REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PUBLICA



ISSN 2595-5667

REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ANO Nº 02 – VOLUME Nº 01 – EDIÇÃO Nº 03 - JUL/DEZ 2017
ISSN 2595-5667

Rio de Janeiro
2017

Revista de Direito da Administração Pública

Law Journal of Public Administration

Conselho Editorial:

Sr. Alexander Espinosa Rausseo, Universidad Central de Venezuela.
Sra. Maria de Los Angeles Fernandez Scagliusi, Universidad de Sevilla.
Sr. Luis Guillermo Palacios Sanabria, Universidad Austral de Chile.
Sr. Mustafa Avci, University of Anadolu Faculty of Law.
Sr. Adilson Abreu Dallari, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.
Sr. Alexandre Veronese, Universidade de Brasília.
Sr. Carlos Ari Sundfeld, Fundação Getúlio Vargas de São Paulo.
Sra. Cristiana Fortini, Universidade Federal de Minas Gerais.
Sr. Daniel Wunder Hachem, Universidade Federal do Paraná.
Sra. Maria Sylvia Zanella di Pietro, Universidade de São Paulo.
Sr. Paulo Ricardo Schier, Complexo de Ensino Superior do Brasil.
Sr. Vladimir França, Universidade Federal do Rio Grande do Norte.
Sr. Thiago Marrara, Universidade de São Paulo.
Sr. Wilson Levy Braga da Silva Neto, Universidade Nove de Julho

Avaliadores desta Edição:

Prof. Adriano de Souza Martins, UERJ.
Profa. Andréia Gomes, UFF.
Profa. Ariane Shermam Morais, UFMG.
Prof. Bruno Teixeira Marcelos, UFF.
Profa. Debora Sotto, PUC-SP.
Prof. Dr. Emerson Moura, UFRRJ.
Prof. Dr. Henrique Cardoso, UFS.
Profa. Dra. Irene Nohara, Mackenzie.
Prof. João Pedro Accioly, UERJ.
Prof. Ms. Paulo Macera, USP.
Prof. Silvio Teixeira da Costa, PUC-MG.
Prof. Dr. Victor Aguiar Jardim, IDP.

Diagramação e Layout:

Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura, UFRRJ.

SUMÁRIO

Apresentação 005
Emerson Affonso da Costa Moura

A Penalização da Pessoa Jurídica na Lei Anticorrupção: Uma Análise do Art. 30 da Lei nº 12.846/13 à luz do Princípio do "Non Bis In Idem" 006
Gabriel Farjado

Parcerias da Administração Pública com as Organizações Sociais na Prestação do Serviço Público de Saúde 037
Rossana Cláudia dos Santos Braga

A Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica na Lei 12.846/2013 075
Augusto de Paiva Siqueira

A Aplicação da Arbitragem na Resolução de Conflitos da Administração Pública 110
Natália Alves da Silva

Sistema Notarial Brasileiro versus Norte Americano: Comparação pelas diferenças 148
Maria-Maria Martins Silva Stancati

Intervenção do Estado na Propriedade em Prol da Preservação do Patrimônio Cultural: Uma Análise do Tombamento da Igreja de Nosso Senhor dos Passos e a Limitação ao Direito de Construir 172
Tauã Lima Verdan Rangel

A APLICAÇÃO DA ARBITRAGEM NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

THE APPLICATION OF ARBITRATION IN THE RESOLUTION OF PUBLIC ADMINISTRATION CONFLICTS

NATÁLIA ALVES DA SILVA
Mestranda no Programa de Pós-graduação em Arquitetura e Urbanismo pela Universidade Federal de Minas Gerais (NPGAU - UFMG).

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo estudar a aplicação da arbitragem na resolução de conflitos com a administração pública após o advento da lei n°13.129, que regulamentou o tema. Com esse intuito a pesquisa apresentada será baseada na doutrina e leis brasileiras buscando fundamentos para sua concretização. Inicialmente será abordado o instituto arbitral, fazendo uma análise histórica de sua origem e aplicação no Brasil, sua constitucionalidade, seus principais conceitos e regras, assim como as vantagens de sua utilização, e um panorama sobre a nova lei de arbitragem. Em seguida, serão abordadas discussões doutrinárias e jurisprudência sobre o tema. Por fim, após avaliar os argumentos por meio do estudo de casos concretos e análise da lei, serão discutidas questões específicas essenciais para entendimento do tema e será demonstrado que a arbitragem se mostra uma solução eficaz para os conflitos da administração pública que envolvam direitos patrimoniais disponíveis.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem. Administração pública. Conflitos da administração pública.

ABSTRACT: This work aims to study the application of arbitration in resolving disputes in public administration with the advent of law No. 13.129, which regulates the issue. This study will be based on the Brazilian doctrine and law, in order to find foundation for its implementation. Initially, the document will explain the arbitration institution through a historical analysis of its origin and application in Brazil, its constitutionality, its main concepts and rules, as well as the advantages of its use, and an overview of the new arbitration law. Then, doctrinal and jurisprudencial questions will be analyzed. Finally, after evaluating the question through the study of specific cases and analysis of the law, specific issues will be discussed in order to understand the subject and show that arbitration is an effective solution for public administration conflicts involving available property rights.

KEYWORDS: Arbitration. Public administration. Public administration conflicts.

I. INTRODUÇÃO

Por muito tempo o ordenamento jurídico brasileiro teve extrema dificuldade em aceitar outro meio de resolução de conflitos que não fosse a tradicional jurisdição estatal. Isso se deve ao que estabelece a Constituição Federal em seu art. 5°, XXXV, que ensina não ser possível excluir da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito[190]. Em consequência, muito se discutiu sobre a constitucionalidade da arbitragem, ainda que essa seja utilizada no Brasil desde o Império.

Com o advento da lei n° 9.307/96 a arbitragem conquistou espaço no cenário jurídico do país. Aspectos como sua celeridade, respeito à vontade das partes e, principalmente, a equiparação do laudo arbitral à sentença judicial, fizeram com que esse instituto ganhasse força. Inúmeros avanços foram conquistados, entretanto, seu uso ainda ficou restrito majoritariamente à resolução de conflitos entre pessoas jurídicas, aspecto que difere do cenário internacional, onde o referido meio de resolução de conflitos é amplamente utilizado.

Ainda que a referida lei tenha promovido diversos progressos, questões como a possibilidade da administração pública ingressar em uma arbitragem para resolução de conflitos decorrentes de seus contratos, ainda eram extremamente controversas. Os tribunais discordavam da sua aplicação alegando indisponibilidade do interesse público, corolário do princípio da legalidade e incompatibilidade com o sigilo e confidencialidade característicos do procedimento arbitral.

Após muita discussão, foi sancionada a lei n° 13.129/15, a qual acabou com a controvérsia. Acrescentou ao art. 1° da antiga lei um parágrafo que dispõe sobre a possibilidade da administração pública direta e indireta dispor da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis[191].

Dessa maneira, o presente trabalho visa estudar a evolução das discussões sobre o assunto ao longo do tempo, avaliando o desenvolvimento das discussões na doutrina e na jurisprudência antes da autorização expressa dada pela nova lei. Serão analisados os argumentos contrários e a favor da utilização do instituto arbitral na resolução de conflitos da administração pública, assim como possíveis soluções para lacunas ainda existentes e os avanços conquistados após a referida lei ter sido sancionada.

---

[190] "Art. 5°, XXXV - A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito."

[191] "§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis."

Para tanto, inicialmente será estudado de forma isolada as principais características da utilização da arbitragem no Brasil, passando pelas discussões estabelecidas antes e depois da lei n° 9.307/96 e os progressos trazidos pela mesma. Em seguida, serão analisados os aspectos que fizeram necessária sua modificação e consolidaram consideráveis avanços para uma maior utilização da arbitragem, inclusive a autorização de seu uso pela administração pública, foco do presente estudo.

Em seguida, por meio do estudo de casos e análise doutrinária visa-se avaliar as vantagens e desvantagens do uso do referido instituto nos conflitos envolvendo a administração pública, assim como o entendimento de sua aplicação ao longo do tempo.

Por fim, questões específicas que cercam a matéria serão expostas para maiores esclarecimentos no que toca em aspectos essenciais ligados a presença da administração pública em um litígio. No que a lei foi omissa, o trabalho visa apresentar as melhores propostas com objetivo de compatibilizar e viabilizar a utilização da arbitragem nos referidos conflitos.

II. A ARBITRAGEM

Nas palavras de Carlos Alberto Carmona (2004, p. 31), a arbitragem é "mecanismo privado de solução de litígios, através do qual um terceiro, escolhido pelos litigantes, impõe sua decisão, que deverá ser cumprida pelas partes".

Para melhor abordar o instituto, serão pormenorizados a seguir suas principais características e as discussões que conduziram à reforma promovida pela lei 13.129 de 2015.

. A Cláusula Compromissória e o Compromisso Arbitral

A Lei 9.307 (BRASIL, 1996) traz em seu art. 3° que "as partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral". E a mesma traz no artigo seguinte, art. 4°, a definição dos conceitos, explicando que "a cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se à submeter a arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente à tal contrato".

A cláusula compromissória, também conhecida como cláusula arbitral, se diferencia do compromisso na medida em que a primeira visa submeter ao procedimento arbitral

questões futuras, enquanto a segunda é fruto de uma controvérsia já existente, a partir da qual as partes firmam acordo para resolve-la em arbitragem.

Os efeitos da referida cláusula também estão estabelecidos em lei. O primeiro deles seria a obrigação, por parte do juiz estatal, de extinguir qualquer demanda levada ao judiciário na qual tenha sido convencionado em contrato que um possível litígio seria resolvido por meio de arbitragem, ou seja, em um contrato que continha cláusula arbitral válida.

O segundo efeito é a possibilidade de instaurar arbitragem, por meio de requerimento dirigido à câmara, sem que seja necessária comunicação prévia para a parte adversária, desde que se trate de uma cláusula cheia, como já será especificado.

As cláusulas compromissórias podem ser classificadas como cheias, vazias ou patológicas. As cláusulas cheias são aquelas que já determinam como será feita a indicação dos árbitros assim como a indicação de uma instituição de arbitragem. De forma contrária, a cláusula vazia apenas indica a arbitragem como meio de resolução de um possível conflito, sem especificar como a mesma se dará.

Já as cláusulas patológicas são aquelas que possuem algum defeito. Ou seja, possuem algum elemento que dificulte ou impossibilite sua interpretação. Como por exemplo a indicação de uma câmara arbitral inexistente.

A Escolha e Função dos Árbitros

Quanto à escolha dos árbitros, a lei dispõe em seu art. 13 que basta se tratar de pessoa capaz que detenha da confiança das partes, não sendo necessário, inclusive, que se trate de um advogado. Pode-se considerar essa uma das grandes vantagens da arbitragem, na medida em que viabiliza que as partes possam escolher pessoas tecnicamente mais capacitadas para entender e julgar um determinado tipo de litígio.

Ainda pode ser determinado, conforme as possibilidades de cada caso concreto, se o conflito será julgado por árbitro único ou por tribunal. No caso da escolha de um tribunal, é necessário que seja estabelecido um número ímpar de julgadores. O mais comum na prática, é que cada um dos lados indique um coárbitro e os indicados escolham, em conjunto, um terceiro, que normalmente se torna o presidente do tribunal. No caso de ausência de acordo, a regra é que o mais velho seja nomeado presidente.

Quanto ao momento e forma da escolha, as partes podem estabelecer previamente na cláusula compromissória como a mesma se dará. Sendo possível delegar à câmara a escolha do tribunal ou ficar à critério das partes.

É importante destacar que é dever dos julgadores atuar com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição. Os árbitros têm por obrigação divulgar qualquer fato que gere dúvida ou comprove sua imparcialidade para julgar determinada demanda, podendo ter sua indicação impugnada pela outra parte.

Tendo em vista que muitas vezes pode ser motivo de grande discussão se determinado fato causaria ou não parcialidade do árbitro escolhido, o *International Bar Association* (IBA), criou as chamadas "*IBA Guidelines*[192]". Trata-se de uma lista, amplamente utilizada no cenário internacional, criada com o objetivo de balizar quais seriam as condutas geradoras de parcialidade no julgamento. Dentro dessa lista, são exemplificadas diversas situações que se enquadram na *Red List*, *Orange List* ou *Green List*. De maneira bem simplificada, pode-se dizer que situações dentro da primeira lista resultariam em impugnação do árbitro, na segunda lista seriam questões que devem ser ponderadas e, na última, aquelas que não resultam em nenhuma distorção de julgamento.

Um exemplo de situação que se enquadraria em cada uma das listas seria, respectivamente: o árbitro possuir interesse financeiro significativo em uma das partes ou no resultado da arbitragem (*red list*); o escritório de advocacia do árbitro defender interesses contrários aos de uma das partes ou de coligada de uma das partes (*orange list*) e; o árbitro e o consultor jurídico de uma das partes ou outro árbitro já terem atuado juntos como árbitros (*green list*).

Por último, cabe ressaltar que o art. 18 da lei de arbitragem estabelece ser o árbitro juiz de fato e de direito, não sendo a sentença proferida por ele sujeita a recurso ou homologação por parte do Poder Judiciário.

Arbitragem Institucional e *ad hoc*

A arbitragem pode ser, conforme escolha das partes, institucional ou *ad hoc.* Arbitragem institucional é aquela que ocorre perante uma câmara arbitral constituída previamente e sob suas regras. Já a arbitragem *ad hoc* ocorre sem que haja uma entidade

[192] Disponível em: www.ibanet.org

administrativa, ou seja, é constituído um tribunal arbitral somente para aquela disputa o qual deve seguir as disposições fixadas pelas partes.

Joaquim Muniz explica que:

> A maior vantagem de arbitragens institucionais consiste na existência de entidade administradora, que supervisionará o andamento do processo arbitral, bem como poderá se encarregar de diversas decisões procedimentais importantes e delicadas, tais como nomeação, confirmação, impugnação e substituição de árbitros, existência *prima facie* de jurisdição arbitral e extensão da cláusula compromissória a partes não indicadas e/ou a terceiros. (MUNIZ, 2015, p. 89)

Apesar da supervisão e segurança que o controle por parte de uma câmara arbitral traz para o processo, seus custos são muito elevados. Dessa forma, a grande vantagem de uma arbitragem *ad hoc* é não onerar ainda mais os custos do procedimento.

Entretanto, para realizar a escolha, é necessário ponderar o custo benefício dentro de cada relação contratual, devendo ser analisados pontos como o valor da causa e a boa-fé das partes.

O Princípio da Competência - Competência

O princípio da competência - competência é derivado da doutrina alemã, onde é conhecido como *Kompetenz-kompetenz* e foi consagrado pela lei de arbitragem em seu art. 8°. O referido artigo dispõe em seu parágrafo único, ser dever do árbitro "decidir de ofício ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória".

Além de conferir ao árbitro a missão de decidir sobre sua própria competência para julgar o caso, a aplicação desse princípio visa afastar a apreciação por parte do Poder Judiciário sobre um possível vício da cláusula compromissória, o que traria extrema morosidade para o procedimento arbitral.

No entanto, a parte que se sentir prejudicada não será privada de recorrer ao judiciário ao final do procedimento, para pleitear possível anulação da sentença arbitral.

Conforme será melhor demonstrado posteriormente por meio da análise do caso Copel x UEG Araucária, esse princípio visa evitar as chamadas *anti-suit injuctions*, que são a tentativa de levar ao judiciário a competência para determinar se a arbitragem é válida ou não em determinado caso.

A Livre Escolha das Regras de Direito

O art. 2° da Lei de Arbitragem dispõe o seguinte:

> Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.
> § 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.
> § 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.
> § 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade. (BRASIL, 1996, www.planalto.gov.br)

Isso significa que a lei autoriza que as partes escolham quais regras de direito serão aplicáveis na resolução do litígio. Inclusive podendo optar por um julgamento por equidade, no qual os árbitros podem utilizar seu senso de justiça para decidir, sem necessariamente se ater às normas jurídicas

No entanto, é importante notar que a autonomia da vontade não é plena. A vontade das partes é balizada pelos bons costumes e pela ordem pública.

A dificuldade a partir desse ponto é ponderar o que pode ou não ser considerado como bons costumes e ordem pública.

Pode-se considerar que o conceito de bons costumes se encontra dentro da ordem pública, sendo necessário, portanto, explorar apenas a definição da última.

Para melhor exemplificar o conceito, Joaquim Muniz traz em seu livro[193] o precedente do Superior Tribunal de Justiça no qual é homologada sentença estrangeira que não teria aplicado, em arbitragem, o princípio da exceção de contrato não cumprido. Princípio esse que o STJ entendeu não ser essencial dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Esse precedente cita como normas de ordem pública as normas constitucionais, administrativas, processuais, penais, as de organização judiciária, as fiscais, as de polícia, as que protegem incapazes, as de organização da família, as que estabelecem condições e formalidades para certos atos e as de organização econômica.

[193] MUNIZ, Joaquim de Paiva. **Curso Básico de Direito Arbitral: teoria e prática**. 3ª edição. Curitiba: Juruá, 2015. p. 67.

Dessa forma, pode-se concluir que dentro da baliza estipulada por essas normas de direito consideradas invioláveis, as partes podem determinar a melhor forma de resolver seu conflito.

Quanto ao aspecto trazido pelo § 3°, que dá tratamento especial à administração pública, posteriormente, no capítulo 6, suas consequências e razões serão melhores explicadas, dentro do contexto dos litígios do poder público que podem ser resolvidos por via arbitral.

A Confidencialidade

Diferente do que muitas vezes é erroneamente divulgado, a arbitragem não é obrigatoriamente confidencial, inexistindo qualquer artigo de lei com previsão nesse sentido. Caso seja do interesse das partes, a confidencialidade pode ser estabelecida na convenção arbitral ou pela indicação de uma câmara que já opere com sigilo por determinação de seu regulamento.

É importante destacar que a confidencialidade pode ser aplicada de diversas formas. Pode ser quanto à própria existência da arbitragem, quanto ao seu resultado, suas provas e documentos, ou seja, da maneira que for mais conveniente para as partes.

A grande vantagem de um procedimento sigiloso é que na hipótese de ampla divulgação do litígio, muitas empresas temem por sua credibilidade no mercado e até mesmo, pelos reflexos que essas informações podem ter no mercado financeiro.

Já no caso dos litígios envolvendo o poder público, a premissa não pode ser aplicada por força da lei. O § 3° do art. 2° da lei de arbitragem estabelece que os conflitos envolvendo a administração pública respeitarão o princípio da publicidade, como melhor será discutido em tópico específico.

III. A NOVA LEI DE ARBITRAGEM

No ano de 2013, uma comissão de renomados juristas apresentou no Senado Federal algumas propostas de reforma da lei 9.307/96, a Lei de Arbitragem. O objetivo principal era o de esclarecer pontos controvertidos e regular novas matérias, no entanto, algumas das sugestões foram objeto de veto presidencial.

Em linhas gerais, a reforma, que se tornou a lei n° 13.129 alcançou os seguintes pontos:

(i) regulou a arbitragem na administração pública, foco do presente trabalho, determinando inclusive regras especiais como a obrigatoriedade da publicidade e impossibilidade do julgamento por equidade;
(ii) autorizou que as partes afastem as chamadas listas fechadas de árbitros, que são listas feitas por câmaras arbitrais com o objetivo de limitar as partes aos nomes ali estabelecidos;
(iii) equiparou o início de um procedimento arbitral ao início de uma ação judicial com objetivo de interromper prescrição;
(iv) criou o instituto da carta arbitral, que estabelece comunicação entre o árbitro e um juiz estatal, para que o último possa eventualmente exigir o cumprimento de sentença arbitral, visto que o árbitro não possui poder coercitivo;
(v) autorizou que sentenças parciais possam ser proferidas pelos árbitros; e
(vi) regulamentou pedidos de urgência.

Já as propostas de regular a arbitragem nos contratos de adesão, nas relações trabalhistas e de consumo, foram alvos de veto presidencial. Ainda assim, a lei 13.129 de 2015 trouxe inúmeros avanços e encerrou discussões doutrinárias e jurisprudências que eram geradas pelas lacunas da lei que foi reformada.

IV. ARBITRABILIDADE

Uma das questões mais discutidas na arbitragem em geral se refere à arbitrabilidade, isso é, sobre a possibilidade de determinada lide ser submetida à arbitragem. Especialmente quanto à controvérsias relacionadas ao Poder Público, tendo em vista ser um assunto muito recente e a peculiaridade das condicionantes do Direito Público, a discussão é especialmente importante.

A restrição que era normalmente feita, versava sobre a indisponibilidade do interesse público, ou seja, tendo em vista essa indisponibilidade, a arbitragem seria incompatível com o regime constitucional no qual se insere a administração pública. Nesse sentido, percebe-se que era entendido o princípio da supremacia do interesse público sem nenhuma ponderação

com outros princípios. Isso é, sem uma análise do que de fato seria melhor, sendo levada em consideração, ao pé da letra, o conceito ultrapassado da legalidade estrita.

No sentido de ponderar interesses, o Ministro Luiz Fux já entendia:

> Ao optar pela arbitragem o contratante público não está transigindo com o interesse público, nem abrindo mão de instrumentos de defesa de interesses públicos, Está, sim, escolhendo uma forma mais expedita, ou um meio mais hábil, para a defesa do interesse público. Assim como o juiz, no procedimento judicial deve ser imparcial, também o árbitro deve decidir com imparcialidade, 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 se confunde com a realização correta da Justiça. (AgRg no MS 11.308/DF, 1ª Seção, Rel. Min. Luiz Fux, DJU 14.08.2006).

A presença do Poder Público em um litígio não torna imediatamente indisponíveis os direitos nele envolvidos, nem obriga sua resolução por meio do judiciário com intervenção do Ministério Público. É necessário frisar que ao firmar cláusula compromissória a administração pública não abre mão de seus direitos, apenas realiza uma escolha sobre o método pelo qual eles serão discutidos, continuando assegurados todos os princípios constitucionais como a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal.

Cabe igualmente lembrar que a arbitrabilidade não se limita aos requisitos de validade da convenção de arbitragem. Isso é, ainda que exista uma cláusula arbitral no contrato, cabe a indagação se a disputa ali inserida é realmente arbitrável.

Para realizar uma análise mais profunda daqueles que podem contratar a arbitragem assim como dos assuntos arbitráveis, dois conceitos devem ser discutidos em maiores detalhes, são eles a arbitrabilidade objetiva e subjetiva, como se verá a seguir.

Arbitrabilidade Objetiva

A arbitrabilidade objetiva visa estabelecer os limites do que pode ser arbitrado, isso é, as matérias de direito que podem ser discutidas nesse meio de resolução de conflitos. O art. 1° da lei 9.307/96 dispõe que podem se valer da arbitragem os "litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis", cabendo, portanto, entender o que são direitos patrimoniais disponíveis, para que a questão possa ser melhor discutida.

No entendimento de Joaquim de Paiva Muniz:

> Direitos patrimoniais são aqueles que pertencem ao patrimônio de cada pessoa, seria um conjunto de seus direitos de valor econômico. Não seriam arbitráveis, portanto, direitos não ligados à utilidade econômica, como os direitos a vida, liberdade, e etc. Da mesma maneira, não podem ser discutidos em arbitragem, direitos não disponíveis, ou seja, aqueles que não podem ser objeto de alienação, renúncia ou transação. (MUNIZ, 2015, p. 43)

Entretanto, ao trazer a discussão para a esfera do Poder Público, depara-se com um conceito conflitante: a indisponibilidade do interesse público. Contudo, foi comentado acima, não se pode refletir sobre o conceito de um princípio de maneira isolada, e sim contrapondo-o com o restante do ordenamento jurídico. Nesse sentindo, Celso Antonio Bandeira de Mello (2003, p. 47) já ensina que quanto aos princípios "não se lhes dá um valor intrínseco, perene e imutável. Dá-se-lhes importância fundamental porque se julga que foi o ordenamento jurídico que assim os qualificou".

Ainda, conforme explica Selma Lemes (2007), o interesse público pode ser classificado em primário e secundário. Os interesses públicos primários seriam os atos de proteção e execução do interesse público, nesses casos o Estado atua nas suas funções política e legislativa, sendo, portanto, interesses indisponíveis.

Já os interesses públicos secundários seriam os atos no desempenho da função administrativa, nos quais a administração adota e operacionaliza as diretrizes dos órgãos governativos. Nesse segundo caso, os interesses seriam disponíveis e suscetíveis de apreciação arbitral.

Igualmente importante nesse ponto é realizar a distinção dos atos de império, que são indisponíveis, dos atos de gestão, que podem ser arbitrados. José dos Santos Carvalho Filho (2014, p. 130) ensina que "atos de império são os que se caracterizam pelo poder de coerção decorrente do poder de império, não intervindo a vontade dos administradores para sua prática". São exemplos os atos de polícia e os decretos de regulamentação.

Já os atos de gestão, segundo o mesmo autor, "reclamam na maioria das vezes soluções negociadas, não dispondo o Estado da garantia da unilateralidade que caracteriza sua atuação" (2014, p. 130). São os voltados para a gestão da coisa pública; pode-se citar, como exemplo, os negócios contratuais.

Após o esclarecimento realizados acima, conclui-se que o conceito de direitos patrimoniais disponíveis, elemento essencial para possibilitar a arbitragem, não gera confronto com a indisponibilidade do interesse público. Indisponíveis nesse caso seriam os interesses primários, como dito anteriormente, e não os interesses da administração como um todo.

Conforme explica Marçal Filho, vale lembrar que sempre que a administração contrata uma obra ou serviço, ela está dispondo do seu patrimônio. Em suas palavras:

> Se prevalecer o entendimento contrário à arbitragem, a Administração Pública nem sequer poderia participar de contratos administrativos. Nem se lhe poderia reconhecer autonomia para produzir qualquer manifestação de disposição sobre bens e direitos. Veja-se que uma contratação importa a transferência de bens ou direitos da órbita da Administração para a esfera de terceiros. (SCHMIDT, 2016, p. 653)

Sabe-se que dos contratos administrativos derivam consequências e obrigações que podem ser classificáveis como patrimoniais, pois fixam obrigações tanto para o Estado quanto para a parte contratada.

Ainda que existam as cláusulas exorbitantes[194], colocando o Estado em relação de supremacia, pode-se concluir que nada impede que as partes acordem em fixar a arbitragem como meio de resolução de um possível conflito entre elas. Isso porque estariam atendidos todos os requisitos da arbitrabilidade subjetiva, dispostos no art.1° da lei: versar sobre direitos patrimoniais e disponíveis.

Arbitrabilidade Subjetiva

O conceito de arbitrabilidade subjetiva visa estabelecer aqueles capazes de contratar a arbitragem. De acordo com a lei, podem contratar arbitragem qualquer pessoa física ou jurídica capaz, nos termos da legislação civil.

Para discutir o tema cabe trazer o art. 1° da lei 9.307/96 que fala sobre as partes que podem estar envolvidas em uma arbitragem e principalmente seu parágrafo primeiro, acrescido pela lei 12.129/15. Esse dispõe:

> Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.
> § 1° A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. (BRASIL, 1996, www.planalto.gov.br)

[194] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27ª Edição. São Paulo: Atlas, 2014, p. 192. "Cláusulas de privilégio, também denominadas de cláusulas exorbitantes, são as prerrogativas especiais conferidas à Administração na relação do contrato administrativo em virtude de sua posição de supremacia em relação à parte contratada."

Antes da reforma da lei, que acrescentou o referido parágrafo primeiro, a lei limitava a arbitrabilidade subjetiva às pessoas capazes de contratar, o que gerava muito debate sobre a sua aplicação para a administração pública direta ou indireta.

Com o acréscimo feito pela nova lei, foi posto fim nos debates doutrinários e jurisprudenciais, conforme se verá adiante, consolidando a administração pública como ente capaz de participar de uma arbitragem.

Sendo assim, todos os entes da administração como a União, os Estados, Municípios, Territórios e autarquias, assim como as sociedades de economia mista e empresas públicas estão incluídos no Art. 1° e podem resolver seus conflitos por via arbitral.

V. DEBATES DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDÊNCIAIS

Antes do advento da lei n° 13.129, muito se debatia na doutrina e na jurisprudência sobre a possibilidade de aplicação da arbitragem nos contratos da administração pública. Inclusive, chegou a ser proposta a PEC 29/2000, posteriormente convertida na Emenda Constitucional 45/2004, que pretendia trazer para Constituição Federal a previsão da arbitragem e, ao mesmo tempo, excluir expressamente a possibilidade das entidades de direito público de litigarem através da mesma. Caso aprovada, colocaria em xeque contratos em vigor nos termos de leis que já autorizavam o uso desse tipo de meio de resolução de conflito para a administração pública. Tal medida claramente não foi aceita, mas é prova da resistência de alguns segmentos sobre o tema. Ainda assim, é clara a evolução do entendimento ao longo do tempo e sua parcial consolidação antes mesmo da previsão expressa trazida pela lei.

Conforme ensina Carmem Tiburcio[195], as principais fontes de resistência vinham de duas ideias principais. A primeira, derivada do princípio da legalidade, o qual determina que agentes públicos só podem agir por determinação legal, conforme art. 37 da CRFB/88. A segunda da exigência por parte da lei brasileira que seja eleito o foro da sede da administração em seus contratos. O segundo ponto não seria um empecilho direto à aplicação da arbitragem, mas traria transtornos no caso de cláusulas compromissórias estabelecidas com empresas estrangeiras.

Entretanto, o art. 32, § 6° da lei de licitações estabeleceu algumas exceções à obrigatoriedade de foro. São elas: os casos de licitação internacional para aquisição de bens e

[195] TIBURCIO, Carmen. **A arbitragem envolvendo a administração pública**. Disponível em: http://www.revistadireito.uerj.br/artigos/AARBITRAGEMDENVOLVENDOAADMINISTRACAOPUBLICA.pdf. p. 2

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; os 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; e os casos de aquisição de bens e serviços realizada por unidades administrativas com sede no exterior.

Ainda, a autora já identificava três correntes doutrinárias que entendiam como possível a utilização da arbitragem pela administração pública, antes mesmo da autorização advinda da nova lei. A primeira corrente sustentava que a arbitragem seria possível em qualquer contrato administrativo tendo como base o art. 54, caput, da Lei nº 8.666 (Brasil, 1993), que dispõe: "Os contratos administrativos de que trata esta lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado". A segunda corrente entende que a partir da autorização dada por algumas leis, parte o pressuposto de uma autorização generalizada. Alguns exemplos são:

(i) Lei nº 5.662/71, art. 5º, §1° (Lei do BNDES); Que dispõe:

> A emprêsa pública Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico (BNDE) poderá efetuar tôdas as operações bancárias necessárias à realização do desenvolvimento da economia nacional, nos setores e com as limitações consignadas no seu Orçamento de Investimentos, observado o disposto no artigo 189 do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Parágrafo único. As operações referidas neste artigo poderão formalizar-se no exterior, quando necessário, para o que fica a empresa pública Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES autorizada a constituir subsidiárias no exterior e a aceitar as cláusulas usuais em contratos internacionais, **entre elas a de arbitramento**. (BRASIL, 1971, www.planalto.gov.br, grifo nosso).

(ii) Lei nº 8.987 (BRASIL, 1995), art. 23-A (Lei de concessões). O texto, incluído pela Lei nº 11.196/2005, dispõe o seguinte: "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". Grifo nosso.

(iii) Lei nº 9.472 (BRASIL, 1997), art. 93, XV (Lei de telecomunicações). Que indica: "O contrato de concessão indicará: XV - o foro e o modo para **solução extrajudicial** das divergências contratuais." Grifo nosso.

(iv) Lei nº 9.478/97, art. 43, X (Lei do petróleo). Que dispõe:

> O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais: X - as regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a **arbitragem internacional**. (BRASIL, 1997, www.planalto.gov.br, grifo nosso).

(v) Lei nº 11.079/04, art. 11 (Lei das PPP's). Que ensina:

> O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº8.987, 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. (BRASIL, 2004, www.planalto.gov.br, grifo nosso)

A terceira e última corrente entendia que estaria autorizada a arbitragem nos casos das sociedades de economia mista e das empresas públicas exploradoras de atividade econômica por força do art. 173, § 1º, da Constituição de 1988, no qual é previsto que elas estão sujeitas ao regime jurídico de direito privado.

Assim como a divergência que existia na doutrina, a jurisprudência também passou por uma longa fase onde prevalecia a insegurança jurídica a respeito do tema. A seguir, serão analisados alguns dos julgados mais emblemáticos que marcaram o entendimento sobre a matéria ao longo do tempo.

O Caso Lage

O caso do espólio de Henrique Lage é, sem dúvidas, o mais relevante quando se fala de arbitragem no Brasil. Ainda que o julgamento tenha sido iniciado em 1973, as matérias nele discutidas são de enorme influência dentro dos debates que surgiram ao longo dos anos e influenciaram o entendimento de renomados doutrinadores, assim como o posicionamento do Tribunal de Contas da União, como será analisado posteriormente.

O primeiro ponto de discussão do julgamento supracitado foi a análise da constitucionalidade da arbitragem. No entanto, essa discussão foi inteiramente superada ao

longo dos anos e hoje sua aplicação já é entendimento pacífico entre tribunais e doutrinadores. Entretanto, cabe ressaltar a importância que o caso teve, inclusive perante o Supremo Tribunal Federal, para consolidação do posicionamento.

O segundo ponto, mais relevante dentro do que se pretende analisar, foi a recusa por parte da administração pública de cumprir a sentença arbitral, mesmo que, de início tenha se mostrado perfeitamente de acordo com a condição de resolver um eventual litígio por meio de arbitragem.

O Decreto Lei n° 9521 de 1946 determinou a incorporação dos bens da Organização Lage, principalmente navios, em decorrência do contexto político e econômico gerado pela Segunda Guerra Mundial. O mesmo decreto firmou cláusula compromissória com objetivo de estabelecer, por meio de um juízo arbitral, quanto seria devido de indenização ao proprietário dos bens.[196] Ainda, ficou claro o entendimento que da decisão proferida, não caberia recurso.[197]

Dessa forma, foi arbitrado valor indenizatório em 1948, e, como consequência, encaminhou-se para o Congresso projeto de lei visando abertura de crédito para realização do pagamento.

Ocorre que, o Procurador Geral da Fazendo arquivou o projeto alegando pela inconstitucionalidade do juízo arbitral.

Os herdeiros do espólio de Henrique Lage se viram obrigados a recorrer ao judiciário para buscar execução da sentença outrora proferida pelo juízo arbitral. A primeira instância e o Tribunal Recursal entenderam pela legitimidade do pedido.

---

[196] Art. 4º A União pagará pela incorporação dos bens e direitos especificados no art. 2º uma indenização correspondente ao justo valor que ditos bens e direitos tinham na data em que entrou em Vigor o Decreto-lei nº 4.648, de 2 de 8 Setembro de 1942, e o respectivo "quantum"' será fixado pelo Juízo Arbitral a ser instituído de acôrdo com o disposto no art. 12 do presente Decreto-lei.

[197] Art. 12. Fica instituído o Juízo Arbitral para o fim especial de julgar, em única instância e sem recurso, as impugnações oferecidas pelo Espólio de Henrique Lage, sua herdeira e legatários, aos Decretos-leis ns. 4.648, de 2 de Setembro de 1942, e 7.024, de 6 de Novembro de 1944, com as seguintes atribuições: - Decidir sobre:

a) as avaliações dos bens e direitos a que aludem os arts. 2º e 4º dêste Decreto-lei;
b) os débitos a que se referem os arts. 5º, letra a, e 6º,
c) o levantamento do passivo das referidas Emprêsas e do Espólio, para os fins previstos no art. 5º letra b;
d) a apuração da diferença a que alude o art. 8º;
e) as alterações eventuais previstas no art. 10;
f) a demarcação da parte dos terrenos de marinha e acrescidos, excluída da incorporação, nos têrmos dos arts. 2º e 3º;
g) a administração, nos têrmos do art. 21, § 1º, das emprêsas excluídas;
h) os casos omissos e qualquer outro assunto de que dependa a boa e rápida execução do presente decreto-lei.

II - Arbitrar, se necessário, o valor dos acréscimos e deduções a serem computados na forma do art. 10.

O processo chegou ao STF em 1973, sob relatoria do então Ministro Bilac Pinto, e o entendimento foi o mesmo, admitindo a aplicação do juízo arbitral em causas contra a Fazenda Pública, como se mostra na ementa a seguir:

> Incorporação, bens e direitos das empresas Organização LAGE e do espolio de Henrique Lage. Juízo arbitral. cláusula de irrecorribilidade. Juros da mora. Correção monetária. 1. Legalidade do juízo arbitral, que o nosso direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a fazenda. Precedente do supremo tribunal federal. 2. Legitimidade da cláusula de irrecorribilidade de sentença arbitral, que não ofende a norma constitucional. 3. Juros de mora concedidos, pelo acórdão agravado, na forma da lei, ou seja, a partir da propositura da ação. Razoável interpretação da situação dos autos e da lei n. 4.414, de 1964. 4. Correção monetária concedida, pelo tribunal a quo, a partir da publicação da lei n. 4.686, de 21.6.65. Decisão correta. 5. Agravo de instrumento a que se negou provimento (PINTO, 1973, Data de Publicação: 15-02-1974).

É inegável a posição do julgado como *leading case*, tendo em vista a solidez de seus argumentos, ainda que relacionados com algumas questões específicas da época, não mais discutidas atualmente, para pacificação do entendimento de que é possível litigar contra a administração pública por meio de arbitragem.

O Caso Copel X UEG Araucária

Trata-se de caso emblemático julgado após a promulgação da Lei de Arbitragem, cuja discussão envolveu, inclusive, interesse internacional.

O conflito se originou do contrato de compra e venda estabelecido entre a UEG Araucária e a Copel, a primeira, uma empresa privada e a segunda, uma sociedade de economia mista, distribuidora de energia elétrica, concessionária de serviço público no Estado do Paraná.

O contrato continha cláusula compromissória de arbitragem e seu conteúdo previa o fornecimento de energia por parte da UEG, estando a Copel obrigada a realizar o pagamento ainda que a energia não fosse efetivamente consumida.

Foi dado início ao procedimento arbitral pela UEG pleiteando valores devidos do contrato, perante a Câmara de Comércio Internacional (CCI), com sede em Paris. Ainda que tenha concordado com a cláusula compromissória, a Copel ingressou com medida liminar perante a 3ª Vara de Fazenda Pública da Comarca de Curitiba visando a suspensão do procedimento arbitral.

A liminar foi concedida no sentido de que a referida empresa não seria obrigada a se submeter ao tribunal arbitral na medida em que o litígio versaria sobre interesse público, não podendo o assunto ser afastado da jurisdição estatal.

Esse entendimento é chamado pela doutrina de *anti-suit injuctions*, bem conhecidas nos países de *common law*, que significam a possibilidade de um juiz estatal proibir as partes de iniciar ou seguir com um procedimento em outra jurisdição.

Ainda que a intenção seja que o juiz determine, na presença de convenção de arbitragem, a impossibilidade das partes buscarem por outro meio de resolução do conflito, forçando a efetividade do juízo arbitral e reforçando a obrigação contratual, nada impede que o mecanismo das *anti-suit injunctions* seja usado de maneira inversa.

Vale lembrar que no cenário brasileiro a discussão viola o art. 33 da lei de arbitragem, o qual estabelece que a sentença arbitral, e não o procedimento, pode estar sujeita ao controle do judiciário (BRASIL, 1996).

Além disso, essencial relembrar o art. 8 da mesma lei, o qual traz o princípio *Kompetenz-Kompetenz*, conhecido no Brasil como "competência-competência", que determina que somente o juízo arbitral poderá discutir sobre sua competência para julgar o caso, conforme explicado anteriormente (BRASIL, 1996).

O princípio acima demonstrado foi exatamente o que alegou a UEG, demonstrando que ponderações sobre direitos indisponíveis e nulidade da cláusula, são questões que deveriam ser apresentadas perante o próprio juízo arbitral.

Entretanto, a sentença acolheu o pedido entendendo, equivocadamente, que a lei de arbitragem não exclui a apreciação do poder judiciário.

As partes acabaram extinguindo tanto o procedimento arbitral como o judicial, e resolveram o conflito por acordo.

Ainda que a discussão tenha envolvido argumentos que hoje já atingiram um patamar maior de maturidade, é possível compreender da decisão proferida que a cláusula compromissória teria sido válida, ainda que envolva uma sociedade de economia mista, caso as partes tivessem optado por uma câmara brasileira, ou uma arbitragem sediada no Brasil.

O que se pode concluir, é que ainda com uma decisão desfavorável, já se podia perceber uma tendência crescente do judiciário em ser favorável à arbitragem em casos como o exposto.

O Caso CEEE X AES Uruguaiana

Trata-se de caso de relevante importância na medida em que fixou o entendimento do STJ no sentido que sociedades de economia mista podem se valer da arbitragem ainda que não haja previsão específica em lei.

No caso concreto a Companhia Estadual de Energia Elétrica do Rio Grande do Sul (CEEE) firmou contrato de serviços com a AES Uruguaiana, a qual, em determinado momento, teria descumprido injustificadamente o contrato. Dessa forma, a CEEE ajuizou ação condenatória contra a AES. Ocorre que o contrato estabelecido entre as partes continha convenção arbitral, o que foi alegado pela AES como motivo para extinguir o processo sem resolução do mérito. Ao mesmo tempo, foi iniciado procedimento arbitral sob as regras da CCI.

Em juízo a CEEE alegou ser voluntária a submissão à arbitragem, levando em consideração a inafastabilidade do Poder Judiciário, assim como o caráter essencial da prestação de serviço, o que comprometeria a arbitrabilidade objetiva, e a ausência de autorização legal.

Em clara violação ao princípio da competência-competência, o pedido foi julgado em juízo estatal e em primeiro grau foi determinada a suspensão do procedimento arbitral. Em obediência à determinação, a AES interrompeu o mesmo e interpôs Agravo de instrumento, o qual foi negado por unanimidade no TJRS, argumentando ser livre o acesso ao Poder Judiciário.

Em sede de Recurso Especial, o STJ determinou extinção do processo sem resolução de mérito, entendendo que a cláusula compromissória seria vinculante para as partes, não podendo ser afastada unilateralmente e equiparando a sociedade de economia mista à empresas privadas. Foi o que entendeu o Ministro Relator João Otávio Noronha:

> [o] juízo arbitral, havendo suposto litígio, não poderá ser afastado unilateralmente, de forma que não poderá apenas uma das partes contratantes impor seu veto ao procedimento arbitral. Com efeito, ante a existência de cláusula compromissória, permite-se à parte interessada em resolver eventual litígio tomar a iniciativa para a instauração da arbitragem, ficando a outra, uma vez efetuado o pedido, obrigada a aceitá-la, de modo que não há possibilidade de a parte discordante optar entre a jurisdição estatal e o procedimento arbitral. (NORONHA,)

Ambas embargaram a decisão, no entanto, apenas o pedido da AES foi acolhido, determinando a inversão da sucumbência, isso é, determinando que a CEEE arcaria com os ônus do processo.

A decisão é de extrema relevância visto que equiparou as sociedades de economia mista às empresas privadas, enquadrando-as no Art. 1 da Lei de Arbitragem.

A Posição do Tribunal de Contas da União

O Tribunal de Contas da União - TCU, aparenta ser o único que ainda resiste à aplicação da arbitragem em litígios da administração pública. Dentro das inúmeras oportunidades em que pode se manifestar sobre o tema, pode-se destacar dois argumentos centrais. São eles a supremacia e indisponibilidade do interesse público e necessidade de autorização legislativa expressa.

Ainda que a jurisprudência brasileira tenha apresentado uma tendência, antes mesmo da promulgação da nova lei, de aceitar a ampla aplicação da arbitragem, o TCU parece ainda se preocupar com questões de legalidade estrita, levando ao extremo o entendimento de indisponibilidade do interesse público.

Cabe aqui explorar parte do Acórdão 1271/2005, de Relatoria do Ministro Marcos Bemquerer, que assim fundamenta:

> Volta-se a equipe apenas contra disposições contratuais, existentes em apenas um dos contratos, advindas da licitação internacional original, que prevêem o procedimento da arbitragem, nos moldes estabelecidos na Lei nº 9.307/1996, para a resolução de conflitos surgidos na execução do contrato.
> Sustenta a equipe que o art. 1º da referida Lei, ao excluir a possibilidade de resolução, por arbitragem, de conflitos em que estiverem em jogo interesses patrimoniais indisponíveis, afastou também, no mesmo passo, a possibilidade de que contratos administrativos, ou relações jurídicas que tutelem interesse de natureza pública, prevejam apelo à via arbitral pela parte que se julgar atingida na aplicação das demais disposições contratuais. (...)
> Primeiro, assiste razão à unidade técnica ao rejeitar a previsão contratual do mecanismo da arbitragem em contratos administrativos. Este tem sido, de fato, o entendimento predominante nesta Corte de Contas, que fundamenta sua crítica à previsão de arbitragem nos contratos administrativos na inexistência de expressa autorização legal para tanto, sem a qual não pode o administrador público, por simples juízo de oportunidade e conveniência, adotar tão relevante inovação.
> Poder-se-ia pensar que tal problema não mais existiria após a edição da Lei nº 9.307/1996, que, ao dispor sobre a arbitragem, introduz, verdadeiramente, o instituto no direito positivo brasileiro. No entanto, este Tribunal em julgado da 2ª Câmara sobre processo envolvendo contratos que a Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial - CBEE firmava com

> produtores independentes de energia, entendeu que o art. 1º da referida Lei, ao estabelecer que a via arbitral estava aberta aos detentores de direitos patrimoniais disponíveis, retirava os contratos administrativos da esfera de incidência de suas disposições, consoante se pode depreender pelo exceto do voto condutor do Acórdão 584/2003 - Segunda Câmara, verbis:
> Em relação à pretensa autorização contida na própria Lei nº 9.307/96, o seu art. 1º determina que poderão ser objeto de solução via arbitral questões envolvendo direitos patrimoniais disponíveis. Não se pode falar em direito disponível quando se trata de fornecimento de energia elétrica, com o objetivo de atender boa parte da população brasileira que estava sofrendo os efeitos do racionamento de energia. E, conforme já mencionei, os serviços de energia elétrica são serviços públicos exclusivos do Estado. A própria CBEE só foi criada em função do racionamento de energia. Não se poderia admitir, por exemplo, que ela vendesse a energia contratada com os produtores independentes para empresas fora do país. A energia contratada destinava-se a atender à situação de emergência por que passava a sociedade brasileira. Claramente, portanto, não se estava tratando de direitos disponíveis da empresa". Verifica-se que tese acima transcrita é a defendida pela Secex/RS e que foi também encampada no Acórdão 587/2003 - Plenário, citado pela unidade técnica. No entanto, sem a pretensão de esgotar o tema, tenho que tal entendimento ainda não se encontra consolidado. (BEMQUERER, 2005, www.lexml.gov.br)

Do julgado acima exposto depreende-se exatamente o que já foi analisado. A resistência por parte do TCU em aceitar a arbitragem partia do pressuposto que não existia previsão expressa na lei vigente. Assim como entendia-se que o interesse público não seria disponível, sendo inviável afastá-lo do judiciário.

Conforme já exposto, o artigo 1° da nova lei de arbitragem trouxe previsão clara sobre a possibilidade de contratação da arbitragem por parte da administração pública direta e indireta, quando o litígio versar sobre direitos patrimoniais disponíveis. Sendo assim, com o advento da nova lei, acredita-se que a posição agora demonstrada esteja superada, acabando com qualquer insegurança jurídica que poderia restar sobre o tema.

PRINCÍPIOS E PODER DISCRICIONÁRIO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Antes de abordar as peculiaridades da administração pública como parte em arbitragem, cabe analisar primeiramente alguns aspectos da mesma. Para isso, serão pormenorizados os princípios da publicidade, eficiência e legalidade, expressos pela Constituição Federal no art. 37, assim como a discricionariedade dos entes da administração, ponto indispensável para ponderação de como os mesmos podem atuar em um procedimento arbitral.

Princípio da Publicidade

O princípio da publicidade nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho:

> Indica que os atos da Administração devem merecer a mais ampla divulgação possível entre os administrados, e isso porque constitui fundamento do princípio propiciar-lhes a possibilidade de controlar a legitimidade da conduta dos agentes administrativos. (CARVALHO FILHO, 2014, p. 26)

Tendo em vista esse princípio, surge a necessidade da criação de maneiras que façam chegar ao conhecimento público os atos administrativos, por isso os mesmos são publicados na imprensa oficial e divulgados na internet.

O art. 5°, XXXIII da CRFB/88[198] protege o direito à informação, isso é, o direito de ter acesso tanto à informações pessoais quanto de interesse coletivo, cabendo à administração dar cumprimento ao que manda a Constituição.

Além do artigo anteriormente citado, a CRFB/88 também prevê em seu art. 37, § 3°, II, o direito de acesso à informação, para viabilizar o conhecimento de informações sobre registros e atos de governo, com exceção do que viola o direito à intimidade e vida privada e as situações de sigilo, presentes, respectivamente, nos arts. 5°, X e XXXIII da Constituição.

Para efetivamente cumprir o que determina a Carta Magna, foi criada a lei 12.527/11 (Lei de Acesso à Informação), aplicável para toda administração pública direta e indireta, entidades de controle direto e indireto dos entes federativos e entidades privadas sem fins lucrativos que recebem recursos públicos, nos termos do Art. 1°, parágrafo único e art. 2° da lei.

A referida lei dispõe sobre duas formas de publicidade: a transparência ativa, na qual a própria administração disponibiliza informações por meio de internet, por exemplo, e a transparência passiva, na qual a informação é adquirida via solicitação. São ainda indicadas as restrições ao acesso e sansões disciplinares aos servidores que não cumprirem com suas disposições, visando organizar e respeitar as determinações constitucionais.

Dessa forma, fica clara a importância do princípio da publicidade tanto para a administração, quanto para os administrados, que podem ter acesso à informações do governo tanto para poder controlar quanto legitimar sua conduta.

[198] XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

Princípio da Eficiência

Outro princípio constitucional que merece destaque é o da eficiência. Esse princípio foi alvo de inúmeras críticas por sua imprecisão e falta de referência. Ainda, muito se discutiu sobre sua verdadeira utilidade uma vez que sua mera transformação em princípio não torna as instituições da administração automaticamente mais eficientes. É necessária uma mudança de mentalidade. Nesse sentido, explica Carvalho Filho:

> O que precisa haver é a busca dos reais interesses da coletividade e o afastamento dos interesses pessoais (...). O núcleo do princípio é a procura de produtividade e economicidade e, o que é mais importante, a exigência de reduzir os desperdícios de dinheiro público, o que impõe a execução dos serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional. (CARVALHO FILHO, 2014, p. 31)

Em seu objetivo o princípio da eficiência não visa somente os serviços que são prestados diretamente para sociedade, mas também o próprio funcionamento interno da administração, em termos de gerência.

Entretanto, de nada adianta um princípio prevendo a eficiência da administração pública sem uma mudança de pensamento e sem norma que discipline e disponha sobre sua aplicação.

Princípio da Legalidade

É o princípio básico da administração. Indica que qualquer atividade administrativa deve seguir necessariamente o que impõe a lei.

Conforme expõe Carvalho Filho, esse princípio tem origem na criação do Estado de Direito, no qual o Estado deve respeitar as próprias leis que edita.[199]

Ainda, é importante destacar que o princípio da legalidade tem interpretação diferenciada quanto ao sujeito a quem ele se aplica. Se for o particular, deve prevalecer como lícito tudo que não é proibido pela lei, já quanto aos entes da administração pública, só é viável estritamente o que a lei permite. É o que ensina Hely Lopes:

[199] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27ª Edição. São Paulo: Atlas, 2014. p. 20

> Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa "pode fazer assim"; para o administrador público significa "deve fazer assim". (MEIRELLES, 2012, p. 89)

Dessa forma, o princípio baliza a atividade do Poder Público dentro do que estabelece as leis que lhe dizem respeito.

Discricionariedade

Por fim, cabe falar do poder discricionário dos entes públicos e, principalmente, de seus limites. Ainda que a atuação dos entes públicos esteja condicionada ao que indica a lei, ela não é capaz de determinar rigidamente todas as condutas necessárias, sendo assim, surge a necessidade de valorar algumas situações.

Em casos de valoração de opções, o agente público, no ensinamento de Carvalho Filho, deve avaliar a conveniência e a oportunidade dos atos que vai praticar na posição de administrador dos interesses coletivos.[200] Ou seja, o objetivo deve ser atender da forma mais ampla possível o que espera a sociedade.

Dentro desse cenário onde é necessário ponderar opções é que se encontra o poder discricionário da administração pública. Entretanto, a discricionariedade não pode se confundir com arbitrariedade, isso é, não pode ultrapassar ou atingir os limites da lei, sob pena de controle de legalidade por parte do Poder Judiciário.

Um dos requisitos para que não seja necessário controle posterior é adequação da conduta quanto à finalidade que a lei determina. Se a ação da administração não for condizente com a finalidade proposta em lei, cabe controle para analisar possível ilegalidade.

VI. O USO DA ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

É preciso reconhecer a existência de alguns limites particulares do direito administrativo em relação à aplicação da arbitragem, limites esses que não foram pormenorizados pela lei de arbitragem. Como exemplo pode-se citar a vedação do julgamento por equidade, a necessidade de publicidade dos atos públicos e a observância do princípio da legalidade em detrimento da autonomia da vontade.

[200] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27ª Edição. São Paulo: Atlas, 2014, p. 51

Sendo assim, torna-se necessária a exposição de possíveis soluções para cada uma dessas lacunas deixadas pela lei, assim como expor a necessidade de regulação sobre o tema.

Lei Aplicável

No que tange as arbitragens envolvendo a administração pública, a reforma da lei trouxe a vedação do julgamento por equidade no § 3° do art. 2°, impedindo, portanto, que qualquer lide que envolva o poder público seja julgada pelo senso pessoal de justiça dos árbitros.

A administração está, portanto, vinculada às normas jurídicas do ordenamento jurídico brasileiro. A única exceção quanto à aplicação das normas brasileiras se encontra na Lei de Licitações - n° 8.666 (BRASIL, 1993), que permite em seu art. 42, § 5° que nos casos de realização de obra, prestação de serviços ou aquisições de bens cujos recursos tenham sido derivados de financiamento internacional ou de agência de cooperação estrangeira "poderão ser admitidas, na respectiva licitação, as condições decorrentes de acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional, bem como as normas e procedimentos daquelas entidades."

A possibilidade das partes elegerem um julgamento por equidade parte do pressuposto da autonomia da vontade nos contratos privados, sendo essa balizada pelas normas de ordem pública, como visto anteriormente, e pelo princípio da legalidade, que determina que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei[201]". Entretanto, ao envolver o poder público, conforme explicado em capítulo anterior, deve se valer do entendimento que só pode ser feito o que estiver determinado em lei.

Dessa forma, tendo em vista essa limitação imposta à administração, é obvio e correta a determinação que a mesma só possa figurar como parte de uma arbitragem que esteja em concordância com as normas do ordenamento jurídico brasileiro.

Confidencialidade

Conforme analisado anteriormente, caso seja do interesse das partes, a confidencialidade pode ser estabelecida na convenção arbitral ou pela indicação de uma câmara que já opere com sigilo por determinação de seu regulamento. Ainda, ela pode ser

[201] Art. 5°, II. Constituição Federal

aplicada quanto à própria existência do procedimento, quando ao seu resultado, provas e documentos.

Entretanto, a reforma da lei que trouxe a confirmação da administração pública direta e indireta poder atuar em procedimentos arbitrais, também estabeleceu que os mesmos devem atender ao princípio da publicidade.[202]

Conforme ensina Carlos Alberto Salles:

> A publicidade dos atos da Administração Pública é um dos princípios centrais da atividade administrativa contemporânea. Ela é a propulsora da transparência dos atos da administração e fatos indispensável para se garantir a responsividade dos agentes públicos. Não por outra razão, aparece entre os princípios da Administração consagrados no caput do artigo 37 da Constituição Federal do Brasil. (SALLES, 2011, p. 283)

Ainda que tenha trazido tal determinação, a lei deixa uma lacuna de como deve se dar a publicidade desses procedimentos. Seria uma obrigação exclusiva da administração? A obrigação se estende para a parte contrária? Ou seria um dever da câmara que está administrando o procedimento?

Sobre esse ponto Gustavo Schmidt entendeu em sua tese de mestrado que a responsabilidade de divulgação seria unicamente da administração pública, sabendo que o princípio da publicidade disposto no art. 37 da Constituição Federal, é dirigido para a mesma. Em suas palavras:

> O princípio da publicidade insculpido no art. 37 da Carta de 1988 dirige-se, única e exclusivamente, à Administração Pública, a quem cabe por ele zelar, assegurando aos cidadãos amplo acesso às informações e documentos que versem sobre o exercício da atividade administrativa do Estado. A prática das entidades especializadas – não é de hoje – tem sido a de entender que o dever de publicidade recai, tão somente, sobre o Poder Público. A câmara arbitral seria uma mera prestadora de serviços e, por consequência, na qualidade de contratada, nenhuma obrigação teria de dar publicidade aos seus atos e, muito menos, ao procedimento arbitral que por ela é administrado. É assim – perceba-se – com todo e qualquer prestador de serviços ou fornecedor de produto que possua vínculo contratual com o Estado. Competiria, portanto, à própria Administração Pública a tomada de providências para dar transparência à arbitragem, publicando no Diário Oficial os principais atos praticados no curso do procedimento arbitral, como o teor da sentença final, sem prejuízo de assegurar a eventuais interessados a obtenção de cópia das peças e documentos que instruem os autos arbitrais. (SCHMIDT, 2016, p. 49)

[202] § 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.

Nos Estados Unidos, por exemplo, uma solução encontrada foi a criação do Freedom of Information Act - FOIA[203], que se trata de uma lei que dá aos cidadãos acesso as informações do Governo Federal. O próprio site já disponibiliza acesso à uma série de informações, mas garante que por meio de formulário próprio, informações não disponibilizadas possam ser conhecidas.

Ainda que a mudança seja recente e as lacunas ainda não estarem devidamente preenchidas, pode-se notar que já houveram consequências no ordenamento jurídico brasileiro. A Câmara de comércio Brasil Canadá - CAM/CCBC, por exemplo, alterou seu regulamento interno por meio de Resolução Administrativa no sentido de respeitar o princípio da publicidade nas arbitragens com a administração pública.[204]

Porém, ainda assim, não é disponibilizado pela câmara o andamento do processo da mesma forma que ocorre nos cartórios dos tribunais de justiça. A câmara se limita a divulgar informações básicas como o nome das partes e a data do requerimento de arbitragem.

Entretanto, qual seria o limite legal da publicidade? As câmaras deveriam se preparar para disponibilizar os processos e atender ao público tal qual fazem os cartórios do judiciário? Nesse sentido entende Daniel Tavela Luís que:

> Desconfio que esta abordagem não foi o que o legislador teve em mente ao indicar que a arbitragem deveria respeitar o princípio da publicidade. O conteúdo semântico da noção de princípio da publicidade certamente dá margem à criação de regras e procedimentos diferentes (e, porque não dizer, melhores) das previstas para o processo judicial brasileiro.
>
> O motivo desta preocupação reside no fato de que o excesso de publicidade (particularmente midiático) pode também gerar efeitos perversos para um processo (seja ele arbitral ou judicial). Um julgador (seja ele um juiz ou árbitro) tem o dever de se manter neutro, independente e imparcial – faz parte da noção básica de devido processo legal, princípio basilar do

[203] Disponível em: www.foia.gov.

[204] Artigo 1º – Nos procedimentos arbitrais em que são partes entes da administração pública direta, com o intuito de atender ao princípio da publicidade previsto no art. 2º, § 3º, da Lei nº 9.307/96, as partes, no Termo de Arbitragem, disporão sobre quais informações e documentos poderão ser divulgados e a forma a ser adotada para torná-los acessíveis a terceiros. Parágrafo Único – Tal disposição deverá considerar os aspectos administrativos do CAM/CCBC e respeitar o sigilo protegido por lei, segredos comerciais, documentos de terceiros, contratos privados com cláusula de confidencialidade e matérias protegidas por direitos de propriedade intelectual. Artigo 2º – O Tribunal Arbitral decidirá sobre os pedidos formulados por qualquer das partes a respeito do sigilo de documentos e informações protegidos por lei ou cuja divulgação possa afetar o interesse das partes. Artigo 3º – O CAM/CCBC poderá informar terceiros sobre a existência de procedimento arbitral, a data do requerimento de arbitragem e o nome das partes, podendo inclusive disponibilizar esses dados no site do CAM/CCBC. Parágrafo 1º – O CAM/CCBC não fornecerá documentos e demais informações a respeito do procedimento. Parágrafo 2º – As audiências do procedimento arbitral serão reservadas às partes e procuradores, observado o disposto pelas partes no Termo de Arbitragem. Artigo 4º – Toda e qualquer informação complementar ou fornecimento de documentos, observados os limites legais e o disposto no Termo de Arbitragem, serão de competência da parte no procedimento arbitral que integra a administração pública direta, consoante a legislação que lhe é aplicável.

> estado democrático de direito. A excessiva ingerência pública sobre um determinado processo pode gerar o efeito perverso de contaminar um julgamento que deve se pautar pelo respeito a regras e procedimentos. (LUÍS, 2016, www.cbar.org.br)

Nesse ponto, deve ser ponderado pelas partes como o procedimento se dará de maneira que seja respeitado o princípio da publicidade e, ao mesmo tempo, resguardado o procedimento arbitral. Como solução para isso o autor supracitado propõe que sejam públicos os atos com efetivo conteúdo decisório, como sentenças e ordens processuais; em contrapartida, parecendo lícito que o tribunal permita que alguns documentos sejam mantidos em sigilo, da mesma forma como é feito no Poder Judiciário.

Dessa forma, a publicidade seria mantida e a disputa ainda poderia ser resolvida de forma eficiente.

A Escolha dos Árbitros e da Câmara Arbitral

A respeito da contratação de árbitros pela administração pública podem ser apontados dois principais problemas. O primeiro, quanto à maneira que o poder público vai proceder na escolha, visto o caráter discricionário da mesma. O segundo, relativo à maneira como seria realizado o pagamento dos honorários.

Conforme exposto anteriormente, a escolha dos coárbitros (em casos onde o tribunal é formado por três ou mais árbitros), é feito pelas partes de forma discricionária. Entretanto, é importante lembrar que o árbitro escolhido por uma parte não está obrigado com a mesma. Todos os árbitros devem atuar com imparcialidade e independência, nos termos da lei.

No entanto, sendo essa escolha dotada de grande discricionariedade por parte da administração púbica, pode abrir margem para fraudes e desvios. Como por exemplo, a indicação de um árbitro que tem posicionamento doutrinário claramente contrários aos interesses da mesma.

Para que esse tipo de situação seja evitada, visto que a lei nada determina nesses casos, se faz necessária a apresentação de soluções que viabilizem essa escolha de maneira adequada. Seriam possíveis soluções a criação de um rol de árbitros previamente selecionados e até mesmo manifestação da procuradoria para legitimar a indicação.

Não se pode falar, entretanto, em procedimento licitatório para escolha, tendo em vista que o árbitro não presta serviço para o Estado, possuindo ele função jurisdicional que tem

como consequência a prolação de sentença. Portanto sua atuação seria incompatível com o caráter de prestação de serviços exigido pela lei de licitações.

Quanto ao segundo problema, o pagamento dos árbitros, é necessário ressaltar que não é o próprio profissional que determina seus honorários, os mesmos são normalmente aplicados pela própria instituição que está administrando o conflito, não sendo dever do poder público realizar uma escolha visando a oferta de preços. Carlos Alberto de Salles[205] explica que no caso de uma arbitragem *ad hoc*, deve ser levado em consideração, como referência, a tabela de alguma instituição especializada.

Quanto à necessidade de escolha de câmara arbitral, a doutrina diverge sobre a viabilidade de um procedimento licitatório. Isso porque as câmaras são prestadoras de serviço, são escolhidas pelas partes para exercer a função de administrar o conflito travado entre elas, sem nenhuma ligação com as mesmas ou com o tribunal arbitral. Sabendo ser a lei de licitação a regra para contratações por parte da administração pública, discute-se seu cabimento para escolha sobre qual câmara prestará o serviço para as partes.

Gustavo Fernandes de Andrade[206] expõe as três principais correntes: Os que entendem que a contratação se daria por inexigibilidade de licitação, nos termos do art. 25, II, § 2° da lei 8.666, com a justificativa que seria impossível estabelecer critérios objetivos de competição entre as prestadoras de serviço; a segunda corrente que adota a opção por credenciamento das instituições, mediante estipulação prévia dos critérios de qualidade e escolha diante da ocasião em que surge a necessidade; e, por fim, os que sustentam a não incidência da lei, sob argumento que a escolha da instituição de arbitragem não se enquadraria nas contratações previstas.

A forma de escolha precisa ser definida pela Administração Pública, no entanto, parece correto optar pelo método de credenciamento, sabendo da disponibilidade de câmaras igualmente capacitadas para administrar esse tipo de procedimento.

Execução e Cumprimento

A lei de arbitragem (BRASIL, 1996) em seu art. 31 dispõe que: "A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo." Dessa forma, é

[205] SALLES, Carlos Alberto de. **Arbitragem em contratos administrativos**. 1ª edição. Rio de Janeiro: FORENSE; São Paulo: Método, 2011. p. 280
[206] ANDRADE, Gustavo Fernandes de. **Arbitragem e administração pública**. Dentro do livro: **A reforma da Arbitragem**. p. 447

possível constatar que as sentenças arbitrais são equiparadas às sentenças judiciais, não havendo mais necessidade que as mesmas sejam homologadas pelo Poder Judiciário. Além disso, constituem em obrigação para a parte que foi condenada, sendo um título executivo.

Ainda, a lei de arbitragem ensina em seu art. 18 que a sentença arbitral não está sujeita à recurso, sendo a análise por parte do judiciário somente possível em casos onde se visa anulação da sentença arbitral.

Sabendo que os árbitros não possuem poder executório assim como os juízes togados, nos casos em que não houver cumprimento espontâneo da sentença arbitral, caberá a quem merece a indenização, executá-la perante o Poder Judiciário respeitando os arts. 513 e seguintes do novo CPC.

Nos casos de uma condenação visando que a Fazenda Pública indenize um particular, deve ser usado o que indicam os arts. 534 e seguintes do novo CPC, que estabelecem o procedimento para cumprimento de sentença que impuser à Fazenda Pública pagamento de quantia certa e o art. 100 da Constituição Federal, ou seja, o regime de precatórios judiciais.

Explica Gustavo Fernandes de Andrade que não deve ser afastada a aplicação desse artigo com argumento que não seria adequado às sentenças arbitrais tendo em vista que o próprio fala em sentença judiciária. Em suas palavras:

> A interpretação meramente literal deve ser afastada porque, sob o ponto de vista finalístico, o que se busca assegurar com o sistema do precatório, a despeito das duas muitas vicissitudes, é a observância do princípio da isonomia no pagamento das dívidas do Estado, e a preservação do regime constitucional dos seus bens, que, como se sabe, qualificam-se como impenhoráveis (CPC DE 2015, art. 833, I); inalienáveis (Código Civil, arts. 100 e 101); imprescritíveis (Código Civil, art. 102), e insuscetíveis de aquisição mediante usucapião (Constituição, arts. 183, §3°, e 191, parágrafo único). (ANDRADE, 2016, p. 438)

Como alternativa ao uso do procedimento de precatórios, a lei de PPP's (lei 11.079/04), em seu art. 16 estabelece que a União, seus fundos especiais, suas autarquias, suas fundações públicas, e suas empresas estatais dependentes estão autorizadas a participar, no limite global de R$ 6.000.000.000,00 (seis bilhões de reais), de Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas - FGP que teria como finalidade prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais, distritais, estaduais ou municipais em virtude das parcerias de que trata a lei.

Tendo em vista as situações que se enquadram no artigo supracitado, não existe necessidade de ser observado o que estabelece o art. 100 da CRFB/88.

Nos casos em que a parte representante do poder público não for qualificada como Fazenda Pública, o cumprimento da sentença arbitral se dará por meio do que estabelece o art. 523 do novo CPC. É o caso das sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações de direito privado. Isso quer dizer que essas instituições, ao seguir o que indica o referido artigo, devem pagar o débito, dentro do prazo de 15 (quinze) dias por requerimento do exequente.[207]

Quanto ao cumprimento por parte da Fazenda Pública de sentença arbitral condenatória, entende-se que o procedimento dos precatórios estabelecido pelo art. 100 da CRFB/88 é obrigatório, sob pena de desrespeitar o princípio da isonomia, privilegiando o crédito de alguns em detrimento de outros.

Ainda, quanto a execução perante o Poder Judiciário, Gustavo Schmidt entende que:

> A sentença arbitral, ainda que equiparada por lei a título executivo judicial, não se confunde com a sentença prolatada por juiz togado. A equiparação é apenas uma opção de política legislativa, para facilitar a execução da sentença arbitral e, com isso, fomentar a uso da arbitragem (...) a sentença arbitral é título judicial, mas não é sentença judiciária, tal e qual apregoada pelo art. 100 da Carta Maior. É, na verdade, o ato final de um procedimento instituído por via contratual, para a resolução de conflitos. Da mesma forma que o Poder Público está autorizado a, pela via administrativa, promover a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro de um contrato administrativo, nenhum óbice há a que promova o reconhecimento da dívida cristalizada em uma sentença arbitral e efetue o seu pagamento, dispensando a execução do julgado na esfera judicial. É até recomendável que assim seja. Desafoga-se o Poder Judiciário, dando-se mais celeridade à realização da justiça. (SCHMIDT, 2016. p. 83)

Sendo assim, o pensamento indicado por ele assume que, se presente previsão na lei orçamentária anual, conforme obriga a Constituição Federal, a obrigação pode ser cumprida espontaneamente pela administração pública.

Da Necessidade de Regulamentação

[207] Art. 523. No caso de condenação em quantia certa, ou já fixada em liquidação, e no caso de decisão sobre parcela incontroversa, o cumprimento definitivo da sentença far-se-á a requerimento do exequente, sendo o executado intimado para pagar o débito, no prazo de 15 (quinze) dias, acrescido de custas, se houver. § 1º Não ocorrendo pagamento voluntário no prazo do caput, o débito será acrescido de multa de dez por cento e, também, de honorários de advogado de dez por cento. § 2º Efetuado o pagamento parcial no prazo previsto no caput, a multa e os honorários previstos no § 1º incidirão sobre o restante. § 3º Não efetuado tempestivamente o pagamento voluntário, será expedido, desde logo, mandado de penhora e avaliação, seguindo-se os atos de expropriação.

Durante as discussões do Projeto de Lei 7.108/14 que foi transformado na lei 13.129/15, muito se debateu sobre a possibilidade de condicionar a atuação da administração pública em arbitragem por legislação específica. Inclusive, na Câmara do Deputadas foi proposta e aprovada emenda ao §1° do art. 1° da lei de arbitragem que constaria da seguinte maneira:

> § 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, **desde que previsto no edital ou nos contratos da administração, nos termos do regulamento.** (BRASIL, 2015, www.planalto.gov.br, grifo nosso).

No entanto, diversos foram os protestos no sentido de que presente a expressão "nos termos do regulamento", o Poder Público inviabilizaria, por omissão, que o conteúdo central do artigo pudesse ser colocado em prática.

Da mesma forma que a necessidade de previsão em edital ou em contratos da administração impede que seja estabelecido compromisso arbitral, inviabilizando a aplicação da arbitragem caso a mesma não seja previamente estabelecida. O que inclusive contraria posição firmada pelo STJ em julgamento do REsp 904.813[208] de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, no qual a 3ª Turma decidiu "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".

Ao retornar para o Senado para análise da proposta de emenda, prevaleceu o que foi entendido anteriormente, limitando a aplicação do art. 1° apenas em relação aos direitos patrimoniais disponíveis.

É evidente que a limitação proposta pela emenda geraria um retrocesso e muito possivelmente omissão por parte do Poder Público, colocando em risco as arbitragens em curso. É o que entende Caio Cesar Rocha, jurista que integrou a comissão do Senado Federal para participar das discussões sobre a reforma. Em suas palavras:

> Percebe-se, de plano, dois retrocessos. Condiciona a arbitragem a um regulamento, a ser editado posteriormente pelo Executivo. Desnecessário discorrer sobre o risco que isso representa, tanto em relação ao tempo, quanto em relação ao conteúdo. O tal regulamento pode demorar demais, pondo em risco as arbitragens existentes e em curso atualmente, relacionadas

[208] Julgado em 20 de outubro de 2011. Disponível em: http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21612526/recurso-especial-resp-904813-pr-2006-0038111-2-stj/inteiro-teor-21612527

> à Administração, e o dito regulamento, ficando à discrição do executivo, pode conter aspectos ainda mais restritivos, podendo limitar o uso da arbitragem a certos valores ou determinadas modalidades de contratos.
>
> O segundo retrocesso apresenta-se na imposição de que a cláusula compromissória seja necessariamente prevista no edital ou firmada no contrato. Isso impede, por consequência, que a Administração firme um compromisso arbitral, ou seja, não pode acordar submeter um litígio à jurisdição arbitral sem que haja previsão no edital ou no contrato. Isso contraria o que hoje é pacífico no STJ, conforme decidido no REsp 904.813 acima mencionado. (ROCHA, 2015, www.conjur.com.br)

Ainda que a rejeição da proposta de emenda tenha sido acertada, é inegável que surge a necessidade de regulamentação da lei, no sentido de orientar o Poder Público sobre condutas dentro do procedimento arbitral. Como exposto no capítulo anterior, foram diversas as lacunas deixadas pela lei, como por exemplo a maneira como se dará a publicidade e a escolha dos árbitros e da câmara arbitral. Sendo, portanto, necessário uniformizar os entendimentos.

Com esse objetivo, tem-se como exemplo a lei estadual 19.477 de 2011, que ficou conhecida como lei mineira de arbitragem. Nessa lei são regulamentadas as arbitragens envolvendo o Estado de Minas Gerais, preenchendo lacunas da lei de arbitragem.

A lei mineira estabeleceu, visando dar segurança aos procedimentos envolvendo o Estado, critérios como: (i) obrigatoriedade do uso da arbitragem institucional (art. 4°), com objetivo de evitar a tomada de decisões discricionárias pelas partes necessárias na arbitragem *ad hoc*; (ii) presença de árbitro brasileiro (art. 5°, I); (iii) aplicação imperativa dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil (art.7°); (iv) cláusula compromissória necessariamente cheia (art. 8°); e (v) adiantamento das custas como taxa de administração e honorários dos árbitros sendo inteiramente adiantadas pelo particular (art. 11, parágrafo único), com a intenção de proteger os cofres públicos.

Resta, portanto, dentro desse modelo, a necessidade de criação de diploma legal específico com objetivo de uniformizar em âmbito nacional a participação da administração pública na arbitragem, preenchendo lacunas da lei e viabilizando a melhor aplicação do instituto.

VII. CONCLUSÃO

Tendo em vista todo o exposto, ainda que tenha sido mencionado que a arbitragem é utilizada no Brasil desde o Império, sua consolidação dentro do ordenamento jurídico brasileiro passou por inúmeras dificuldades.

Ainda hoje, no ano de 2016, vinte anos após a aprovação da lei de arbitragem, a resistência quanto a aplicação de alguns pontos persiste. Fato que se restou claro nas discussões que visavam preencher as lacunas deixadas pela lei e ampliar a aplicação do instituto, que tinham como consequência grande divergência doutrinária e jurisprudencial.

Toda essa discussão, conforme visto, se concretizou na reforma trazida pela lei 13.129 de 2015, a qual representou um grande avanço para a arbitragem no cenário nacional, autorizando a atuação da administração pública direta e indireta em procedimentos arbitrais.

Foi demonstrado como esse ponto em especial era motivo de grande discordância, na medida em que a lei não deixava clara a possibilidade de participação da administração. A instabilidade quanto ao tema existia desde as discussões do Caso Lage, no qual um Decreto de 1946 previa a utilização da arbitragem pelo Poder Público, passando por previsões espaças dadas por algumas leis, como a lei de concessões, datada de 1995, e persistindo até que a reforma trouxesse previsão definitiva.

Conforme abordado ao longo do presente trabalho, sabe-se que a lei trouxe algumas das peculiaridades da atuação da administração perante juízo arbitral, determinando condições como a limitação do conflito ao que tange os direitos patrimoniais disponíveis, a impossibilidade de escolha pela confidencialidade assim como a impossibilidade de um julgamento por equidade.

Nesse sentido, a lei prezou por princípios basilares presentes na Constituição Federal em seu art. 37, que regem o Poder Público em sua atuação. São eles, entre outros, o princípio da publicidade e da legalidade. Da mesma forma, a lei, na medida em que veda o julgamento por equidade, além de respeitar a legalidade, vai de acordo com os limites do poder discricionário da administração.

Entretanto, ainda que a referida reforma tenha sido um avanço significativo dentro do tema, trouxe consigo outros tópicos de discussão.

A escolha por firmar cláusula compromissória é derivada da autonomia das partes, sendo a administração pública responsável, dentro do seu poder discricionário, por ponderar em que situações o procedimento arbitral está de acordo com o princípio da eficiência que rege a mesma, podendo contratar a arbitragem somente em situações nas quais essa se mostre o meio mais eficaz, evitando desperdício de dinheiro público e principalmente, como forma de atender ao interesse coletivo. Ainda que essa possa se mostrar um meio mais oneroso de resolver conflitos quando comparada ao procedimento judicial, sua celeridade traz vantagens para ambos os lados, sendo, portanto, uma escolha extremamente eficiente nesse sentido.

É importante ressaltar que em nenhum momento do procedimento arbitral podem ser deixados de lado os princípios norteadores da atividade administrativa, sendo eles os responsáveis por gerar algumas dúvidas quanto a aplicação da lei. Isso porque, conforme demonstrado, a administração é balizada pela legalidade, ou seja, só pode agir em conformidade com a lei. Em contrapartida, a arbitragem é um instituto que preza pela autonomia da vontade das partes, sendo sua aplicação flexível em diversos sentidos, como por exemplo na possibilidade de escolha da lei aplicável. Dessa forma, a necessidade de observação dos princípios muitas vezes cria uma limitação quando à aplicação do referido método de resolução de conflitos.

As lacunas deixadas pela lei e as discussões expostas pelo presente trabalho, como por demonstram a necessidade de regulamentação por parte do Poder Público.

Essa regulação teria por objetivo balizar e dar diretrizes ao comportamento da administração como parte de um procedimento arbitral. Dessa forma, garantiria um tratamento uniforme e evitaria possível insegurança jurídica que enfraquece o poder de aplicação da lei.

São claros os desafios que ainda devem ser enfrentados, no entanto, pode-se afirmar que, cada vez mais, a arbitragem se consolida e ganha prestígio no ordenamento jurídico brasileiro, garantindo para aqueles que optam pela mesma um julgamento célere e especializado.

No caso, o uso da arbitragem na administração pública, as dificuldades são ainda mais sensíveis, tendo em vista a linha de pensamento do nosso ordenamento jurídico que possui resistência em mitigar as barreiras entre o direito público e privado.

Entretanto, ainda que reste a necessidade de regulamentação do tema para que esse possa ser melhor aplicado, a lei 13.129 de 2015 representou grande avanço no sentido em que confirmou que a arbitragem é uma solução possível e eficaz para resolução de conflitos da administração pública.

REFERÊNCIAS

ANDRIGHI, Ministra Nancy. **Recurso Especial Nº 904.813 - PR (2006/0038111-2)**. Disponível em www.stj.jusbrasil.com.br. Acesso em 28/11/2016.

BEMQUERER, Ministro Marcos. **Acórdão TCU 1271/2005**. Disponível em: www.lexml.gov.br. Acesso em 28/11/2016.BRAGHETTA, Adriana. **Estudos de Arbitragem Mediação e Negociação**. Vol. 3, Parte IV. Jurisprudência/Jurisprudência Arbitral. Disponível em: www.arcos.org.br.. Acesso em 28/11/2016.

BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 28/11/2016.

BRASIL. **Lei N ª 8.666 de 21 de Junho de 1993 - Lei de Licitações**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 28/11/2016.

BRASIL. **Lei Nª 11.079 de 30 de Dezembro de 2004 - Lei das Parcerias Público Privadas**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 28/11/2016.

BRASIL. **Lei Nª 13. 105 de 16 de Março de 2015 - Código de Processo Civil**. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 28/11/2016.

BRASIL. **Lei Nª 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: www.planalto.gov.br. Acesso em 28/11/2016.

BRASIL. **Lei Nª 9.307 de 23 de Setembro de 1996 - Lei de Arbitragem**. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 28/11/2016.

BRASIL. **Lei Nº 5.662 de 21 de Junho de 1971 – Lei do BNDES**. Enquadra o Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico (BNDE) na categoria de emprêsa pública, e dá outras providências. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 28/11/2016.

BRASIL. **Lei Nº 8.987 de 13 de Fevereiro de 1995 – Lei de Concessões**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da

TIBURCIO, Carmen. **A arbitragem envolvendo a administração pública**. Disponível em: http://www.revistadireito.uerj.br/artigos/AARBITRAGEMDENVOLVENDOAADMINISTRACAOPUBLICA.pdf. Acesso em 28/11/2016.

Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 28/11/2016.

BRASIL. **Lei Nº 9.472 de Julho de 1997 – Lei das Telecomunicações**. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 28/11/2016.

BRASIL. **Lei Nº 9.478 de 6 de Agosto de 1997 – Lei do Petróleo**. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho

Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 28/11/2016.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo – um comentário à Lei n. 9.307/96**. São Paulo, Atlas, 2ª ed., 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27ª Edição. São Paulo: Atlas, 2014.

FERREIRA, Lilian Vitor do Nascimento. **Convenção Arbitral e os Contratos Administrativos: A Ascensão da Consensualidade do Direito Administrativo Contemporâneo**. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito). Universidade Federal Fluminense, 2016.

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

LEMES, Selma. **Seminário: Arbitragem e a administração pública**. Disponível em: www.direito.ufes.br. Acesso em 20/07/2016.

LUÍS, Daniel Tavela. **Administração Pública e Arbitragem: Pode Haver Limite para a Publicidade?** Disponível em www.cbar.org.br. Acesso em 28/11/2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**, 38ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 15ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003.

MIRANDA NETTO, Fernando Gama de; MEIRELLES, Delton Ricardo Soares. **Meios alternativos de Resolução de Conflitos envolvendo a Administração Pública**, in: XVIII Encontro Nacional do CONPEDI – Maringá, Santa Catarina: Fundação Boiteux, 2009, pp. 6385-6417.

MUNIZ, Joaquim de Paiva. **Curso básico de direito arbitral: teoria e prática**. 3ª Edição. Curitiba: Juruá, 2015.

NUNES, Thiago Marinho. **A Prática das *Anti-Suit Injunctions* no Procedimento Arbitral e seu Recente Desenvolvimento no Direito Brasileiro**. Disponível em www.bdjur.tjdft.jus.br. Acesso em 28/11/2016.

ROCHA, Caio Cesar. **Regulamento para Arbitragem na Administração é Retrocesso**. Disponível em www.conjur.com.br. Acesso em 28/11/2016.

SALLES, Carlos Alberto de. **Arbitragem em contratos administrativos**. 1ª edição. Rio de Janeiro: FORENSE; São Paulo: Método, 2011.

SCHMIDT, Gustavo da Rocha. **A Arbitragem nos Conflitos Envolvendo a Administração Pública: Uma Proposta de Regulamentação**. Disponível em: www.bibliotecadigital.fgv.br. Acesso em 28/11/2016.

WEBER, Ana Carolina... [et al.]; coordenação Leonardo de Campos Melo, Renato Rezende Beneduzi. **A reforma da arbitragem** Rio de Janeiro: Forense, 2016.