., p. 67.

⁸² CAHALI, 2020.

⁸³ LEMES, S. M. F. **Arbitragem na administração pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica**. São Paulo: Quartier Latin, 2007a. p. 117.

de arbitragem. Assim, a Administração não só tem capacidade de contratar, como deve fazê-lo, uma vez que o Estado também atua em atividades negociais.⁸⁴

Já no que se refere à arbitrabilidade objetiva, o requisito para que se atenda a essa modalidade é de que o litígio se refira a um direito patrimonial disponível⁸⁵. Não se permite arbitragem em se tratando de direitos indisponíveis, tais como os direitos de personalidade e os direitos de estado da pessoa. Selma Lemes⁸⁶ aponta que “Na seara administrativa, a questão tem nuances e contornos especiais, pois, de início, impõe-se verificar a abrangência dos direitos patrimoniais disponíveis vis-à-vis o interesse público que permeia toda a atividade da Administração”.

Como bem observam Maffini e Cirne, o debate a respeito da arbitrabilidade objetiva é muito mais complexo, visto que “a conceituação de disponibilidade do direito é uma tarefa árdua, uma vez que exige do intérprete a concreção de conceito jurídico indeterminado, dotado de conteúdo potencialmente amplo”.⁸⁷ Dito isso, passa-se a analisar a questão referente aos critérios de utilização de arbitragem com o poder público.

Com efeito, no que tange aos critérios atuais para uso de arbitragem com o Poder Público, a LArb traz dois requisitos quanto à arbitrabilidade objetiva: (i) caráter patrimonial e (ii) disponibilidade do direito⁸⁸.

Em primeiro lugar, a patrimonialidade é entendida, consoante Alberto Maia⁸⁹, citando Romulo Greff Mariani, como “decorrente tanto do direito em si, quanto dos reflexos que sua eventual violação possa representar”. Assim, entende-se como patrimonial não apenas a prestação em dinheiro, mas também os direitos que, violados, possam ser reparados quantitativamente.

⁸⁴ MAIA, 2020, p. 67.

⁸⁵ CAHALI, 2020.

⁸⁶ LEMES, 2007a, p. 124.

⁸⁷ MAFFINI; DE JESUS CIRNE, 2018, p. 92.

⁸⁸ MAROLLA, 2016, p. 87.

⁸⁹ MAIA, 2020, p. 83

Já o conceito de direito disponível, conforme concepção de Carmona⁹⁰, consiste na possibilidade ou não de seu titular exercê-lo livremente. Assim, nas palavras deste autor, “são disponíveis aqueles bens que podem ser livremente alienados ou negociados, por encontrarem-se desembaraçados, tendo o alienante plena capacidade jurídica para tanto”.⁹¹

Para Maffini e Cirne⁹², “a disponibilidade do direito implica que o seu titular possa agir de forma a alterar o formato, a titularidade e/ou a própria existência do direito”. Denota-se, por essas definições, que se trata de um conceito jurídico indeterminado, o que é confirmado pelo fato de o legislador não ter esclarecido de maneira expressa quais direitos são ou não disponíveis.

O conceito de patrimonialidade não gera dúvida na doutrina, pois será patrimonial o direito que se manifesta monetariamente e as obrigações com reflexos patrimoniais. O debate maior se concentra no segundo ponto, isto é, na verificação da disponibilidade ou não do direito envolvido.

Nesse contexto, conforme explicita a Procuradora Eugenia Cristina C. Marolla, “a discussão deixa de ser sobre o cabimento da arbitragem e passa para a determinação dos critérios jurídicos para a verificação da disponibilidade de um direito público”⁹³. Assim, faz-se mister analisar quais são os possíveis critérios para determinar a disponibilidade.

A doutrina aponta diversos critérios que podem ser utilizados para verificar a disponibilidade do direito envolvido⁹⁴. Dentre os possíveis critérios, destacam-se os seguintes: (i) verificar a disponibilidade à luz do caso concreto; (ii) inserção de rol exemplificativo em dispositivos legais; (iii) análise, a contrário sensu, do que seriam direitos indisponíveis; (iv) compreender a disponibilidade a partir de uma lógica processual; (v) possibilidade de transacionar, alienar ou renunciar o direito;

⁹⁰ CARMONA, 2009, p. 38.

⁹¹ Ibid.

⁹² MAFFINI; DE JESUS CIRNE, 2018, p. 92.

⁹³ MAROLLA, 2016, p. 115.

⁹⁴ Marolla aponta como critérios possíveis, por exemplo, a questão dos interesses públicos primários e secundários; atos de império e atos de gestão; ordem pública; direitos passíveis de transação; alienação ou renúnciação do direito, entre outros. Ibid., p. 113–127.

Antes de adentrar na análise dos critérios propriamente ditos, é preciso dirimir uma confusão muito comum em compreender o princípio da legalidade como causa da indisponibilidade do interesse público. Maffini e Cirne apontam, a partir da doutrina de Ruy Cirne Lima, que tal confusão pode ser dirimida pela distinção entre relação jurídica de direito privado e relação jurídica de administração⁹⁵. De acordo com Ruy Cirne Lima, a relação de administração consiste na "relação jurídica que se estrutura no influxo de uma finalidade cogente".⁹⁶ No direito administrativo, a relação de administração se verifica a partir dos efeitos sobre a relação de direito subjetivo.

Nessa acepção, o dever e a finalidade são predominantes na relação de administração. Com isso, tal relação só ocorre quando a finalidade da administração está protegida e defendida contra o agente e contra terceiros, no sentido de que não importa a quem pertença o direito, a relação de administração vai "paralisar a relação de direito subjetivo", pois é um poder-dever.⁹⁷

Todavia, é preciso ressaltar que a relação de administração não é absoluta: o interesse público somente pode ser considerado indisponível quando sua relevância justifica e orienta sua atuação. Tal aferição consiste em verificar se a finalidade do direito de que é titular a administração pública se mostra como finalidade cogente, típica da relação de administração, de modo que o direito também se mostrará indisponível.⁹⁸

A partir desses ensinamentos, é possível inferir que o princípio da legalidade é uma consequência da indisponibilidade do interesse público e não o contrário⁹⁹. Dessa forma, a partir do momento em que se tem autorização legal para a Administração dirimir conflitos por meio de arbitragem, não se mostra mais plausível invocar o argumento de que seus direitos seriam indisponíveis. Feitas tais considerações, passa-se à análise dos possíveis critérios para determinar a disponibilidade.

⁹⁵ Ibid., p. 90.

⁹⁶ LIMA, R. C.; PASQUALINI, P. A. **Princípios de direito administrativo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 51.

⁹⁷ Ibid., p. 52–53.

⁹⁸ MAFFINI; DE JESUS CIRNE, 2018, p. 90.

⁹⁹ MAFFINI; DE JESUS CIRNE, 2018, p. 91.

O primeiro critério revela que a disponibilidade do direito deve ser averiguada à luz do caso concreto, uma vez que a lei de arbitragem, com sua recente alteração, não delimitou positivamente quais matérias se enquadram como direito disponível. Assim, há margem de discricionariedade para que se demonstre a disponibilidade do direito.

Ocorre que a verificação à luz do caso concreto, por si só, não parece ser a melhor prática. Apesar de o legislador na lei de arbitragem não ter especificado quais matérias são consideradas como de direitos disponíveis, fato é que haver disposição expressa nesse sentido facilitaria ao gestor público na tomada de decisão acerca da convenção de arbitragem e diminuiria a zona de incerteza quanto à disponibilidade do direito¹⁰⁰.

Nesse cenário, entende-se oportuno, como segundo critério, buscar em dispositivos legais exemplos de hipóteses permissivas. Nesse cenário, a Lei nº 13.448 de 2017¹⁰¹ contemplou dispositivo muito relevante a propósito da arbitragem em contratos administrativos, especificamente nos contratos de concessões. Vale dizer, a lei optou por positivar, em rol exemplificativo, hipóteses em que se verifica controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis. Dessa forma, quis a referida lei eliminar argumentação usual no sentido da indisponibilidade de certos direitos. Assim, no §4º do art. 31 da referida lei foi determinado o seguinte:

“§ 4º Consideram-se controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis, para fins desta Lei:
I – as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos;
II – o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de concessão; e
III – o inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes”.

¹⁰⁰ MAROLLA, 2016, p. 116.

¹⁰¹ BRASIL. **Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017**. Estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal, e altera a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, e a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Brasília: Presidência da República, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13448.htm. Acesso em: 26 jan. 2021.

Não obstante o dispositivo tenha posto que tais regras são aplicáveis nos limites da Lei em questão, é manifesto que a regra afastou a impugnação à arbitralidade dos temas ali mencionados para quaisquer controvérsias a esse respeito em contratos administrativos. Não haveria sentido argumentar que a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro de contrato administrativo envolveria direito disponível apenas naqueles contratos subordinados à Lei 13.448, de modo que essa disciplina se aplica amplamente a todo e qualquer contrato administrativo.

Como terceiro critério, outra maneira de se compreender quais matérias se enquadram como direitos patrimoniais disponíveis consiste em elencar, a contrário *sensu*, quais direitos são indisponíveis. Nessa linha, o art. 852 do Código Civil estabelece que “É vedado o compromisso para a solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial”.

Aqui, cumpre registrar que a expressão “questões de estado” nada tem a ver com “questões de direito público”. As questões de estado referem-se a status jurídico: estado familiar, estado de cidadania e o estado de liberdade¹⁰². Causas essas que são consideradas como indisponíveis, devendo ser litigadas apenas mediante intervenção judicial.

Nesse aspecto, Selma Lemes, citando o professor emérito da Universidade de Milão, Alessandro Gopalli, demonstra uma maneira de distinguir direito indisponível e disponível a partir desse critério:

“É o valor social ou não dos bens tutelados [que] constitui o critério mais seguro para distinguir os direitos disponíveis dos indisponíveis: entram na primeira categoria os direitos que tutelam interesses meramente individuais. Pertencem à segunda categoria aqueles direitos que tutelam bens de interesse geral como os da família e da sociedade.”¹⁰³

¹⁰² TALAMINI, 2016.

¹⁰³ LEMES, 2007a, p. 128.

Não obstante, ainda que se leve em consideração o critério negativo de disponibilidade de direito, Maffini e Cirne¹⁰⁴ fazem importante alerta a esse respeito. Vale dizer, conquanto haja vedação de arbitragem em relação a direitos de interesse geral, caracterizados como indisponíveis, tais direitos não podem ser excluídos, de plano, do juízo arbitral. Com efeito, os referidos autores sinalizam que tudo depende das pretensões que são levadas a juízo arbitral, visto que direitos da personalidade (direito à vida, a honra, a imagem, ao nome), por exemplo, em que pesem fiquem excluídos da arbitragem em um primeiro momento, podem ter eventuais impactos patrimoniais, conforme o caso, levados à arbitragem¹⁰⁵.

Nesse sentido, é possível coincidir na resolução de um mesmo litígio questões arbitráveis e não arbitráveis¹⁰⁶. Tal possibilidade está prevista, inclusive, no art. 25 da Lei 9.307/1996, que assim dispõe:

Art. 25. Sobrevindo no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento, o árbitro ou o tribunal arbitral remeterá as partes à autoridade competente do Poder Judiciário, suspendendo o procedimento arbitral. Parágrafo único. Resolvida a questão prejudicial e juntada aos autos a sentença ou acórdão transitados em julgado, terá normal seguimento a arbitragem.

Como não é possível resolver litígios sobre direitos indisponíveis na via arbitral, a parte indisponível acarretará suspensão da arbitragem e será decidida no poder judiciário, como questão prejudicial. Ademais, havendo casos em que coincidem direitos indisponíveis e disponíveis, o objeto da convenção de arbitragem pode ser limitado a abranger apenas a parte correspondente ao direito patrimonial disponível¹⁰⁷.

O quarto critério, por sua vez, pauta a disponibilidade por uma lógica processual. Para Talamini¹⁰⁸, desinteressa saber se o direito material é indisponível, devendo a possibilidade de arbitragem ser verificada a partir do direito processual, e não do direito material. Nessa linha, o referido autor¹⁰⁹ esclarece que:

¹⁰⁴ MAFFINI; DE JESUS CIRNE, 2018, p. 93.

¹⁰⁵ CAHALI, 2020.

¹⁰⁶ FRANZONI; DAVIDOFF, 2014, p. 243.

¹⁰⁷ Ibid., p. 251.

¹⁰⁸ TALAMINI, 2016, p. 4.

¹⁰⁹ Ibid., p. 5.

a (in)disponibilidade do próprio direito material é irrelevante para a determinação do cabimento da arbitragem, em todo e qualquer caso. Se a convenção arbitral nada dispõe sobre o direito material, não há sentido em afirmar que o direito material precisaria ser disponível para caber arbitragem.

Nesse sentido, se a administração tem o poder de definir sua razão independente de intervenção estatal, quer dizer que poderá resolver este litígio por arbitragem. Vale dizer, nos casos em que o litígio possa ser resolvido pelas próprias partes, sem necessidade de levar o litígio ao judiciário, isso leva ao entendimento de que tais matérias também podem ser arbitradas¹¹⁰.

Por último, o quinto critério possível para examinar se um direito é disponível seria a possibilidade de transacionar, alienar ou renunciar. Nesse aspecto, MAROLLA¹¹¹ concorda com TALAMINI no sentido de que, se a questão pode ser dirimida em comum acordo entre as partes, pode também ser resolvida por meio de arbitragem. De mesmo modo ocorre no caso de alienação e renúncia, visto que ambos coincidem nos poderes de disposição do direito, quando houver autorização legal.

Independente da escolha adotada, MAROLLA faz importante alerta no sentido de que “nenhum dos critérios é suficiente para, sozinho, determinar a disponibilidade de um direito público”¹¹², de forma que a verificação da disponibilidade é um processo a ser feito por etapas.

A referida autora destaca que a primeira etapa consistiria em analisar a indisponibilidade a partir da “função administrativa e não ao direito propriamente dito”¹¹³. Assim, para a autora, o critério mais recomendado, em um primeiro momento, seria diferenciar atos de império e de gestão. Nesse sentido, a arbitragem seria cabível somente quando se tratar de atos de gestão, quando a atuação administrativa se der sem o uso de prerrogativas de autoridade ou poderes peculiares à Administração.

¹¹⁰ Disponível no capítulo: 3.1.6.1. O critério de arbitrabilidade objetiva para a Administração Pública. TALAMINI, 2016.

¹¹¹ MAROLLA, 2016, p. 122.

¹¹² Ibid., p. 128.

¹¹³ Ibid.

Com máximo respeito ao entendimento da autora, essa distinção não é capaz de dirimir o que pode ou não ser arbitrável. Como bem apontam Maffini e Cirne, em tópico já analisado, é possível que questões patrimoniais relativas a direito indisponível sejam arbitráveis, pois é possível coincidir no mesmo litígio questões arbitráveis e não arbitráveis. Desse modo, entende-se que a primeira etapa sugerida pela autora não é o critério mais oportuno. Defende-se que o primeiro critério deveria ser analisar no rol exemplificativo na legislação se o direito não se enquadra em alguma das hipóteses previstas.

Em suma, Marolla ainda aponta que a segunda etapa para determinar a disponibilidade do direito consiste em verificar se o direito material é passível de transação, alienação ou renúncia, o que pressupõe a disponibilidade do direito¹¹⁴. Isso porque a possibilidade de o Poder Público transacionar, alienar ou renunciar somente pode ser definida a partir de critérios legais, em decorrência do princípio da legalidade. Tal critério se mostra efetivo, pois se o direito é passível de transação, alienação ou renúncia, não haverá dúvidas de que também é disponível.

Dessa forma, embora os critérios aqui apontados não sejam capazes de, por si só, determinar de forma precisa a disponibilidade do direito, entende-se que são importantes ferramentas para auxiliar o intérprete na sua escolha, fornecendo-lhe maior segurança jurídica na determinação da disponibilidade do direito.

¹¹⁴ Ibid., p. 130.

II. ASPECTOS PROCEDIMENTAIS ENVOLVENDO ARBITRAGEM COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

É sabido que, no processo judicial, como forma de oportunizar igualdade entre as partes, considerando a função de tutelar o interesse público que a Administração exerce, o legislador previu regras especiais conferidas à Fazenda Pública quando está em juízo¹¹⁵. Vale dizer, em âmbito judicial, a Administração Pública goza de certas prerrogativas, tais como prazos diferenciados, intimação pessoal, remessa necessária, dentre outras¹¹⁶.

No âmbito da arbitragem, é preciso averiguar se há incompatibilidade entre os requisitos e princípios de direito privado desse regime e as prerrogativas de direito público que detêm o Poder Público. Com isso, pretende-se investigar se as prerrogativas da Administração também se aplicam no âmbito da arbitragem ou se a Administração deve se valer dos mesmos critérios previstos aos particulares.

Nesse capítulo, portanto, demonstrar-se-á que a Administração também goza de algumas prerrogativas especiais em âmbito de arbitragem, a fim de garantir uma maior segurança nas relações de que participa, haja vista seu sistema ser muito mais complexo e burocrático do que a maioria das pessoas jurídicas de direito privado.

Maria Sylvia Di Pietro explica que essas prerrogativas não violam o princípio da isonomia¹¹⁷, haja vista a natureza pública dos interesses que a Administração tutela¹¹⁸. As prerrogativas processuais da administração pública, portanto, atendem ao princípio constitucional da igualdade em seu sentido material¹¹⁹, visto que efetivam o equilíbrio processual.

¹¹⁵ LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA. **A fazenda pública em juízo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 54.

¹¹⁶ RODRIGUES, 2016, p. 5.

¹¹⁷ “Sabe-se que o princípio da isonomia traduz a ideia aristotélica (ou, antes, “pitagórica” como prefere Giorgio Del Vecchio) de “igualdade proporcional”, própria da “justiça distributiva”, segundo a qual se deve tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual. Sendo a Fazenda Pública desigual frente ao particular, somente estará atendido o princípio da igualdade se lhe for conferido tratamento desigual”. LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA, 2018, p. 58.

¹¹⁸ DI PIETRO, 2017, p. 1670.

¹¹⁹ LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA, 2018, p. 53.

Todavia, se o princípio da supremacia do interesse público serve de fundamento justificador das regras processuais especiais que beneficiam as pessoas jurídicas de direito público no processo civil¹²⁰, poderia este princípio ser invocado quando a Fazenda Pública atua na via arbitral, visto que somente são arbitráveis os direitos patrimoniais disponíveis?

A resposta é positiva, tendo em vista que a disposição de certos direitos por parte da administração não invalida a premissa de que esta esteja defendendo o interesse público. Isso pode ser confirmado a partir dos ensinamentos do jurista Eros Grau¹²¹:

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".

Como se verá adiante, no entanto, nem todas as garantias processuais que a Fazenda Pública possui em âmbito judicial são aplicáveis à arbitragem. Com efeito, aplicam-se à arbitragem apenas as prerrogativas constitucionalmente previstas, bem como as que a LArb expressamente determinar. Nesse sentido, o art. 21 da referida lei dispõe que:

Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.

Como se verá mais a frente, é facultado às partes estabelecer, na própria cláusula compromissória, o procedimento a ser seguido na convenção de arbitragem para solução de futuras controvérsias. O mais comum, contudo, é seguir as regras de

¹²⁰ RODRIGUES, 2016, p. 5.

¹²¹ GRAU, 2002.

um órgão arbitral¹²². Assim, não há incidência das regras do CPC no procedimento arbitral, o que prevalece são as regras estabelecidas na própria LArb¹²³.

Outrossim, a LArb, em sua origem, não se preocupou com explicitar as prerrogativas do Poder Público, visto que sequer previa arbitragem envolvendo a Administração Pública¹²⁴. Com o advento da Lei nº 13.129/2015, todavia, o legislador reconsiderou essa lacuna e inseriu a Administração Pública no contexto de arbitragem de modo expresso, promovendo alterações no texto da LArb e inserindo algumas regras especiais, como a impossibilidade de julgamento por equidade. Entretanto, nem todas as situações foram sanadas, de forma que se faz necessário discorrer sobre alguns pontos ainda controvertidos.

Desse modo, quanto aos aspectos processuais envolvendo arbitragem com a Administração Pública, neste capítulo serão analisados, em duas partes, os aspectos procedimentais e os obstáculos aparentes quando envolvido o Poder Público.

Na primeira parte, serão analisados os seguintes tópicos: (i) a legitimidade da Administração Pública; (ii) a autoridade pública competente para convencionar arbitragem; (iii) como deve ser feita a escolha do órgão arbitral; (iv) de que maneira devem ser escolhidos os árbitros; e (v) o acordo de vontades mediante convenção de arbitragem;

Já na segunda parte, por sua vez, pretendem-se investigar as possíveis vedações e conflitos aparentes entre a compatibilidade das normas de direito privado que orientam a arbitragem e o regime jurídico de direito público. Assim, verificar-se-ão dois principais conflitos: (i) a arbitragem por equidade ou de direito como critério de julgamento; (ii) o conflito entre o princípio da publicidade e a confidencialidade das arbitragens;

¹²² CARMONA, 2009, p. 290.

¹²³ MAIA, 2020, p. 317.

¹²⁴ CARMONA, C. A. **Arbitragem e Administração Pública - Primeiras reflexões sobre a Arbitragem envolvendo a Administração Pública**. Revista Brasileira de Arbitragem, [s. l.], v. 13, n. 51, p. 7-7-21, 2016. p. 8.

A. REGRAS DE ARBITRAGEM E A COMPATIBILIZAÇÃO COM OS PRECEITOS DO REGIME JURÍDICO DE DIREITO PÚBLICO

O primeiro ponto a ser destacado é compreender quem terá legitimidade para representar a Administração em conflitos na via arbitral. Para tanto, faz-se necessária uma distinção entre capacidade e legitimidade das partes. Como visto em tópico anterior, a capacidade da Administração Pública para valer-se de arbitragem está prevista no §1º do art. 1 da Lei de Arbitragem e caracteriza a arbitrabilidade subjetiva.

Nesse aspecto, Antônio Junqueira Azevedo observa que a capacidade “depende de condições pessoais, isto é, de condições da pessoa, ou tomada em si mesma (condições físicas ou psíquicas), ou tomada em meio de um grupo social (condições de status)”¹²⁵.

Já em relação à legitimidade, por sua vez, o mesmo autor observa que esta é requisito que age sobre a validade ou eficácia do negócio, podendo ser definida, no primeiro caso, como “a qualidade do agente consistente na aptidão, obtida por consentimento de outrem, para realizar com validade um negócio jurídico”¹²⁶. Como requisito de eficácia, a legitimidade pode ser conceituada como “a qualidade do agente consistente na aptidão, obtida pelo fato de estar o agente na titularidade de um poder, para realizar eficazmente um negócio jurídico”¹²⁷.

Nesse contexto, a legitimidade da administração está indicada no §2º da Lei de Arbitragem, o qual prevê que “A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações”¹²⁸. Em outras palavras, a Lei de Arbitragem prevê como legítima a celebrar arbitragens a mesma autoridade que detém competência para transacionar. Dessa forma, o legislador preocupou-se não só em

¹²⁵ AZEVEDO, A. J. de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. *E-book*.p. 66.

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ *Ibid.*

¹²⁸ BRASIL, 1996.

prever a capacidade de contratar, mas também que o ato seja praticado por autoridade legítima e competente.

Feitas as observações sobre a legitimidade da Administração Pública, é preciso averiguar quem se enquadra como esta autoridade responsável por defender a administração no juízo arbitral. Com efeito, no âmbito judicial, o art. 182 do CPC¹²⁹ aponta que:

Incumbe à Advocacia Pública, na forma da lei, defender e promover os interesses públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, por meio da representação judicial, em todos os âmbitos federativos, das pessoas jurídicas de direito público que integram a administração direta e indireta.

Leonardo Carneiro da Cunha observa que “cada advogado público, que tem poder para praticar atos processuais, pode celebrar negócios jurídicos processuais”¹³⁰. Nesse sentido, vale dizer que a convenção de arbitragem se insere no conceito de negócios jurídicos processuais¹³¹, de modo que responsabilidade por celebrar arbitragem também fica a cargo da Advocacia Pública de cada ente.

Como a representação processual decorre da lei, a competência para convencionar arbitragem ocorre da mesma forma. Segundo José dos Santos Carvalho Filho, “a competência pode ser originária, normalmente atribuída à autoridade de maior escalão, ou delegada, quando a lei ou o ato administrativo encerrar a transferência dessa função”¹³².

Para ilustrar a figura da autoridade competente a convencionar arbitragem, toma-se, como exemplo, a competência definida em âmbito federal: o Decreto nº 10.025/2019¹³³, em seu art. 13, ao dispor sobre a representação, prevê que “A União

¹²⁹ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília: Presidência da República, 2015a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 9 fev. 2021.

¹³⁰ LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA, 2018, p. 640.

¹³¹ “Em conclusão, o compromisso é o negócio jurídico processual por meio do qual os interessados em resolver um litígio, que verse sobre direitos disponíveis deferem a sua solução a terceiros, com caráter vinculativo, afastando a jurisdição estatal, organizando o modo através do qual deverá se processar o juízo arbitral” CARMONA, 2009, p. 190.

¹³² CARVALHO FILHO, 2019, p. 1392.

¹³³ BRASIL. **Decreto nº 10.025, de 20 de setembro de 2019**. Dispõe sobre a arbitragem para dirimir litígios que envolvam a administração pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário,

e as entidades da administração pública federal serão representadas perante o juízo arbitral por membros dos órgãos da Advocacia-Geral da União, conforme as suas competências constitucionais e legais”.

Feitas as considerações sobre legitimidade e autoridade competente para convenção de arbitragem, passa-se à análise do modelo arbitral a ser escolhido quando presente o Poder Público.

Existem dois tipos de instituições arbitrais, classificadas pela doutrina como: (i) arbitragem *ad hoc* (avulsa) e arbitragem institucional¹³⁴. Arbitragem *ad hoc* é o modelo de arbitragem que se realiza sem a participação de um órgão especializado, as partes simplesmente elegem um árbitro sem vinculação com qualquer instituição. Já a arbitragem institucional consiste em levar a lide a uma instituição especializada para julgamento de arbitragem, a exemplo da Câmara de Arbitragem Empresarial-Brasil (CAMARB)¹³⁵.

Quanto ao tipo de arbitragem adotado pela Administração Pública, o modelo mais indicado é o de arbitragem institucional¹³⁶, visto que o aparato institucional possui vantagens para ambas as partes, tais como: maior qualidade no procedimento; melhor gestão dos atos; infraestrutura de instalações físicas adequadas; lista de árbitros qualificados, divididos em áreas de especialização, dentre outras. Apesar disso, nada impede que a Administração escolha o modelo de arbitragem *ad hoc*, o que pode significar até mesmo uma economia de gastos¹³⁷.

Analisadas as questões pertinentes à legitimidade, autoridade competente e modelo arbitral a ser escolhido, abordar-se-á, a partir de agora, qual deve ser a sede da arbitragem envolvendo o Poder Público.

ferroviário, aquaviário e aeroportuário. Brasília: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10025.htm. Acesso em: 9 fev. 2021.

¹³⁴ BERALDO, L. de F. **Curso de arbitragem: nos termos da Lei n° 9.307/96**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 30.

¹³⁵ Ibid.

¹³⁶ CARMONA, 2016, p. 9.

¹³⁷ Ibid.

A sede da arbitragem consiste no lugar em que se realizarão os seus procedimentos e sua escolha pode repercutir sobre a competência jurisdicional internacional para prática de atos de apoio e julgamento de uma eventual ação anulatória, e até sobre a necessidade de homologação da sentença pelo STJ¹³⁸.

De acordo com o art. 11 da LArb¹³⁹, as partes podem definir no compromisso arbitral o local em que se desenvolverá a arbitragem, podendo inclusive avençar que atos processuais sejam desenvolvidos em diversos locais, como no caso de oitiva de testemunhas, perícias, entre outros atos¹⁴⁰.

Ademais, a referida lei não traz nenhum regramento específico na hipótese de arbitragem com a Administração Pública. Nada impede, contudo, que uma lei específica defina essa questão em determinados tipos de arbitragem. É o que ocorre, por exemplo, nos contratos de concessão de serviço público, em que a Lei que rege a matéria¹⁴¹, em seu art. 23-A, define que as arbitragens dessa modalidade devem ser realizadas apenas no Brasil e em língua portuguesa.

Com isso, questiona-se qual deve ser a sede em arbitragem com a Administração Pública nos casos em que não haja previsão em lei específica. De acordo com o que expõe Tibúrcio¹⁴², a solução, via de regra, vai decorrer do art. 55, §2º, da Lei 8.666¹⁴³.

¹³⁸ TIBURCIO, 2018.

¹³⁹ Art. 11. Poderá, ainda, o compromisso arbitral conter: I - local, ou locais, onde se desenvolverá a arbitragem; BRASIL, 1996.

¹⁴⁰ CARMONA, 2009, p. 209.

¹⁴¹ “Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996”. 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. Brasília: Presidência da República, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm. Acesso em: 18 mar. 2021.

¹⁴² TIBURCIO, 2018.

¹⁴³ “Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam: §2º Nos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar necessariamente cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no § 6º do art. 32 desta Lei”. 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. Brasília: Presidência da República, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 18 mar. 2021.

Nesse contexto, segundo o autor, “a opção legislativa deve 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”¹⁴⁴, sendo certo que tal escolha consiste na Sede da Administração. Esse entendimento se confirma, dentre outras razões, pelo fato de que existem questões que necessariamente vão passar por órgãos judiciais, como nos casos de anulação de sentença ou demandas conexas que tratem de direitos indisponíveis, hipóteses em que deve ser aplicado o referido art. 55, §2º da Lei de Licitações acima exposto.

Feitas as considerações sobre a sede de arbitragem, passa-se a explorar como deve ser feita a escolha dos árbitros nas arbitragens com a Administração Pública.

Em relação à escolha dos árbitros, há divergência na doutrina acerca da maneira mais adequada para sua seleção. A primeira hipótese é que cabe à Administração escolher os árbitros, como forma de garantir que o interesse público seja melhor atendido. Carmona, no entanto, entende não ser adequado a delegação de escolha a apenas uma das partes, pois isto geraria desequilíbrio, favorecendo o interesse da parte que escolheu¹⁴⁵.

Dessa forma, não pode a Administração realizar a escolha de forma unilateral, devendo a resolução do conflito ser uma opção mútua. Nesse aspecto, segundo Carmona, a escolha da arbitragem deve ser firmada na própria cláusula compromissória¹⁴⁶, sem a necessidade de qualquer processo licitatório para a escolha, bastando a confiança das partes¹⁴⁷.

Por outro lado, Carlos Alberto Salles tem entendimento contrário. Para o autor, uma das características do contrato administrativo é o seu caráter de adesão¹⁴⁸, de

¹⁴⁴ TIBURCIO, 2018.

¹⁴⁵ CARMONA, 2016, p. 10.

¹⁴⁶ "Art. 4. A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato" BRASIL, 1996.

¹⁴⁷ Capítulo 3.7 TALAMINI, 2016, p. 7.

¹⁴⁸ O autor faz ressalva de que a adesividade do contrato administrativo possui peculiaridades. Assim, alguns elementos fundamentais, como o preço e especificação do objeto, são definidos a partir de uma participação decisiva do particular contratante na formação do contrato, participação esta que excede, em muito, a mera aceitação contratual, típica do contrato de adesão. SALLES, 2011, p. 272.

forma que a participação do particular se dá por meio de aceitação de cláusulas formuladas pela administração antecipadamente, de modo geral e abstrato¹⁴⁹. Nesse sentido, Salles entende que, no tocante à opção pela arbitragem, “o particular contratante terá de simplesmente aceitar as estipulações convencionais previamente estipuladas pela Administração e veiculadas pelo instrumento convocatório”¹⁵⁰. Assim, a convenção arbitral se daria por contratação por adesão, mediante processo licitatório.

Ocorre, entretanto, que não deve prosperar o entendimento de que a escolha de árbitros se dê por meio de licitação. Dentre os principais motivos, Oliveira¹⁵¹ aponta que, em primeiro lugar, o objeto a ser levado à arbitragem possui grau de incerteza quanto ao surgimento de eventual controvérsia e também quanto ao valor devido. Em segundo lugar, cada Câmara de Arbitragem tem regulamento próprio e regras distintas quanto às taxas, honorários e outras despesas, o que também retira a objetividade necessária para a contratação via licitação.

Dessa forma, em razão dos fatores acima referidos, constata-se que a contratação de árbitros envolve aspectos de singularidade e notória especialização, de modo que se enquadra nas hipóteses de inexigibilidade de licitação, prevista no art. 25, II, da Lei nº 8.666/1993, haja vista a inexistência de critérios objetivos acerca da prestação do serviço.

A partir do que foi exposto acerca da escolha dos árbitros, faz-se importante conceituar a convenção de arbitragem, sobretudo a diferenciação entre cláusula compromissória e compromisso arbitral.

Nesse ponto, vale frisar que a convenção de arbitragem é gênero que se divide em duas espécies: a) cláusula compromissória; e b) compromisso arbitral¹⁵²; ambas espécies estão previstas expressamente na LArb, nos arts. 4º e 9º, respectivamente.

¹⁴⁹ Ibid., p. 271.

¹⁵⁰ Ibid., p. 272.

¹⁵¹ OLIVEIRA, R. C. R. **A arbitragem nos contratos da Administração Pública e a Lei nº 13.129/2015: novos desafios**. Revista Brasileira de Direito Público, v. 13, n. 51, p. 59–79, 2015. p. 75–77.

¹⁵² BERALDO, 2014, p. 157.

A primeira espécie é conceituada pela lei como “a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato”¹⁵³. Já a segunda é prevista como “a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial”¹⁵⁴.

A diferença entre tais modalidades, portanto, é que o compromisso arbitral surge após o aparecimento da lide, enquanto a cláusula compromissória é prévia¹⁵⁵. Vale frisar, nesse ponto, que a Administração Pública pode fazer uso da arbitragem a partir das duas modalidades: tanto cláusula compromissória quanto compromisso arbitral¹⁵⁶.

Apesar de ambas modalidades serem possíveis, é recomendável que a escolha do árbitro seja prevista, conforme entendimento de Carmona, na própria cláusula compromissória, uma vez que a inexistência dessa indicação traz inefetividade ao instituto, além de trazer o risco de que as partes tenham de recorrer ao Judiciário para resolver essa questão¹⁵⁷.

Além disso, o árbitro a ser escolhido, assim como ocorre nos litígios judiciais, deve ser neutro em relação às partes. Vale dizer, prevalece, na arbitragem, a imparcialidade dos árbitros, de modo que sua posição em relação às partes não pode gerar qualquer dúvida quanto a sua isenção¹⁵⁸.

Em litígios envolvendo o Poder Público, há preferência de que a arbitragem seja conduzida por painel de árbitros¹⁵⁹ e não por árbitro único. Uma vez que, em

¹⁵³ BRASIL, 1996. Art. 4º

¹⁵⁴ Ibid. Art. 9º

¹⁵⁵ BERALDO, 2014, p. 157.

¹⁵⁶ Isso porque a própria LArb, em seu art. 1º, §2º utilizou o termo “convenção de arbitragem” ao tratar da Administração Pública. OLIVEIRA, R. C. R., 2015, p. 73.

¹⁵⁷ SALLES, 2011, p. 275.

¹⁵⁸ Ibid., p. 276.

¹⁵⁹ “Art. 13, § 1º As partes nomearão um ou mais árbitros, sempre em número ímpar, podendo nomear, também, os respectivos suplentes”. BRASIL, 1996.

havendo pluralidade de árbitros, há maior participação do particular na escolha e garante maior equilíbrio e confiança na solução do litígio¹⁶⁰.

A partir do que foi exposto sobre convenção de arbitragem e condução por painel arbitral, cabe agora analisar quais prerrogativas da Fazenda Pública não se aplicam no procedimento arbitral.

No tocante às regras processuais da arbitragem, cabe frisar que nem todas as prerrogativas que a Fazenda Pública detém em âmbito judicial são aplicáveis à arbitragem. Dentre as prerrogativas que não se aplicam ao processo arbitral, Rafael Carvalho Revende de Oliveira¹⁶¹ expõe cinco que são relativizadas na arbitragem: (i) inaplicabilidade dos prazos em dobro, previstos no art. 183 do CPC; (ii) ausência de reexame necessário; (iii) ausência de isenção de taxa judiciária, custas ou emolumentos; (iv) incompatibilidade com as regras de fixação de honorários previstas no art. 85, §3º do CPC; e (v) inaplicabilidade do regime do precatório ou de RPVs;

Por fim, observadas as prerrogativas que a Administração não tem no processo arbitral, passa-se a verificar se a arbitragem no setor público deve seguir normas pré-definidas ou se a flexibilização no procedimento é admitida.

Quanto a esse aspecto, no próximo tópico será abordada importante vedação quanto ao tipo de julgamento na arbitragem, mas, de modo geral, o procedimento pode tanto ser estipulado pelas instituições especializadas, como também pode ser formulado pelo árbitro e pelas próprias partes. As partes podem instituir diretrizes específicas para construir os arranjos do seu processo em conformidade com a sua vontade e adequada com as peculiaridades de cada caso. A Administração Pública está igualmente autorizada a propor a elaboração de uma estrutura procedimental que encontre aderência com seu caráter de ente público¹⁶².

Tendo em vista essa característica de ser o instituto da arbitragem, em geral, adaptável às necessidades das partes envolvidas, algumas instituições arbitrais

¹⁶⁰ SALLES, 2011, p. 277.

¹⁶¹ OLIVEIRA, R. C. R., 2015, p. 74.

¹⁶² MAIA, 2020, p. 56.

inclusive reformularam seus procedimentos para melhor se adequar aos conflitos que envolvam a Administração Pública. Nesse sentido, a Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial (CAMARB) inseriu, em 2017, o item XII ao seu regulamento, assim dispondo¹⁶³:

12.1. Este capítulo será aplicável aos procedimentos arbitrais que envolvam entidades sujeitas ao regime de direito público que integrem a administração pública direta e indireta. As partes, de comum acordo, poderão estender a aplicação das disposições deste capítulo aos procedimentos que tenham como parte pessoas jurídicas de direito privado que integrem a administração pública.

12.2. A Secretaria da CAMARB divulgará, em seu site, a existência do procedimento, a data da solicitação de arbitragem e o(s) nome(s) do(s) requerente(s) e requerido(s).

12.3. Ressalvado o disposto no item precedente, a CAMARB não fornecerá documentos e informações a respeito do procedimento, cabendo às partes, na forma da lei, a divulgação de informações adicionais.

12.4. As audiências serão, salvo convenção em contrário, restritas às partes e a seus procuradores.

12.5 A CAMARB fica autorizada, pelas partes e árbitros, a divulgar, em seu site, a sentença, suas publicações e materiais acadêmicos, salvo manifestação expressa de qualquer das partes em sentido contrário.

Dentre as adaptações trazidas no exemplo da CAMARB, verifica-se que há divulgação da existência de procedimento com a Administração feita pela própria instituição arbitral. Ademais, verifica-se que cabe às partes a divulgação de informações acerca do procedimento.

Nesse ponto, conquanto a arbitragem seja flexível em relação ao procedimento, é preciso frisar que a LArb estabelece algumas vedações nas arbitragens com a Administração Pública, a fim de que o procedimento se torne compatível com o regime de direito público a que se submete o Poder Público.

Assim, no próximo tópico serão analisadas quais as principais vedações na arbitragem com a Administração Pública.

¹⁶³ CAMARB. **Regulamento de Arbitragem de 2017**. [S. l.], 2017. Disponível em: <https://camarb.com.br/arbitragem/regulamento-de-arbitragem-de-2017/>. Acesso em: 13 fev. 2021.

B. LIMITAÇÕES EM ARBITRAGENS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Dentre as limitações do processo arbitral com o Poder Público, há duas vedações importantes a serem analisadas: arbitragem por equidade e confidencialidade. Vale frisar que tais vedações, como se verá, não passam de obstáculos aparentes, no sentido de que não são capazes de inibir a utilização de arbitragem com o Poder Público.

Inicialmente, quando se fala em arbitragem de modo geral, a principal característica que se tem em mente é a autonomia da vontade. A liberdade dos contratantes é ponto fundamental no que tange ao procedimento a ser adotado pelos árbitros, sendo certo que o legislador prestigiou o princípio da autonomia da vontade quando trouxe disposição que permite ao árbitro julgar por equidade¹⁶⁴.

Nesse contexto, quanto aos critérios de julgamento, a arbitragem pode ser dividida em: (i) arbitragem de direito e (ii) arbitragem por equidade¹⁶⁵. Entretanto, quando o Poder Público estiver envolvido, conforme previsão expressa na LArb¹⁶⁶, apenas será cabível arbitragem de direito.

Desse modo, passa-se à análise da vedação ao julgamento por equidade¹⁶⁷ nas arbitragens com o Poder Público. Com efeito, A LArb estabeleceu como condição de validade, em seu art. 2º, § 3º, que “A arbitragem que envolva a Administração Pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade”¹⁶⁸. Diversamente do que sucede no campo privado, que admite seja a arbitragem feita por equidade, princípios gerais de direito, usos e costumes e regras internacionais de comércio¹⁶⁹.

¹⁶⁴ CARMONA, 2009, p. 64.

¹⁶⁵ OLIVEIRA, R. C. R., 2015, p. 70.

¹⁶⁶ “Art. 2, §3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade”. BRASIL, 1996.

¹⁶⁷ “Sendo a norma abstrata, criada para reger fatos-tipos, pode acontecer que em dado caso concreto ocorra circunstância que o legislador não havia previsto, tornando a incidência da norma injusta e inadequada. É nesta hipótese que atuaria a equidade, autorizando o legislador a mitigar a severidade da norma”. CARMONA, 2009, p. 65.

¹⁶⁸ BRASIL, 1996.

¹⁶⁹ CARVALHO FILHO, 2019, p. 1392.

Nesse aspecto, a vedação à arbitragem por equidade se mostra um dos pontos mais sensíveis quanto às adaptações necessárias para a Administração se valer de arbitragem. Assim, não pode o Poder Público se submeter a procedimento baseado nos interesses dos envolvidos, em que estes escolham as regras de direito a serem aplicadas¹⁷⁰.

Ao determinar que as arbitragens deverão ser sempre de direito quando envolverem a Administração Pública¹⁷¹, tal regramento visa a atender ao princípio da legalidade (CF art. 37, caput) em sentido estrito, de forma que o parágrafo 3.º acima referido afasta a possibilidade de utilização de equidade como fonte para julgamento¹⁷².

Com efeito, julgar por equidade significa uma faculdade para que as partes escolham livremente as regras de direito que serão aplicadas, contanto que observados os bons costumes e a ordem pública¹⁷³. Tal hipótese não se coaduna com os princípios que regem a Administração Pública, sobretudo no que tange ao princípio da legalidade, visto que, diferentemente dos particulares, o Poder Público não goza de ampla liberdade e autonomia da vontade.

Diante disso, verifica-se que a escolha do direito aplicável, no caso de participação da Administração Pública, não é uma livre alternativa, devendo a arbitragem se sujeitar às restrições impostas pela lei no tocante às normas de competência¹⁷⁴.

Levando-se em conta a vinculação da Administração ao princípio da legalidade, a limitação de as arbitragens envolvendo o Poder Público serem apenas de direito se mostra totalmente plausível. A despeito de haver discussão sobre as decorrências desse princípio, é possível extrair, claramente, a obrigatoriedade de as ações estatais estarem orientadas segundo normas positivadas pelo próprio Estado, e não conforme

¹⁷⁰ SALLES, 2011, p. 261.

¹⁷¹ CAHALI, 2020.

¹⁷² Ibid.

¹⁷³ MAROLLA, 2016, p. 148.

¹⁷⁴ Ibid., p. 149.

o que se pareça justo no caso concreto¹⁷⁵. Nesse sentido é o que expõe Hely Lopes Meirelles:

A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso¹⁷⁶.

É preciso ressaltar, porém, que embora haja exigência legal para as arbitragens com a Administração Pública serem de direito, Tibúrcio faz importante alerta no sentido de que o art. 2, §3º “não impõe a eleição da lei brasileira ou de nenhuma outra, o que poderia sugerir que a Administração e seus contratantes teriam certa liberdade para escolher a lei aplicável ao seu contrato”¹⁷⁷.

Todavia, por mais que se queira prestigiar a discricionariedade do administrador, não há como sustentar o entendimento de que a Administração possa eleger qual a lei aplicável ou afastar a incidência de normas do direito brasileiro. Vale dizer, submeter o ente público a normas estrangeiras não só afetaria a soberania do país como um todo, como também traria um risco enorme de que as prerrogativas da administração – a exemplo da presunção de veracidade – fossem afetadas¹⁷⁸.

Nesse contexto, é preciso analisar se é cabível nas arbitragens com a Administração o regramento disposto na LArb em seu art. 19, §1º abaixo transcrito¹⁷⁹:

Instituída a arbitragem e entendendo o árbitro ou o tribunal arbitral que há necessidade de explicitar questão disposta na convenção de arbitragem, será elaborado, juntamente com as partes, adendo firmado por todos, que passará a fazer parte integrante da convenção de arbitragem.

Vale dizer, no capítulo sobre o procedimento arbitral, a LArb possibilita às partes a escolha das regras e princípios aplicáveis ao contrato. Pelas mesmas razões apresentadas em relação à vedação de arbitragem por equidade, tal regramento também não se aplica à Administração Pública. Com efeito, os contratos da

¹⁷⁵ SALLES, 2011, p. 263.

¹⁷⁶ MEIRELLES, 2016, p. 93.

¹⁷⁷ TIBURCIO, 2018.

¹⁷⁸ Ibid.

¹⁷⁹ BRASIL, 1996.

Administração Pública devem sempre ser vinculados aos regramentos do ordenamento jurídico brasileiro¹⁸⁰.

Na concepção de Salles, a subsunção às normas vigentes do ordenamento brasileiro demonstra uma “indisponibilidade normativa”¹⁸¹ para o Poder Público. Vale dizer, embora se permita arbitragem nas questões que envolvam direito disponível, no que tange à escolha das normas a serem aplicadas, verifica-se uma clara indisponibilidade do direito por parte da Administração.

Dessa forma, verifica-se que a possibilidade de arbitragem por equidade se mostra incompatível nos litígios com a Administração Pública, de modo que a reforma na LArb que delimitou o critério de julgamento ao direito se mostra eficiente e necessária.

Compreendidos os pontos acerca da vedação de arbitragem por equidade quando envolvida a Administração Pública, bem como a delimitação ao critério de arbitragem de direito, passa-se, a seguir, ao estudo referente à publicidade e transparência nas arbitragens com a Administração e a vedação de arbitragem confidencial.

Inicialmente, como regra geral, o sigilo é admitido nas arbitragens entre particulares, visto que a confidencialidade é tida como uma vantagem em relação ao processo judicial, uma vez que as empresas entendem que algumas de suas informações são sensíveis e, se divulgadas, podem trazer prejuízos ao negócio¹⁸².

Todavia, quando se trata de arbitragens envolvendo o poder público, há exigência legal da observância ao princípio da publicidade em contraponto à confidencialidade nos procedimentos.

Com efeito, o princípio da publicidade pode ser compreendido, nas palavras de Hely Lopes Meirelles, como “a divulgação oficial do ato para conhecimento público e

¹⁸⁰ SALLES, 2011, p. 265.

¹⁸¹ Ibid.

¹⁸² MAROLLA, 2016, p. 150.

início de seus efeitos externos”¹⁸³. Nesse sentido, entende o referido autor que todo ato administrativo deve ser publicado, só se admitindo sigilo nos casos de segurança nacional, investigações policiais ou interesse superior da Administração a ser preservado em processo previamente declarado sigiloso¹⁸⁴.

Por essa razão, verifica-se que o sigilo em arbitragens é incompatível nos procedimentos que envolvam o Poder Público. Tal vedação encontra fundamento na própria Constituição Federal, a qual prevê, nos termos do art. 37, caput, que a Administração Pública obedecerá, entre outros, aos princípios da publicidade e transparência. Desse modo, não há como se pensar em julgamento confidencial envolvendo o Poder Público.

Ademais, o princípio da publicidade não pode ser entendido apenas como ausência de sigilo ou ao fornecimento de dados. Tal princípio, mais do que isso, consiste no dever da Administração em tornar públicos os atos que pratica¹⁸⁵, pois, além de assegurar seus efeitos externos, visa a propiciar seu conhecimento e controle pelos interessados diretos e pelo povo em geral¹⁸⁶.

Nesse contexto, Carmen Tibúrcio acentua que, pelo princípio da publicidade, não basta que as informações estejam disponíveis aos cidadãos e aos órgãos de controle; o princípio da publicidade possui outro desdobramento: imposição ao Estado para que tome uma postura proativa e divulgue à sociedade as informações relevantes acerca de sua tomada de decisão. Assim, nas palavras do autor, “cabe à entidade administrativa anunciar, pelos meios próprios, não apenas que firmou uma convenção de arbitragem, mas também todas as demais escolhas que fizer acerca do tema”¹⁸⁷.

Desse modo, diversamente do que ocorre nos litígios entre particulares, em que é possível restringir a publicidade da arbitragem de forma ampla, na esfera pública essa restrição se mostra inviável¹⁸⁸. A restrição à publicidade em conflitos com entes

¹⁸³ MEIRELLES, 2016, p. 100.

¹⁸⁴ Ibid.

¹⁸⁵ MAROLLA, 2016, p. 159.

¹⁸⁶ MEIRELLES, 2016, p. 101.

¹⁸⁷ TIBURCIO, 2018, p. 11.

¹⁸⁸ Capítulo 3.5. TALAMINI, 2016, p. 6.

públicos só se justifica, como visto anteriormente, em questões de segurança, intimidade pessoal, propriedade intelectual, etc. Vale dizer, são as mesmas razões que justificariam restrições também no âmbito judicial¹⁸⁹.

Outrossim, a confidencialidade não se mostra como requisito essencial nas arbitragens, muito menos um empecilho para uso de arbitragem com o poder público, uma vez que a LArb não traz dispositivo expresso que obrigue a adoção de confidencialidade. Entretanto, esse atributo está presente nos regulamentos da maioria das instituições arbitrais¹⁹⁰, pois o procedimento sigiloso, como visto, é uma das vantagens em relação à resolução pela via judicial.

Nesse contexto, Marolla afirma, a partir de uma análise jurisprudencial feita pelos autores José Antônio Fichtner, Sérgio Nelson Mannheimer e André Luís Monteiro, existir uma tendência de “não haver na arbitragem um dever implícito de confidencialidade”¹⁹¹, devendo essa questão estar prevista na convenção arbitral ou no regulamento da instituição arbitral. No mesmo sentido é o entendimento de Carlos Alberto Carmona:

Não se pode garantir sigilo absoluto na arbitragem de que participe o Estado, sem que isso implique a impossibilidade de utilizar-se o mecanismo para resolver questões que possam interessar ao público. O princípio da transparência deve ser respeitado, dando-se acesso aos interessados à decisão e aos atos essenciais do processo arbitral¹⁹².

Por outro lado, como se sabe, a publicidade como princípio constitucional não é absoluta: a própria Constituição põe a salvo situações em que o sigilo deve ser preservado, desde que o direito à intimidade não prejudique o interesse público à informação¹⁹³. Dessa forma, a vedação à confidencialidade não significa que todo e qualquer ato arbitral com o poder público deva ser público. Assim, quando a hipótese

¹⁸⁹ Ibid.

¹⁹⁰ SALLES, 2011, p. 283.

¹⁹¹ MAROLLA, 2016, p. 155.

¹⁹² CARMONA, 2009, p. 52.

¹⁹³ “Art. 93, IX: todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”; BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 6 mar. 2021.

se enquadrar em uma permissão legal, a Administração poderá participar de procedimento sigiloso¹⁹⁴.

Nesse ponto, Rafael Carvalho Rezende de Oliveira também ressalta a relatividade do princípio da publicidade nas arbitragens com a Administração Pública:

A publicidade na arbitragem envolvendo a Administração Pública não afasta a confidencialidade e o sigilo de atos e documentos que possam colocar em risco a segurança da sociedade ou do Estado ou que envolvam informações pessoais relacionadas à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas¹⁹⁵.

Nesse cenário, importante haver um equilíbrio entre o respeito à publicidade, consagrada como princípio nos litígios com a administração pública, e as características da arbitragem como meio de resolução de conflitos. Dessa forma, diferente do que pensam alguns autores¹⁹⁶, entende-se que não deve todo o procedimento arbitral ser público, mas deve ser garantido, ao menos, que os principais atos o sejam, tais como a sentença arbitral e os documentos produzidos durante o processo¹⁹⁷.

Nesse mesmo sentido, cumpre destacar que, tomando-se em conta a redação do parágrafo 3º do artigo 2º, vê-se que o legislador, quanto à publicidade, apenas menciona que esta deve ser observada. A opção feita pelo legislador, quando utiliza o verbo “observar”, não parece ser por acaso: a norma deixa claro que os atos do procedimento arbitral nem sempre serão integralmente públicos nem totalmente confidenciais. Assim, nos casos em que o parcial sigilo se justifique do ponto de vista estratégico e que encontre fundamento constitucional, parece cabível a publicidade condicionada, que permite o acesso apenas aos órgãos de controle¹⁹⁸.

Carmona, por sua vez, também concorda com os entendimentos de Salles e Rodrigues acima expostos. Para o autor, a regra estabelecida no art. 2, §3º, além de

¹⁹⁴ MAROLLA, 2016, p. 157.

¹⁹⁵ OLIVEIRA, R. C. R., 2015, p. 68.

¹⁹⁶ Tiburcio pondera que todas as petições e manifestações apresentadas no curso da arbitragem, as provas produzidas e os pronunciamentos dos árbitros devem estar disponíveis para quem quiser tomar conhecimento do seu teor. TIBURCIO, 2018, p. 12.

¹⁹⁷ SALLES, 2011, p. 284.

¹⁹⁸ RODRIGUES, 2016, p. 390.

não significar que a publicidade deve atingir todos os atos do processo arbitral envolvendo a Administração¹⁹⁹, significa também que apenas os atos mais relevantes do procedimento devem ser públicos: como a apresentação de pleitos, documentos em que se baseiam o pedido e a sentença arbitral²⁰⁰.

Outro ponto relevante em relação à publicidade é a não confusão entre este princípio e a privacidade que caracteriza o modelo arbitral. Vale dizer, a privacidade é um atributo inerente à arbitragem, no sentido de que devem participar do procedimento apenas partes, árbitros, instituição arbitral, peritos e testemunhas. Assim, não se admite a participação de terceiros não interessados²⁰¹. Tal característica não fere a publicidade, pois mesmo que não haja participação de terceiros, os principais atos deverão ser publicizados a posteriori.

Por ser a publicidade um poder-dever, como consequência deste princípio surge para Administração um dever de transparência. Esse dever é importante para permitir um efetivo controle externo quanto aos gastos públicos. Nesse sentido, critica-se a ausência de regulamentação específica sobre a publicização acerca da instauração de procedimento arbitral²⁰².

Efetivamente, costuma-se ter notícia da existência de arbitragem apenas quando alguma das partes se vale de recurso ao Poder Judiciário, momento em que o fato se torna público. Ocorre, entretanto, que essa medida é totalmente excepcional, visto que a arbitragem, como visto em tópicos anteriores, caracteriza-se pela colaboração entre as partes, não devendo ser levada ao Judiciário indistintamente.

Diante desse dilema, se a informação a respeito do início do procedimento arbitral não for tornada pública, não há como se efetivar o controle externo e o controle social, de sorte que o princípio da publicidade ficará restringido²⁰³. Vale frisar que tal controle é de fundamental importância, na medida em que a arbitragem envolvendo a

¹⁹⁹ CARMONA, 2016, p. 19.

²⁰⁰ Ibid., p. 20.

²⁰¹ MAROLLA, 2016, p. 158.

²⁰² Ibid., p. 160.

²⁰³ Ibid.

Administração Pública muitas vezes versa sobre bens e valores públicos cujos contratos são de longa duração e de elevado valor financeiro.

É preciso frisar, entretanto, que o princípio da publicidade deve ser visto como uma imposição à Administração Pública, não ao tribunal arbitral. Nesse sentido, não é dever do órgão responsável pela arbitragem uma postura ativa na divulgação do conteúdo dos atos praticados na arbitragem, mas apenas que este autorize os eventuais interessados a pedirem acesso às informações e o tenham de prontidão e sem empecilhos²⁰⁴.

O entendimento acima exposto não deve prevalecer quando se tratar de sentença arbitral. Vale dizer, o conteúdo da sentença pode trazer um impacto irreversível ao patrimônio público. Assim, concorda-se com Tibúrcio quando afirma que “a sentença deve ser objeto de ampla divulgação em veículo oficial, impresso e/ou eletrônico, a fim de que os cidadãos e os órgãos de controle tomem ciência do seu conteúdo”²⁰⁵.

Diante do exposto, sem o anseio de exaurir o debate, entende-se que essas são as principais considerações sobre as limitações no procedimento arbitral com a Administração Pública.

²⁰⁴ TIBURCIO, 2018, p. 13.

²⁰⁵ Ibid.

CONCLUSÃO

Dentre as diversas controvérsias acerca do uso de arbitragem com o Poder Público, este trabalho se ateve a analisar os critérios jurídicos necessários para admitir arbitragem nos conflitos com a Administração Pública, bem como examinar as especificidades no procedimento arbitral com o setor público. A partir desse recorte e das hipóteses preliminarmente levantadas, chegou-se as seguintes conclusões.

Em primeiro lugar, foi abordado o contexto histórico sobre o uso de arbitragem com o Poder Público. Concluiu-se que antes mesmo da reforma trazida pela Lei nº 13.129/2015, a arbitragem já era aceita por parcela da doutrina e jurisprudência de forma esporádica e mais restrita.

Em segundo lugar, viu-se que a arbitragem no setor público ganhou força no final da década de 90, quando surgiu autorização em diversos diplomas legais, a partir da reforma administrativa ocorrida na época. Concluiu-se que, após este período, doutrina e jurisprudência majoritária se mostraram mais favoráveis ao uso de arbitragem com o Poder Público.

Em terceiro lugar, quanto aos argumentos contrários à arbitragem, viu-se que parcela da doutrina e o TCU foram, durante muito tempo, sobretudo antes da reforma de 2015, contrários ao uso de arbitragem com o Poder Público. A doutrina minoritária e a Corte de Contas sustentavam não haver autorização legal, e também violação aos princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade do direito público.

Concluiu-se que tais argumentos não devem prevalecer pelas seguintes razões: (i) optar pela arbitragem não significa abrir mão do interesse público, mas sim garanti-lo de forma mais célere; (ii) a indisponibilidade do interesse público não se confunde com a disponibilidade dos interesses patrimoniais, visto que nem todos interesses da Administração são indisponíveis; (iii) o mero surgimento de conflito com a Administração não pode impor necessidade de intervenção judicial; (iv) não há apenas um único interesse público, mas sim um conjunto de interesses públicos que

devem orientar as diretrizes da atuação estatal de acordo com cada tipo de suas relações; (v) a supremacia do interesse público não se verifica em todas relações da Administração Pública;

No segundo item da primeira parte, aferiu-se que, após a reforma na LArb, introduzida pela Lei nº 13.129/2015, cessou qualquer controvérsia remanescente sobre a capacidade de a Administração utilizar arbitragem. Com autorização expressa em lei, conclui-se que não há mais controvérsia acerca da arbitrabilidade subjetiva, de modo que a arbitragem com a Administração Pública passa a ser aceita de maneira genérica, desde que preenchidos os requisitos da arbitrabilidade objetiva.

Desse modo, apesar de haver autorização expressa quanto à arbitrabilidade subjetiva, nem todos os litígios são passíveis de arbitragem. É preciso também atender aos critérios de arbitrabilidade objetiva: verificar se o pleito se enquadra no conceito de direito patrimonial disponível. Por ser a disponibilidade do direito um conceito jurídico indeterminado, concluiu-se que cabe ao intérprete demonstrar, com auxílio de determinados critérios, se o direito se enquadra como patrimonial disponível.

Determinar a disponibilidade do direito, portanto, é uma tarefa que pode ser feita com o auxílio dos seguintes critérios: (i) análise da disponibilidade à luz do caso concreto; (ii) avaliação de hipóteses positivadas em rol exemplificativo; (iii) demonstração, a contrário sensu, dos direitos tidos como indisponíveis; e (iv) verificar se o direito permite transação, alienação ou renúncia;

Com isso, a conclusão mais relevante da primeira parte do trabalho é de que, apesar ser um conceito jurídico indeterminado, há diferentes critérios que auxiliam o interprete na verificação da disponibilidade do direito. Tais critérios, por si só, são incapazes de auferir a disponibilidade de certas questões, mas servem como importante ferramenta ao intérprete, que pode utilizá-los por etapas para definir a disponibilidade do direito. Outrossim, entende-se que o legislador poderia ter trazido rol exemplificativo na própria Lei de Arbitragem, o que permitiria uma melhor adequação e segurança jurídica na escolha por parte do gestor público.

Já na segunda parte do trabalho, foram esclarecidas as particularidades e vedações no procedimento arbitral com o Poder Público. No primeiro tópico, viu-se que nem todas as prerrogativas que a Administração detém em âmbito judicial são aplicáveis ao procedimento arbitral, tais como prazo em dobro, reexame necessário, isenção de taxas, entre outras.

Quanto à legitimidade da Administração Pública em arbitragem, conclui-se que a convenção arbitral se enquadra como negócio jurídico processual. Assim, a autoridade legitimada a propor arbitragem deve estar prevista em lei, na figura do advogado público que tem poderes para celebrar negócios jurídicos processuais.

Em relação à sede de arbitragem, por sua vez, nos casos em que o local não esteja previsto em leis específicas, deve ser aplicado o entendimento do art. 55, §2º da Lei de Licitações, de sorte que o local tem de ser o foro da sede da Administração.

A conclusão mais importante do primeiro tópico da segunda parte é em relação à escolha dos árbitros. Há divergência na doutrina acerca do modo de sua escolha. Viu-se que Carlos Alberto Salles entende ser os contratos administrativos contratos de adesão, de modo que o particular teria de aceitar a convenção estipulada pela Administração de forma unilateral, mediante procedimento licitatório.

Todavia, tal entendimento não deve prosperar. Conclui-se ser mais plausível o entendimento de que a escolha deve ser feita na própria cláusula compromissória, a partir de comum acordo entre as partes. Com efeito, a arbitragem, muitas vezes, tem objeto incerto e valor devido indefinido, fugindo da objetividade necessária para se ter procedimento licitatório. Nesse sentido, a escolha se enquadra em hipótese de inexigibilidade de licitação, tendo em vista a singularidade e notória especialização envolvida.

Quanto à convenção de arbitragem, conclui-se que o procedimento deve, sempre que possível, ser feito por cláusula compromissória, visto que por compromisso arbitral se corre o risco de a questão ter de ser levada ao Judiciário.

Já no segundo tópico, foram vistas as principais vedações no procedimento arbitral com o Poder Público: arbitragem por equidade e confidencialidade.

Em primeiro lugar, quanto à arbitragem por equidade, conclui-se que não há compatibilidade nas arbitragens com o Poder Público. Há obrigatoriedade de que as ações estatais estejam positivadas em regramentos oriundos do próprio Estado, pois ao contrário de particulares, a Administração não goza de ampla liberdade e autonomia da vontade, estando adstrita ao princípio da legalidade. Pela mesma razão, a Administração também não pode escolher as regras e princípios aplicáveis a seus contratos, esta escolha é marcada pela indisponibilidade do direito.

Em segundo lugar, conclui-se que a característica da confidencialidade em arbitragem também se mostra incompatível com o Poder Público. Isto porque, pelo princípio constitucional da publicidade, todo ato administrativo deve ser público, admitindo-se sigilo apenas em hipóteses ligadas à segurança nacional, investigação policial ou interesse superior da administração.

Por este princípio, conclui-se que, além de vedação à arbitragem sigilosa, a publicidade é um poder-dever da Administração. Desse modo, não basta que as informações fiquem disponíveis, a Administração deve ter postura proativa na divulgação de seus procedimentos arbitrais.

Por outro lado, conclui-se que a publicidade não é princípio absoluto, portanto nem todos os atos do procedimento arbitral precisam ser publicizados, apenas os atos principais. Dessa forma, a principal crítica que se faz em relação à publicidade é de que, por ter a Administração o dever de transparência, a informação acerca de instauração do procedimento deveria ser obrigatória e prevista expressamente na LArb, visto que, muitas vezes, somente se tem notícia do procedimento quando alguma das partes entra com recurso para o judiciário.

Por fim, com a realização desse breve estudo, conclui-se que, mesmo com a ampliação do uso de arbitragem com a Administração, as peculiaridades do Poder Público se mostram desafiadoras para a correta utilização desse meio de resolução de conflitos, tendo doutrina e jurisprudência importante papel nesse sentido.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. *E-book*.

BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de arbitragem: nos termos da Lei nº 9.307/96**. São Paulo: Atlas, 2014.

BORJA, Ana Gerdau de; WALD, Arnaldo. **Decisões dos tribunais revelam posição pró-arbitragem**. *Conjur*, 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-dez-21/decisoes-tribunais-pais-revelam-posicao-favoravel-arbitragem#author>. Acesso em: 3 jan. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 6 mar. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 7.959, de 29 de dezembro de 1880**. Aprova as cláusulas que devem regular as concessões de estradas de ferro gerais no Império. 1880. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-7959-29-dezembro-1880-547352-publicacaooriginal-62081-pe.html>. Acesso em: 19 out. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 10.025, de 20 de setembro de 2019**. Dispõe sobre a arbitragem para dirimir litígios que envolvam a administração pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário. Brasília: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10025.htm. Acesso em: 9 fev. 2021.

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. Brasília: Presidência da República, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/8666cons.htm. Acesso em: 18 mar. 2021.

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. Brasília: Presidência da República, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/8987cons.htm. Acesso em: 18 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília: Presidência da República, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/9307.htm. Acesso em: 3 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997**. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e

outros aspectos institucionais. Brasília: Presidência da República, 1997 b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9472.htm. Acesso em: 17 dez. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília: Presidência da República, 2015 a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 9 fev. 2021.

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. Brasília: Presidência da República, 2015 b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm. Acesso em: 4 dez. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017**. Estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal, e altera a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, e a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Brasília: Presidência da República, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13448.htm. Acesso em: 26 jan. 2021.

BRASIL. **Lei nº 556, de 25 de junho de 1850**. Código Comercial. Império do Brasil, 1850. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim556.htm. Acesso em: 21 dez. 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental nº 5.206-7**. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 8 mai. 1997.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 71.467**. Relator: Min. Bilac Pinto, 14 nov. 1973.

BRASIL, Superior Tribunal Justiça. **Recurso Especial nº 612.439 - RS**. 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. Relator: Min. João Otávio de Noronha, 25 out. 2005.

BRASIL, Superior Tribunal Justiça. **Recurso Especial nº 904.813 - PR**. PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. LICITAÇÃO. ARBITRAGEM. VINCULAÇÃO AO EDITAL. CLÁUSULA DE FORO. COMPROMISSO ARBITRAL. EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO DO CONTRATO. POSSIBILIDADE. Relator: Min. Nancy Andrighi, 20 out. 2011.

BRASIL, TCU. **Acórdão nº 587/2003**. Relator: Min. Adilson Motta, 28 maio. 2003. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-15083%22>. Acesso em: 4 jan. 2021.

BRASIL, TCU. **Decisão nº 286/93**. Relator: Min. Homero Santos, 4 ago. 1993. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-5150%22>. Acesso em: 4 jan. 2021.

CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. *E-book*.

CAMARB. **Regulamento de Arbitragem de 2017**. [S. l.], 2017. Disponível em: <https://camarb.com.br/arbitragem/regulamento-de-arbitragem-de-2017/>. Acesso em: 13 fev. 2021.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Administração Pública - Primeiras reflexões sobre a arbitragem envolvendo a Administração Pública**. Revista Brasileira de Arbitragem, v. 13, n. 51, p. 7-7-21, 2016.

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

CARNAÚBA, César Augusto Martins. **Adequação da Arbitragem aos Litígios Envolvendo o Poder Público**. Revista Brasileira de Arbitragem, v. 58, p. 7-27, 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FILHO, Marçal Justen. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. *E-book*.

FILHO, Marçal Justen; SCHWIND, Rafael Wallbach; DALLARI, Adilson Abreu. **Arbitragem nas parcerias público privadas**. In: PARCERIAS PÚBLICO PRIVADAS: REFLEXÕES SOBRE OS 10 ANOS DA LEI 11.079/2004. 1. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015. *E-book*.

FRANÇA, Phillip Gil. **Ato administrativo, consequencialismo e compliance**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. *E-book*.

FRANZONI, Diego; DAVIDOFF, Fernanda. **Interpretação do critério da disponibilidade com vistas à arbitragem envolvendo o Poder Público**. Revista de Arbitragem e Mediação, [s. l.], v. 41, p. 243-264, 2014.

GRAU, Eros Roberto. **Arbitragem e contrato administrativo**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 21, p. 140-149, 2002.

LEMES, Selma Maria Ferreira. **Arbitragem em Números e Valores**. 2019. Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/PesquisaArbitragens2019.pdf>. Acesso em: 1 dez. 2020.

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

LEMES, Selma Maria Ferreira. **Breve histórico sobre a admissibilidade de arbitragens envolvendo Administração Pública.** *In:* ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: FUNDAMENTOS JURÍDICOS E EFICIÊNCIA ECONÔMICA. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA. **A fazenda pública em juízo.** 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

LIMA, Ruy Cirne; PASQUALINI, Paulo Alberto. **Princípios de direito administrativo.** 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MAFFFINI, Rafael. **Elementos de Direito Administrativo.** Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2016.

MAFFINI, Rafael; DE JESUS CIRNE, Rodrigo. **Arbitragem e administração pública: uma análise da arbitrabilidade dos litígios envolvendo a administração pública à luz da disponibilidade dos direitos.** Revista da ESDM, v. 4, n. 8, p. 84–99, 2018.

MAIA, Alberto Jonathas. **Fazenda Pública e Arbitragem: do contrato ao processo.** Salvador: JusPodivm, 2020.

MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. **A arbitragem e os contratos da administração pública.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016.

MARRARA, Thiago. *In:* **Direito Administrativo: transformações e tendências.** São Paulo: Grupo Almedina, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 42. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **As Parcerias Público-Privadas (PPPs).** Migalhas, [s. l.], 2006. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/20266/as-parcerias-publico-privadas--ppps>. Acesso em: 26 dez. 2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

MENDES, Viviane Alfradique Martins de Figueiredo. **Mecanismos de consenso no direito administrativo e sua contribuição para a desjudicialização da política pública.** *In:* MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. Curitiba: CRV, 2018.

MIRAGEM, Bruno. **Direito Administrativo Aplicado: A nova Administração Pública e o Direito Administrativo.** 1. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2017. *E-book*.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Especificidades do processo arbitral envolvendo a Administração Pública.** Enciclopédia Jurídica da PUCSP, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/49/edicao-1/especificidades-do-processo-arbitral-envolvendo-a-administracao-publica>. Acesso em: 14 jan. 2021.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **A arbitragem nos contratos da Administração Pública e a Lei nº 13.129/2015: novos desafios**. Revista Brasileira de Direito Público, v. 13, n. 51, p. 59–79, 2015.

PARADA, André Luís Nascimento. **Análise crítica das decisões do Tribunal de Contas da União acerca da utilização da arbitragem em contratos administrativos**. Revista de Direito Administrativo, v. 273, p. 165–198, 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v273.2016.66660>

RODRIGUES, Marco Antônio. **A Fazenda Pública no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

SALLES, Carlos Alberto de. **Arbitragem em Contratos Administrativos**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

TALAMINI, Eduardo. Arbitragem nas empresas estatais. *In*: JUSTEN FILHO, Marçal. **Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/2016: Lei das estatais**. 1. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2016. *E-book*.

TIBURCIO, Carmen. **Arbitragem envolvendo a Administração Pública: notas sobre as alterações introduzidas pela Lei 13.129/2015**. Revista de Processo, v. 254, n. 18, 2018. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.254.21.PDF. Acesso em: 13 jan. 2021.