

**Os critérios *de direito e por equidade*
no julgamento das arbitragens envolvendo
a Administração Pública no Brasil**

***The criteria at law and in equity in the judgment of
arbitrations involving Public Administration in Brazil***

*Gustavo Justino de Oliveira*¹

*Rafael Augusto Silva Domingues*²

RESUMO: O ordenamento jurídico brasileiro proíbe expressamente a utilização da *equidade* como critério de julgamento das arbitragens envolvendo a Administração Pública. Sendo assim, nestes casos, a arbitragem deve ser sempre *de direito*. O problema, contudo, é saber o que se deve entender por critério *de direito* e qual a sua fronteira com o critério de julgamento por *equidade*. A proposta do trabalho é refletir sobre algumas respostas.

PALAVRAS-CHAVE: Administração Pública; arbitragem; critério de julgamento.

1 Professor de Direito Administrativo na USP e no IDP (Brasília-DF e SP). Árbitro, consultor e advogado especializado em Direito Público.

2 Doutorando em Direito Administrativo na USP. Procurador do Estado do Paraná.

ABSTRACT: Brazilian judicial system expressly forbids using equity as judging criterium in arbitration involving the Public Administration. Henceforth, arbitration, in those cases, must always be in law. The problem, however, is to know what must be understood as criterium in law and what are its limits regarding judging criterium in equity. The point of this work is to consider some answers.

KEYWORDS: Public Administration, arbitration, judging criteria.

1 ATUALIDADE DA PROBLEMÁTICA A SER ENFRENTADA

É fora de dúvida que o ordenamento jurídico brasileiro proíbe expressamente a utilização da *equidade* como critério de julgamento das arbitragens envolvendo a Administração Pública.³ Sendo assim, nestes casos, a arbitragem deve ser sempre *de direito*.

O problema, contudo, é saber o que se deve entender por critério *de direito*.

O critério conhecido como *de direito* é a mesma coisa que legalidade estrita, ou seja, é a lei formal aprovada pelo Parlamento ou, ao revés, é um conceito mais amplo do que isso? E, sendo um conceito mais amplo, qual a sua fronteira com o critério de julgamento por *equidade*?

A questão não é sem motivo.

3 “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.”

Por exemplo. O Decreto n. 46.245/2018 do Estado do Rio de Janeiro, o primeiro a regulamentar a matéria, estipula que além dos requisitos previstos na Lei de Arbitragem, da convenção de arbitragem constará obrigatoriamente “[...] a escolha das leis da República Federativa do Brasil, inclusive os tratados internacionais com eficácia no ordenamento jurídico nacional, para reger a convenção de arbitragem, o processo de arbitragem e o mérito da disputa, sendo vedado o julgamento *por equidade*” (art. 4º, II).

O Decreto Federal n. 10.025/2019, por sua vez, estipula que “será admitida exclusivamente a arbitragem *de direito*” (art. 3º, I), bem como que “as regras do direito material para fundamentar a decisão arbitral serão as da legislação brasileira” (art. 3º, II).

No mesmo sentido, o Decreto n. 64.356/2019 do Estado do São Paulo exige “a escolha das leis da República Federativa do Brasil como sendo a lei aplicável, vedado o julgamento *por equidade*” (art. 4º, § 1º, 2).

O que se deve afinal entender por “legislação brasileira” (do Decreto Federal)? E o que se deve afinal entender por “leis da República Federativa do Brasil” (dos Decretos fluminense e paulista)? E, finalmente, o que se deve entender por julgamento *por equidade*?

A proposta do trabalho é apenas exercer um juízo reflexivo e de certo modo exploratório sobre algumas respostas.

2 O CRITÉRIO DE JULGAMENTO DE DIREITO: LEGALIDADE FORMAL?

Começando pelo critério de julgamento conhecido como *de direito*, é importante refletir se ele corresponde ao conceito de legalidade formal. Para tanto, parece conveniente considerar a evolução do conceito de legalidade no direito administrativo.

No direito administrativo do século XIX e início do século XX, a Administração Pública nunca poderia atuar senão para a “fiel execução

da lei”⁴, de maneira que toda a sua atividade infralegal inexoravelmente deveria estar vinculada à lei formal.

Tudo isso parece ser o resultado de uma visão segundo a qual a lei formal seria suficiente e adequada para resolver, através de simples subsunção, todos os conflitos ou controvérsias eventualmente existentes entre a Administração pública e o particular.

Ocorre que o direito administrativo do Estado pós-social do século XXI, confirmando a tendência iniciada no Estado social da segunda metade do século XX, consolidou a ideia de que é necessário alargar o conceito de legalidade. O princípio da legalidade já não pode mais ser associado à ideia de legalidade formal, indo muito além para abarcar um conceito mais amplo que a doutrina tem identificado como *princípio da juridicidade*.⁵

Com efeito, os atos infralegais (decretos, resoluções, portarias etc.) não mais se prestam apenas para a *fidel execução da lei*, possuindo, mais do que isso, a capacidade de produzir direito novo, vale dizer, constituem fonte autônoma do direito.

A LINDB, *e.g.*, parece ter se apercebido dessa nova realidade, reconhecendo a importância dos “regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas” para a segurança jurídica.⁶

Os múltiplos decretos editados pelos entes federativos durante a

4 Na doutrina brasileira, se tornou clássica a definição de Miguel Seabra Fagundes segundo a qual “*administrar é aplicar lei de ofício*”.

5 “O alargamento do princípio da legalidade (quando ainda era desconhecido o termo juridicidade) encontrou no francês Charles Eisenmann um dos seus principais expoentes, representando uma profunda alteração da sua concepção originária rumo à ideia de um princípio da ‘não contrariedade’ ou ‘da conformidade’.” (*O direito administrativo*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, abr.-jun., 1959, v. 56, pp. 47-70).

6 “Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.”

atual pandemia de coronavírus (Covid-19) também parecem ter deixado isso muito evidente.

Em síntese, a juridicidade como contraponto à legalidade formal também significa o cumprimento da Constituição.

De outro lado, deve ser ressaltado que no Estado Democrático de Direito, como é o caso do Brasil, a superação da legalidade em sentido formal significa, também, a observância da Constituição. O administrador público, ao contrário do período do legalismo, deve obediência ao direito globalmente considerado.⁷

O *princípio da juridicidade* com a sua maior amplitude, portanto, parece servir de parâmetro para a definição do que se deve entender por critério *de direito* na arbitragem.

3 O QUE MAIS PODE SER CONSIDERADO CRITÉRIO DE DIREITO?

Se a identificação do que se entende por critério *de equidade* parece mais difícil de ser realizada, mais nebulosa, a identificação do critério *de direito*, por sua vez, deve encontrar parâmetros mais objetivos, especialmente na própria legislação brasileira.

O Decreto n. 46.245/2018 do Estado do Rio de Janeiro parece oferecer uma pista sobre a questão quando diz que, além das leis brasileiras, se aplicam também “os tratados internacionais com eficácia no ordenamento jurídico nacional” (art. 4º, II).

7 “As fontes da juridicidade administrativa são as normas que compõem o sistema jurídico em toda a sua gama, partindo-se, pois, da Constituição até o ato normativo emanado da entidade política no exercício de sua função administrativa-normativa.” (ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 85).

Como se sabe, tratados internacionais não têm a natureza jurídica de lei formal, estando sujeitos a um rito procedimental próprio para poder entrar em vigor no Brasil (art. 84, VIII c/c art. 49, inciso I da CF).

Essa previsão representaria uma fissura no critério de julgamento *de direito*? Existiriam outras hipóteses que não a lei formal passíveis de serem enquadradas no critério *de direito*?

Por exemplo. O árbitro deve aplicar as chamadas *súmulas vinculantes* ou elas se aplicam apenas “relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal” (art.103-A da CF)?

É o sistema de *precedentes obrigatórios* adotado pela lei brasileira (art. 927 do CPC) deve ser observado pelo árbitro quando o conteúdo da decisão judicial for de índole material (e não meramente processual)?

A resposta para ambas as perguntas parece ser positiva. Tanto as *súmulas vinculantes* como os *precedentes obrigatórios* (aqueles de índole material) se enquadram no conceito do critério de julgamento *de direito*.

Portanto, quando se percebe que o princípio da legalidade é mais amplo do que a mera legalidade formal, ou seja, a lei oriunda do Parlamento, tudo leva a crer que o árbitro deve considerar todo esse arcabouço como critério de julgamento *de direito*.

4 E SE O PRÓPRIO DIREITO FOR O OBJETO DA DISPUTA?

E se o próprio *direito* for o objeto da disputa? Qual o critério a ser utilizado caso esteja em disputa exatamente um determinado critério *de direito*? Que critério se deve utilizar quando, *e.g.*, o próprio ato infralegal (decreto, resolução, portaria etc.) for objeto da disputa?

É que, conquanto os chamados *direitos patrimoniais disponíveis* sejam normalmente objeto dos contratos administrativos, não é raro ocorrer que os *efeitos patrimoniais* decorrentes da edição de atos infralegais (*atos de império*) causem impacto nesses contratos administrativos e se

transformem exatamente no objeto da disputa.⁸ Recentemente, como se verá mais abaixo, alguns entes federativos têm lançado mão – por decreto – da suspensão dos contratos administrativos de prestação de serviços com a manutenção do pagamento de empregados.⁹

Qual o critério *de direito* deve ser aplicado?

Se houver qualquer outra normatização que não a do ato infralegal objeto da disputa, a questão simplesmente não se coloca. Mas e se não houver? Como resolver a disputa?

É importante saber o que a própria legislação brasileira diz?

A LINDB, *e.g.*, estabelece que, quando a lei for omissa, o juiz deve aplicar a *analogia*, os *costumes* e os *princípios gerais do direito* (art. 4º).

Mas esses critérios devem ser enquadrados como critérios de julgamento *de direito* ou *por equidade*? Os *costumes*, *e.g.*, podem ser enquadrados no conceito de critério de julgamento *de direito*? E os *princípios gerais do direito* também podem?

Parece que sim, uma vez que o próprio direito estabelece o dever de aplicar esses critérios.

Se havia alguma resistência quanto à aplicação dos *costumes* no direito administrativo, depois da edição do art. 24 da LINDB não existe mais razão para não os aplicar.¹⁰

A expressão “prática administrativa reiterada” não deixa dúvida de que os *costumes* também existem no mundo jurídico, devendo

8 No CC 139.519-RJ, *e.g.*, o objeto da disputa envolvia exatamente um ato normativo editado pela ANP que teria impactado economicamente um contrato de concessão celebrado com a Petrobrás.

9 *E.g.*: Decreto n. 47.004, de 27 de março de 2020, do Estado do Rio de Janeiro.

10 “Art. 24, Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.” (Grifo do autor)

ser considerado, como consequência, um critério *de direito* para um julgamento arbitral envolvendo a Administração Pública brasileira.

Outro exemplo. O *princípio geral do direito* conhecido como proibição do *venire contra factum proprium* também parece perfeitamente aplicável num julgamento arbitral envolvendo a Administração Pública brasileira.

Perceba que esse *princípio geral do direito* parece guardar forte correspondência com o art. 24, *caput* da LINDB segundo o qual é vedado declarar inválidas situações plenamente constituídas com base em “*mudança posterior de orientação geral*”.¹¹ Resta saber se esse *princípio geral do direito* vincula somente a Administração Pública ou também o particular, mas essa é outra questão para outro momento. O fato é que tudo indica que ele integra o chamado critério *de direito*.

A propósito, é interessante notar como a legislação brasileira (LINDB) de alguma forma mantém como que um “portal interdimensional” em relação a um direito que está para além do Estado Nacional. No exemplo citado acima, a origem da proibição do *venire contra factum proprium* parece ser a chamada *lex mercatoria*, aplicável às *arbitragens internacionais* de todo o mundo.

5 O CRITÉRIO DE JULGAMENTO *POR EQUIDADE*

Se o critério de julgamento *de direito* não se limita à legalidade estrita, alcançado um espectro muito maior (constituição + lei formal + atos infralegais + costumes + princípios gerais do direito), então resta

11 “Art. 24, *caput*. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.” (Grifo do autor).

tentar identificar os contornos do outro critério, o *da equidade*.

O termo *equidade* não é unívoco, ao menos no sentido de que é possível emprestar mais de uma função para ele dentro da ciência jurídica.

Nesse passo, é necessário perceber que a *equidade* pode se referir ao direito de igualdade, de maneira que se pode concluir que a *equidade* (igualdade) também integra o ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, também constitui a legislação brasileira (e.g., art. 5º, *caput* da CF) e, nessa condição, não deixa de ser um critério *de direito* para fins de julgamento na arbitragem.

Portanto, enquanto critério *de direito*, é possível em tese decidir com base no *direito de igualdade* – um direito como qualquer outro – nas arbitragens envolvendo a Administração Pública.

De outro lado, contudo, a *equidade* também pode se referir a um modo de proceder do árbitro, a uma forma específica de apreciar uma disputa, enfim, a um critério de julgamento da arbitragem.

Na arbitragem internacional é utilizada a expressão *ex aequo et bono*, que normalmente vem associada com a expressão latina *amiable compositeur*.

Percebe-se que a ideia que se pretende passar com as expressões latinas é diferente, mais ampla, complexa e sofisticada, em relação à ideia que o termo *equidade* transmite num primeiro momento. Embora o termo *equidade* não seja o melhor para transmitir a ideia que se pretendia transmitir, esta foi a opção do legislador brasileiro.

O fato é que o critério de julgamento conhecido como *ex aequo et bono* ou *amiable compositeur* (para a lei brasileira, *equidade*) remete à ideia de que o árbitro detém um poder, quase uma arte, de solucionar disputas conforme a sua vasta experiência e expertise e de modo desvinculado de normas jurídicas específicas.

Sem prejuízo dessa ideia, parece conveniente tentar encontrar parâmetros para se definir a *equidade* enquanto critério de julgamento na arbitragem.

Se a LA não define exatamente o que é julgamento *por equidade*, o CPC também não o faz¹², deixando para a doutrina essa tarefa.

Luiz DELLORE oferece a seguinte definição:

Não se pode confundir julgamento por equidade e julgamento com equidade. Julgamento por equidade é aquele em que se autoriza o juiz, expressamente, a afastar-se de critérios de legalidade estrita e tomar a decisão que lhe parecer mais conveniente e oportuna (discricionariedade judicial). Por força do artigo 140, parágrafo único, do CPC/2015, trata-se de situação absolutamente excepcional no direito brasileiro. Julgamento com equidade, por sua vez, se dá quando, na aplicação da lei, o juiz atende aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. Por imperativo legal (artigo 5.º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro), é a regra geral de julgamento no Brasil. (Grifo do autor)

Salvo melhor juízo, não parece adequado opor o julgamento *por equidade*, excepcional por força de lei (art.140, parágrafo único do CPC), ao julgamento *com equidade* (art. 5º da LINDB), como se fossem polos opostos, ou seja, como se o primeiro representasse o puro arbítrio do juiz e o segundo a racionalidade do juiz.

É que não faz muito sentido dizer que o juiz ou o árbitro pode, quando autorizado por lei, julgar uma disputa ao seu bel prazer, tomando uma decisão que lhe pareça mais conveniente e oportuna, ou seja, com base no puro arbítrio (ainda que se lhe dê o nome de *discricionariedade judicial*), como parece sugerir a doutrina ao definir o julgamento *por equidade*. E note que a jurisprudência também já incidiu no mesmo equívoco quando deu a entender que no julgamento *por equidade* o juiz poderia substituir a “aplicação do direito objetivo por seus critérios pessoais de justiça”.¹³

12 “Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico. Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.”

13 “A proibição de que o juiz decida por equidade, salvo quando autorizado por lei,

Não parece que seja assim. Mesmo quando autorizado por lei, o juiz ou o árbitro não pode – a pretexto de julgar *por equidade* – decidir uma disputa conforme o seu mero talante, com base no seu puro arbítrio, devendo, também nesse caso, buscar uma racionalidade mínima, mesmo fora do direito objetivo, mesmo fora da juridicidade.

Diante disso, é importante continuar procurando por uma pista na própria legislação brasileira.

Com a recente alteração na LINDB, por exemplo, o legislador parece ter tido a mesma preocupação que teve quando da aprovação da LA. Uma das grandes preocupações da nova LINDB é exatamente evitar julgamentos baseados pura e simplesmente em *valores jurídicos abstratos*.¹⁴

Seria razoável associar a expressão *valores jurídicos abstratos* com o critério de julgamento *por equidade*? Quando a LINDB procura evitar julgamentos baseados em *valores jurídicos abstratos* parece querer dizer que as decisões devem ser tomadas com base em critérios os mais objetivos possíveis, evitando-se assim julgamentos dotados de fundamentação *vaga, imprecisa*, apegada a *impressões meramente subjetivas* do julgador.

Esta é a lição de Marçal JUSTEN FILHO:

Nesses casos, a invocação a fórmulas gerais e imprecisas funciona como uma solução para encobrir uma preferência subjetiva da autoridade estatal. O sujeito investido da competência formula uma escolha segundo processos psicológicos indeterminados. Em muitos casos, essa decisão até pode se configurar como arbitrária. A invocação a

significa que não haverá de substituir a aplicação do direito objetivo por seus critérios pessoais de justiça. Não há de ser entendida, entretanto, como vedando se busque alcançar a justiça no caso concreto, com atenção ao disposto no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil.” (STJ, REsp 48176/SP, Terceira Turma, Relator Ministro Eduardo Ribeiro, julgado em 12.12.1995).

14 “Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.”

fórmulas genéricas apresenta uma dimensão retórica, destinada a impedir a crítica e ocultar a solução arbitrária adotada.”¹⁵

A princípio, parece possível sim aplicar essa ideia também na definição do critério de julgamento *por equidade* tanto no regime jurídico do CPC, quanto naquele da LA. Significaria o mesmo que dizer que o julgamento *por equidade* deve se dar com base em critérios os mais objetivos possíveis.

Percebe-se que o art. 20, *caput* da LINDB não proíbe que juiz estatal decida com base em *valores jurídicos abstratos*, mas apenas que a decisão judicial – uma vez permeada pela retórica – seja passível de ser compreendida como arbitrária, o que pode ser evitado se no processo decisório o magistrado considerar as consequências práticas dessa sua decisão.

No ponto, é interessante questionar se esse dispositivo da LINDB se aplica ou não à arbitragem nos casos envolvendo a Administração Pública.

Parece que sim.

Ainda que o art. 20 da LINDB só faça menção às esferas administrativa, controladora e judicial, o árbitro – como juiz estatal – não pode decidir com base em *valores jurídicos abstratos* meramente retóricos, destinados a “ocultar a solução arbitrária adotada”. Esse parece ser um dos conteúdos possíveis da definição de *equidade* que a LA pretendia proibir: evitar o subjetivismo e reforçar o objetivismo decisório.

Em suma, a ideia de *valores jurídicos abstratos* parece servir de parâmetro para a definição do critério *de equidade*. Não o único parâmetro, obviamente, mas ainda assim um parâmetro. Outros parâmetros devem ser revelados com o tempo, valendo por ora a reflexão sobre a necessidade

15 JUSTEN FILHO, Marçal. *Art. 20 da LINDB: Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, nov. 2018, p. 23.

da doutrina tentar identificá-los, lembrando que os *costumes* e os *princípios gerais do direito* (art. 4º da LINDB) fazem parte do conceito expandido de legalidade, ou seja, de *juridicidade*.

6 A QUEM COMPETE DEFINIR CRITÉRIO DE DIREITO E CRITÉRIO POR EQUIDADE?

Como se percebe, não é tarefa fácil definir com precisão o que é e o que não é *equidade* enquanto critério de julgamento na arbitragem.

Mas a questão que acaba se revelando é: a quem compete definir o que é e o que não é critério *de equidade*.

A resposta passa pelo *princípio da competência da competência* (*Kompetenz-Kompetenz*), não apenas porque conta com previsão legal (art. 8º, parágrafo único da LA), mas também porque é um princípio jurídico afirmado e reafirmado pela doutrina e pela jurisprudência, tanto estatal como arbitral, tanto nacional como internacional.

Ora, se cabe ao árbitro decidir sobre a sua própria competência, cabe a ele também decidir se determinado critério de julgamento é *de direito* ou *é por equidade*?

Parece que sim.

O critério de julgamento na arbitragem não deixa de estar relacionado ao tema da *arbitrabilidade objetiva*, de maneira que, se cabe a ele decidir se determinada matéria pode ou não ser objeto de arbitragem, também cabe a ele definir se se está ou não diante de um critério de julgamento *de direito* ou *por equidade*, sendo-lhe proibido pela LA brasileira decidir com base neste último (critério), sobre o qual as partes não têm qualquer disponibilidade.¹⁶

16 Diferentemente da arbitragem privada, doméstica e internacional, em que as partes podem definir com mais precisão o conteúdo e o alcance desses critérios.

7 A PROIBIÇÃO DO JULGAMENTO *POR EQUIDADE* SE APLICA À ARBITRAGEM INTERNACIONAL?

Como se sabe, é muito comum a utilização da arbitragem nos contratos envolvendo empresas estatais brasileiras, especialmente aquelas que exercem atividade econômica.

Então fica a pergunta: a proibição da utilização do critério de julgamento *por equidade*, nos casos envolvendo contratos celebrados por empresas estatais, se aplica apenas à arbitragem doméstica ou também à arbitragem internacional?

A resposta parece ser a de que a proibição se aplica apenas às arbitragens domésticas, porquanto não se pode pretender conferir um tratamento extraterritorial à lei brasileira.

As relações transnacionais não podem ser pura e simplesmente enquadradas dentro da legislação brasileira, lembrando que a *arbitragem internacional* é regulada por normas próprias dotadas de autonomia em relação a qualquer direito estatal (a exemplo da chamada *lex mercatoria*).

A Lei n. 9.478/1997 (“Lei do Petróleo”), *e.g.*, fala que constituem cláusula essencial do contrato de concessão “as regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a arbitragem internacional”. Ou seja, a lei brasileira admite a utilização da *arbitragem internacional*, em cujo âmbito, a depender do regulamento do Tribunal arbitral escolhido pelas partes, pode não estar proibida a adoção do critério de julgamento *por equidade*.¹⁷

E existe um motivo.

É que na *arbitragem internacional* nem sempre é tarefa fácil decidir as disputas com base simplesmente em normas jurídicas específicas, as quais, no mais das vezes, têm origem e aplicabilidade em mais de um

17 O regulamento da CCI, *e.g.*, contempla a possibilidade de escolha pelas partes da *equidade* como critério de julgamento da disputa (art. 21, item 3).

Estado Nacional, numa diversidade e complexidade capaz de causar um verdadeiro impasse para o árbitro que eventualmente só pode ser superado por meio de um critério mais aberto e abstrato como é o *da equidade (ex aequo et bono)*.

E novamente é de se indagar: a quem compete decidir o que é julgamento *de direito* e o que é julgamento *por equidade*?

A resposta parece não se alterar: o árbitro.

Nada obstante, diferentemente da arbitragem doméstica brasileira, na arbitragem internacional as partes possuem maior disponibilidade para definir o máximo possível o que se deve entender *por equidade*. Na insuficiência dessa definição pelas partes, o poder de decidir continua sendo do árbitro.

8 UMA REFLEXÃO SOBRE A PROIBIÇÃO DO JULGAMENTO POR EQUIDADE

A proibição pela legislação brasileira da utilização do critério de julgamento por *equidade* tem as suas razões de ser. A arbitragem é um mundo novo no Brasil e ainda precisa romper alguns paradigmas arraigados na doutrina e especialmente na jurisprudência nacionais.

Ao admitir a arbitragem envolvendo a Administração Pública brasileira, a LA deu um grande salto em termos de quebra de paradigma, o que não é pouca coisa. Entretanto, alguns traços dos velhos paradigmas ainda subsistem na cultura jurídica nacional e ainda podem demorar algum tempo para desaparecer.

Como dito antes, cada vez mais a Administração Pública brasileira (não apenas as empresas estatais que exercem atividade econômica) trava relações transnacionais que exigem a adoção da *arbitragem internacional*, a qual é regida por normas próprias que não se enquadram pura e simplesmente dentro da legislação brasileira.

O Decreto paulista n. 64.356/2019 parece ter percebido essa realidade quando excepciona a sua aplicação às hipóteses de projetos contemplados com recursos estrangeiros, para os quais existe a exigência de regras próprias para a arbitragem.¹⁸

É que os contratos públicos brasileiros cada vez mais têm se tornado “contratos internacionais” (“contratos-modelos”) a serem submetidos, em caso de disputa, à *arbitragem internacional*. E, como exposto, a *arbitragem internacional* não proíbe a utilização do critério de julgamento *por equidade*, o que, também como exposto, tem os seus motivos.

Fechar os olhos para essa realidade pode significar fechar uma *janela de oportunidade* para a Administração Pública nas relações que envolvam investimentos estrangeiros e que exijam a adoção da *arbitragem internacional* como método para a solução de disputas. E nesse contexto o julgamento *por equidade* (*ex aequo et bono*) pode fazer falta para o ente federativo brasileiro contratante. Mas essa é apenas uma reflexão sobre a *lege ferenda*.

9 A PANDEMIA DO COVID-19: UMA OPORTUNIDADE PARA A EQUIDADE?

A proibição pela legislação brasileira da utilização do critério de julgamento *por equidade*, como dito acima, tem as suas razões de ser. A

18 “Artigo 1º - Este decreto dispõe sobre o emprego, no âmbito da Administração Pública direta e autárquica, da arbitragem como meio de resolução de conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Parágrafo único - Este decreto não se aplica: 1. aos projetos contemplados com recursos provenientes de financiamento ou doação de agências oficiais de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte, quando essas entidades estabelecerem regras próprias para a arbitragem que conflitem com suas disposições.” (Grifo do autor).

principal delas talvez seja a de evitar o subjetivismo do árbitro e reforçar o objetivismo da sua decisão.

Ao exigir o critério de julgamento *de direito*, a LA parece exatamente ter em mente a objetividade das normas jurídicas e a sua capacidade de oferecer soluções concretas para as mais diversas disputas envolvendo a Administração Pública.

Ocorre que a objetividade das normas jurídicas, que têm como predicados a previsibilidade e a segurança jurídica, nem sempre pode ser alcançada na realidade concreta das coisas. O imprevisível, a insegurança, enfim, as situações excepcionais também acompanham a sociedade e conseqüentemente o direito.

A pandemia de coronavírus é o exemplo mais atual e mais emblemático dessa realidade. Como bem observou Gustavo BINENBOJM, “a pandemia do COVID-19 restabeleceu a força da vida real”.¹⁹

Se a *arbitragem internacional*, por sua diversidade e complexidade, muitas vezes somente pode chegar a bom termo por meio de um critério mais aberto e abstrato como é o *da equidade (ex aequo et bono)*, o que se dirá da arbitragem em tempos de pandemia?

Nunca se viu, ao menos nos últimos cem anos, nada comparado à pandemia do Covid-19. Que critério *de direito* adotar em relação às disputas travadas no contexto de uma realidade fática de tamanha complexidade?

As normas jurídicas hoje existentes no ordenamento jurídico brasileiro (ou mesmo internacional) são capazes de oferecer respostas adequadas e na velocidade necessária para as múltiplas disputas envolvendo a Administração Pública brasileira durante e no pós-coronavírus?

19 *Sistemas de saúde inteligentes*: Registros online, telemedicina, algoritmos e compras consorciadas: soluções mais eficientes e legítimas do que a judicialização. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/sistemas-de-saude-inteligentes-14042020>>. Acesso em: 14 abr. 2020.

Os *costumes* e os *princípios gerais do direito*, extraídos de situações passadas e já consolidadas, têm essas respostas?

Parece que não. A pandemia de coronavírus exige soluções inteiramente novas.

Por isso, *e.g.*, alguns entes federativos têm lançado mão – por decreto – da suspensão dos contratos administrativos de prestação de serviços com a manutenção do pagamento de empregados de modo a evitar “um verdadeiro *shutdown* administrativo”.²⁰ Apesar de inovadora e muito bem intencionada, a solução não deixa de ser uma decisão unilateral (um ato administrativo) da Administração Pública, de modo que pode não contar com a compreensão e concordância do contratado, inaugurando assim uma disputa.

O fato é que esta pode vir a ser uma grande oportunidade para a utilização do critério de julgamento *por equidade* (*ex aequo et bono*) como mais uma ferramenta para o árbitro na solução das disputas envolvendo a Administração Pública brasileira. Mas que fique bem claro: equidade nunca significou e nem pode significar arbitrariedade. É dever do árbitro se manter sempre fiel à racionalidade jurídica que envolve o objeto de disputa.

O Projeto de Lei n. 2.139 de 2020, que “dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas contratuais da Administração Pública, no período da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19)”, pode ser um bom instrumento para a veiculação de uma nova norma jurídica transitória com essa finalidade, vale dizer, para testar a utilização do critério de julgamento *por equidade* (*ex aequo et bono*) na arbitragem envolvendo a Administração Pública brasileira.

20 Vide: GARCIA, Flavio Amaral; ROCHA, Henrique Bastos. Covid-19, contratos de serviços e *shutdown* administrativo. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/324085/covid-19-contratos-de-servicos-e-shutdown-administrativo>>. Acesso em: 23 abr. 2020.

10 REFERÊNCIAS

BINENBOJM, Gustavo. *Sistemas de saúde inteligentes: Registros online, telemedicina, algoritmos e compras consorciadas: soluções mais eficientes e legítimas do que a judicialização*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/sistemas-de-saude-inteligentes-14042020>>. Acesso em: 14 abr. 2020.

DELLORE, Luiz et al. *Teoria Geral do Processo: parte geral: comentários ao CPC de 2015*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

EISENMANN, Charles. O direito administrativo e o princípio da legalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, abr.-jun. 1959, v. 56. pp. 47-70.

GARCIA, Flavio Amaral; ROCHA, Henrique Bastos. *Covid-19, contratos de serviços e shutdown administrativo*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/324085/covid-19-contratos-de-servicos-e-shutdown-administrativo>>. Acesso em: 23 abr. 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB: Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, pp. 13-41, nov. 2018, p. 23.

MENDES, Rodrigo Octavio Broglia. *Arbitragem, Lex mercatoria e Direito Estatal: uma análise dos conflitos ortogonais no Direito Transnacionail*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de; ESTEFAM, Felipe Faiwichow. *Curso prático de arbitragem e administração pública*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.