

Arbitragem e Administração Pública

Arbitration and Public Administration

Rafael Munhoz de Mello¹

RESUMO: Estudo a respeito da utilização da arbitragem pela Administração Pública no sistema jurídico brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem; Administração Pública; Direito Administrativo.

ABSTRACT: Essay about the use of arbitration by Public Administration under Brazilian law.

KEYWORDS: Arbitration; Public Administration; Administrative Law.

1 Advogado, mestre em Direito do Estado pela PUC/SP, Vice-Presidente da Comissão de Mediação e Arbitragem da OAB/PR, Secretário-Geral da Câmara de Arbitragem e Mediação da Federação das Indústrias do Paraná – CAM/FIEP.

Arbitragem e Administração Pública²

1. Introdução

A utilização da arbitragem pela Administração Pública brasileira é hoje uma realidade, não apenas pelo avanço legislativo verificado nos últimos anos como também pela superação da inicial resistência doutrinária ao emprego da arbitragem na solução de controvérsias envolvendo o Estado e os particulares.

Como resultado, são cada vez mais raros os projetos de infraestrutura conduzidos pela Administração Pública, em parceria com a iniciativa privada, sem previsão da arbitragem como mecanismo de composição de litígios, sendo possível afirmar que os mais relevantes contratos de concessão celebrados nos últimos anos no Brasil contêm cláusula arbitral.

Dada essa realidade, é fundamental que os advogados públicos estejam familiarizados com o instituto da arbitragem e preparados para enfrentar procedimentos arbitrais, sendo merecedora de louvor, portanto, a iniciativa da Coordenadoria de Estudos Jurídicos da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná de promover, em conjunto com a Câmara de Mediação e Arbitragem da Associação Comercial do Paraná – ARBITAC, um curso a respeito do assunto.

2 Texto correspondente à exposição feita no dia 5 de dezembro de 2014 no curso Aperfeiçoamento em Arbitragem, promovido em conjunto pela Procuradoria-Geral do Estado do Paraná e pela Câmara de Mediação e Arbitragem da Associação Comercial do Paraná – ARBITAC, com acréscimo de notas e atualizado.

2. O renascimento da arbitragem e a reforma do Estado brasileiro

A arbitragem permaneceu adormecida no Brasil por várias décadas, consequência do tratamento legislativo inadequado que lhe fora conferido pelo Código Civil de 1916, e, posteriormente, pelo Código de Processo Civil de 1973.³ Assim, ainda que prevista no direito positivo brasileiro, a arbitragem era pouco conhecida e menos ainda utilizada como modo alternativo de solução de controvérsias, a despeito dos crescentes problemas da via judicial para composição de litígios, congestionada por centenas de milhares de processos e carente de recursos.

A situação altera-se de modo significativo com o advento da Lei n.º 9.307/1996, diploma legal que, ao dar uma disciplina normativa moderna à arbitragem, promoveu um verdadeiro renascimento do instituto no Brasil, consolidado anos depois, já em 2001, com o reconhecimento da sua plena constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal - STF.⁴

Coincidentemente ou não, no mesmo período em que a arbitragem despertava – é dizer, na segunda metade da década de 1990 e nos primeiros anos deste século –, a Administração Pública brasileira passou por um amplo processo de reforma, marcado pela diminuição do intervencionismo estatal direto na economia.⁵ Com efeito, buscando superar o dilema de

3 “Basicamente, eram dois os grandes obstáculos que a lei brasileira criava para a utilização da arbitragem: em primeiro, o legislador simplesmente ignorava a cláusula compromissória (o Código Civil de 1916 e o Código de Processo Civil não exibiam qualquer dispositivo a esse respeito); ao depois, o diploma processual, seguindo a tradição de nosso direito, exigia a homologação judicial do laudo arbitral” (Carlos Alberto Carmona, *Arbitragem e processo – Um comentário à Lei n.º 9.307/1996*, 2. ed., São Paulo, Atlas, 2004, p. 22).

4 AgRg na SE 5206/ES, rel. Ministro Sepúlveda Pertence.

5 Para uma visão sintética do processo de desestatização no Brasil, ver Luís Roberto Barroso, *Agências reguladoras, Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática*,

ter de escolher entre duas alternativas ruins – déficit de infraestrutura ou déficit fiscal –,⁶ o Estado deixou de prestar diretamente certos serviços públicos (telecomunicações, p. ex.) e reduziu sua participação na seara das atividades econômicas (indústria de óleo e gás, p. ex.), transferindo para a iniciativa privada parte das tarefas que havia assumido ao longo da segunda metade do século XX. Não se tratou, é bom que se diga, do abandono do intervencionismo estatal, mas sim de uma alteração no modo de o Estado intervir: ao invés de intervenção direta, intervenção indireta mediante a regulação e o fomento.⁷

in *Revista de direito administrativo*, Renovar, vol. 229, p. 285-311, jul./set. 2002.

6 Arnoldo Wald, A infra-estrutura, as PPPs e a arbitragem, in *Doutrinas essenciais – Arbitragem e mediação*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014, vol. 4, p. 637.

7 Como explica Clèmerson Merlin Clève, “Ainda que tenha restado bem mitigada a atuação estatal como provedor de bem ou serviço, isto é, como agente econômico, o Estado não só pode como deve exercitar integralmente a intervenção indireta por meio da regulação jurídica e do fomento, inclusive porque a Carta de 1988 rejeita o absenteísmo estatal, isto é, o Estado Brasileiro não pode manter-se inerte diante das demandas econômico-sociais e ao desafio da soberania nacional (Preceitos constitucionais fundamentais da República Federativa do Brasil, serviço público portuário e autorização para exploração de atividade portuária por meio de terminais privativos de uso misto, in *Regulação portuária e concorrência: pareceres jurídicos e econômicos*, Rio de Janeiro, Abratec, 2009, p. 211). No mesmo sentido é a lição de Pedro Gonçalves: “O processo de reconfiguração do papel do Estado e o trânsito para uma nova etapa, de uma acção mais modesta, não significa um *retour* ao liberalismo desregulado do século XIX: mantém-se presente um ‘Estado socialmente activo’ e comprometido com a regulação da sociedade” (Direito administrativo da regulação, in *Regulação, electricidade e telecomunicações – estudos de direito administrativo da regulação*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 11). Do mesmo modo, Marçal Justen Filho afirma que a redução da intervenção direta do Estado na ordem econômica “não significa negar a responsabilidade estatal pela promoção do bem-estar, mas alterar os instrumentos para realização dessas tarefas. Ou seja, o ideário do Estado do Bem-Estar permanece vigente, integrado irreversivelmente na civilização ocidental” (*O direito das agências reguladoras independentes*, São Paulo, Dialética, 2002, p. 21).

Foi nesse contexto que a arbitragem foi inserida – ou reinserida – no direito administrativo brasileiro. Se o objetivo era buscar investimentos privados para a combatida infraestrutura nacional, não há dúvida que seria um atrativo oferecer aos particulares uma alternativa mais célere que o Poder Judiciário para a solução das controvérsias que porventura surgissem na execução dos contratos celebrados com o Poder Público.

Assim é que a arbitragem foi incluída, de modo mais ou menos explícito, nos dois diplomas legais mais representativos desse período de reforma do Estado brasileiro: a Lei n.º 9.472/1997, que disciplinou a prestação do serviço de telecomunicações por particulares, permitindo que os contratos de concessão contivessem cláusula prevendo “o foro e o modo para solução extrajudicial das divergências contratuais” (art. 93, inciso X), e a Lei n.º 9.478/1997, que cuidou da exploração e produção de óleo e gás após o fim do monopólio estatal, admitindo que nos contratos de concessão por ela disciplinados fossem estabelecidas “regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional” (art. 43, inciso X).

Na sequência, outros diplomas legais autorizaram expressamente o uso da arbitragem na composição de litígios entre a Administração Pública e os particulares. Sem pretender esgotá-los, vale citar a Lei n.º 10.233/2001, que trata do transporte aquaviário e terrestre, permitindo a inclusão no contrato de concessão de “regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem” (art. 35, inciso XVI); merece menção também a Lei n.º 11.079/2004, que disciplina o contrato de parceria público-privada, prevendo “o emprego de mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem” (art. 11, inciso III). A própria Lei n.º 8.987/1995 foi alterada em 2005 para que dela constasse expressa autorização de inclusão no contrato de concessão comum “de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem” (art. 23-A).

O fato de a arbitragem ter sido prestigiada pelos diplomas legais associados à redução do intervencionismo estatal direto na economia

brasileira pode explicar, ao menos em parte, a resistência com que a novidade foi recebida por parte da doutrina do direito administrativo.⁸ Os críticos da reforma do Estado brasileiro parecem ter visto a arbitragem como apenas uma faceta acessória de um movimento de privatização que era por eles indesejado, ignorando, contudo, que a novidade não era assim tão nova no ordenamento jurídico brasileiro. De fato, é possível encontrar diplomas legais editados no século XIX que já admitiam a utilização da arbitragem como modo de solução de controvérsias havidas entre o Poder Público e os particulares.⁹ E mais importante: o STF, no julgamento do histórico Caso Lage,¹⁰ reconheceu ainda em 1973, à unanimidade de votos, a “legalidade do Juízo Arbitral, que o nosso Direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a Fazenda”.

A arbitragem não era empregada para solucionar litígios entre a Administração e os particulares não em virtude de alguma incompatibilidade intransponível entre o instituto e o regime jurídico-administrativo, mas

8 Por todos, ver Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem “chega a ser grotesco imaginar-se que o entendimento revelado em decisão proferida por sujeito privado possa se sobrepor à inteligência proveniente de uma autoridade pública no exercício da própria competência” (*Curso de direito administrativo*, 30. ed., São Paulo, Malheiros, 2013, p. 732). Ainda do mesmo autor, e de modo mais aprofundado, ver o parecer Compromisso arbitral. Nulidade na esfera do direito administrativo. Reajuste de preço com base na variação do dólar: nulidade. Desvio de poder, in *Revista trimestral de direito público*, São Paulo, Malheiros, vol. 39, p. 116-126, 2002.

9 Cite-se o Decreto n.º 4.797/1871, que em sua cláusula 16ª assim dispunha: “as dúvidas que suscitarem-se entre o Governo e os empregados, com exceção do preço de indenização a que se refere a cláusula 12ª, serão resolvidas por arbitros”. Da mesma forma o Decreto n.º 684/1890, cuja cláusula XXVIII tinha a seguinte redação: “em caso de desacordo entre o Governo e a companhia sobre a inteligência das presentes cláusulas, esta será decidida por arbitros nomeados, um pelo Governo e outro pela companhia. Servirá de arbitro desempatador o que for escolhido á sorte em lista triplíce apresentada pelo Governo e pela companhia”.

10 AI n.º 52.181/GB, rel. Ministro Bilac Pinto, RTJ 68/382.

sim porque a arbitragem simplesmente estava à margem da prática jurídica brasileira, não sendo utilizada para solucionar qualquer tipo de litígio até 1996, salvo raríssimas exceções – dentre elas o Caso Lage, lide da qual a União era parte.

Com a edição da Lei n.º 9.307/1996, o quadro muda, e a arbitragem passou a ser mais e mais utilizada, tornando-se um importante instrumento para a pacificação de controvérsias. Nada justificava deixar de fora do alcance do novo diploma legal os litígios envolvendo a Administração Pública, que obviamente também tem interesse legítimo na solução ágil dos litígios de que é parte, bem como em que o julgamento se dê por especialistas na matéria em disputa, como somente o processo arbitral permite. E assim seria ainda que não tivesse havido reforma do Estado no final da década de 1990. A (in)feliz coincidência de terem ocorrido num mesmo momento o renascimento da arbitragem e a reforma do Estado brasileiro não pode ser motivo para tentar impedir a Administração Pública de usufruir dos benefícios de um procedimento arbitral, observadas, é claro, as peculiaridades impostas pelo regime jurídico administrativo.

3. Arbitragem e o princípio da legalidade

Como se sabe, o princípio da legalidade restringe a atuação administrativa aos limites definidos pelo legislador, não sendo lícito à Administração agir sem expressa autorização legal.¹¹

11 Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio da legalidade “é o fruto da submissão do Estado à lei. É, em suma, a consagração da ideia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei” (*Curso de direito administrativo*, p. 103).

Sendo assim, parte da doutrina defende que a Administração Pública só pode recorrer à arbitragem se houver uma autorização legal específica,¹² não bastando para tanto a autorização genérica veiculada no art. 1º da Lei n.º 9.307/1996, segundo o qual “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem”.

A discussão foi perdendo relevância prática à medida que foram sendo editados diplomas legais com expressa autorização para inclusão de cláusulas arbitrais em contratos celebrados pela Administração Pública, conforme visto acima. E para suprir eventuais lacunas foi recentemente reformada a própria Lei n.º 9.307/1996, acrescentando-se ao art. 1º do texto original o § 1º, assim redigido: “a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Logo, a discussão hoje está superada.

Não obstante, cabe aduzir que a autorização genérica constante do art. 1º da Lei n.º 9.307/1996 era suficiente para que a Administração Pública pudesse “valer-se da arbitragem”. Afinal, os entes que integram a Administração Pública, Direta ou Indireta, são “pessoas capazes de contratar”, único requisito subjetivo eleito pelo legislador para definir quem pode ser parte de um processo arbitral. Mostrava-se excessiva a exigência de que houvesse ainda uma autorização legal específica para a Administração Pública recorrer a um instituto do direito comum, expressamente previsto no ordenamento jurídico brasileiro,¹³ quando mais diante do disposto no

12 Luís Roberto Barroso, Sociedade de economia mista prestadora de serviço público. Cláusula arbitral inserida em contrato administrativo sem prévia autorização legal. Invalidez, in *Revista de direito bancário, do mercado de capitais e da arbitragem*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 19, p. 415-439, jan./mar. 2003.

13 Analisando a mesma questão no direito italiano, Sabino Cassese pondera: “il principio di legalità non è violato, perché l’arbitrato è previsto dall’art. 806 ss. del codice di procedura civile. Il principio di legalità è, dunque, soddisfatto dalle stesse norme del codice. La pubblica amministrazione non ha bisogno di un’autorizzazione legislativa *ad hoc*. Se c’è la legge, la

art. 54 da Lei n.º 8.666/1993, segundo o qual aos contratos administrativos aplicam-se, “supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado”.

4. Arbitragem e a indisponibilidade do interesse público

Conforme se lê no art. 1º da Lei n.º 9.307/1996, a arbitragem pode ser utilizada apenas “para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.¹⁴ Para parte da doutrina, tal dispositivo impediria a Administração Pública de recorrer à arbitragem para solucionar os litígios de que seja parte, e isso porque o princípio da indisponibilidade do interesse público seria incompatível com a ideia de disponibilidade de direitos.¹⁵

O princípio da indisponibilidade do interesse público ocupa posição basilar no regime jurídico-administrativo, ao lado do princípio da supremacia do interesse público. Ambos formam o alicerce do nosso direito administrativo, e isso graças à obra de Celso Antônio Bandeira de

pubblica amministrazione può utilizzare le potestà riconosciute dalla legge. Sarebbe strano se così non fosse: il soggetto più importante dell'ordinamento non potrebbe utilizzare le potestà riconosciute dal codice a tutti i soggetti” (L'arbitrato nel diritto amministrativo, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico, Rivista trimestrale di diritto pubblico*, Milão, Giuffrè, 1996, vol. 2, p. 313). No Brasil, idêntico entendimento é adotado, dentre outros, por Adilson Abreu Dallari (Arbitragem na concessão de serviço público, in *Revista trimestral de direito público*, São Paulo, Malheiros, 1996, vol. 13, p. 7-8) e por Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara (O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos, in *Contratações públicas e seu controle*, São Paulo, Malheiros, 2013, p. 258-260).

14 Para uma visão crítica à escolha da disponibilidade como critério de arbitrabilidade objetiva, ver Edoardo Ricci, Desnecessária conexão entre disponibilidade do objeto da lide e admissibilidade de arbitragem: reflexões evolutivas, in *Arbitragem – Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares*, São Paulo, Atlas, 2007, p. 402-412.

15 Celso Antônio Bandeira de Mello, Compromisso arbitral. Nulidade na esfera do direito administrativo. Reajuste de preço com base na variação do dólar: nulidade. Desvio de poder.

Mello, que em escrito clássico delineou, ainda em 1967, os contornos do regime jurídico-administrativo no ordenamento normativo brasileiro.¹⁶

De acordo com o princípio da indisponibilidade, não é dado à Administração Pública dispor do interesse público, renunciando à sua satisfação, eis que ele não pertence à Administração, mas sim à coletividade. Os agentes administrativos não são livres para decidir se vão ou não atender o interesse público: trata-se de dever, ao qual estão associados os poderes necessários ao seu pleno cumprimento. Daí a expressão poder-dever – ou dever-poder, na dicção de Celso Antônio Bandeira de Mello.¹⁷

Bem compreendido o conteúdo do princípio da indisponibilidade do interesse público, é fácil concluir que não há qualquer incompatibilidade entre ele e a ideia de direitos disponíveis de titularidade da Administração Pública. Há, isso sim, uma confusão causada pela proximidade terminológica dos conceitos – indisponibilidade do interesse público, disponibilidade de direitos –, que, contudo, não torna um o oposto do outro.¹⁸ Entendida a

16 “A indisponibilidade dos interesses públicos significa que sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público – não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estreita conformidade do que predispuer a ‘intentio legis’” (O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico, in *Revista de direito público*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1967, vol. 2, p. 48).

17 “Tendo em vista este caráter de assujeitamento do poder a uma finalidade instituída no interesse de todos – e não da pessoa exercente do poder –, as prerrogativas da Administração não devem ser vistas ou denominadas como ‘poderes’ ou como ‘poderes-deveres’. Antes se qualificam e melhor se designam como ‘deveres-poderes’, pois nisto se ressalta sua índole própria e se atrai atenção para o aspecto subordinado do poder em relação ao dever, sobressaindo, então, o aspecto finalístico que as informa, do que decorrerão suas inerentes limitações” (*Curso de direito administrativo*, p. 73).

18 “Não há qualquer correlação entre disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público” (Eros Roberto Grau, Arbitragem e contrato administrativo, in *Revista trimestral de direito público*, São

indisponibilidade como vinculação da Administração Pública ao interesse público, a confusão resta evidente.

O princípio da indisponibilidade do interesse público rege todo e qualquer comportamento da Administração Pública, que jamais pode deixar de observá-lo, furtando-se à satisfação do interesse maior da coletividade. Dito de outro modo: todo e qualquer ato praticado pela Administração deve estar voltado ao atendimento do interesse público, não sendo lícito aos agentes administrativos atuarem para atingir qualquer outra finalidade. É assim tanto no exercício de direitos indisponíveis de titularidade da Administração Pública como também no exercício de seus direitos disponíveis. Ou é disponível o interesse público nos casos em que a Administração Pública é titular de direitos patrimoniais disponíveis?

Vale dizer, pouco importa se o direito de titularidade do Estado é disponível ou indisponível: seu exercício sempre deverá estar voltado à satisfação do interesse público.

E não há dúvida que a Administração Pública é titular de direitos patrimoniais disponíveis, entendidos como como direitos passíveis de negociação, na expressão de Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara.¹⁹ Não fosse assim, a Administração sequer poderia celebrar contratos, como bem percebeu Marçal Justen Filho.²⁰ Tampouco poderia

Paulo, Malheiros, 2000, vol. 32, p. 20).

19 O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos, p. 256.

20 “O argumento de que a arbitragem nos contratos administrativos é inadmissível porque o interesse público é indisponível conduz a um impasse insuperável. Se o interesse público é indisponível ao ponto de excluir a arbitragem, então seria indisponível igualmente para o efeito de produzir contratação administrativa. Assim como a Administração Pública não disporia de competência para criar a obrigação vinculante relativamente ao modo de composição do litígio, também não seria investida do poder para criar qualquer obrigação vinculante por meio contratual. Ou seja, seriam inválidas não apenas as cláusulas de arbitragem, mas também e igualmente todos os contrato administrativos” (*Curso de direito*

prevenir litígios de modo amigável, hipótese expressamente admitida na legislação (p. ex.: Decreto-lei n.º 3.365/1941, art. 10; Lei n.º 8.666/1993, art. 65, inciso II e art. 79, inciso II), ou mesmo encerrar litígios por transação, conforme prevê a Lei n.º 9.469/1997 e, no caso do Estado do Paraná, a Lei Complementar n.º 26/1985 (art. 5º, inciso III). Ao contratar, celebrar acordos ou pactuar transações a Administração Pública está dispondo de direitos de sua titularidade, o que não lhe autoriza, por óbvio, a dispor do interesse público em qualquer desses casos. Bem ao contrário, ela só pode dispor de seus direitos para melhor atender ao interesse público.²¹

Se a Administração pode contratar, celebrar acordos e transações, pode também submeter-se à arbitragem para compor litígios que tenham por objeto direitos patrimoniais disponíveis de sua titularidade,²² que admitiriam solução extrajudicial amigável mesmo que não houvesse convenção de arbitragem. Ora, se o litígio pode ser solucionado pelas próprias partes, mediante transação, nada justifica que não possam elas acordar que o litígio será submetido à arbitragem.²³

administrativo, 11. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015, p. 824-825).

21 “A Administração, para a realização do interesse público, pratica atos, da mais variada ordem, dispondo de determinados direitos patrimoniais, ainda que não possa fazê-lo em relação a outros deles. Por exemplo, não pode dispor dos direitos patrimoniais que detém sobre os bens públicos de uso comum. Mas é certo que inúmeras vezes deve dispor de direitos patrimoniais, sem que com isso esteja a dispor do interesse público, porque a realização deste último é alcançada mediante a disposição daqueles” (Eros Roberto Grau, *Arbitragem e contratos administrativos*, p. 20).

22 “Sempre que puder contratar, o que importa disponibilidade de direitos patrimoniais, poderá a Administração, sem que isso importe disposição do interesse público, convencionar cláusula de arbitragem” (Eros Roberto Grau, *Arbitragem e contratos administrativos*, p. 20).

23 “Cabe a arbitragem sempre que a matéria envolvida possa ser resolvida pelas próprias partes, independentemente de ingresso em Juízo. Se o conflito entre o particular e a Administração Pública é eminentemente patrimonial e se ele versa sobre matéria que poderia ser solucionada diretamente entre as partes, sem que se fizesse necessária a

Ao recorrer à arbitragem para solucionar litígios que tenham por objeto direitos patrimoniais disponíveis, a Administração Pública não está dispondo do interesse público, e muito menos renunciando ao seu atendimento. Sob o ponto de vista material, a atividade desenvolvida por um juiz estatal em nada difere da desempenhada por um árbitro: ambos vão compor uma lide aplicando o direito positivo com observância das garantias inerentes ao devido processo legal - os árbitros não decidem por roleta-russa, como lembra Eduardo Talamini.^{24 25} Longe de desatender ao interesse público, a escolha pelo juízo arbitral pode justamente melhor satisfazê-lo, permitindo que especialistas de notória reputação na matéria

intervenção jurisdicional, então a arbitragem é cabível. Se o conflito pode ser dirimido pelas próprias partes, não faria sentido que não pudesse também ser composto mediante juízo arbitral sob o pálio das garantias do devido processo” (Eduardo Talamini, Arbitragem e parceria público-privada, in *Parcerias público-privadas – um enfoque multidisciplinar*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 343).

24 “A arbitragem não é aposta, jogo de azar. Quem remete a solução de sua causa ao processo arbitral não a está submetendo ao cara-ou-coroa nem à roleta-russa. Está buscando uma composição para o conflito em um processo pautado em parâmetros objetivos quanto ao seu desenvolvimento e ao conteúdo de suas decisões; um processo em consonância com as garantias do *due process of law* e, sob esse específico aspecto, controlável pelo Judiciário. Portanto, ao se submeter uma pretensão ao juízo arbitral não se está renunciando a ela, não se está abrindo mão do direito material que eventualmente existe” (Arbitragem e parceria público-privada, p. 344).

25 “É importante ressaltar que, ao submeter uma discussão à arbitragem, as partes não estão abrindo mão de seus direitos ou, mesmo, transigindo (isto é, aceitando perder parte do seu direito). Ao se valerem da arbitragem as partes, na verdade, escolhem um juízo privado para pôr termo ao litígio. A arbitragem apontará quem tem razão na disputa. Cada parte terá oportunidade de expor seus argumentos, defendê-los, produzir prova: enfim, terá oportunidade de influenciar na decisão a ser tomada, de modo a proteger seus interesses” (Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara, O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos, p. 258).

em litígio solucionem a controvérsia com muito maior celeridade.²⁶ É incompreensível que se considere compatível com o interesse público obrigar a Administração Pública a recorrer, em todo e qualquer conflito de que seja parte, ao Poder Judiciário, condenando-a a aguardar por vários anos, às vezes décadas, pela composição de um litígio de interesse de toda a coletividade.

Aliás, o princípio da legalidade tem aqui especial relevância: se o legislador, a quem cabe definir o interesse público a ser perseguido pelos agentes administrativos, autoriza expressamente a utilização da arbitragem pela Administração Pública, como ocorre hoje em nosso ordenamento jurídico, o uso da via arbitral não pode ser em hipótese alguma considerado contrário ao interesse público, mas sim um mecanismo adequado para o seu atendimento. Caberá ao agente administrativo avaliar, no caso concreto, se esse mecanismo será ou não empregado.

26 Como bem percebeu Adilson Abreu Dallari, e de modo precursor no direito administrativo brasileiro, “ao optar pela arbitragem o contratante público não está transgindo 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” (Arbitragem na concessão de serviço público, p. 8-9). No mesmo sentido, Caio Tácito entendia que “o acordo conducente ao procedimento arbitral, superando a delonga do rito judicial, favorece a celeridade na superação de litígios em benefício da dinâmica própria das relações econômicas, que o Estado venha a assumir como imperativo do interesse coletivo” (Arbitragem nos litígios administrativos, in *Temas de direito público - estudos e pareceres*, Rio de Janeiro, Renovar, 2002, vol. 3, p. 88), opinião também compartilhada por Dinorá Musetti Grotti, para quem “é indubitável que a complexidade técnica e a especificidade dos conflitos entre as partes nas concessões requer uma celeridade incompatível com a obrigatoriedade de recurso ao Poder Judiciário como única alternativa” (A arbitragem e a Administração Pública, in *Novos rumos da arbitragem no Brasil*, São Paulo, Fiuza Editores, 2004, p. 153). Outra não é a opinião de Carlos Alberto Carmona: “supondo que a Administração persiga sempre o escopo de concretização da justiça, é de todo recomendável que, havendo qualquer dissenso em contratos de que participe, seja a controvérsia resolvida pela via mais rápida, mais técnica e menos onerosa, evitando-se procrastinação indesejável” (*Arbitragem e processo*, p. 66).

A questão relevante passa a ser então identificar os direitos patrimoniais disponíveis de titularidade da Administração Pública que podem, por sua natureza, ser objeto de procedimentos arbitrais. Como regra, as discussões a respeito de (in)adimplemento de obrigações contratuais, manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, efeitos patrimoniais do exercício dos poderes de que dispõe a Administração no âmbito da relação contratual ou da extinção do vínculo podem ser solucionadas na via arbitral, pois qualquer uma delas também admite composição por acordo.

No campo dos contratos de concessão, uma boa referência é o rol constante da cláusula arbitral padrão sugerida por membros da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, que assim dispõe:²⁷

As partes poderão submeter à arbitragem os seguintes conflitos:

- i. reconhecimento do direito e determinação do montante respectivo da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, em favor de qualquer das partes, em todas as situações previstas no contrato de concessão;
- ii. reconhecimento de hipótese de inadimplemento contratual de qualquer das partes ou anuentes;
- iii. cálculo e aplicação de reajuste previsto no contrato de concessão;
- iv. acionamento dos mecanismos de garantia estipulados no contrato de concessão;
- v. valor de indenização no caso de extinção do contrato de concessão;
- vi. inconformismo de qualquer das partes com a decisão da comissão técnica.

Em qualquer dessas hipóteses, não há dúvida, a arbitragem pode ser utilizada para dirimir o litígio, que poderia ser também resolvido por

27 André Rodrigues Junqueira, Mariana Beatriz Tadeu de Oliveira e Michelle Manaia Santos, Cláusula de solução de controvérsias em contratos de parcerias público-privadas: estudo de casos e proposta de redação, in *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, PGE/SP, 2013, vol. 77/78, p. 310.

transação ou acordo celebrado pela Administração e pelo particular que com ela contratou.

5. A jurisprudência

Na jurisprudência brasileira é firme o entendimento de que a Administração Pública pode recorrer à arbitragem para buscar a composição dos litígios de que seja parte. Merecem destaque três julgados, o primeiro do STF (Caso Lage), mais antigo, os dois outros do Superior Tribunal de Justiça - STJ (Caso AES Uruguaiana e Caso Compagás), mais recentes.

5.1. Caso Lage (STF, AI n.º 52.181/GB, rel. Ministro Bilac Pinto)

Ainda que tenha sido julgado em 1973 – muito antes, portanto, da Constituição de 1988 e da Lei n.º 9.307/1996 –, o Caso Lage segue sendo o precedente jurisprudencial mais relevante a respeito da utilização da arbitragem pelo Poder Público, seja porque foi apreciado pelo Plenário do STF, seja porque envolvia a União Federal, pessoa jurídica de direito público integrante da Administração Pública Direta.

Discutia-se no processo a constitucionalidade do Decreto-lei n.º 9.521/1946, por meio do qual instituiu-se juízo arbitral para definir, dentre outras questões acessórias, o valor da indenização devida pela União ao Espólio de Henrique Lage, que tivera parte expressiva de seu patrimônio expropriada, “no interesse da defesa nacional”, por meio do Decreto-lei n.º 4.648/1942. Constituído o Tribunal Arbitral, dele fazendo parte Raul Gomes de Matos, Antônio Sampaio Dória e Manoel da Costa Manso, o processo foi concluído em menos de 18 meses. A União, todavia, alterando drasticamente o entendimento que adotara ao editar o Decreto-lei n.º 9.521/1946, recusou-se a dar cumprimento ao laudo, alegando, dentre outras razões, a inconstitucionalidade do juízo arbitral que instituíra ela mesma mediante o

referido diploma legal.²⁸ A recusa da União deu início a uma longa disputa judicial, iniciada em 1955 e somente encerrada 18 anos depois pelo STF.

A alegada inconstitucionalidade do juízo arbitral como mecanismo de solução de controvérsias envolvendo a União foi afastada pelo Plenário do STF, por unanimidade de votos, nos seguintes termos:

Na Carta de 1937, então vigente ao tempo da expedição do increpado Dl. 9.521, não existia qualquer disposição que vedasse, de modo expresso, ou mesmo implícito, a instituição de um juiz arbitral nos moldes estabelecidos pelo referido diploma e cuja decisão fosse irrecorrível e exequível, independentemente do *exequatur* judicial, pela sua homologação. Igualmente, a Constituição vigente não contém qualquer disposição que vede a criação desse instituto, tradicional no direito brasileiro, desde as antigas Ordenações. Castro Nunes, em notável parecer junto à f. 145, refutou, cabalmente, todas as objeções levantadas contra a sua irrecusável constitucionalidade.

Anotou ainda o acórdão “não ser possível a interdição do juízo arbitral, mesmo nas causas contra a Fazenda”, já que isso importaria numa restrição à autonomia contratual do Estado que, como toda a pessoa *sui juris*, pode prevenir o litígio pela via transacional, não se lhe podendo recusar esse direito, pelo menos na sua relação de natureza contratual ou privada, que só estas podem comportar solução pela via arbitral, dela excluídas aquelas em que o Estado age como Poder Público que não podem ser objeto de transação. A hipótese para a qual se instituiu o juízo arbitral pelo Dl. 9.521 entra na primeira categoria.²⁹

28 Não parece ter sido essencialmente jurídica a motivação da União para mudar de posição: a expropriação dos bens ocorrera em 1942 por ato de Getúlio Vargas; o juízo arbitral foi instituído em 1946 por ato de seu sucessor, Eurico Dutra; a recusa formal e definitiva de cumprir o laudo arbitral veio em 1952, novamente sob a Presidência de Getúlio Vargas.

29 RTJ 68/391.

Como se vê, no Caso Lage o STF reconheceu a constitucionalidade da arbitragem de modo claro e contundente, admitindo a via arbitral sempre que a Administração Pública possa “prevenir o litígio pela via transacional”, entendimento que é plenamente compatível com a Carta de 1988.

5.2. Caso AES Uruguaiana (STJ, REsp n.º 612.439/RS, rel. Ministro João Otávio de Noronha)

Em julgamento ocorrido em 2005, a Segunda Turma do STJ, por unanimidade de votos, reconheceu a validade de convenção de arbitragem constante de contrato de compra e venda de energia elétrica celebrado entre uma sociedade de economia mista gaúcha, Companhia Estadual de Energia Elétrica – CEEE, e uma empresa privada, AES Uruguaiana Ltda.. O julgado recebeu a seguinte ementa:

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

Conforme consta do acórdão, “submetida a sociedade de economia mista ao regime jurídico de direito privado e celebrando contratos situados nesta seara jurídica, não parece haver dúvida quanto à validade da cláusula compromissória por ela convencionada”. Todavia, segundo o STJ, quando as atividades desenvolvidas pela empresa estatal decorram do poder de império da Administração Pública e, conseqüentemente, sua consecução esteja diretamente relacionada ao interesse público primário, estarão envolvidos direitos indisponíveis e, portanto, não sujeitos à arbitragem.

Nota-se que o STJ adotou no Caso AES Uruguaiana o entendimento segundo o qual a indisponibilidade do interesse público estaria diretamente relacionada à indisponibilidade do direito de titularidade da Administração Pública, ideia aqui rechaçada, conforme exposto no item 4 acima, na medida em que não há relação direta entre a indisponibilidade do interesse

público e a indisponibilidade dos direitos de titularidade do Poder Público.

Ainda assim, o precedente afastou qualquer dúvida a respeito da legalidade da inclusão de cláusulas compromissórias nos contratos celebrados pelas empresas estatais, submetidas que são ao regime jurídico do direito privado, avanço importante para a consolidação da arbitragem como mecanismo de solução de controvérsias envolvendo a Administração Pública.

5.3. Caso Compagás (STJ, REsp n.º 904.813/PR, rel. Ministra Nancy Andrighi)

Mais recentemente, já em 2011, o STJ reafirmou o entendimento de que é válida convenção de arbitragem celebrada por sociedade de economia mista, desta feita por decisão unânime da sua Terceira Turma.

A discussão girava em torno da validade de compromisso arbitral celebrado entre a estatal Companhia Paranaense de Gás Natural – Compagás e o Consórcio Carioca Passarelli. Para invalidar o compromisso arbitral que firmara, a Compagás ajuizou ação declaratória de nulidade, ao final julgada improcedente pelo STJ, com análise de diversas questões relevantes.

De início, reconheceu o STJ que “não existe óbice legal na estipulação da arbitragem pelo poder público, notadamente pelas sociedades de economia mista”. O argumento de que a arbitragem seria incompatível com a indisponibilidade do interesse público foi rechaçado à luz da natureza da matéria litigiosa, como se lê do acórdão:

A controvérsia estabelecida entre as partes – manutenção do equilíbrio econômico financeiro do contrato – é de caráter eminentemente patrimonial e disponível, tanto assim que as partes poderiam tê-la solucionado diretamente, sem intervenção tanto da jurisdição estatal como do juízo arbitral.

Ou seja, segundo o julgado do STJ, assim como a recorrente [Compagás] teria autonomia para resolver a controvérsia relativa ao equilíbrio econômico financeiro do contrato celebrado com a recorrida

sem precisar de autorização legislativa ou de recorrer ao Poder Judiciário, haja vista a disponibilidade dos interesses envolvidos, ela também tem autonomia para eleger um árbitro que solucione a controvérsia.

Uma segunda questão de grande relevância foi definida pelo STJ no Caso Compagás: é lícito à Administração Pública optar pela arbitragem apenas no momento em que o litígio aflora, celebrando compromisso arbitral, mesmo no silêncio do edital de licitação e do próprio contrato que o seguiu. Ou ainda, nas palavras da Ministra Nancy Andrighi: “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”, já que “não se pode dizer que a licitação teria outro resultado ou dela participariam mais ou menos concorrentes unicamente pelo fato de estar ou não previsto determinado foro para solução de controvérsias”.

Finalmente, não passou sem crítica a mudança de postura da estatal, que, após celebrar o compromisso arbitral e voluntariamente submeter-se à arbitragem, buscou a invalidação do seu próprio ato por não se conformar com o resultado do processo arbitral. Confirma-se o acórdão:

A submissão da controvérsia ao juízo arbitral foi um ato voluntário da concessionária. Nesse contexto, sua atitude posterior, visando à impugnação desse ato, beira às raias da má-fé, além de ser prejudicial ao próprio interesse público de ver resolvido o litígio de maneira mais célere.

Nestes termos consolidou-se a jurisprudência do STJ a favor da arbitragem nos contratos celebrados pela Administração Pública.

6. Algumas questões pontuais

6.1. O sigilo da arbitragem

Um falso problema a respeito da utilização da arbitragem pela Administração Pública diz respeito ao sigilo do procedimento arbitral,

característica que seria incompatível com o princípio constitucional da publicidade, acolhido pelo art. 37 da CF.

Ocorre que o sigilo não é uma característica necessária da arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro. Não há, com efeito, um único dispositivo na Lei n.º 9.307/1996 que atribua ao procedimento arbitral caráter sigiloso.

No direito brasileiro, os particulares podem livremente pactuar que o procedimento arbitral de que são partes tramite em sigilo. Trata-se de uma faculdade, todavia, que simplesmente não está ao alcance da Administração Pública, tendo em vista o disposto no art. 37 da CF. De consequência, os procedimentos arbitrais em que a Administração Pública figure como parte não podem tramitar em sigilo. Se dúvida pudesse haver, a Lei n.º 9.307/1996, na redação que lhe deu a recente Lei n.º 13.129/2015, afastou-a, assim dispondo no § 3º do art. 2º: “A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade”.

Alguns regulamentos de câmaras de arbitragem já preveem que os processos envolvendo a Administração Pública não poderão ser sigilosos. É o caso do Regulamento da CAM-FIEP (art. 25) e do Regulamento da ARBITAC (art. 54, § 1º). Na hipótese de o regulamento prever a confidencialidade do procedimento, sem ressaltar os casos de que seja parte a Administração Pública, a regra não terá aplicação aos casos envolvendo o Poder Público, tendo em vista o comando do art. 37 da CF e o disposto no § 3º do art. 2º da Lei n.º 9.307/1996.

6.2. Julgamento por equidade

O § 3º do art. 2º da Lei n.º 9.307/1996 veda também o julgamento por equidade nos processos arbitrais de que seja parte a Administração Pública, em observância ao princípio da legalidade.³⁰

Mas é interessante notar que em Portugal a doutrina seguiu caminho muito distinto, admitindo o julgamento por equidade na arbitragem envolvendo a Administração Pública.³¹

30 “No ordenamento brasileiro, a imposição constitucional da estrita legalidade impede de forma peremptória que uma arbitragem de que o Poder Público faça parte seja julgada por equidade” (Paulo Osternack Amaral, *Arbitragem e Administração Pública*, p. 82-83). No mesmo sentido: Adílson Abreu Dallari, *Arbitragem na concessão de serviço público*, p. 9; Carlos Ari Sunfeld e Jacintho de Arruda Câmara, *O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos*, p. 264; Dinorá Musetti Grotti, *A arbitragem e a Administração Pública*, p. 167.

31 Segundo José Robin de Andrade, “o artigo 22º da Lei n.º 31/86 prevê expressamente no regime geral da arbitragem a possibilidade de as partes estipularem o julgamento segundo a equidade, e não nos parece que o facto de o contrato em litígio ser administrativo deva impedir uma tal estipulação. A circunstância de as normas jurídicas que regulam um contrato serem civis, comerciais ou administrativas não é em si factor relevante que leve a aceitar, em alguns casos, o recurso à equidade e noutros a recusá-la. As normas imperativas de direito administrativo não são mais imperativas do que as normas imperativas do direito civil ou comercial, e por isso é de admitir o recurso à equidade, quer sejam umas ou outras a regular os contratos” (*Arbitragem e contratos públicos*, in *Estudos de contratação pública*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, vol. I, p. 963). Na mesma linha, Paulo Otero também entende ser possível o julgamento por equidade nas arbitragens envolvendo a Administração Pública, ponderando que, “no que diz respeito ao domínio da arbitragem administrativa, o julgamento segundo a equidade, podendo corresponder a um imperativo determinado por lei ou traduzir a expressão da autonomia da vontade das partes permitida por lei, impedindo que o julgamento de tais litígios se faça através de uma aplicação rígida das normas jurídicas, apela a uma necessária composição do conflito que produza uma decisão final cujo conteúdo satisfaça o melhor possível ambas as partes envolvidas” (*Legalidade e Administração Pública – o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, p. 1.062).

6.3. A sede da arbitragem

A definição da sede (ou local) da arbitragem é relevante para determinar se a sentença arbitral é nacional ou estrangeira. Nos termos do parágrafo único do art. 34 da Lei n.º 9.307/1996, “considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional”, dependendo sua execução, no Brasil, de homologação pelo STJ. Será nacional, de consequência, a sentença arbitral proferida no Brasil.³²

A Lei n.º 11.079/2014 (art. 11, inciso III) e a Lei n.º 8.987/1995 (art. 23-A) estabelecem que as cláusulas compromissórias inseridas nos contratos de concessão por elas regulados deverão dispor que a arbitragem terá sede no Brasil, vedando, assim, a escolha de outro país.

Ainda que não se refira diretamente à arbitragem, parece ser plenamente aplicável à generalidade dos contratos administrativos com cláusula compromissória o disposto no art. 55, § 2º da Lei n.º 8.666/1993, segundo o qual o “foro da sede da Administração” é o competente “para dirimir qualquer questão contratual”,³³ excetuadas as hipóteses do art. 32,

32 Carlos Alberto Carmona, *Arbitragem e processo*, p. 182-185. Ver ainda Adriana Braghetta, A importância da sede da arbitragem, in *Arbitragem – estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares*, São Paulo, Atlas, 2007, p. 18-32.

33 Parte da doutrina entende que o art. 55, § 2º da Lei n.º 8.666/1993 é um óbice à via arbitral no âmbito dos contratos administrativos, eis que dispõe ser competente o “foro da sede da Administração” para dirimir as controvérsias surgidas na execução do ajuste, o que indicaria uma necessária opção pelo Poder Judiciário (Celso Antônio Bandeira de Mello, *Compromisso arbitral. Nulidade na esfera do direito administrativo. Reajuste de preço com base na variação do dólar: nulidade. Desvio de poder*, p. 117-118; Luís Roberto Barroso, *Sociedade de economia mista prestadora de serviço público. Cláusula arbitral inserida em contrato administrativo sem prévia autorização legal*, p. 433). Levada ao extremo tal posição, o art. 55, § 2º vedaria a própria solução amigável dos litígios, pois toda e qualquer questão contratual haveria de ser solucionada no “foro da sede da Administração”. Daí o entendimento de que, uma vez levado ao Poder Judiciário o conflito, o foro competente para julgá-lo será o da Administração, o que não significa que todo e qualquer conflito precise ser submetido ao Judiciário, e apenas ao Judiciário (Carlos Ari Sunfeld e Jacintho

§ 6º do mesmo diploma, que também parecem aplicáveis à generalidade dos contratos celebrados pela Administração.³⁴ Aplicando-se por analogia o dispositivo, o local da arbitragem haverá de ser onde a Administração tem sua sede.

Isso não significa, claro, que todos os atos do processo devam ser necessariamente praticados na sede da arbitragem, sendo plenamente possível que ocorram em outras localidades, se necessário ao bom andamento do feito. Tanto é assim que a Lei n.º 9.307/1996 prevê que o compromisso arbitral pode conter “o local, ou locais, onde se desenvolverá a arbitragem” (art. 11, inciso I).

A necessidade de a sede da arbitragem ser no Brasil não impede a escolha de câmara arbitral estrangeira para administrar o litígio. As câmaras arbitrais limitam-se a administrar o procedimento arbitral, a ele aplicando as regras de seu regulamento; elas não julgam a causa, portanto, não se confundindo com os árbitros. É plenamente possível, e bastante corriqueiro, que um litígio seja administrado por uma câmara sediada num país e tenha sua sede noutra, opção que está ao alcance também da Administração Pública.³⁵

6.4. Necessidade de previsão no edital ou no contrato

Conforme mencionado logo acima, o STJ, no julgamento do Caso Compagás, firmou o entendimento de que a convenção de arbitragem não

Arruda Câmara, O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos, p. 258-260; Carlos Alberto Carmona, Arbitragem e processo, p. 64-65; Paulo Osternack Amaral, *Arbitragem e Administração Pública*, p. 61-62). Mas a polêmica hoje parece superada: após o advento da Lei n.º 13.129/2015, que incluiu na Lei n.º 9.307/1996 expressa autorização para a Administração Pública Direta e Indireta recorrer à arbitragem (art. 1º, § 1º), o art. 55, § 2º da Lei n.º 8.666/1993 não pode mais ser interpretado como óbice à via arbitral.

34 Eduardo Talamini, *Arbitragem e parceria público-privada*, p. 354-355.

35 Eduardo Talamini, *Arbitragem e parceria público-privada*, p. 355.

precisa ser incluída no edital de licitação ou no contrato celebrado pela Administração Pública, sendo possível que a via arbitral seja escolhida já quando do efetivo surgimento do litígio, mediante a celebração de compromisso arbitral, ou mesmo antes, por meio aditivo ao instrumento contratual que nele incluía uma cláusula compromissória.³⁶

Logo, ainda que o edital de licitação e o contrato silencie, nada dispondo a respeito do modo de solução de controvérsias – e, de consequência, veiculando a opção pela via judicial –, a Administração Pública e o particular que com ela mantém relação contratual podem optar pela arbitragem.³⁷

O projeto de lei n.º 7.108/2014, que deu origem à já citada Lei n.º 13.129/2015, pretendia restringir o uso da arbitragem às hipóteses em que houvesse previsão expressa “no edital e nos contratos da administração”.³⁸ Felizmente a restrição foi retirada do texto final aprovado no Senado Federal, demonstração inequívoca de que o legislador tampouco entende

36 Segundo a Lei n.º 9.307/1996, entende-se por cláusula compromissória “a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato” (art. 4º), ao passo que o compromisso arbitral “é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem” (art. 9º). No primeiro caso, portanto, a convenção arbitral é celebrada para dispor a respeito da solução de controvérsias futuras e eventuais, enquanto no segundo o litígio já existe.

37 Eduardo Talamini, *Arbitragem e parceria público-privada*, p. 351; Paulo Osternack Amaral, *Arbitragem e Administração Pública*, p. 77-80. Em sentido contrário, Gustavo Justino de Oliveira, *A arbitragem e as parcerias público-privadas*, in *Parcerias público-privadas*, São Paulo, Malheiros, 2005, p. 596; Carlos Alberto de Salles, *Arbitragem nos contratos administrativos*, Rio de Janeiro, Forense, 2011, p. 109.

38 De acordo com o projeto de lei n.º 7.108/2014, a redação do § 1º do art. 1º da Lei n.º 9.307/1996 assim ficaria: “A Administração Pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, desde que previsto no edital e nos contratos da administração, nos termos do regulamento”.

ser necessária a menção à arbitragem já no edital ou no contrato de que seja parte a Administração Pública.

Vale acrescentar que também um litígio fruto de uma relação extracontratual entre o Poder Público e particulares pode ser submetido à arbitragem mediante compromisso arbitral. Controvérsia acerca da responsabilidade civil extracontratual do Estado pode ser solucionada por árbitros, p. ex., sendo certo que se trata de matéria a respeito da qual as partes podem transigir. Aliás, o Caso Lage, já citado, envolvia justamente uma controvérsia de natureza extracontratual: fixação de indenização por expropriação de bens.

6.5. Arbitragem institucional ou *ad hoc* e a escolha da câmara arbitral

As partes podem convencionar que a arbitragem será instalada perante uma câmara arbitral, submetendo-se ao seu regulamento, ou optar pela tramitação do processo em privado, sem auxílio administrativo de instituição alguma, definindo elas mesmas as regras a serem observadas no procedimento.³⁹ No primeiro caso tem-se uma arbitragem institucional; no segundo, uma arbitragem *ad hoc*.

Assim como os particulares, a Administração pode escolher entre uma forma ou outra de arbitragem – institucional ou *ad hoc* –, conforme lhe pareça mais conveniente à luz da situação concreta. Trata-se de decisão discricionária,⁴⁰ portanto – a menos, é claro, que o legislador tenha já disposto a respeito do assunto, como ocorre com a Lei n.º 19.477/2011 do Estado de Minas Gerais, que disciplina o uso da via arbitral pela

39 A Lei n.º 9.307/1996 assim dispõe em seu art. 5º: “Reportando-se as partes, na cláusula compromissória, às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras, podendo, igualmente, as partes estabelecer na própria cláusula, ou em outro documento, a forma convencionada para a instituição da arbitragem”.

40 Paulo Osternack Amaral, *Arbitragem e Administração Pública*, p. 75.

Administração Pública mineira, cujo art. 4º determina que “o juízo arbitral, para os fins desta Lei, instituir-se-á exclusivamente por meio de órgão arbitral institucional”.

Optando a Administração por uma arbitragem institucional, a escolha da câmara arbitral não dependerá de prévia licitação, eis que não é possível estabelecer critérios objetivos de seleção que tornem viável qualquer forma de competição, a tornar inexigível o certame licitatório conforme previsto no art. 25 da Lei n.º 8.666/1993.⁴¹ A escolha da câmara arbitral levará em conta elementos subjetivos que deverão ser avaliados pelo agente administrativo, conforme as necessidades do caso concreto: tradição do órgão institucional, qualidade do seu regulamento, localização de sua sede, reputação e experiência dos árbitros que integram a sua lista – além, é claro, do valor das custas e dos honorários dos árbitros, único elemento que admitiria aferição objetiva, insuficiente, por si só, para garantir uma escolha que bem atenda ao interesse público.

Mas ainda que a licitação para escolha da câmara arbitral seja inexigível, a definição não poderá ser arbitrária e desarrazoada, devendo a Administração Pública fundamentar a sua decisão. Se a escolha recair sobre uma câmara arbitral instalada no exterior e a arbitragem houver de ter sede no Brasil, a Administração deverá demonstrar a razão pela qual deixou de optar por instituições localizadas em território nacional, sendo certo que há por aqui diversas câmaras de nível elevado e com custo bem inferior. Não se está a dizer que a escolha de uma câmara internacional seja vedada por princípio, mas sim, que a escolha deverá ser fundamentada pela Administração, como ocorre, de resto, com toda e qualquer contratação direta.

Outro ponto relevante diz respeito ao momento de escolha da câmara arbitral. É possível definir a instituição arbitral já quando da celebração

41 Carlos Alberto de Salles, *Arbitragem nos contratos administrativos*, p. 279-280; Paulo Osternack Amaral, *Arbitragem e Administração Pública*, p. 75.

do contrato, mencionando-a expressamente na cláusula compromissória, ou então deixar a definição para momento posterior, quando do efetivo surgimento do litígio.

Considerando que os contratos celebrados pela Administração Pública para desenvolvimento de projetos de infraestrutura são de longuíssima duração, estendendo-se por décadas, a escolha da câmara quando da celebração do contrato pode gerar dificuldades no futuro, pois nada garante que a instituição seguirá operando e muito menos que ela manterá as características que justificaram sua escolha.⁴²

Doutro lado, deixar a escolha para o momento em que o litígio eclode é sempre arriscado, pois as partes envolvidas na lide podem já não ter mais condições de chegar a um consenso a respeito de qualquer coisa, abrindo espaço para uma discussão judicial para viabilizar a própria instalação da arbitragem, nos termos previstos no art. 7º da Lei n.º 9.307/1996.

Mas é possível encontrar soluções intermediárias, que atendam a uma e outra preocupação, valendo mencionar aqui dois exemplos.

No contrato de parceria público-privada celebrado pelo Estado do Paraná para outorga de concessão tendo por objeto a rodovia PR-323, optou-se por escolher desde logo a câmara arbitral, mas foram também definidas regras claras para eventual substituição da instituição. Confira-se:

42 “A contratação da câmara arbitral pelo Poder Público é futura e incerta (não se sabe, de antemão, se ocorrerá algum litígio) e os contratos de PPP possuem longa duração (o conflito poderá ocorrer somente vinte ou trinta anos após a assinatura do contrato). Assim, não será possível determinar de antemão qual o órgão mais adequado para solução de conflitos” (André Rodrigues Junqueira, Mariana Beatriz Tadeu de Oliveira e Michelle Manaia Santos, Cláusula de solução de controvérsias em contratos de parcerias público-privadas: estudo de casos e proposta de redação, p. 304).

54.2. A arbitragem será conduzida e administrada pela Câmara de Arbitragem das Indústrias do Estado do Paraná – CAM-FIEP ou pela que a substituir.

54.2.1. Em caso de extinção da CAM-FIEP, durante o prazo de concessão patrocinada, caberá às Partes a escolha da nova Câmara Arbitral.

54.2.2. Poderão as Partes de comum acordo modificar a escolha da CAM-FIEP.

54.2.3. O Poder Concedente poderá propor unilateralmente a modificação da CAM-FIEP caso venha a ser modificado o procedimento legal vigente no que tange ao modo de escolha da Câmara Arbitral.

54.2.4. A escolha da nova Câmara Arbitral, nas hipóteses acima, será objeto de proposta do Poder Concedente, podendo a concessionária manifestar, desde que de forma motivada e justificada, a sua discordância no prazo de 5 (cinco) dias úteis contados da comunicação da proposta do Poder Concedente. No caso de manifestação de discordância caberá ao Poder Concedente a comunicação de nova proposta de Câmara Arbitral em 5 (cinco) dias úteis, repetindo-se o procedimento até que não haja manifestação expressa de discordância por parte da Concessionária.

Outro sistema é adotado pela cláusula compromissória padrão sugerida pela Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, que não define desde logo a câmara arbitral, mas afasta o risco de impasse no momento do efetivo surgimento do conflito ao fixar um prazo determinado para que a escolha se dê pelo Poder Público, sob pena de ser a câmara arbitral definida pela parte privada da avença, como se lê:

A escolha da câmara arbitral será exercida pela Contratante, dentre as instituições de notório reconhecimento, com regulamento adaptado às arbitragens estatais e que possuam profissionais com experiência na matéria em litígio, em até 30 (trinta) dias contados da apresentação da controvérsia por qualquer das Partes, via comunicação formal à outra Parte. [...] Caso o Poder Concedente não indique a

câmara de arbitragem no prazo acima indicado, caberá ao Parceiro Privado fazê-lo, no mesmo prazo, com base nos mesmos critérios.⁴³

Tanto num caso como noutro evitou-se vincular uma determinada câmara arbitral a todo o período de vigência do contrato, ao mesmo tempo em que foram estabelecidas regras para garantir que, sendo necessário fazer a escolha quando do surgimento do litígio, não haverá necessidade de recorrer ao Poder Judiciário, ganhando-se agilidade no início do procedimento.

6.6. A escolha dos árbitros

Tampouco a escolha do árbitro a ser indicado pela Administração Pública depende de prévia licitação, igualmente inexigível. A escolha, afinal, levará em conta a notória especialização do indicado na matéria em litígio, bem assim, e sobretudo, a confiança que nele deposita a parte, aspectos subjetivos que deverão ser apreciados pelo agente administrativo no caso concreto.⁴⁴

Mas a escolha do árbitro pela Administração Pública deverá também observar o comando do art. 14 da Lei n.º 9.307/1996, que veda a indicação de pessoas que tenham, “com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes”.

43 André Rodrigues Junqueira, Mariana Beatriz Tadeu de Oliveira e Michelle Manaia Santos, Cláusula de solução de controvérsias em contratos de parcerias público-privadas: estudo de casos e proposta de redação, p. 311.

44 Carlos Alberto de Salles, *Arbitragem nos contratos administrativos*, p. 279-280; Paulo Osternack Amaral, *Arbitragem e Administração Pública*, p. 75.

6.7. O pagamento das custas administrativas e dos honorários dos árbitros

Em comparação com o processo judicial brasileiro, o custo financeiro envolvido numa arbitragem é muito elevado. É claro que o custo de um processo não pode ser medido apenas à vista do montante de dinheiro comprometido com o pagamento de taxas e honorários, pois a demora de décadas na solução de um litígio cobra também um preço alto das partes, e, nos casos envolvendo o Poder Público, da própria sociedade – basta pensar num projeto de interesse público que fique paralisado por anos à espera da solução de um litígio entre a Administração contratante e o particular contratado. Ainda assim, é fato que o valor a ser suportado pelas partes de um processo arbitral pode ser bastante expressivo, pois ele inclui não apenas as custas administrativas da câmara arbitral como também os honorários dos árbitros.

Considerando as limitações orçamentárias a que estão sujeitos os entes públicos, em especial a Administração Pública Direta, o pagamento das taxas administrativas e honorários arbitrais pode gerar dificuldades práticas. Se a Administração é a parte requerente no procedimento, o não pagamento pode impedir o prosseguimento do caso, em prejuízo da efetiva tutela do direito de titularidade do Poder Público.

Uma forma de evitar o problema é estabelecer na cláusula compromissória que o pagamento dos custos do processo arbitral ficará inicialmente sob a responsabilidade do particular que celebrou contrato com a Administração Pública, a quem caberá antecipar o montante necessário ao andamento do feito, aí incluídas custas administrativas da câmara arbitral e honorários dos árbitros. Ao final do processo, o tribunal arbitral deverá deliberar sobre a responsabilidade das partes pelo pagamento dos custos do processo, conforme o resultado da demanda, condenando a Administração a restituir ao particular o valor que a ela for atribuído.

A Lei n.º 19.477/2011 do Estado de Minas Gerais seguiu esse caminho, prevendo que o particular deve antecipar o pagamento das taxas

administrativas e honorários dos árbitros quando de sua instauração (art. 11, p. único), modelo também adotado pelo Estado do Paraná no contrato de parceria público-privada que tem por objeto a rodovia PR-323, como se lê da seguinte cláusula:

54.5. A Concessionária será responsável pelas custas para instauração do procedimento arbitral, incluindo o adiantamento de percentual dos honorários devidos aos árbitros, ainda que o procedimento seja instaurado por iniciativa do Poder Concedente.

Nada dispondo a cláusula compromissória, contudo, a Administração terá de arcar com o pagamento inicial das custas e honorários na proporção que lhe couber, devendo estar preparada para efetuar o desembolso a despeito das restrições orçamentárias, sob pena de inviabilizar o prosseguimento do processo que fez instaurar.

7. Conclusão

Como se demonstrou ao início, estão hoje superadas as objeções iniciais à utilização da arbitragem pela Administração Pública, dado o avanço da legislação, da doutrina e da jurisprudência nos últimos anos.

Isso não significa, todavia, que não existam mais dúvidas a respeito do uso da arbitragem pelo Poder Público. Bem ao contrário, superada a discussão a respeito da própria possibilidade do recurso à via arbitral, surgem outras tantas dúvidas de caráter mais objetivo e prático, atinentes à identificação e ao enfrentamento das peculiaridades que o processo arbitral apresenta quando num de seus polos está a Administração Pública.

É preciso, portanto, aprofundar a discussão a respeito da utilização da arbitragem pela Administração Pública, para a qual os advogados públicos têm muito a contribuir.

Referências bibliográficas

AMARAL, Paulo Osternack. *Arbitragem e Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ANDRADE, José Robin de. Arbitragem e contratos públicos. In: GONÇALVES, Pedro (org.). *Estudos de contratação pública*. Coimbra: Coimbra Editora, vol. I, p. 943-966, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico*. In: Revista de direito público. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 2, p. 44-61, out./dez. 1967.

_____. *Compromisso arbitral. Nulidade na esfera do direito administrativo. Reajuste de preço com base na variação do dólar: nulidade. Desvio de poder*. In: Revista trimestral de direito público. São Paulo: Malheiros, vol. 39, p. 116-126, 2002.

_____. *Curso de direito administrativo*. 30. ed.. São Paulo: Malheiros, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras, Constituição, transformações do estado e legitimidade democrática. In: *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, vol. 229, p. 285-311, jul./set. 2002.

_____. *Sociedade de economia mista prestadora de serviço público. Cláusula arbitral inserida em contrato administrativo sem autorização legal. Invalidez*. In: Revista de direito bancário, do mercado de capitais e da arbitragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 19, p. 415-439, jan./mar. 2003.

BRAGHETTA, Adriana. A importância da sede da arbitragem. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (coord.). *Arbitragem – Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares*. São Paulo: Atlas, p. 18-32, 2007.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo – Um comentário à Lei n.º 9.307/1996*. 2. ed.. Atlas: São Paulo, 2004.

CASSESE, Sabino. L'arbitrato nel diritto amministrativo. In: *Rivista trimestrale di diritto pubblico*. Milão: Giuffrè, vol. 2, p. 311-327, 1996.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Preceitos constitucionais fundamentais da República Federativa do Brasil, serviço público portuário e autorização para exploração de atividade portuária por meio de terminais privativos de uso misto. In: *Regulação portuária e concorrência – pareceres jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Abratec, p. 199-246, 2009.

DALLARI, Adilson Abreu. *Arbitragem na concessão de serviço público*. In: Revista trimestral de direito público. São Paulo: Malheiros, vol. 13, p. 5-10, 1996.

GONÇALVES, Pedro. *Direito administrativo da regulação*. In: Regulação, electricidade e telecomunicações – estudos de direito administrativo da regulação. Coimbra: Coimbra Editora, p. 7-67, 2008.

GRAU, Eros Roberto. *Arbitragem e contrato administrativo*. In: Revista trimestral de direito público. São Paulo: Malheiros, vol. 32, p. 14-20, 2000.

GROTTI, Dinorá Musetti. *A arbitragem e a Administração Pública*. In:

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (coord.). *Novos rumos da arbitragem no Brasil*. São Paulo: Fiuza Editores, p. 145-168, 2004.

JUNQUEIRA, André Rodrigues; OLIVEIRA, Mariana Beatriz Tadeu de; SANTOS, Michelle Manaia. *Cláusula de solução de controvérsias em contratos de parcerias público-privadas: estudo de casos e proposta de redação*. In: Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo. São Paulo: PGE/SP, vol. 77/78, p. 285-313, jan./dez. 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agência reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

_____. *Curso de direito administrativo*. 11. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *A arbitragem nas parcerias público-privadas*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, p. 567-606, 2005.

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública – o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.

RICCI, Edoardo. *Desnecessária conexão entre disponibilidade do objeto da lide e admissibilidade de arbitragem: reflexões evolutivas*. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (coord.). *Arbitragem – Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares*. São Paulo: Atlas, p. 402-412, 2007.

SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem nos contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. *O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, p. 252-264, 2013.

TÁCITO, Caio. *Arbitragem nos litígios administrativo*. In: *Temas de direito público – estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, vol. 3, p. 83-88, 2002.

TALAMINI, Eduardo. *Arbitragem e parceria público-privada*. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (coord.). *Parcerias público-privadas – um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 333-358, 2005.

WALD, Arnaldo. *A infra-estrutura, as PPPs e a arbitragem*. In: WALD, Arnaldo (org.). *Doutrinas essenciais – Arbitragem e mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 4, p. 635-652, 2014.

