

**ARBITRAGEM COMO MEIO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NOS CONTRATOS DA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: LIMITES, FORMA E MOMENTO DE PREVISÃO***

ARBITRATION AS A MEANS OF SETTLEMENT OF CONFLICTS IN PUBLIC
ADMINISTRATION CONTRACTS: LIMITS, FORM AND MOMENT OF FORECAST

Antonio Henrique Graciano Suxberger**
Ana Claudia Rodrigues Nerosky Ribeiro***

RESUMO: A arbitragem apresenta-se como relevante meio de solução de controvérsias e litígios envolvendo a coletividade em geral e a administração pública e suas contratações de modo destacado. após severas discussões sobre a possibilidade de a administração pública adotar o compromisso arbitral para solução de desavenças em seus contratos que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis, a legislação pátria consolidou tal possibilidade em 2015. No entanto, há diversos temas que seguem em aberto, tais como os limites da adoção da arbitragem, seu modo de previsão, o momento em que ela deve ser trazida às partes em litígio. exemplo colhido a partir de contratação realizada pela agência nacional de transportes terrestres serve para bem ilustrar a relevância do tema atualmente e mostrar a tendência de utilização crescente da arbitragem também pelo poder público. o presente artigo tem por objetivo apresentar o

* Artigo recebido em: 20.07.2017
Artigo aceito em 22.08.2017

** Graduado em Direito pela Universidade de Brasília (1999), Mestre em "Direito, Estado e Constituição" pela Universidade de Brasília (2005) e Doutor em "Derechos Humanos y Desarrollo" pela Universidad Pablo de Olavide (Sevilha, Espanha, 2009 - diploma reconhecido no Brasil pela Universidade Federal de Santa Catarina - processo 23080.014289/2010-87, registro 258, livro Rev/PG-01, fls. 65). Atualmente é Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB) e dos cursos de pós-graduação lato sensu da Fundação Escola Superior do MPDFT (FESMPDFT). É professor do máster oficial universitário em Direitos Humanos, Interculturalidade e Desenvolvimento da Universidade Pablo de Olavide e Professor Investigador do Programa de Doutorado em Ciências Jurídicas e Políticas da mesma Universidade (linha: Direitos Humanos e Desenvolvimento). É Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. <http://lattes.cnpq.br/9136957784681802>. **Brasília – DF. E-mail: antonio.suxberger@uniceub.br**

*** Mestranda em Direito no Uniceub. Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (2008) e em Administração pela Universidade de Brasília (2005). Foi Advogada-Sócia na Domenico Advogados. Tem experiência em Escritório de Advocacia: estudo de casos complexos, elaboração e revisão de contratos, realização de pesquisas, acompanhamento de processos, elaboração de peças jurídicas nas áreas cível, trabalhista, imobiliária, administrativa e tributária. E experiência na área Jurídica Corporativa: análise e elaboração de contratos, confecção de notas, minutas e peças processuais, elaboração de pareceres, pesquisa jurídica, acompanhamento de prazos legais e ponto focal da gerência em relação a equipe de Advogados. Possui Proficiência em língua inglesa (intercâmbio cultural de 1 ano nos EUA). <http://lattes.cnpq.br/3538060291393846>. **Brasília – DF. E-mail: ananerosky@gmail.com**



atual estado da discussão sobre a arbitragem utilizada pelo poder público na solução de controvérsias surgidas em contratos públicos que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis. metodologicamente, o artigo de vale de revisão bibliográfica e análise documental, que abrange atos normativos e decisões do superior tribunal de justiça a respeito do tema.

Palavras-Chave: Contrato administrativo. Arbitragem. Soluções de conflitos.

ABSTRACT: Arbitration presents itself as a relevant way promote conflict resolution in general and the Public Administration specifically. After several discussions about the possibility of

Public Administration's use of arbitration agreement to solve contractual disputes on available property right, the federal legislation consolidated its authorization in 2015. Nevertheless, there are several topics still open, such as the limits of using arbitration, how it is prescribed, the moment in which it should be carried to the parties in litigation. The examples borrowed from Agência Nacional de Transporte Terrestre — the Brazilian governmental agency regarding terrestrial transportation — well illustrates the relevance of the current theme and shows the increasing tendency for the use of arbitration by the Government. The purpose of this article is to present the current state of the discussion concerning arbitration used by the Public Authorities for solving disputes arising in public contracts that deal with available patrimonial rights. Methodologically, the article serves as a bibliographical revision and documentary analysis, that covers normative acts and decisions of the Superior Court of Justice on the subject.

Keywords: Administrative contract. Arbitration. Conflict resolution.

INTRODUÇÃO

O instituto da arbitragem representa estratégia ou instrumento de política pública para enfrentar a excessiva judicialização de conflitos e o excesso de demandas que tomam o Judiciário. Trata-se de meio alternativo de solução de conflitos sobre direitos patrimoniais disponíveis, em que as partes, por meio de árbitro por elas escolhido, comprometem-se mutuamente a cumprir determinada decisão arbitral, abstendo-se, futuramente, de arguir tal assunto judicialmente¹.

¹ AMARAL, Paulo Osternack. Vantagens, desvantagens e peculiaridades da arbitragem envolvendo o poder público. In: PEREIRA, Cesar Augusto G., TALAMINI, Eduardo (coord). Arbitragem e Poder Público. São Paulo: Saraiva, 2010.



A arbitragem caracteriza-se “pela flexibilidade e pela autonomia das partes em fixar parâmetros materiais e processuais para a solução de um litígio”.² Entre as vantagens do instituto, pode-se citar maior eficiência e menor tempo, além de permitir a modulação do rito procedimental.³

Segundo Selma Lemes⁴, a arbitragem representa um dos componentes a ser considerado na gestão dos contratos em razão do custo de oportunidade (custos de transação). Segundo a autora, baseada em informações da Confederação Nacional da Indústria, a Justiça, por sua lentidão, traz insatisfação e perda confiança por parte dos administrados, além de afastar investidores, restringir crédito, aumentar o custo de produção e a insegurança jurídica. Ademais, os processos dirimidos por meio da arbitragem resultam em cumprimento de obrigações no prazo efetivamente acordado pelas partes. Para tanto, o papel das câmaras de arbitragem assumem especial destaque:

Enfim, da pesquisa efetuada permite-se extrair interessante referencial da arbitragem aplicada no cenário de importantes Câmaras de Arbitragem. Seus usuários são empresas que firmam contratos de médio e grande porte e as matérias tratadas advêm de contratos nas áreas comercial, empresarial e financeira.

As câmaras auxiliam na administração de procedimentos arbitrais e delas decorrem sentenças arbitrais ditadas por árbitros independentes, imparciais e com experiência nas matérias tratadas. Na sua grande maioria as sentenças arbitrais são cumpridas no prazo determinado pelos árbitros e raramente objetadas no judiciário, em ação de anulação de sentença arbitral. Há de se ter como referencial importante que esta é uma forma de solução de conflitos fruto de consenso das partes; portanto, estas (as partes) de antemão assumiram e administraram os riscos das escolhas efetuadas, em que o componente econômico foi de importância substancial no âmbito da decisão tomada. (...).⁵

² REISDORFER, Guilherme F. Dias. A Estrutura e a Flexibilidade do Procedimento Arbitral. In: PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo (coord.). Arbitragem e Poder Público. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

³ REISDORFER, Guilherme F. Dias. A Estrutura e a Flexibilidade do Procedimento Arbitral. In: PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo (coord.). Arbitragem e Poder Público. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

⁴ LEMES, Selma Maria Ferreira. Números mostram maior aceitação da arbitragem no Brasil. In: Consultor Jurídico. Edição de 10 abr. 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-abr-10/selma-lemes-numeros-mostram-maior-aceitacao-arbitragem-brasil>. Acesso em 17/04/16

⁵ LEMES, Selma Maria Ferreira. Números mostram maior aceitação da arbitragem no Brasil. In: Consultor Jurídico. Edição de 10 abr. 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-abr-10/selma-lemes-numeros-mostram-maior-aceitacao-arbitragem-brasil>. Acesso em 17 abr 16



Nesse contexto, ganha ainda maior relevância a análise da possibilidade de a Administração Pública utilizar a arbitragem para dirimir conflitos decorrentes de contratos administrativos.

O presente trabalho visa apresentar uma breve análise da evolução do instituto da arbitragem na perspectiva do poder público, frente às modificações legislativas. Isso porque o debate acerca da utilização do instituto da arbitragem nos contratos administrativos ganhou maior destaque com as recentes alterações promovidas na Lei da Arbitragem (Lei. 9.307, de 23 de dezembro de 1996), em especial, com a previsão da utilização do instituto pela Administração Pública. A utilização dessa modalidade de solução de conflitos permite ao ente público dirimir pendências contratuais com maior grau de conhecimento técnico do julgador e, ainda, em tempo relativamente menor ao dispendioso processo judicial. No entanto, em atenção ao princípio da legalidade administrativa, não pode o administrador dispor, mediante processo arbitral, de todo o conteúdo de um contrato administrativo. Ao contrário, apenas determinados bens podem ser submetidos ao procedimento arbitral.

No presente artigo, serão abordadas a evolução da arbitragem na seara administrativa, suas vantagens e desvantagens ao ente público e as principais características da pactuação de arbitragem pela Administração Pública. Nesse contexto, o trabalho apresenta dois marcos de análise, separados em dois tópicos.

Na primeira parte do artigo, analisaremos o contexto histórico da arbitragem no Brasil. Longe da pretensão de uma investigação historiográfica do instituto, busca-se identificar que a arbitragem não surge como novidade por meio da Lei que a institucionalizou formalmente, a chamada “Lei da Arbitragem”. Demais disso, pretende-se investigar se a arbitragem e sua formalização legislativa foi o ponto inicial de sua utilização ou a formalização de práticas já iniciadas anteriormente à edição da Lei que a consagrou nominalmente. Na sequência, serão apresentadas características específicas da utilização da arbitragem em contratos administrativos, considerando as vantagens e desvantagens da utilização de procedimento arbitral para a solução de controvérsias havidas entre a Administração Pública e o particular no contrato público.

Em tópico próprio, o artigo se debruçará sobre outros temas que avançam no debate sobre a legalidade da adoção do compromisso arbitral. O momento de previsão da cláusula arbitral, seu modo de positivação e os problemas presentes na seleção do árbitro serão objeto de abordagem. Ao fim, por meio de caso ilustrativo da adoção do compromisso arbitral, pretende-se colocar em perspectiva os pontos destacados ao longo do estudo como relevantes ao entendimento do compromisso arbitral e sua expansão como modo de solução de conflitos envolvendo a Administração Pública.

O artigo toma como hipótese o caráter positivo da expansão do compromisso arbitral como modo de solução de controvérsias entre Administração Pública e particular que figure como contratado naqueles casos em que a avença verse sobre direitos patrimoniais disponíveis.



A fim de se apreciar, portanto, o estado da arte da arbitragem no Poder Público, o estudo adota o emprego da metodologia de revisão bibliográfica e legislativa, a partir da qual se mostre possível compreender o atual posicionamento doutrinário e legislativo acerca do emprego do instituto da arbitragem em contratos administrativos.

1 CONTEXTUALIZAÇÃO DO TEMA

A inserção da arbitragem no cenário legislativo nacional não é novidade, apesar da destacada importância de seu uso recente como estratégia de enfrentamento da massificação das demandas judiciais. Inicialmente, cumpre analisar o cenário legislativo em que a arbitragem foi inserida no contexto administrativo. A possibilidade de a Administração dirimir conflitos remonta à época do Brasil Império. Lemes menciona que, na época imperial, as primeiras concessões de serviços e obras públicas com as estradas de ferro, a iluminação pública e o transporte fluvial tiveram a arbitragem incorporada nesses contratos. “Nunca houve a necessidade de lei específica para autorizar a administração pública a valer-se da arbitragem”⁶.

Há, ainda, vários episódios marcantes da história do Brasil em que o Estado brasileiro submeteu-se a um processo arbitral para dirimir conflitos. Segundo Lira⁷, o primeiro evento marcado pela arbitragem foi a assinatura do Tratado de Tordesilhas, em que o Papa Alexandre VI atuou como árbitro. O referido autor aponta diversas outras ocasiões em que o Brasil se viu imerso no campo da arbitragem, seja como árbitro, seja como parte no processo arbitral. Como árbitro, o Brasil atuou no chamado Caso Alabama entre os Estados Unidos e a Inglaterra. Já na condição de parte, pode-se citar a disputa fronteiriça com a Argentina. Naquela ocasião, o Presidente dos Estados Unidos atuou como árbitro e, como resultado, foi firmado Laudo Arbitral pelo Presidente Grover Cleveland. Da mesma forma, em 1895, o Amapá foi reivindicado pela França e a questão foi submetida a decisão arbitral do Conselho Federal Suíço para solução da controvérsia.⁸

No campo legislativo em si, importa destacar a Lei 5.662, de 1971, que estabeleceu o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) como empresa pública. Nela, desde sua edição inicial, havia a autorização para a instituição de fomento assinar cláusula de arbitragem para a realização de operações econômicas no exterior. Na mesma linha, o Decreto-Lei 1.312/74 previu a possibilidade de aceitar cláusula arbitral quando o Tesouro Nacional contratar diretamente ou por intermédio de agente financeiro operações com organismos financiadores internacionais (Decreto-Lei 1.312/74, art. 11).

⁶ LEMES, Selma Maria Ferreira. Por que criar amarras à arbitragem. In: *Jornal Valor Econômico*. Caderno Legislação e Tributos. Edição de 15 ago. 2014. Disponível em: <<http://selmalemes.adv.br/artigos/artigovalor15082014.pdf>>. Acesso em: 19 jul. 2017.

⁷ LIRA, José Ferreira de. *Arbitragem, a justiça privada*. [s.l.]: Ed. Clube de Autores, 2010.

⁸ LIRA, José Ferreira de. *Arbitragem, a justiça privada*. [s.l.]: Ed. Clube de Autores, 2010.



Denota-se, portanto, que o legislador pátrio já previa a possibilidade de solução arbitral em contratos administrativos para determinadas práticas, em especial, relativas a tratativas internacionais. A utilização crescente desse instrumento garantiu uma segurança às contratações que atenuaram os questionamentos dirigidos à segurança das instituições no Brasil e à efetividade das medidas que permitem afirmar a confiabilidade nessas avenças.

Essa tendência foi ratificada na década de 1980, antes da Constituição de 1988, com as alterações inseridas na antiga Lei de Licitações — o Decreto-lei 2.348, de 24 de julho de 1987. Nela, de modo destacado às previsões gerais da época sobre licitações e contratos, há previsão expressa que assegura a possibilidade de instituição de juízo arbitral para solucionar conflitos decorrentes de contratações internacionais.

A atual Lei de Licitações (Lei 8.666, de 21 de junho de 1993), por sua vez, afastou a obrigatoriedade de inclusão em contratos internacionais de cláusula de eleição de foro. Manteve-se, todavia, mesmo que implicitamente, a alternativa arbitral para os casos de licitações internacionais. Vale transcrever a literalidade dos dispositivos:

Art. 32. Os documentos necessários à habilitação poderão ser apresentados em original, por qualquer processo de cópia autenticada por cartório competente ou por servidor da administração ou publicação em órgão da imprensa oficial. (...)

§ 6º O disposto no § 4º deste artigo, no § 1º do art. 33 e no § 2º do art. 55, não se aplica às licitações internacionais para a aquisição de bens e serviços cujo pagamento seja feito com o produto de financiamento concedido por organismo financeiro internacional de que o Brasil faça parte, ou por agência estrangeira de cooperação, nem nos casos de contratação com empresa estrangeira, para a compra de equipamentos fabricados e entregues no exterior, desde que para este caso tenha havido prévia autorização do Chefe do Poder Executivo, nem nos casos de aquisição de bens e serviços realizada por unidades administrativas com sede no exterior.

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.



Em 1997, é, enfim, editado o diploma legal que ficou conhecido como “Lei de Arbitragem”. Trata-se da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996. Nela, o legislador não regulamentou, de maneira expressa, a utilização por parte da Administração Pública do instituto da arbitragem. Essa regulamentação expressa só surge quase dez anos depois da edição da Lei, isto é, por meio das modificações promovidas pela Lei 13.129, de 26 de maio de 2015, na Lei de Arbitragem.

Merece registro, contudo, a Lei de Concessões e a Lei das Parcerias Público-Privadas. Quanto à primeira, Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, pontua-se que mesmo em sua redação original, já era possível vislumbrar a busca pela solução amigável. No entanto, com as alterações realizadas por meio da Lei 11.196, de 21 de novembro de 2005, a utilização da arbitragem se tornou expressa. Confira-se a redação do art. 23-A da Lei de Concessões, tal como estabelecida em 2005:

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. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

A Lei das Parcerias Público-privadas, Lei 11.079, de 30 de dezembro de 2004, por seu turno, admite expressamente o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, bem como a arbitragem. Mais uma vez, a transcrição dos dispositivos legais mostra-se relevante:

Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3o e 4o do art. 15, os arts. 18, 19e 21 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever: (...)

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

Denota-se, assim, que a arbitragem sempre tangenciou as atividades do Estado, razão pela qual as alterações promovidas em 2015, pela Lei 13.129, dirimiram as dúvidas quanto à legalidade de procedimento arbitral envolvendo o Poder Público. Não se cuidou, portanto, de uma novidade legislativa, mas da consolidação de um instrumento necessário e que assumiu cada vez mais espaço e relevância nos arranjos institucionais a respeito da gestão de contratos e solução de eventuais conflitos a eles atinentes.



O caminho, pois, das disposições normativas a respeito da utilização da arbitragem observou uma formalização paulatina e *a posteriori* das demandas pela arbitragem. O arranjo institucional, compreendido como a exteriorização da ação governamental que materializa a opção de política pública assumida pelo Estado, não deriva exatamente da inovação legislativa. Esta, em verdade, surge como resposta à ampliação da utilização desse instrumento e da verificação de que essa desejável massificação da arbitragem passa a observar formalização e institucionalização no Estado brasileiro.

Essa percepção se mostra relevante, máxime porque usualmente estudamos os institutos do Direito a partir das modificações legislativas que os introduzem no ordenamento pátrio. E, no caso da arbitragem, o surgimento e massificação de seu uso não foi antecedido exatamente pela lei que lhe deu minudenciamento e conformação, mas pelas sucessivas e paulatinas alterações normativas que legitimaram seu uso pelo Estado.

2 A ARBITRAGEM E OS LIMITES DE SUA ADOÇÃO PELO PODER PÚBLICO

Retomando a Lei de Arbitragem e sua aplicabilidade pela Administração Pública, as alterações promovidas em 2015 pela Lei 13.129 ratificaram o que há muito a doutrina já destacava. A alteração legislativa esclareceu de uma vez por todas que a Administração Pública pode, sim, dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. A redação do art. 1.º da Lei de Arbitragem, tal como estabelecida em 2015, não deixa dúvidas:

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

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

§ 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.

Considerando o que foi desenvolvido no tópico anterior, importa analisar com atenção as características da utilização da arbitragem em contratos administrativos. Segundo Klein⁹, a ampliação do uso da arbitragem em contratos administrativos é “uma exigência da atual configuração do Estado, vinculada à transformação da Administração

⁹ KLEIN, Aline Licia. A arbitragem nas concessões de serviço público. In: PEREIRA, Cesar Augusto G., TALAMINI, Eduardo (coord) Arbitragem e Poder Público. São Paulo: Saraiva, 2010.



Pública”. O propósito dessas contratações passa a ser, cada vez mais, o de realizar objetivos estabelecidos em conformidade com o aparato legal, mas que nem sempre são resultado de uma decisão unilateral autoritária da Administração. Com frequência, destaca Klein (loc. cit.), trata-se de decisão de que participam outros entes administrativos e particulares. Objetiva-se a melhor realização do interesse público com o menor sacrifício possível de outros interesses públicos e dos interesses particulares envolvidos.

Carmona¹⁰ afirma, com precisão, que, “quando o Estado atua fora de sua condição de entidade pública, praticando atos de natureza privada (...), não se pode pretende aplicáveis as normas próprias dos contratos administrativos (...)”. A Administração Pública, então, pode valer-se do instituto da arbitragem, desde que observados certos critérios estabelecidos tanto pelo legislador quanto pela prática habitual.

No que tange às disposições da Lei de Arbitragem, extrai-se, de imediato, limitações normativas para utilização da arbitragem pelo Poder Público. Trata-se da disposição legal que estabelece o âmbito de aplicação da arbitragem: direitos patrimoniais disponíveis. Essa limitação indica os requisitos para que determinado litígio seja submetido à arbitragem: arbitrabilidade objetiva e arbitrabilidade subjetiva¹¹.

A arbitrabilidade objetiva diz respeito à possibilidade de submeter determinados conflitos à arbitragem¹², ou seja, trata de que matérias podem ser apreciadas em juízo arbitral. Já a arbitragem subjetiva refere-se “à possibilidade de determinada pessoa ser parte em arbitragens”¹³.

Quanto à arbitrabilidade objetiva, no âmbito da Administração Pública, está-se diante da questão do que seria direitos patrimoniais disponíveis. Esclarece Selma Lemes¹⁴ que a questão da utilização da arbitragem no poder público envolve necessariamente a discussão acerca do significado de direito patrimonial disponível. Para a referida autora, quando a Administração Pública atua no interesse da coletividade, adotando políticas referentes à segurança e o bem-estar da sociedade, trata-se de interesses fora do mercado (indisponibilidade absoluta). Em termos mais simples, são os chamados interesses públicos primários. Quando a Administração adota condutas para operacionalizar os interesses públicos primários que possam ser quantificados e tenham

¹⁰ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário a Lei 9.307/96. São Paulo: Atlas, 2006

¹¹ VOSCERAU, Isabella Moreira de Andrade. Arbitragem e poder público: da convenção arbitral à instauração da arbitragem. Revista de Direito Administrativo Contemporâneo. n. 1, 2013.

¹² PARADA, Andre Luiz. Arbitragem nos contratos administrativos: uma análise crítica aos obstáculos jurídicos normalmente suscitados para afastar a utilização da arbitragem como meio de solução de conflitos em contratos administrativos. 2014. 181f. Dissertação (Mestrado em Direito) – UniCEUB, Brasília, 2014.

¹³ VOSCERAU, Isabella Moreira de Andrade. Op. cit.

¹⁴ LEMES, Selma Maria Ferreira. Por que criar amarras à arbitragem. In: Jornal Valor Econômico. Caderno Legislação e Tributos. Edição de 15 ago. 2014. Disponível em: <<http://selmalemes.adv.br/artigos/artigovalor15082014.pdf>>. Acesso em: 19 jul. 2017.



expressão econômica, estamos diante dos interesses públicos derivados. Portanto, são esses disponíveis e suscetíveis à arbitragem¹⁵.

Na mesma linha se posiciona Eros Grau¹⁶. Segundo ele, a Administração se utiliza de vários recursos, inclusive direitos patrimoniais, para atingir determinada finalidade de interesse público. Esclarece, contudo, que há limites à prática de atos administrativos, a exemplo da impossibilidade de dispor de direitos patrimoniais advindos de bens públicos de uso comum.

Klein¹⁷, por seu turno, admite a possibilidade da Administração Pública utilizar-se da arbitragem, porquanto o interesse público resultaria da conjugação de diversos interesses, inclusive particulares, passíveis de influenciar a tomada de decisão. Para ela, cabe ao Estado sopesar os interesses a serem tutelados e o equilíbrio entre as posições individuais contrapostas. Aduz, ainda, que a “invocação dos princípios da supremacia do interesse público e da indisponibilidade deste não são aptas a afastar a priori o cabimento da arbitragem” pelo Poder Público (ibid.). Ainda, Aline Klein esclarece que, ao optar pela arbitragem, a Administração Pública não está renunciando ao direito material envolvido na controvérsia. Está, tão somente, levando à apreciação do juízo arbitral o reconhecimento ou não desse direito, tal como ocorreria se submetesse à matéria ao Poder Judiciário.

Sobre outro prisma, a indisponibilidade poderia dizer respeito à imprescindibilidade de submissão da matéria ao Poder Judiciário. Quanto ao tema, Klein¹⁸ afirma que a indisponibilidade de uma matéria constitui exceção regulamentada em lei específica, associada, portanto, ao princípio da legalidade administrativa, perante o qual, o árbitro também se submete. A legalidade, por seu turno, é direito indisponível da Administração Pública¹⁹.

Carmona²⁰ explica que direitos disponíveis são aqueles que podem ou não ser exercido pelo titular, “sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência”. Para o autor, são arbitráveis as causas sobre as quais o Estado não estabeleça reserva específica relacionada à direitos fundamentais. Aline Klein²¹ destaca a relevância de distinguir os

¹⁵ LEMES, Selma Maria Ferreira. Por que criar amarras à arbitragem. In: *Jornal Valor Econômico*. Caderno Legislação e Tributos. Edição de 15 ago. 2014. Disponível em: <<http://selmalemes.adv.br/artigos/artigovalor15082014.pdf>>. Acesso em 19 jul. 2017.

¹⁶ GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, v. 32, 2000, p. 14-20.

¹⁷ KLEIN, Aline Licia. A arbitragem nas concessões de serviço público. In: PEREIRA, Cesar Augusto G., TALAMINI, Eduardo (coord) *Arbitragem e Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2010.

¹⁸ Idem.

¹⁹ Idem.

²⁰ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário a Lei 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2006

²¹ KLEIN, Aline Licia. Op. cit..



sentidos de indisponibilidade e patrimonialidade. Afinal, o segundo pode abranger boa parte dos litígios envolvendo a Administração Pública.

Em linhas gerais, Romulo Mariani²² simplifica muitíssimo o exame da questão quando afirma que “patrimonial é o direito que pode ser redutível a dinheiro”. Abrange, assim, os reflexos patrimoniais de eventual violação a direitos indisponíveis, tais como à vida, à honra e outros. Seria, portanto, possível, sobre esse prisma, a Administração Pública firmar contratos com cláusula de arbitragem nos mais abrangentes casos.

A respeito dessa abrangência, colhemos de Klein²³ que, para fins de arbitragem, os bens patrimoniais da Administração não podem ser simplesmente equiparados aos direitos patrimoniais. Por um lado, os direitos patrimoniais não decorrem apenas de bens patrimoniais da Administração. Por outro lado, não é de todos os bens patrimoniais que decorrem direitos patrimoniais passíveis de submissão ao juízo arbitral. Apenas alguns dos bens patrimoniais da Administração são disponíveis no sentido de que podem ser alienados. São os bens dominicais ou disponíveis para alienação.

Por isso, ainda consoante Klein²⁴, é necessário em diversos casos a existência de expressa autorização legal para a disposição de determinados direitos patrimoniais pela Administração. Por exemplo, isso ocorre com os bens públicos de uso comum e com os bens de uso especial. Tais bens caracterizam-se como inalienáveis em razão da afetação pública que sobre eles recai. Apenas à medida que seja editada lei desafetando referidos bens é que deles decorrerão direitos patrimoniais disponíveis para a Administração no tocante a sua alienação.

Em que pese tais posicionamentos, o Tribunal de Contas da União (TCU) tem entendido que a Administração Pública não pode utilizar-se da arbitragem porque o interesse público não poderia ser, de forma alguma, disponível. Caio Tácito²⁵, sobre essa compreensão do TCU, menciona que a Corte de Contas, após minucioso estudo, estabeleceu que a arbitragem, no plano nacional, era inaceitável para contratos administrativos por afronta aos princípios da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, de indisponibilidade e inalienabilidade do interesse público. Contudo, segundo o mesmo TCU, apenas excepcionalmente poderia haver arbitragem em questões técnicas específicas e não em questões econômico-financeiras. Exemplo disso reside nas considerações delineadas no voto do Ministro José Jorge no Relatório de Levantamento (TC 006.588/2009-8), realizado pelo órgão de controle, acerca da possibilidade de inclusão de cláusula arbitral em contratos de interesse da Petrobrás. Nesse sentido:

²² MARIANI, Romulo Greff. *Arbitragens coletivas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2015.

²³ KLEIN, Aline Licia. *A arbitragem nas concessões de serviço público*. In: PEREIRA, Cesar Augusto G., TALAMINI, Eduardo (coord) *Arbitragem e Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2010.

²⁴ Idem.

²⁵ TÁCITO, Caio. *Arbitragem em litígios administrativos*. Revista de Direito Administrativo. Out/Dez, 2005.



Essas considerações constantes do relatório baseiam-se no conhecimento geral de que determinadas questões técnicas e econômicas, por sua complexidade, demandam conhecimento especializado para sua solução. Trata-se de situações em que a instituição de cláusula arbitral pode propiciar maior segurança jurídica às partes contratantes e contribuir para a regular execução do objeto contratual.

Esse entendimento, destaco, independe de se tratar a contratação de atividade fim ou não da empresa. Isto posto, entendo que a decisão impugnada deve ser alterada de forma que a utilização de cláusula arbitral não seja restrita à atividade fim da empresa, devendo entretanto ser justificada técnica e economicamente e ser de acordo com a prática de mercado. (TC 006.588/2009-8)

Denota-se, portanto, haver ainda margem para a discussão acerca do que seria efetivamente passível de apreciação em juízo arbitral. Segundo André Parada²⁶, o posicionamento dos doutrinadores contrários à possibilidade de utilização da arbitragem por parte da Administração Pública pode ser resumido em três grandes linhas: a) a inafastabilidade ou indeclinabilidade de jurisdição; b) a legalidade em sentido estrito ou a necessidade de prévia autorização mediante lei em sentido formal para pactuar a arbitragem em contratos; c) a indisponibilidade do interesse público.

Para o autor, o princípio da inafastabilidade da jurisdição reside na impossibilidade de o legislador não impedir o acesso ao judiciário, enquanto a arbitragem diga respeito, tão somente, às partes. Além do mais, entende que o próprio legislador oferece alternativas outras à solução de controvérsias, que não a judicialização Pontua, também, que “o ordenamento jurídico reservou ao juiz algumas possibilidades de intervenção estatal para garantir o bom funcionamento da arbitragem”²⁷. Quanto à legalidade, Parada²⁸ esclarece que a atual realidade da Administração Pública afasta a aplicação incondicionada do Princípio da Legalidade Estrito. Para ele, deixou-se “de ter aquele delineamento típico de um Estado Liberal para ser visto em um cenário de maior complexidade, em que a lei deixa de ser a única norma a embasar a atuação da Administração”. O princípio da legalidade, sempre segundo esse autor, foi sistematicamente substituído pelo princípio da juridicidade, que significa a submissão ao ordenamento jurídico (2014).

²⁶ PARADA, Andre Luiz. Arbitragem nos contratos administrativos: uma análise crítica aos obstáculos jurídicos normalmente suscitados para afastar a utilização da arbitragem como meio de solução de conflitos em contratos administrativos. 2014. 181f. Dissertação (Mestrado em Direito) – UniCEUB, Brasília, 2014.

²⁷ Idem.

²⁸ Idem.



De toda sorte, cumpre relembrar que a questão da legalidade se tornou um tanto inócua frente à inclusão expressa na Lei de Arbitragem da possibilidade de a Administração Pública utilizar-se do referido instituto por meio da Lei 13.129 de 2015.

Quanto a indisponibilidade do interesse público, retoma-se a discussão acerca da (in)disponibilidade do interesse público. No entanto, Andre Parada²⁹ sintetiza a questão ao estabelecer rol exemplificativo do que seria arbitrável pela Administração Pública:

Firmada essa conclusão parcial antes gizada, colhe-se na doutrina rol exemplificativo de questões contratuais que, no caso de conflitos, usualmente podem ser solucionadas mediante arbitragem: a) quebra do equilíbrio da equação econômico-financeira; b) identificação e o cumprimento das obrigações contratuais de ambas as partes contratantes, inclusive as consequências do descumprimento; c) interpretação do contrato durante a sua execução como a abrangência do seu objeto, o reajuste, a declaração de que um serviço foi cumprido segundo o que fora estipulado para fins de aplicação de multa contratual; e após, para apuração de haveres decorrentes de rescisão; d) os pressupostos e decorrências da extinção do contrato, revestidos de cunho patrimonial; d) cláusulas técnicas, por exemplo, em que a avença estabelece determinado ângulo para lançamento de concreto.³⁰

Outra questão interessante diz respeito a arbitrabilidade subjetiva, ou seja, em linhas práticas, quem poderia assinar um compromisso arbitral em nome da Administração Pública. O § 2.º do art. 1.º da Lei de Arbitragem prescreve 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”. Sobre o preceito legal, ensina Di Pietro³¹ que “a autoridade que celebra a convenção de arbitragem tem que ser autorizada pelo Advogado-Geral da União ou pelas autoridades indicadas nas leis estaduais e municipais”. Para ela, a definição da autoridade competente segue o mesmo sentido do processo judicial. “Trata-se de aplicação do velho brocardo jurídico: ‘Ubi eadem est ratio, eadem est jus dispositivo’ (Onde existe o mesmo fundamento, aplica-se a mesma

²⁹ Idem.

³⁰ PARADA, Andre Luiz. Arbitragem nos contratos administrativos: uma análise crítica aos obstáculos jurídicos normalmente suscitados para afastar a utilização da arbitragem como meio de solução de conflitos em contratos administrativos. 2014. 181f. Dissertação (Mestrado em Direito) – UniCEUB, Brasília, 2014.

³¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. A possibilidade de arbitragem em contratos administrativos. Consultor jurídico. Edição de 24 set. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-24/interesse-publico-possibilidades-arbitragem-contratos-administrativos2>>. Acesso em 19 jul. 2017.

regra jurídica)³². Para Voscerau³³, a arbitrabilidade subjetiva “se revela pela própria capacidade do Poder Público”.

André Parada³⁴, quando cuida da arbitrabilidade subjetiva, esclarece que ela está associada à ideia de personalidade jurídica e capacidade. Para ele, “parece não haver dúvidas quanto à capacidade do Estado, enquanto pessoa jurídica que é, de entabular contratos com terceiros com a firma de compromissos recíprocos” (ibid.).

Ora, é sabido e consabido que as pessoas jurídicas de direito público – União, Estados, Distrito Federal e Municípios (ou pessoas políticas ou entes federativos) – e as autarquias, associações públicas, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista (pessoas jurídicas administrativas) – têm personalidade jurídica, portanto possuem aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações, o que lhes permite figurar como sujeitos em contratos³⁵.

Assim, a participação da Administração Pública em procedimento arbitral é ato de liberalidade, razão pela qual, nos contratos administrativos em que a atuação estatal se aproxima do Direito Civil, sua incidência se mostra plenamente possível (e até mesmo recomendável).

3 VANTAGENS E DESVANTAGENS DA UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM PELO PODER PÚBLICO

Suplantando a questão do direito patrimonial disponível, há de se considerar ainda, pelo cenário ora abordado, que a Administração Pública se deparará com vantagens e desvantagens advindas da opção pela utilização do juízo arbitral em suas avenças.

Segundo Amaral³⁶, como já mencionado, a principal vantagem deriva da liberdade das partes em relação à escolha dos árbitros, da legislação, da flexibilidade do procedimento arbitral, da celeridade, dos efeitos da sentença arbitral e a questão da

³² Idem.

³³ VOSCERAU, Isabella Moreira de Andrade. Arbitragem e poder público: da convenção arbitral à instauração da arbitragem. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. n. 1, 2013.

³⁴ PARADA, Andre Luiz. Op. cit.

³⁵ PARADA, Andre Luiz. Op. cit.

³⁶ AMARAL, Paulo Osternack. Vantagens, desvantagens e peculiaridades da arbitragem envolvendo o poder público. In: PEREIRA, Cesar Augusto G., TALAMINI, Eduardo (coord). *Arbitragem e Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2010.



confidencialidade. No âmbito das desvantagens, cita-se o alto custo do procedimento, a ausência de prerrogativas estatais e a dicotomia sigilo – publicidade.

Klein³⁷ afirma que a arbitragem “consiste, ademais, em fator de redução de riscos e dos custos da transação”. A simetria entre as partes é apresentada como fator de relevância, pois, quando as partes indicam, cada uma, um árbitro especializado, estabelece-se o “mesmo grau ou graus de informações quanto à matéria objeto do litígio”.

A liberdade de escolha dos árbitros se traduz em segurança e técnica em relação ao julgamento. Isso quer dizer que o árbitro, em geral, detém conhecimento técnico específico para tratar de determinada matéria submetida ao procedimento arbitral. Além disso, o fato de serem escolhidos pelas partes, se traduz em confiança quanto a sua capacidade³⁸. Da mesma forma, na arbitragem, as partes estabelecem, de comum acordo, os trâmites para arbitragem e, ainda, há possibilidade de o árbitro decidir por equidade, desde que as partes assim convençionem. Não há, a princípio, vinculação legal para a adoção da equidade como critério de decisão (ibid.).

Quanto ao tema da equidade, importa fazer uma pequena ressalva. Entende Amaral³⁹ que, em demanda arbitral envolvendo a Administração Pública, não poderia haver decisão baseada na equidade, face ao princípio da legalidade positivado no *caput* do art. 37 da Constituição Federal. Há contratos administrativos, a exemplo dos contratos firmados pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), em que a previsão da instituição da arbitragem exclui expressamente a possibilidade de se decidir baseado na equidade.

Além disso, o procedimento arbitral permitiria maior flexibilidade em relação ao procedimento judicial. Contudo, Amaral (2010) esclarece que não se trata de liberdade irrestrita, porquanto mesmo o procedimento arbitral exige observância do princípio constitucional do devido processo legal (art. 5.º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal, combinado com o art. 21, § 2.º, da Lei da Arbitragem). Outra vantagem apresentada por Amaral⁴⁰ é a celeridade do processo arbitral. Em geral, o prazo para apresentação da sentença arbitral é pactuado entre as partes e, se assim não for, a Lei de Arbitragem prevê o prazo máximo de 6 meses para que a sentença arbitral seja proferida (art. 23 da Lei de Arbitragem).

Klein (2010) apresenta a celeridade como “um dos principais aspectos favoráveis atribuídos à solução arbitral. Permite-se que casos complexos sejam resolvidos em menor lapso de tempo (...)”. Quanto aos efeitos, relembra a autora que a sentença arbitral produz os mesmos efeitos da sentença judicial (art. 31 da Lei de Arbitragem), fazendo coisa julgada material. Se contiver condenação, constituirá título executivo

³⁷ KLEIN, Aline Lícia. A arbitragem nas concessões de serviço público. In: PEREIRA, Cesar Augusto G., TALAMINI, Eduardo (coord) Arbitragem e Poder Público. São Paulo: Saraiva, 2010.

³⁸ AMARAL, Paulo Osternack. Op. cit.

³⁹ AMARAL, Paulo Osternack. Op. cit.

⁴⁰ AMARAL, Paulo Osternack. Vantagens, desvantagens e peculiaridades da arbitragem envolvendo o poder público. In: PEREIRA, Cesar Augusto G., TALAMINI, Eduardo (coord). Arbitragem e Poder Público. São Paulo: Saraiva, 2010.



extrajudicial. De toda sorte, cumpre ressaltar que a sentença arbitral pode ser anulada, nos termos do 33 da Lei de Arbitragem (ibid.).

Quanto à confidencialidade, há um ponto de destaque. O processo arbitral é, em geral, sigiloso. Isso porque, em muitos casos, pode-se tratar em arbitragem de questões técnicas e estratégicas de determinada empresa privada, ou mesmo estatal, e a divulgação precoce de tais informações pode afetar diretamente o mercado em que atuam. Se a publicidade é valor assumido constitucionalmente para os processos judiciais em geral, por força da exigência de controle social sobre as decisões proferidas pelo Poder Judiciário, a cláusula de sigilo poderia interessar à conflituosidade que diga respeito às contratações havidas com a Administração Pública, pois, afinal, trata-se de direitos disponíveis e, por isso, a demanda por publicidade refere-se mais ao controle da gestão da coisa pública (o que não envolve necessariamente o processo judicial que resolve litígio havido na contratação) que ao controle da decisão a ser alcançada no processo.

Klein⁴¹ sustenta que, quando a Administração Pública for parte no processo arbitral, deve prevalecer a publicidade, podendo, entretanto, se estabelecer o sigilo de determinadas informações, desde que em caráter excepcional e devidamente justificado. Para a autora, “o sigilo deverá abranger estritamente os elementos do litígio cuja confidencialidade seja essencial em atendimento ao próprio interesse público”. Segundo Amaral⁴², a garantia da confidencialidade é fator atrativo de diversas câmaras de arbitragem, tais como Câmara de Comércio Internacional – CCI, Câmara de Mediação e Arbitragem de São Paulo e Centro de Arbitragem da Câmara Americana de Comércio – Ancham.

Para⁴³ os custos do processo arbitral também representariam uma vantagem, enquanto para Amaral⁴⁴ a vantagem relativa ao custo depende de um cauteloso exame de custo-benefício, variável, pois, caso a caso. Nessa linha, no que tange às desvantagens, para Paulo Amaral, a maior delas seria o custo do processo. Para ele, “é possível que o valor do litígio não seja compatível com a eleição de determinada câmara arbitral (em razão de seus custos), sendo recomendável que a controvérsia seja submetida a outra câmara [...] ou mesmo [...] ao Poder Judiciário”. Há ponto relevante para o patrocínio dos interesses da Fazenda Pública perante a cláusula de arbitragem. A Fazenda Pública não detém prerrogativas processuais junto ao processo arbitral. Sob o prisma da Administração Pública, isso pode representar uma verdadeira desvantagem para a atuação do corpo de procuradores do Poder Público.

Quanto à confidencialidade, registra-se que Amaral apresenta como desvantagem a dicotomia sigilo – princípio da publicidade dos atos administrativos. Há, para a Administração, necessidade de se garantir a publicidade de seus atos, devendo-se,

⁴¹ KLEIN, Aline Licia. A arbitragem nas concessões de serviço público. In: PEREIRA, Cesar Augusto G., TALAMINI, Eduardo (coord) Arbitragem e Poder Público. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁴² AMARAL, Paulo Osternack. Op. cit.

⁴³ KLEIN, Aline Licia. Op. cit.

⁴⁴ AMARAL, Paulo Osternack. Op. cit.



entretanto, respeitar o sigilo quando sua divulgação representar riscos à segurança da sociedade e do Estado⁴⁵.

4 MOMENTO, FORMA E PREVISÃO EDITALÍCIA

O momento e a forma de se firmar um compromisso arbitral são temas que igualmente merecem atenção para compreender o avanço da arbitragem nas avenças celebradas pela Administração Pública. A forma de previsão do compromisso arbitral pode substanciar cláusula compromissória cheia ou vazia⁴⁶. A cláusula é cheia quando contempla todos os requisitos para a realização da arbitragem. A cláusula é chamada de vazia quando as partes se restringem a estabelecer o compromisso de levar eventual litígio à arbitragem. No caso da cláusula compromissória vazia, a parte interessada deve comunicar à outra acerca do seu interesse na instituição da arbitragem, como estabelece expressamente o art. 6.º da Lei de Arbitragem.

Quanto ao momento, importa esclarecer que não há necessidade de previsão editalícia para a instituição da arbitragem. Os contratos administrativos celebrados pelo Poder Público já trazem sua modelagem geral no edital do certame que antecedeu a contratação. No entanto, não há necessidade que o próprio edital que autoriza a apresentação dos interessados em contratar com o Poder Público traga a previsão de que eventual desinteligência seja resolvida por meio de câmara arbitral ou assemelhado. Voscerau⁴⁷ esclarece que “a arbitragem pode ser pactuada antes ou depois do surgimento da controvérsia”.

A necessidade, ou não, de previsão editalícia para a cláusula de arbitragem já foi objeto de controvérsia nos Tribunais. Especialmente o Superior Tribunal de Justiça, a quem incumbe a uniformização do entendimento jurisprudencial sobre a legislação federal no país, tem dois precedentes relevantes a respeito do tema. Trata-se do Recurso Especial 606.345/RS e do Recurso Especial 904.813/PR. No primeiro, e Relator do REsp 606.345, Ministro João Otávio Noronha, sublinhou o seguinte:

Cláusula compromissória é o ato por meio do qual as partes contratantes formalizam seu desejo de submeter à arbitragem eventuais divergências ou litígios passíveis de ocorrer ao longo da execução da avença. Efetuado o ajuste, que só pode ocorrer em hipóteses envolvendo direitos

⁴⁵ AMARAL, Paulo Osternack. Vantagens, desvantagens e peculiaridades da arbitragem envolvendo o poder público. In: PEREIRA, Cesar Augusto G., TALAMINI, Eduardo (coord). Arbitragem e Poder Público. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁴⁶ VOSCERAU, Isabella Moreira de Andrade. Arbitragem e poder público: da convenção arbitral à instauração da arbitragem. Revista de Direito Administrativo Contemporâneo. n. 1, 2013.

⁴⁷ Idem.



disponíveis, ficam os contratantes vinculados à solução extrajudicial da pendência. (...)

São válidos e eficazes os contratos firmados pelas sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços (CF, art. 173, § 1º) que estipulem cláusula compromissória submetendo à arbitragem eventuais litígios decorrentes do ajuste.

No segundo caso, no Recurso Especial 904.813/PR, que reforçou o entendimento já esposado, entendeu a Relatora Nancy Andrichi que “o fato de não haver previsão da arbitragem no edital de licitação ou no contrato celebrado entre as partes não invalida o compromisso arbitral firmado posteriormente”.

As decisões bem demonstram que a jurisprudência pátria adota a compreensão de que a participação da Administração Pública em procedimento arbitral é ato de liberalidade, razão pela qual, nos contratos administrativos em que a atuação estatal se aproxima do Direito Civil, o ajuste que consagra a arbitragem se mostra plenamente possível.

Outro tema de igual relevância para o ajuste da cláusula arbitral na contratação da Administração Pública refere-se ao modo de contratação da instituição arbitral sem que haja inviabilidade de competição e contratação direta.

Vosgerau⁴⁸ apresenta como argumentos a afastar o impedimento de contratação direta a justificativa de que a necessidade do serviço surge concomitantemente ao aparecimento do próprio conflito a ser dirimido. Aduz, ainda, que as regras da instituição escolhida representam forte impacto tanto na escolha dos árbitros quanto no desenrolar da arbitragem. Por isso, mostra-se relevante valorizar as peculiaridades do mercado. Por fim, na contratação entre a instituição arbitral, a Administração Pública e o particular que figura como contratado na avença em que ocorre o dissídio, faz-se necessário conciliar o interesse de todos os partícipes.

A natureza desses contratos celebrados pela Administração Público que autorizam o compromisso arbitral mostra-se cada vez mais próxima daqueles orientados pelas diretrizes do Direito Privado. Atendidos os requisitos apontados, entende-se que a participação da Administração Pública em procedimentos arbitrais, tal como delineado por Klein (2010), é exigência da atualidade.

⁴⁸ VOSCERAU, Isabella Moreira de Andrade. Arbitragem e poder público: da convenção arbitral à instauração da arbitragem. Revista de Direito Administrativo Contemporâneo. n. 1, 2013.



5 EXEMPLO DE ARBITRAGEM PELO PODER PÚBLICO: CONTRATOS DA ANTT

De fato, considerando, portanto, a plena capacidade de a Administração Pública pactuar a possibilidade de dirimir conflitos contratuais por meio da arbitragem, importa destacar a existência atual de procedimentos arbitrais.

Nessa linha, destaca-se a situação da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT. Antes de adentrar às peculiaridades de um caso que ilustre os temas discutidos no presente estudo, importa esclarecer que “não é toda e qualquer controvérsia derivada dos contratos de concessão que pode ser submetida à solução por meio de arbitragem entre o concessionário e a agência reguladora do setor”⁴⁹. Temas relativos ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, por exemplo, por não cuidar de direito indisponível, podem ser passíveis de arbitragem.

No que tange especificamente a ANTT, a Lei 10.233, de 5 de junho de 2001, previu em seu art. 20, inciso II, alínea “b”, a possibilidade de a Agência Reguladora dirimir conflitos por meio da arbitragem. Nessa linha, o Contrato de Concessão Edital 01/2011 (BR-101/ES/BA), chamado Contrato da ECO101, foi, por exemplo, o primeiro contrato de concessão para o setor rodoviário, dentre os disponibilizados ao público pela ANTT, a contar expressamente com a previsão de solução arbitral, prevista na Cláusula 35.1. No referido contrato, cujo extrato foi publicado no Diário Oficial da União de 18 de abril de 2013, evidencia-se, na Cláusula 35.1.1, que o administrador público, ao mesmo tempo em que prevê a solução de conflitos pela arbitragem, elenca, expressamente, situações em que as partes não poderão recorrer à arbitragem. São elas: (i) natureza e titularidade pública dos serviços concedidos; (ii) do poder de fiscalização sobre a exploração do serviço delegado; (iii) da discussão sobre o reequilíbrio econômico-financeiro e (iv) acerca de questões econômicas-financeiras entre as partes. Todavia, conforme depreende-se do dispositivo contratual, trata-se de rol meramente exemplificativo.

Todavia, em contratos mais recentes, tais como o Contrato de Concessão Edital 01/2015 (BR 101/RJ), chamado Contrato ECOPONTE, preserva-se a estipulação de arbitragem como forma de resolução de controvérsias, disposta na Cláusula 38.1.1 do Contrato. Quanto às limitações, a previsão contratual, disposta na Cláusula 38.1.2, prescreve que não serão objeto de arbitragem as matérias relativas (i) a direito indisponível; (ii) à natureza e titularidade pública dos serviços concedidos; e (iii) ao poder de fiscalização sobre a exploração do serviço delegado.

Evidencia-se, portanto, a evolução no emprego da resolução de conflitos por meio da arbitragem na seara contratual administrativa, ao passo que não veda a utilização da arbitragem para dirimir conflitos acerca do equilíbrio econômico-financeiro. Tal entendimento, oportuno destacar, demonstra que a ANTT se antecipou à previsão legislativa, ao passo que, somente em 2017, com o advento da Lei 13.448, de 05 de junho

⁴⁹ CARDOSO, Andre Guskow. As agências reguladoras e a arbitragem. In: PEREIRA, Cesar Augusto G., TALAMINI, Eduardo (coord) Arbitragem e Poder Público. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 15/61.



de 2017, foi, expressamente, autorizada a inclusão de cláusula arbitral em contratos de parcerias nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal, inclusive mediante aditivo em contratos vigentes.

Pontua-se que, para os contratos desses setores, a Lei 13.448 fez constar, no § 4º de seu artigo 3º, que (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 são matérias passíveis de arbitragem, por configurar, nos termos da lei, direito patrimonial disponível. Acrescentou-se, ainda, que as custas do procedimento arbitral serão arcadas pelo parceiro privado e, posteriormente ressarcidas, se assim estipular a decisão arbitral.

Assim, em que pesem eventuais dúvidas quanto à arbitrabilidade material no âmbito da ANTT, algumas características já se encontram consolidadas e em consonância com a normativa legal. Os mais recentes contratos de concessão da Agência, a exemplo do Contrato ECOPONTE, já preveem a adoção da Câmara de Comercio Internacional como instituição arbitral (Cláusula 38.1.4); a determinação de utilização da língua portuguesa no procedimento arbitral (Cláusula 38.1.5); a vedação expressa da utilização do critério da equidade (Cláusula 38.1.6); obrigatoriedade da participação de 3 árbitros, cabendo a cada parte indicar um e, em consenso, o terceiro (Cláusula 38.1.7); a possibilidade de se requerer medidas cautelares, desde que perante o Poder Judiciário (Cláusula 38.1.9); e, por fim, que as custas são integralmente arcadas pelo vencido (Cláusula 38.1.11).

De toda sorte, há de se ressaltar que “a sentença arbitral não poderá substituir a norma regulatória editada pela agência, mas simplesmente dirimir os aspectos de sua aplicação com relação ao agente ou aos agentes regulados envolvidos no conflito” (CARDOSO, 2010). Admite-se a arbitragem para dirimir conflitos relativos à tarifas, reajuste de tarifas, recomposição do equilíbrio econômico-financeiro e à avaliação dos bens para fins de indenização do concessionário.

Verifica-se, portanto, que embora incipiente, a arbitragem está, de fato, adentrando na realidade contratual da Administração Pública, em especial, concessionárias e empresas públicas.

CONCLUSÕES

A Administração Pública pode se utilizar da arbitragem desde que a matéria controvertida seja relativa ao equilíbrio da equação econômico-financeira; ao cumprimento e interpretação das regras do próprio contrato firmado de rescisão; questões técnicas e, ainda, reflexos patrimoniais decorrentes da execução ou descumprimento do contrato firmado.



É certo que as vantagens e desvantagens da adoção do compromisso arbitral pela Administração Pública devem ser sopesados caso a caso. O afastamento das prerrogativas processuais que marcam a presença da Fazenda Pública em juízo, por exemplo, é algo a ser considerado como desvantagem da adoção da arbitragem. No entanto, considerada a natureza das avenças que admitem a arbitragem, especialmente por conta de sua aproximação com a principiologia e a natureza dos temas próprios do Direito Privado, a expansão da adoção desse compromisso mostra-se como fenômeno palpável e até mesmo recomendável.

Esclarece-se que a questão da legalidade da adoção do compromisso arbitral para os contratos da Administração Pública mostra-se superada pelo advento das alterações na Lei de Arbitragem. Entretanto, ainda merece consideração o estudo da natureza do contrato administrativo e sua proximidade, em alguns casos, aos contratos civis. Há pormenores, ainda, como aqueles que tocam a o momento, a forma e o tempo da previsão do compromisso arbitral que ainda geram problemas, razão pela qual remanesce a relevância no estudo do tema.

Vimos que a previsão do compromisso arbitral não precisa contar do edital que antecedeu a contratação. Ao contrário: admite-se que tal ajuste se dê até mesmo após o surgimento da controvérsia a ser resolvida entre particular e Administração Pública. A forma de contratação do árbitro ainda é tema que suscita controvérsias: afinal, há de se tomar precauções para que não se inviabilize a competição entre aqueles que se apresentarem como possíveis árbitros à controvérsia havida na contratação pública.

Por fim, o exemplo de compromisso arbitral em contratação pública havida pela ANTT bem exemplifica como tais temas se desenvolvem na prática e, sobretudo, estão a indicar a expansão desse modo recomendável de enfrentamento do excesso de demandas levados ao Poder Judiciário para solução de litígios envolvendo a Administração Pública. A arbitragem, também nos contratos celebrados com a Administração Pública, assume relevante destaque como estratégia para enfrentamento da excessiva judicialização de dissídios que podem ser melhor solucionados pela via arbitral. Considerando a possibilidade de o procedimento arbitral representar maior economia em termos de preservação do interesse público e soluções mais céleres e compatíveis com a realidade técnica dos contratos, entende-se que sua utilização pela Administração Pública deve ser incentivada e valorizada. Tal avanço dependem apenas, de regulamentação mais minudente e atenta à relevância do tema.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Paulo Osternack. Vantagens, desvantagens e peculiaridades da arbitragem envolvendo o poder público. In: PEREIRA, Cesar Augusto G., TALAMINI, Eduardo (coord). *Arbitragem e Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2010.



ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres (2011). *Edital n. 001/2011, BR- 101 – ES/BA*. Disponível em: <<http://www.antt.gov.br/rodovias/ECO101.html>>. Acesso em: 19 jul. 2017.

ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres (2015). *Edital n. 001/2015, BR- 101 – RJ*. Disponível em: <<http://www.antt.gov.br/rodovias/Ecoponte.html>>. Acesso em: 19 jul. 2017.

BRASIL. *Decreto-lei 121.312*, de 15 de fevereiro de 1974. Autoriza o Poder Executivo a dar a garantia do Tesouro Nacional a operações de créditos obtidos no exterior, bem como, a contratar créditos em moeda estrangeira nos limites que especifica, consolida inteiramente a legislação em vigor sobre a matéria e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del1312.htm>. Acesso em: 19 jul. 2017.

_____. *Decreto-lei 2.300*, de 21 de novembro de 1986. Dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2300-86.htm>. Acesso em: 19 jul. 2017.

_____. *Lei 5.662*, de 21 de junho de 1971. Enquadra o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico (BNDE) na categoria de empresa pública, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5662.htm>. Acesso em: 19 jul. 2017.

_____. *Lei 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm#art126>. Acesso em: 19 jul. 2017.

_____. *Lei 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm>. Acesso em: 19 jul. 2017.

_____. *Lei 9.307*, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 19 jul. 2017.

_____. *Lei 10.233*, de 5 de junho de 2001. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10233.htm>. Acesso em: 19 jul. 2017.

_____. *Lei 11.079*, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm>. Acesso em: 19 jul. 2017.



_____. *Lei 13.129*, de 26 de maio de 2015. Altera a Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm>. Acesso em: 19 jul. 2017.

_____. *Lei 13.448*, de 05 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.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13448.htm>. Acesso em: 19 jul. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *TC 006.588/2009-8*, Relatório de Levantamento. Interessado: Congresso Nacional, Recorrente Petróleo Brasileiro S.A. – MME. Relator Ministro José Jorge. Brasília, DF, 14 de outubro de 2013. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/PROC%253A0065882009/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/2/false>>. Acesso em: 19 jul. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *RESP 606.345/RS*, Recurso Especial. Relator Ministro João Otávio Noronha. Brasília, DF. 17 de maio de 2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200302052905&dt_publicacao=08/06/2007>. Acesso em: 19 jul. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *RESP 904.813/RS*, Recurso Especial. Relatora Ministra Nancy Andrighi Brasília, DF. 20 de outubro de 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200600381112&dt_publicacao=28/02/2012>. Acesso em: 19 jul. 2017.

CALMON, Eliana. A arbitragem e poder público. *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 7, n. 24, jan-mar, 2010.

CARDOSO, Andre Guskow. As agências reguladoras e a arbitragem. In: PEREIRA, Cesar Augusto G., TALAMINI, Eduardo (coord) *Arbitragem e Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 15/61

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário a Lei 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2006

_____. *Arbitragem no setor de infraestrutura portuária*. In: *Migalhas*. Edição de 11 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI224914,81042-A+arbitragem+no+setor+de+infraestrutura+portuaria+e+as+jabuticabas>>. Acesso em 08 nov. 15

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *A possibilidade de arbitragem em contratos administrativos*. Consultor jurídico. Edição de 24 set. 2015. Disponível em:



<<http://www.conjur.com.br/2015-set-24/interesse-publico-possibilidades-arbitragem-contratos-administrativos2>>. Acesso em 19 jul. 2017.

GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, v. 32, 2000, p. 14-20.

KLEIN, Aline Licia. A arbitragem nas concessões de serviço público. In: PEREIRA, Cesar Augusto G., TALAMINI, Eduardo (coord) *Arbitragem e Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2010.

LEMES, Selma Maria Ferreira. Por que criar amarras à arbitragem. In: *Jornal Valor Econômico*. Caderno Legislação e Tributos. Edição de 15 ago. 2014. Disponível em: <<http://selmalemes.adv.br/artigos/artigovalor15082014.pdf>>. Acesso em 19 jul. 2017.

_____. *A carta arbitral e a arbitragem na Lei das S.A.* In *Jornal Valor Econômico* Caderno Legislação e Tributos. Edição de 17 jun. 2015. Disponível em: <<http://selmalemes.adv.br/artigos/Artigo%203%20-%20A%20carta%20arbitral%20e%20a%20arbitragem%20na%20Lei%20das%20S.A.pdf>> . Acesso em 19 jul. 2017.

_____. *Arbitragem e os vetos a nova lei.* In. *Jornal Valor Econômico*. Caderno Legislação e Tributos. Edição de 15 jun. 2015. Disponível em: <<http://selmalemes.adv.br/artigos/Artigo%201-Arbitragem%20e%20os%20votos%20%C3%A0%20nova%20lei.pdf>>. Acesso em 19 jul. 2017.

_____. *Números mostram maior aceitação da arbitragem no Brasil.* In: *Consultor Jurídico*. Edição de 10 abr. 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-abr-10/selmalemes-numeros-mostram-maior-aceitacao-arbitragem-brasil>. Acesso em: 17 abr. 16

LINDER, Daniel. Os contratos de Transporte. In Seminário: *Arbitragem e Poder Público*, 2015, Brasília.

LIRA, José Ferreira de. *Arbitragem, a justiça privada*. [s.l.]: Ed. Clube de Autores, 2010.

PARADA, Andre Luiz. *Arbitragem nos contratos administrativos: uma análise crítica aos obstáculos jurídicos normalmente suscitados para afastar a utilização da arbitragem como meio de solução de conflitos em contratos administrativos*. 2014. 181f. Dissertação (Mestrado em Direito) – UniCEUB, Brasília, 2014.

REISDORFER, Guilherme F. Dias. A Estrutura e a Flexibilidade do Procedimento Arbitral. In: PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo (coord.). *Arbitragem e Poder Público*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

MARIANI, Romulo Greff. *Arbitragens coletivas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2015.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Arbitragem nos contratos administrativos. Mutações do direito administrativo*, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Arbitragem e administração pública na jurisprudência do TCU e do STJ In: PEREIRA, Cesar A. Guimarães (coord). *Arbitragem e Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2010.



TÁCITO, Caio. *Arbitragem em litígios administrativos*. Revista de Direito Administrativo. Out/Dez, 2005.

VOSCERAU, Isabella Moreira de Andrade. *Arbitragem e poder público: da convenção arbitral à instauração da arbitragem*. Revista de Direito Administrativo Contemporâneo. n. 1, 2013.

