



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

IGOR MOREIRA NOVAIS TEIXEIRA

**A ARBITRAGEM ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL –
ASPECTOS RELEVANTES RELACIONADOS À LEI Nº 13.129/2015**

Brasília – DF

2017

IGOR MOREIRA NOVAIS TEIXEIRA

**A ARBITRAGEM ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL –
ASPECTOS RELEVANTES RELACIONADOS À LEI Nº 13.129/2015**

Monografia apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Brasília, como
requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Orientador: Thiago Luís Sombra.

Brasília – DF

2017

T266a Teixeira, Igor Moreira Novais.

A arbitragem envolvendo a administração pública no Brasil : aspectos relevantes relacionados à lei n° 13.129/2015 / Igor Moreira Novais Teixeira. 2017.

61 p.

Orientação: Prof. Me. Thiago Luís Sombra.

Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, 2017.

1. Administração pública. 2. Lei de arbitragem. 3. Reforma da Lei nº 9.307/1996. 4. Disponibilidade patrimonial.

I. Título.

AGRADECIMENTOS

Dos tantos que de alguma forma me ajudaram ao longo da minha trajetória, seja no Direito ou não, destaque e agradecimentos especiais devem ser dados à minha mãe, Claudete, que nunca mediu esforços para me ajudar, e com esse trabalho não foi diferente. Agradecimentos de sempre e para sempre também vão ao meu pai, Rogério, e aos meus avós, Maria do Carmo e Hilderval, por tudo.

Agradeço também ao meu orientador Thiago, que, além de uma orientação “padrão”, sempre se mostrou disposto a ajudar com bons conselhos de forma bem ampla e foi um orientador na verdadeira essência da palavra.

Por último, agradeço aos meus caros amigos Henrique, João Paulo e Marcelo, que compartilharam algumas das angústias e alegrias relacionadas à monografia.

RESUMO

Em 26 de maio de 2015, foi publicada a Lei nº 13.129, que alterou e incluiu algumas disposições da Lei nº 9.307/1996 (a Lei de Arbitragem). Dentre tais alterações, que conjuntamente podem ser chamadas de “reforma”, o principal destaque é a inclusão da possibilidade taxativa da Administração Pública participar de procedimentos arbitrais. Contudo, tal previsão normativa não representa grande inovação, porquanto já havia discussões acerca do tema muito antes. O presente trabalho tem por objetivo, portanto, analisar o cenário da arbitragem com a Administração Pública antes da Lei nº 13.129/2015 e fazer uma análise de quais os aspectos que foram alterados de forma mais significativa, além de aspectos relevantes à realização de procedimentos arbitrais que eventualmente possam não ter sido incluídos no escopo da reforma. Dessa forma, pretende-se verificar qual é o impacto à prática da arbitragem no Brasil, quando comparada às as discussões preexistentes.

Palavras-chave: Arbitragem. Administração Pública. Arbitrabilidade. Reforma da Lei nº 9.307/1996. Disponibilidade patrimonial.

ABSTRACT

On March 26th, 2015, the Law No. 13.129 was publicized, and modified Law No. 9.307/1996 (Brazilian Arbitration Act). Among such modifications, which can be jointly referred to as “reform”, the main highlight is the inclusion of the possibility for the Public Administration to be part of arbitration proceedings. However, such provision does not represent a great innovation, given that such matter was already long discussed. The present work has as its objective the analysis of the scenario for Public Administration–related arbitration proceedings before Law No. 13.129/2015 and to analyse which are the most significantly altered aspects by therefore and those which were not included on its scope. Therefore, it is intended to verify their impact to the Brazilian arbitration practice, when compared to the already existent discussions.

Keywords: Arbitration. Public Administration. Arbitrability. Reform of Law No. 9.307/1996. Transferable property rights.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
CAPÍTULO 1	
ASPECTOS DA ARBITRAGEM NO BRASIL ANTES DA PUBLICAÇÃO DA LEI Nº 13.129/2015.....	10
1.1. Introdução, considerações preliminares e alguns conceitos.....	10
1.2. Histórico da arbitragem no Brasil.....	14
1.3. Histórico da arbitragem envolvendo a administração pública no Brasil e questões relevantes.....	16
CAPÍTULO 2	
MUDANÇAS IMPLEMENTADAS PELA LEI Nº 13.129/2015 E SUA CONTEXTUALIZAÇÃO.....	24
2.1. Arbitrabilidade objetiva e subjetiva.....	24
2.1.1. Direitos patrimoniais disponíveis e indisponibilidade do interesse público.....	27
2.2. Modalidade da arbitragem: equidade ou de direito.....	33
2.3. Confidencialidade e publicidade dos procedimentos arbitrais.....	35
2.4. Aspectos relevantes não regulados pela reforma da lei para a administração pública.....	40
2.4.1. Idioma da arbitragem.....	41
2.4.2. Arbitragem institucional ou <i>ad hoc</i>	42
2.4.3. Inclusão de cláusula arbitral no edital.....	43
2.4.4. A alteração na Lei nº 6.404/76 e suas consequências.....	45
CAPÍTULO 3	
DESCRIÇÃO DE CASOS CONCRETOS: ANTES E DEPOIS DA LEI Nº 13.129/2015.....	47
3.1. Análise do caso Compagás e Carioca-Passarelli.....	47
3.2. O decreto nº 8.465/2015 e a arbitragem no setor portuário.....	51
CONCLUSÃO.....	56
REFERÊNCIAS.....	58

INTRODUÇÃO

Em 26 de maio de 2015, foi sancionada a Reforma da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996) no Brasil, modificando, por meio da Lei nº 13.129/2015, algumas das disposições da Lei de Arbitragem. Dentre as principais mudanças implementadas pela reforma, o maior destaque está relacionado à inclusão taxativa de que a Administração Pública (direta ou indireta) participe de procedimentos arbitrais, quando assim convencionar com as outras partes integrantes da relação jurídica.

Embora essa previsão, ampla e geral, seja bem recente, a participação da Administração Pública em procedimentos arbitrais já ocorria no Brasil desde o século XIX. Assim sendo, antes de discutir os termos mais específicos da nova legislação, é importante analisar esse histórico. Dessa forma, o Capítulo 1 do presente trabalho dedica-se a fazer uma análise da evolução histórica das discussões acerca da arbitragem com a Fazenda Pública, além de apontar como se desenvolveram os argumentos favoráveis à arbitragem, mesmo antes da reforma da Lei.

Em sequência, visto que a alteração de algumas disposições da Lei de Arbitragem trata especificamente da regulação dos procedimentos em que a Administração Pública seja parte, a análise desses temas é fundamental para a compreensão do grau de representatividade que tais alterações tiveram para o efetivo uso da arbitragem envolvendo a Fazenda Pública. Acerca desse tema, o Capítulo 2 deste trabalho se encarregará de analisar essas principais disposições, com as considerações doutrinárias, contextualizando o que as previsões legislativas representam ou deveriam representar. Além disso, é de se notar que alguns aspectos procedimentais inerentes à realização de arbitragem, inclusive especificamente para os casos da Administração Pública, não foram abrangidos pelo texto da reforma, deixando um campo aberto para sua definição. Esse tema também está incluído no Capítulo 2, em sua segunda parte.

Dessarte, considerando ambos os cenários, antes e depois da reforma da Lei, é válido que se compare as duas situações de forma mais concreta, conforme será discutido no Capítulo 3 do presente trabalho, de forma a observar na prática, as discussões relacionadas à arbitragem com a Fazenda Pública.

Assim, o escopo do presente trabalho será analisar a representatividade da reforma da Lei de Arbitragem, de forma a tentar entender o que muda de fato com as novas disposições e como tais mudanças se inserem nas já existentes discussões sobre o cabimento e a participação da Administração Pública em procedimentos arbitrais.

CAPÍTULO 1

ASPECTOS DA ARBITRAGEM NO BRASIL ANTES DA PUBLICAÇÃO DA LEI Nº 13.129/2015

1.1. Introdução, considerações preliminares e alguns conceitos

Dentre os maiores litigantes, de acordo com pesquisas realizadas pelo CNJ, os setores públicos da esfera federal e dos estados representaram, no ano de 2011, 39,26% dos processos que chegaram à Justiça de primeiro grau e aos Juizados Especiais¹.

Tamanha representatividade do Estado nas demandas judiciais pode ser atribuída ao fato de sua grande presença na vida dos cidadãos, nas diversas facetas. Essas atividades do Estado são representadas, mas não limitadas a, por exemplo, prestação de serviços públicos, exercício do poder de polícia, por meio de fiscalizações, concessões e licenças de atividades, tributação, celebração de contratos, além do compartilhamento da definição de políticas públicas².

Dessa forma, diante da enormidade da atuação do Estado em diversas esferas da sociedade, é normal surgir demandas relacionadas a todos esses tipos de atuação, com níveis de complexidade muito diversos. Para os casos em que a resolução de conflitos exija procedimentos mais específicos, opiniões com maior grau de tecnicidade e resposta mais célere (quando comparado ao judiciário), a arbitragem é uma ferramenta muito adequada para atender a tais demandas.

Nesse sentido, Carmona defende a ingenuidade da ideia que a adoção de procedimentos arbitrais seja solução ao alívio do poder judiciário para demandas que envolvam a Administração Pública ou não³.

Assim, a preocupação institucional em relação ao desafogamento do Judiciário ficou evidente com o reconhecimento, pelo Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), do incentivo ao uso de mecanismos de soluções alternativas às demandas judiciais, como a mediação, a conciliação, que são mecanismos mais

¹ Conforme divulgado no estudo realizado pelo CNJ intitulado "100 maiores litigantes 2012".

² ALVES, Evelin Teixeira de Souza. Arbitragem no Setor Público: uma visão panorâmica, **Revista de Direito Empresarial: ReDE**, São Paulo, v. 4, n. 21, p. 171-190, dez. 2016.

³ CARMONA, Carlos Alberto. A arbitragem nos Juizados Especiais Cíveis. **Repertório IOB de Jurisprudência**. 2a quinzena de dezembro de 1996. No. 24/96, caderno 3, pp. 429/434.

adequados e eficientes para tratar de questões mais cotidianas que, por sua menor complexidade, demandam soluções mais práticas para que o Judiciário seja poupado de parte dessas demandas. Além disso, é de se ressaltar que os conflitos judiciais envolvendo a Fazenda Pública também têm, em média, duração muito longa, configurando inclusive uma afronta ao princípio da razoável duração do processo. Assim, os procedimentos arbitrais, que têm prazo estipulado para a produção da sentença pelos árbitros, representam uma vantagem significativa ante a submissão de demandas ao judiciário.

Vale ressaltar, nesse ponto, que a principal diferença entre (i) a arbitragem; e (ii) a mediação e a conciliação é a presença, no caso da arbitragem, de um terceiro que irá proferir decisão acerca da controvérsia. Essa participação não acontece nos casos de mediação e conciliação, chamadas de soluções auto compositivas, justamente por serem as partes que chegam ao acordo (muito embora a atuação de mediadores e conciliadores seja essencial ao funcionamento das duas soluções).

Segundo Carlos Alberto Carmona, a arbitragem é:

Meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial.⁴

A arbitragem é uma medida heterocompositiva, significa que, assim como em um procedimento no âmbito judicial, cabe a um terceiro, que não está em nenhum dos dois polos, proferir a decisão no conflito. Quando comparado ao litígio judicial comum, a arbitragem se diferencia por não ter um representante do Estado como julgador, mas um árbitro⁵ com conhecimento específico na área atinente à disputa em questão, escolhido em comum acordo pelas partes.

Feitas essas breves considerações, é importante mencionar que, em 26 de maio de 2015, foi sancionada a Lei nº 13.129/2015, que promoveu diversas

⁴ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 31.

⁵Vale ressaltar que o árbitro, embora não seja representante do Estado, se reveste de jurisdição (conforme o art. 18 da Lei de Arbitragem), sendo equiparado inclusive a servidor público, nos termos do art. 17 da mesma Lei:

Art. 17. Os árbitros, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, ficam equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos da legislação penal.

Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.

atualizações e modificações a então vigente Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 – a Lei de Arbitragem. Entre as principais alterações promovidas pela redação da “Nova Lei de Arbitragem”, destaca-se a adição ao Artigo 1º do § 1º, que incluiu a seguinte disposição: “A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. É justamente essa nova previsão, estabelecida pela inclusão do referido § 1º, que norteia o desenvolvimento deste trabalho.

Além da supracitada modificação, que pode ser considerada como a de maior impacto dentre as novas inclusões, vale ressaltar ainda que foram incluídos um § 2º no próprio Art. 1º, preconizando que

A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações”, além do § 3º no Art. 3º o qual estabelece que “a arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.

É de se notar que a Lei de Arbitragem, mesmo antes das inclusões da reforma, já previa em seu texto diversos aspectos de definições e procedimentos relevantes a seu funcionamento. Quanto a esses conceitos, considerando o cenário em que não havia as disposições específicas à Administração Pública, diversas questões eram alvo de discussões interessantes, especialmente quanto à legalidade e a consequente aplicabilidade dessas disposições para demandas que envolvam a Fazenda Pública.

O Art. 1º da Lei de Arbitragem, ao enunciar que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”, já define dois parâmetros sobre a arbitrabilidade, que é basicamente a capacidade de uma pessoa submeter uma causa à arbitragem.

A arbitrabilidade subjetiva, que diz respeito a quem pode assumir um compromisso arbitral, é claramente definida no texto legal, vinculando à capacidade de contratar. Já a arbitrabilidade objetiva está relacionada às questões que podem ser submetidas à apreciação de Tribunal Arbitral e, nesse sentido, a Lei estabelece que apenas *direitos patrimoniais disponíveis* são sujeitos à arbitragem.

Para as discussões envolvendo a Administração Pública, o caráter objetivo não desempenha atualmente papel tão relevante pelo fato de (i) a questão da

capacidade de contratar ser indiscutível para Entes Públicos; e (ii) a reforma da Lei ter previsto taxativamente a possibilidade de a Administração direta e indireta assumir compromissos arbitrais. Contudo, é de se notar que a capacidade de contratar da Administração, seja direta ou indireta, nunca foi questionada, sendo aspecto importante para a legitimação da participação da Administração Pública em procedimentos arbitrais.

Assim, a questão relacionada à arbitrabilidade objetiva desempenha papel de maior destaque para as discussões de possibilidade de submissão de demandas à via arbitral, especialmente para a Fazenda Pública, uma vez que a discussão sobre disponibilidade patrimonial, por muitas vezes, é apresentada em conjunto com a indisponibilidade do interesse público, se bem que tratem de conceitos completamente diferentes. Essa abordagem de aglutinação de conceitos representa grande obstáculo à realização da arbitragem, muito embora tal teoria seja extremamente frágil, como inclusive se reconheceu no âmbito do judiciário. As questões mais específicas relacionadas a esse ponto serão desenvolvidas com mais profundidade no Capítulo 2.

O aspecto seguinte abordado pela Lei de Arbitragem, logo em seu Art. 2º diz respeito a duas modalidades de regramento aplicáveis aos procedimentos arbitrais, que podem “ser de direito ou de equidade, a critério das partes”. É esse aspecto uma das principais diferenças entre a arbitragem e a tutela jurisdicional. Enquanto a arbitragem de direito deve seguir o regramento legal – como em um processo judicial, a arbitragem por equidade permite às partes definirem o regramento aplicável com muito mais flexibilidade, podendo o procedimento se valer de princípios gerais de direito, costumes e etc.

Além disso, cumpre destacar que Câmaras de Arbitragem específicas podem ter regramentos próprios, os quais, com o consenso das partes, podem ser aplicados, de forma que sejam atribuídos maiores graus de segurança e de previsibilidade aos procedimentos arbitrais.

Embora a previsão legal seja muito ampla na permissão da definição das regras, com a ressalva de que se respeite a ordem pública, a situação para a Fazenda Pública não nos parece ser a mesma. Isso se deve ao fato de os Órgãos da Administração direta e indireta estarem vinculados a princípios que afastam a livre autonomia da vontade das partes, especialmente o da legalidade. As mudanças

no texto legal e na interpretação, que a reforma da Lei de Arbitragem representou, serão abordadas no Capítulo 2 do presente trabalho.

Considerando que a Lei nº 13.129/2015 simbolizou a consolidação do movimento legislativo, doutrinário e jurisprudencial para a positivação da possibilidade de a Administração Pública participar de procedimentos arbitrais, vale fazer um breve apanhado da história da arbitragem no Brasil do ponto de vista normativo e prático, passando pelo período de vigência da Lei nº 9.307/1996 e, finalmente, chegando à configuração jurídica atual.

1.2. Histórico da arbitragem no Brasil

Por mais que a arbitragem possa parecer um novo instrumento de resolução de conflitos, partindo do pressuposto que a lei que a regula foi publicada em 1996, o sistema jurídico brasileiro já previa o procedimento arbitral desde a Constituição Imperial de 1824, cujo artigo 160 dispunha:

Art. 160. Nas civeis, e nas penaes civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Arbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes.

Mesmo depois da previsão constitucional referida, a legislação pátria, em diferentes oportunidades, reconheceu a possibilidade de as partes resolver conflitos via arbitragem, como no Código Comercial de 1850, no Código Civil de 1916 e no Código de Processo Civil de 1939.

No entanto, o uso efetivo da arbitragem no âmbito comercial, a despeito da robusta previsão normativa, não era desenvolvido em território brasileiro. Boa parte disso devia-se ao fato de todo processo arbitral ser submetido ao controle judicial – impondo uma demora incompatível com os termos da arbitragem atual. Existem casos reportados de uma demora de 30 anos entre a decisão arbitral e a permissão judicial para a sua execução. Dessa forma, a impossibilidade da execução específica das decisões arbitrais, somada à necessidade de dupla homologação de

sentenças arbitrais de procedimentos realizados no exterior, representava obstáculos enormes ao uso efetivo da arbitragem no Brasil⁶.

Foi apenas com a edição da Lei nº 9.307/1996 que a decisão proferida no âmbito da arbitragem passou a ter a mesma condição da sentença proferida em Juízo, isso é, sem que haja a necessidade de um órgão judicial validar a sentença, conforme o Art. 31⁷ do referido diploma legal. Assim, diante da solução proposta ao problema da autorização para execução dada pela própria Lei específica para arbitragem, foi, a partir de 1996, que o instituto passou a ter mais prestígio e utilidade.

É importante mencionar que a referida disposição trazida em 1996 teve sua constitucionalidade discutida posteriormente por alegada ofensa ao inciso XXXV do Art. 5º da Constituição Federal⁸. No entanto, no processo de homologação de Sentença Estrangeira⁹ nº SE 5.206, em Sessão Plenária, em 2001, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, incidentalmente, pela Constitucionalidade da Lei de Arbitragem. No julgamento, o ministro Carlos Velloso destacou que a discussão tratava de direitos patrimoniais disponíveis, além de as partes poderem abrir mão do seu direito de acionar o judiciário, não se tratando de um dever¹⁰.

Os ministros do STF à época discutiram outros aspectos relevantes da Lei de Arbitragem, como o conteúdo do Artigo 18 (além do já referido Artigo 31), que dispõe que “o árbitro é juiz de fato e de direito e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário”. Dessa forma, o reconhecimento da constitucionalidade total da Lei de Arbitragem, mesmo que de forma incidental, atribuiu maior segurança às partes interessadas em ingressar na via arbitral para solução de demandas¹¹. Além disso, cumpre destacar que foi confirmada a disposição da própria Lei de Arbitragem, que desincumbia do judiciário a obrigação de homologar todos os laudos arbitrais para garantir-lhes a possibilidade de

⁶ COSTA, Bruno Andrade; MARTINS, Danilo Ribeiro Miranda. **Arbitragem exercida por entes públicos: uma proposta de regulamentação**. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 11, n. 122, p. 36-43, abr. 2011.

⁷Art. 31. - A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

⁸ “[...] a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

⁹ Vale notar que antes da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, a competência de homologação de Sentença Estrangeira era do STF, diferente de hoje, que é do STJ.

¹⁰A Assessoria de Imprensa do STF publicou no mesmo dia do julgamento, em 12 de dezembro de 2001, a notícia acerca do julgamento e seu resultado.

¹¹ HIGA, Alberto Shinji. Notas sobre o uso da arbitragem pela Administração Pública. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, v. 13, n. 50.

execução. Tal medida foi fundamental para que a arbitragem gozasse de mais eficácia, o que acaba por tornar o instituto mais atrativo.

Considerando, portanto, que a referida decisão é tida como um marco para a consolidação da arbitragem no sistema jurídico brasileiro para aqueles que “possuam capacidade de contratar”, nos termos do Artigo 1º da Lei de Arbitragem, vale fazermos algumas considerações acerca do desenvolvimento histórico da arbitragem envolvendo a Administração Pública e algumas questões relevantes.

1.3 Histórico da arbitragem envolvendo a administração pública no Brasil e questões relevantes

No que diz respeito à arbitragem envolvendo a Fazenda Pública, a exemplo do que ocorreu com a arbitragem para particulares, sua história e previsão normativa são mais antigas do que se pode imaginar.

Há registros de controvérsias relativas a concessões que foram resolvidas por meio de procedimentos arbitrais que datam de meados do século XIX. Tanto no século XIX quanto no início do século XX, a arbitragem era utilizada com alguma frequência, especialmente em contratos de concessão de transporte ferroviário, diante da existência do Decreto Imperial nº 7.959 de 29.12.1880 previa que demandas decorrentes dessa relação contratual poderiam ser submetidas à apreciação de árbitros¹².

Esses casos corroboram a falta de disposições normativas genéricas que autorizem a possibilidade da definição do juízo arbitral para solução de controvérsias que envolvam a Administração Pública – o que não impediu, no entanto, que fossem editados, pelo governo federal, atos normativos a respeito do tema. Como exemplo, tem-se o caso Lage, que diz respeito ao julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do Agravo de Instrumento nº 52.1821, em 1973.

No caso em referência, em decorrência da edição do Decreto-Lei nº 4.648, datado de 2 de setembro de 1942, todos os bens e direitos das empresas do Grupo Econômico Lage – incluindo os acervos de empresas de navegação, estaleiros e portos – foram incorporados ao patrimônio nacional, sob a premissa de defender o interesse nacional, no contexto da Segunda Guerra Mundial. Em sequência à

¹² LEMES, Selma Maria Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 135-163, jul./set. 2015.

incorporação, as partes não conseguiram acordar sobre o valor da indenização devida e, como resultado, editou-se o Decreto-Lei nº 9.521 de 26 de julho de 1946, que atribuiu, entre as suas disposições, a constituição de um Tribunal Arbitral para definir o *quantum* referente a tal indenização¹³.

Após a regular constituição do Tribunal Arbitral, em 1948, foi definido, unanimemente, o valor de CR\$ 288.460.812,00 a título de indenização pela desapropriação patrimonial, tendo, em seguida, encaminhado Projeto de Lei à Câmara dos Deputados para a abertura de crédito especial para o pagamento da indenização estabelecida. Contudo, o governo federal alterou a orientação em voga até o momento para defender a inconstitucionalidade do procedimento arbitral, tendo solicitado ao Congresso Nacional o cancelamento dos créditos. Diante da situação, os representantes do espólio da família Lage judicializaram a discussão para que o valor estabelecido na sentença arbitral fosse pago. Tal demanda chegou ao Supremo Tribunal Federal, por meio do Agravo de Instrumento nº 52.1821.

Diante da demanda, o ministro Bilac Pinto, relator do caso, liderou a unanimidade dos votos no sentido de reconhecer o cabimento e a legalidade do juízo arbitral, mesmo naqueles onde a Administração Pública fosse parte. Nos termos do seu voto, Bilac Pinto adotou a argumentação utilizada pelo Ministro Godoy Ilha, do então Tribunal Federal de Recursos – reconhecendo que as Cartas Magnas de 1937 e 1946 não continham qualquer restrição à utilização da arbitragem, tendo inclusive citado o Decreto nº 3900 de 26 de julho de 1867, indicando que os procedimentos arbitrais seriam válidos para as relações contratuais de natureza privada da qual a Fazenda Pública fosse parte. O Ministro Godoy Ilha entende que o “tribunal arbitral seria uma criação contratual, de natureza consensual, nascida do compromisso das partes”, e que, diante da autorização legal do Decreto-Lei nº 9.521/1946, não haveria óbice para que o juízo arbitral resolvesse a disputa, sendo, portanto, constitucional¹⁴.

Nesse aspecto, vale ressaltar alguns dos pontos abordados pelo STF, que, diante da ausência da previsão legal de arbitragem com a Fazenda Pública acabou por reconhecer diversos aspectos relevantes à possibilidade de a Administração Pública participar de procedimentos arbitrais.

¹³ SCHMIDT, Gustavo da Rocha. **A arbitragem nos conflitos envolvendo a administração pública: uma proposta de regulamentação** / Gustavo da Rocha Schmidt. – 2016, p.15.

¹⁴ SCHMIDT, Gustavo da Rocha. Op. cit. p. 15/16.

Conforme o voto do Ministro Bilac Pinto, privilegiou-se o entendimento que um contrato de natureza privada poderia ser submetido a procedimento arbitral. Dessa afirmação, é possível inferir algumas características muito marcantes utilizadas na decisão para permitir a realização da arbitragem.

Inicialmente, cabe destacar que o STF reconheceu que a arbitragem sempre foi prevista no ordenamento jurídico brasileiro – referência, portanto, ao princípio da legalidade, inclusive em procedimentos que envolvessem a Fazenda Pública.

Além dessa questão tratada com grande ênfase, é importante ainda ressaltar uma característica dessa demanda, que está relacionada ao seu aspecto patrimonial. Por se tratar de discussão acerca do valor cabível a título de indenização às Organizações Lage, pode-se definir, por conta do caráter econômico para satisfação das atividades do Estado¹⁵, que tal direito é patrimonial disponível. Embora a Lei 9.307/1996 ainda não havia sido promulgada, é de se notar que o caso Lage refere-se a uma discussão de direitos patrimoniais disponíveis.

Dessa forma, embora tal discussão não tenha ocorrido perante o Supremo na ocasião, podemos destacar o aspecto da arbitrabilidade objetiva, que, com a edição da Lei de Arbitragem, passou a ter papel central e determinante para a submissão de disputas a Tribunais Arbitrais.

O que fica claro com o julgamento do caso Lage, diante do momento histórico em que ocorreu, é que a arbitralidade subjetiva era uma discussão mais relevante do que a subjetiva, pelo fato de a arbitragem, seja envolvendo a Administração Pública ou não, ainda estar em um estágio menos avançado. Conforme o tempo foi passando e a jurisprudência e doutrina foram se inclinando pela possibilidade de as partes assumirem compromissos arbitrais, o aspecto relativo à arbitragem objetiva passou a ter muito mais destaque, conforme será discutido com mais detalhe no Capítulo 2. A decisão no STF teve a seguinte ementa:

Incorporação, bens e direitos das empresas organização LAGE e do espólio de Henrique Lage. Juízo arbitral. Cláusula de irrecorribilidade. Juros da mora. Correção monetária.
1. Legalidade do juízo arbitral, que o nosso direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a fazenda. Precedente do Supremo Tribunal Federal.

¹⁵ Em acordo com o entendimento de Eros Grau, que, ao discutir questões relacionadas ao interesse público e patrimonialidade, destaca a diferença de ambos os conceitos e aponta uma relação de subordinação – a satisfação do interesse público se dá, muitas vezes, pela alienação de recursos, que é uma forma de disposição patrimonial.

2. Legitimidade da cláusula de irrecorribilidade de sentença arbitral, que não ofende a norma constitucional.
3. Juros de mora concedidos, pelo acórdão agravado, na forma da lei, ou seja, a partir da propositura da ação. Razoável interpretação da situação dos autos e da Lei nº 4.414, de 1964.
4. Correção monetária concedida, pelo tribunal a quo, a partir da publicação da Lei nº 4.686, de 21.6.65. Decisão correta.
5. Agravo de instrumento a que se negou provimento¹⁶. (STF, 1973).

Essa decisão proferida pelo STF, contudo, não impediu que houvesse uma tendência legislativa no sentido contrário, a fim de proibir taxativamente a participação da Fazenda Pública em procedimentos arbitrais, por meio da edição do Decreto-Lei nº 2300/86, que ficou conhecido, ao tempo, como “Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos”. Esse normativo estabeleceu, em seu Art. 45, que os contratos com pessoas físicas e jurídicas com domicílio fora do Brasil não poderiam escolher o juízo arbitral para a resolução de conflitos. No entanto, após menos de um ano de sua edição, o Art. 45 foi aletrado para autorizar a cláusula compromissória de arbitragem, pela adição do parágrafo único:

Nos contratos celebrados pela União Federal ou suas autarquias, com pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar, necessariamente, cláusula que declare competente o foro do Distrito Federal para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no § 13, do Artigo 25, permitido nesses casos o Juízo arbitral.

Após a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, foi editada a Lei nº 8.666 em 1993, que também dispunha sobre Licitações e Contratos Administrativos, não fazendo qualquer previsão explícita à possibilidade de cláusulas de compromisso arbitral. Porém, há quem defenda que a disposição prevista no Art. 55 – com a ressalva estabelecida pelo § 6º do Art. 32, autorize a escolha pela via arbitral. Rafael Carvalho Rezende de Oliveira¹⁷ sustenta que, quando aplicáveis as ressalvas da necessidade de determinação do foro, que seja a sede da Administração, em casos específicos, como licitações internacionais e contratação com empresa estrangeira, por não prever taxativamente que as demandas sejam

¹⁶ STF, Tribunal Pleno, AI 52181/GB, Relator Ministro Bilac Pinto, julgado em 14/11/1973, DJU de 15/02/1974.

¹⁷ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A arbitragem nos contratos da Administração Pública e a Lei nº 13.129/2015: novos desafios. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, ano 13, n. 51, p. 59-79, out./dez. 2015.

dirimidas no Judiciário, prevendo-se apenas a eleição do foro. Considera o autor que a arbitragem não afasta absolutamente a via arbitral e conclui que a eleição do foro não é incompatível com a cláusula compromissária. Contudo, não foi esse o entendimento adotado inicialmente pelo Tribunal de Contas da União (TCU), que em consulta realizada em 1993, a pedido do Ministro de Minas e Energia estabeleceu:

[...] o juízo arbitral é inadmissível em contratos administrativos, por falta de expressa autorização legal e por contrariedade a princípios básicos de direito público (princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, princípio da vinculação ao instrumento convocatório da licitação e à respectiva proposta vencedora, entre outros)¹⁸.

Apenas dois anos mais tarde, foi editada a Lei nº 8.987/1995, que, ao dispor sobre concessões (chamada de Lei Geral de Concessões), representou um “avanço” em relação à aproximação de uma política mais permissiva à arbitragem, ao prever, no âmbito das requisições de foro, que os conflitos contratuais poderiam ser dirimidos “de modo amigável”, no inciso XV de seu artigo 23. No entanto, novamente o TCU apresentou posicionamento contrário a tal possibilidade, conforme pôde ser verificado, no âmbito do Acórdão nº 548/2003, a possibilidade da interpretação do mencionado inciso XV como uma possibilidade de compromisso arbitral, por afirmar tratar-se de questões distintas.

No julgamento do caso concreto, uma representação ajuizada pela Federação Nacional dos Engenheiros (FNE) contra a Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial (CBEE), o TCU entendeu¹⁹ que, entre as irregularidades apontadas

¹⁸ **TCU**. Plenário, Decisão 286/1993, Relator Ministro Homero Santos, julgado em 15/07/1993, DOU de 04/08/1993.

¹⁹“Acompanho o entendimento da Unidade Técnica de que os argumentos utilizados não devem ser acatados. Em relação à pretensa autorização contida na própria Lei nº 9.307/96, o seu art. 1º determina que poderão ser objeto de solução via arbitral questões envolvendo direitos patrimoniais disponíveis. Não se pode falar em direito disponível quando se trata de fornecimento de energia elétrica, com o objetivo de atender boa parte da população brasileira, que estava sofrendo os efeitos do racionamento de energia. E conforme já mencionei, os serviços de energia elétrica são serviços públicos exclusivos do Estado. A própria CBEE só foi criada em função do racionamento de energia. Não se poderia admitir, por exemplo, que ela vendesse a energia contratada com os produtores independentes para empresas fora do país. A energia contratada destinava-se a atender à situação de emergência por que passava a sociedade brasileira. Claramente, portanto, não se estava tratando de direitos disponíveis da empresa. No que se refere à Lei nº 8.987/95, o responsável cita o art. 23 e o inciso XV desse artigo estabelece que os contratos de concessão deverão definir o foro e o modo amigável de solução das divergências contratuais. Além do contrato celebrado pela CBEE com os produtores independentes não ser um contrato de concessão, a definição de foro e modos amigáveis nada tem a ver com a resolução de conflitos via arbitragem. Já o § 2º do Art. 25 da mesma lei estabelece que os contratos celebrados entre as concessionárias e terceiros serão regidos pelo

pela primeira nos contratos firmados pela segunda, não haveria cabimento da estipulação de cláusula de compromisso arbitral, pois, além de caracterizar o contrato como não sendo do tipo de “concessão”, o que atrairia a incidência da Lei nº 8.987/1995, a disposição deste normativo, cujo Art. 23, inciso XV, declara “o modo amigável de solução das divergências contratuais”.

Ainda a respeito do julgamento do TCU, é válido destacar que a discussão pautou-se com muito vigor no aspecto da arbitrabilidade objetiva, em especial, na disponibilidade de interesses da Administração Pública no caso. Conforme a decisão proferida pelo Órgão de controle externo, a demanda da FNE e da CBEE, por se tratar do fornecimento de energia elétrica – uma prerrogativa exclusiva do Estado –, não seria disponível, nos termos da exigência do Art. 1º da Lei de Arbitragem.

Nesse ponto, portanto, é interessante destacar que em um cenário em que a Lei de Arbitragem, além de estar em pleno vigor, já havia sido considerada constitucional (vide item anterior), as discussões acerca do cabimento da arbitragem passaram a ser consideravelmente mais sofisticadas e específicas – tendo destaque mais uma vez o aspecto da arbitrabilidade objetiva, e no caso, por se tratar da Administração Pública, os aspectos sobre a indisponibilidade do interesse público e disponibilidade de direitos têm relevância central.

Foi apenas em 2005, que houve previsão explícita da possibilidade da arbitragem nos contratos de concessão, como explicam Thiago Marrara e João Torelli Pinto²⁰:

Essa dúvida foi esclarecida apenas com a introdução do artigo 23-A na Lei de Concessões por meio da Lei nº 11.196, de 25 de novembro de 2005. Com isso, passou-se a prever de forma expressa o uso da arbitragem da seguinte maneira: “O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996”. Na verdade, tal dispositivo foi uma cópia de outro previsto um ano antes na Lei de Parcerias Público-Privadas. A Lei nº 11.079, ao tratar da concessão patrocinada e da concessão administrativa em 2004, previu

direito privado. Entretanto, esse dispositivo não se aplica à CBEE, uma vez que ela não é concessionária de serviços de energia elétrica”.

TCU. Segunda Turma. Acórdão 0584/2003, Relator Ministro Ubiratan Aguiar, julgado em 10/04/2003, DOU de 28/04/2003. 2003.

²⁰ MARRARA, Thiago; PINTO, João Otávio Torelli. **Arbitragem e Administração Pública: considerações sobre propostas de alteração da legislação.** Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, ano 12, n. 46, p. 236, abr./jun. 2014.

explicitamente o uso da arbitragem no artigo 11, III, com as restrições que então seriam repetidas no dispositivo incluído na Lei de Concessões pela alteração de 2005.

Vale notar que a descrição histórica da evolução da arbitragem no Brasil, mais especificamente da arbitragem envolvendo a Administração Pública, não é o foco do presente trabalho. Contudo, esta breve análise histórica serve ao trabalho de duas formas principais. A primeira é basicamente demonstrar a evolução do instituto e sua recepção, não só pelo ordenamento jurídico, mas também pelos aplicadores do Direito, seja doutrina ou judiciário.

Além disso, o histórico evidencia, conforme pontuado no seu desenvolvimento, um aspecto central para definição do compromisso arbitral: a arbitrabilidade objetiva. Fica evidente, com o desenvolvimento da arbitragem, que as questões relacionadas ao tipo de demanda – o seu objeto – passaram a ter maior destaque para que se institua o compromisso arbitral de forma regular. Tal desenvolvimento, no que diz respeito à Fazenda Pública, desempenha maior protagonismo, diante das discussões acerca de disponibilidade patrimonial e do interesse público. Especialmente depois da reforma da Lei de Arbitragem, que passou a autorizar a participação da Administração direta e indireta em procedimentos arbitrais.

Com a reforma da Lei nº 9.037/1996, a “Lei de Arbitragem” passou a vigorar como parágrafo 1º do Art. 1º, estabelecendo o seguinte:

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

Diante dessa disposição, que culminou na previsão definitiva da participação da Administração direta ou indireta em procedimentos de arbitragem há, portanto, de se fazer algumas considerações específicas acerca do cabimento ou não da arbitragem por entes da Fazenda Pública e os argumentos que sustentam cada uma das posições.

Além das discussões acerca do cabimento, a Lei de Arbitragem, mesmo após a reforma, foi silente em alguns aspectos técnicos e procedimentais referentes ao funcionamento da arbitragem. Tais aspectos, embora não tenham sido determinados

e/ou regulados no texto legal, são relevantes e merecem discussão em termos mais específicos, conforme seguirá o desenvolvimento do presente trabalho.

CAPÍTULO 2

MUDANÇAS IMPLEMENTADAS PELA LEI Nº 13.129/2015 E SUA CONTEXTUALIZAÇÃO

2.1 Arbitrabilidade objetiva e subjetiva

Aproveitando o ponto levantado no capítulo anterior, que diz respeito à previsão legal de quais são os sujeitos que podem participar e quais são os direitos que podem ser submetidos a procedimentos arbitrais, vale caracterizar com maior precisão o que a doutrina considera acerca desse tema. A possibilidade de se submeter ou não certa demanda à arbitragem é chamada “*arbitrabilidade*”. Existem, como já descrito, duas divisões básicas da arbitrabilidade: subjetiva e objetiva. O primeiro tipo trata de quais são os sujeitos capazes de submeter seus conflitos a tribunais arbitrais; o segundo se refere ao tipo de questão que pode ser dirimida na via arbitral.

O Artigo 1º da Lei de Arbitragem caracteriza a arbitrabilidade subjetiva, de forma extremamente ampla, de modo que “qualquer um que tenha capacidade de contratar” está apto a assumir compromissos arbitrais pela via contratual. Dessa forma, parte da doutrina se inclina no sentido de que, ao considerar que o Estado tem capacidade de contratar, isto é, tem capacidade de estabelecer relações jurídicas que importam em direitos e obrigações, estaria irrestritamente autorizado a participar de procedimentos arbitrais²¹. Esse entendimento, mais geral, é corroborado pelo Art. 851 do Código Civil de 2002, que determina que “é admitido compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que podem contratar”.

No entanto, a prática, após a publicação da Lei de Arbitragem, não se mostrou afeita a uma caracterização tão ampla e irrestrita. Embora não seja discutida a capacidade de a Administração Pública contratar, a ausência de previsão legal específica (até 2015) deixou operadores do Direito receosos quanto a essa larga possibilidade. Por um considerável período de tempo, admitiu-se apenas que os procedimentos arbitrais fossem implementados nos casos taxativamente previstos

²¹RIBEIRO, Diogo Albaneze Gomes. Arbitragem e Poder Público. **Revista Brasileira de Infraestrutura**, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 157/188, jan./jun. 2013.

em lei, especialmente no que diz respeito a concessões. Isso se deve ao reconhecimento de um dos princípios mais básicos da Administração Pública: o da Legalidade. A esse respeito, Suzana Domingues Medeiros²²:

No tocante à arbitrabilidade subjetiva, verificamos que o princípio da legalidade constitui um pressuposto necessário à utilização da arbitragem pelo Estado e entes da Administração Pública. Em razão desse princípio, a Administração, além de só poder fazer aquilo que não é vedado por lei, também só pode fazer o que é expressamente permitido por lei. Ou seja, não basta não haver lei impedindo, deve haver lei expressamente autorizando a prática da arbitragem.

Ao analisarmos a legislação nacional de Direito Administrativo, constatamos que o Art. 55, §2º, da Lei nº 8.666/93, constitui sério obstáculo à utilização da arbitragem nos contratos celebrados pela Administração Pública no âmbito dessa lei e não concordamos com aqueles que veem no Art. 54 uma autorização à utilização da arbitragem.

Apesar disso, é imperativo considerar que tal questão, com o advento da alteração estabelecida pela Lei nº 13.129, pode ser considerada como superada, uma vez que desde a entrada em vigência do normativo, restou definido que a administração pública direta e indireta poderá entrar na via arbitral. Contudo, não se pode desconsiderar que a arbitrabilidade subjetiva por si pode, em muitas situações, não representar fielmente o melhor parâmetro para avaliação da validade da arbitragem por entes públicos. Isso é especialmente verdadeiro porquanto o Estado, seja para prestar serviços públicos, seja para exercer atividades econômicas (nos termos do Art. 173 da Constituição Federal), pode se valer de pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado.

Essa abordagem, como discutido por Marrara e Pinto, faria sentido em um contexto prévio à reforma da Lei de Arbitragem e a consequente autorização da administração pública direta e indireta de participar de procedimentos arbitrais. Isso se deve ao fato de, no Brasil, a despeito de estarem inseridos na administração pública direta ou indireta, órgãos da administração pública podem atuar de maneiras completamente distintas.

Essa atuação diz respeito, por exemplo, a “empresas estatais, que ora prestam serviços públicos, ora exercem atividade econômica em sentido estrito”. Além disso,

²² MEDEIROS, Suzana Domingues. Arbitragem envolvendo o Estado no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, n. 233, p. 100/101, jul./set. 2003.

podem também ser destacados os casos de autarquias, que extrapolam suas atribuições típicas de poder de polícia, mas que recentemente, acabaram por oferecer serviços em regime concorrencial, como o oferecimento de cursos e consultorias²³. Diante dessa multiplicidade de entes administrativos e a impossibilidade da caracterização de suas atividades como sendo de prestação de serviços públicos de fato ou a participação em regime concorrencial, a conclusão de Marrara e Pinto é que a definição de quais entes poderiam participar de procedimentos arbitrais seria extremamente limitante e que o tipo de demanda seria o fator que realmente importaria para a definição da possibilidade de determinado órgão assumir compromissos arbitrais.

É de se notar, portanto, que o Poder Legislativo, ao editar a Lei nº 13.129, em 2015, procedeu dessa mesma maneira, em uma decisão que pode-se considerar como acertada e compatível com a necessidade da Administração Pública.

Ao prever taxativamente que qualquer integrante da Administração Pública, direta ou indireta, pode ser parte de compromisso arbitral, o legislador se amparou em outra disposição da Lei de Arbitragem, que já existia, de forma a não impor limitações no aspecto subjetivo, que, como descrito, seria um tanto quanto inadequado e a privilegiar uma interpretação combinada, com a segunda parte do próprio Art. 1º da Lei nº 9.307/1996, que estabelece a disponibilidade patrimonial do direito como pré-requisito para sua submissão à arbitragem.

Tal decisão legislativa pode ainda ser considerada com um grande acerto por também estar alinhada de forma sistêmica ao ordenamento jurídico. Isso porque, além dos diversos regulamentos específicos surgidos após a edição da Lei de Arbitragem relacionados à Administração Pública, estabeleceram previsões de arbitragem. Ademais, tal interpretação sistêmica também seguiu a tendência jurisprudencial do assunto, porquanto, conforme destacado no capítulo anterior – que contextualizou historicamente o desenvolvimento da arbitragem – após determinado momento (especialmente a decisão do STF no caso Lage), a discussão sobre a possibilidade da arbitragem de acordo com os sujeitos que dela participariam restou superada. Como discutido na evolução histórica, a questão de arbitrabilidade objetiva passou a ter muito mais destaque e relevância no que diz

²³ MARRARA, Thiago; PINTO, João Otávio Torelli. Op. cit., p. 236.

respeito à validação e legalidade da arbitragem, especialmente quando envolvendo a Fazenda Pública.

Assim, como destacado ao longo do presente trabalho, faz-se muito mais sentido privilegiar o aspecto da arbitralidade objetiva em relação à subjetiva, seja pela evolução histórica dos temas, seja pela situação fática das atividades da Administração Pública, seja pela determinação legislativa. Tais fatores devem ser considerados em conjunto para essa conclusão. É nesse contexto que importa identificar quais são os tipos de matéria ou assunto que devem ou podem estar sujeitos à resolução de disputas no âmbito de contratos em que a Administração Pública seja parte, contudo, restringindo a questões de direitos patrimoniais disponíveis.

A pergunta “quais são os conflitos que podem ser submetidos a procedimentos arbitrais que envolvam a Fazenda Pública?” é muito mais complexa pelos motivos explicados se comparada à “quais são os entes públicos que podem participar de procedimentos arbitrais?”.

2.1.1 Direitos patrimoniais disponíveis e indisponibilidade do interesse público

Conforme estipulado pelo texto legal, importa em analisar ao caso, se os direitos em discussão são patrimoniais e disponíveis. No que diz respeito à disponibilidade – ou, mais adequadamente, à indisponibilidade do interesse público, explica Celso Bandeira de Mello²⁴ seu conceito:

A indisponibilidade dos interesses públicos significa que, sendo interesses 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 estrita conformidade do que dispuser a *intentio legis*.

Contudo, é de se observar que a definição posta acima se refere à indisponibilidade do interesse público, ao passo que a previsão legal trata da disponibilidade patrimonial de determinado direito. No entanto, nos casos

²⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 13 ed. São Paulo, Malheiros, 2001, p. 34.

relacionados à Fazenda Pública, é comum que haja certa confusão entre os termos, ao vincular ao interesse público todo e qualquer direito que esteja relacionado à Administração Pública. No entanto, conforme discutiremos a seguir, essa assunção não é precisa.

Ainda é de se ressaltar que, se tal inferência for levada ao extremo, isso é, caso se entenda que todos os direitos da Administração Pública são indisponíveis por estarem imbuídos do interesse público, a arbitragem seria completamente inviável para a administração pública. Ora, se tal inviabilidade fizesse sentido, por que motivo a própria Lei que autoriza que a Administração direta ou indireta seja parte em arbitragens disporia uma limitação absoluta dessa forma? Não faz sentido. Assim, é importante que sejam devidamente caracterizados o *interesse público* e a *disponibilidade patrimonial de direitos* da Fazenda Pública, conforme os próximos parágrafos.

Em se tratando da relação entre “*direitos patrimoniais disponíveis*” e “*indisponibilidade do interesse público*”, Lucas Rocha Furtado explica que é de fundamental importância a distinção dos dois conceitos, especialmente no que tange a permissão ou não da arbitragem pela fazenda pública, observando a disposição sobre *direitos patrimoniais disponíveis*, que já estava presente na Lei nº 9.307/1996²⁵:

(...) o fato de a Lei nº 9.307/96 somente admitir a utilização do juízo arbitral para questões relativas a direitos patrimoniais disponíveis em nada afeta a disponibilidade ou a indisponibilidade do interesse público. A disponibilidade do interesse público é medida em razão do que dispõe o ordenamento jurídico. O juízo do administrador no sentido de que o interesse público será mais bem realizado com a utilização do juízo arbitral, ou com a sua vedação, é irrelevante. É necessário verificar em que hipóteses o Direito Administrativo admite a utilização desse sistema de composição de lides.

Nesse ponto é necessário destacar a inclusão do Art. 23-A na Lei nº 8.897/95, promovida pela Lei nº 11.196/2005, que expressamente prevê que “o contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de conflitos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996”.

Em razão do advento dessa regra legal, a discussão sobre o uso da arbitragem em contratos de concessão se transfere da

²⁵ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 4.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, pp.939/940.

possibilidade ou não de sua utilização para a delimitação da extensão e do alcance da aplicação desse instituto (e dos outros mecanismos privados pra a resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Portanto, diante do posicionamento de Lucas Rocha Furtado, é de se notar a grande relevância em separar os conceitos de “disponibilidade do interesse público” e “direitos patrimoniais disponíveis”; sendo o último conceito utilizado na redação da Lei nº 9.307/96. Conforme explicado por Furtado, a mera utilização da arbitragem em, por exemplo, contratos de concessão, não tem o condão de transformar o interesse público em disponível. Isso se dá pelo fato de o interesse público estar relacionado, nos termos utilizados por Furtado, na referida obra: “1. Ao cumprimento dos princípios constitucionais, especialmente àqueles relacionados à realização de direitos fundamentais; 2. À observância da lei; e 3. à realização do princípio da economicidade”.

Dessa forma, é de se notar que é a própria lei que estabelece e define o que é considerado como “interesse público”, de forma que para essa definição, pouco importa se as partes assumirão compromisso arbitral, que, como apontado no parágrafo anterior, não consegue, isoladamente, suprimir a disponibilidade do interesse público, de forma a torná-lo indisponível. Ainda, como no caso citado por Rocha Furtado, da Lei nº 11.196/2005, que alterou a Lei nº 8.897/95, pelo fato de ser própria Lei que define a possibilidade da via arbitral para a resolução de lides para os contratos de concessão, e é a lei que define o que é o interesse público, não deve haver contradição entre ambos os dispositivos legais, o que implica em inferir que a disposição respeita o interesse público ao permitir o compromisso arbitral.

Ainda a respeito da discussão que relaciona a disponibilidade ou não do interesse público, a doutrina converge em uma separação do interesse público em duas categorias: o primário e o secundário. Ricardo Marcondes Martins²⁶, que seguindo o entendimento o qual afirma ter sido inicialmente abordado no Brasil por Celso de Mello²⁷ explica que o interesse primário é traduzido pela “dimensão pública

²⁶ MARTINS, Ricardo Marcondes: Arbitragem e Administração Pública: Contribuição para o Sepultamento do Tema. **Revista Trimestral de Direito Público**, v. 54, 2011, p. 194-209.

²⁷ Vale ressaltar que tal separação originalmente foi elaborada por Francesco Canelutti, como indicado por Ricardo Marcondes Martins.

do interesse privado”, isso é, trata dos interesses dos indivíduos inseridos na sociedade, os quais devem ser protegidos pelo Estado.

Já os interesses secundários, na definição utilizada por Martins, estão relacionados ao “interesse particular, individual, do Estado enquanto pessoa jurídica autônoma”, o que significa que são os meios instrumentais pelos quais o Estado lançaria mão para atingir os interesses primários - que são os “deveres” do Estado. Martins conclui tal raciocínio afirmando que a ilação de que os interesses primários seriam indisponíveis e os interesses secundários seriam disponíveis é incorreta, uma vez que, segundo o autor, não existe autonomia dos interesses secundários em relação aos primários – que legitimaria a disponibilidade desse interesse. Isso porque o autor afirma que os interesses secundários estão sempre sujeitos aos interesses primários e que são indisponíveis. Dessa forma, Martins, ao afirmar que o Estado sempre deve “buscar o interesse público”, mesmo nas situações em que “se aproxima da situação de proprietário, de empresário, de comerciante”, não se afasta do regime público, conclui que seriam inconciliáveis a arbitragem e os interesses públicos.

Assim, depreende-se dessa interpretação, que o Estado, mesmo nas relações em que objetive o cumprimento e observância dos interesses secundários, sempre deve ter sua atuação voltada aos interesses primários, numa relação que Martins descreve como “coincidente”, jamais poderia abrir mão da tutela do Judiciário, por entender que é apenas o próprio Estado que pode lidar com questões atinentes ao interesse público (que no caso, se expressa pela efetiva apreciação do Judiciário, que representa o próprio Estado) de forma a implicar que é apenas o *Juiz* que seria capaz de tratar de qualquer questão relacionada ao interesse público – com a carga de interesse da coletividade.

Considerados os dois posicionamentos adotados pela doutrina nacional, para os fins do presente trabalho, nos filiaremos a uma abordagem, com a devida vênia ao Martins, que apresenta uma abordagem mais flexibilizada quanto à disponibilidade do interesse público, especialmente no tocante aos interesses secundários.

Acerca dos interesses primários e secundários e a possibilidade de arbitragem, Selma Lemes²⁸ explica:

²⁸ LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, pp. 130/131.

O Estado, para atingir as atividades-fim, tutela interesses extremamente relevantes para a sociedade, posto que relacionados ao bem-estar, saúde, segurança em que o ordenamento legal os classifica de afetos ao “interesse público”. Os interesses que tutelam são considerados supremos e indisponíveis. Mas essa indisponibilidade, apesar de ser regra, comporta relativização. A indisponibilidade pressupõe a inegociabilidade, que só pode ocorrer por vias políticas e na forma legal. Mas para executar as atividades-meio, a indisponibilidade é relativa, pode ser negociada e recai sobre os “interesses públicos derivados”, para atuar nesta órbita, a Administração demanda autorização constitucional genérica (arts. 18, 37, *caput*) e, às vezes, autorização legal (por exemplo, Art. 49, I, XVI e XVII da CF). [...] Podemos classificar os interesses públicos em “primários” e “secundários” (instrumentais ou derivados). Os interesses públicos primários são indisponíveis e, por sua vez, os interesses públicos derivados têm natureza instrumental e existem para operacionalizar aqueles, com características patrimoniais e, por isso, são disponíveis e suscetíveis de apreciação arbitral. Esta conclusão, portanto, traz à tona a solução com referência à matéria suscetível de ser submetida à arbitragem: os interesses públicos derivados, de natureza instrumental e com características patrimoniais dispostos em contrato.

Ainda sobre esse tema, Diogo de Figueiredo Moreira Neto²⁹ defende que os interesses secundários da Administração Pública possuem caráter instrumental em relação aos primários, isso é, existem apenas para que os primários sejam satisfeitos. Afirma ainda que esses interesses “resolvem-se em relações patrimoniais, e por isso, tornaram-se disponíveis na forma da lei, não importando sob que regime”.

Desenvolvendo ainda mais a questão da disposição patrimonial (via interesses secundários) para a efetiva satisfação de interesses públicos primários, o ministro Eros Grau³⁰ afirma:

Dispor de direitos patrimoniais é transferi-los a terceiros. Disponíveis são os direitos patrimoniais que podem ser alienados. 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

²⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Arbitragem nos contratos administrativos**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 209, p. 84, mar. 1997.

³⁰ GRAU, Eros Roberto. **Arbitragem e contrato administrativo**. Revista Trimestral de Direito Público, nº 32, 2000, p. 20.

isso esteja a dispor do interesse público, porque a realização deste último é alcançada mediante disposição daqueles”.

Portanto, alinhamo-nos com o entendimento de Moreira Neto, no sentido de que os interesses secundários têm caráter instrumental e acessório para o cumprimento do interesse primário, e com o pensamento do ministro Eros Grau, que afirma que o caráter de disposição do patrimônio público também se apresenta de forma instrumental, representa conseqüentemente uma disponibilidade do interesse público (já que é cediço que o patrimônio é parte integrante do interesse público) para a realização de pagamentos, por exemplo.

Além disso, vale ressaltar que Eros Grau³¹ é taxativo ao afirmar que “não há qualquer correlação entre disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público”. Dessa forma, entendemos que atos praticados pela Administração Pública que objetivem o seu interesse primário – reputados como indisponíveis -, por meio de atos representativos de interesse público secundário, e acerca de direitos patrimoniais disponíveis, nos termos da divisão citada acima, elaborada por Lucas Rocha Furtado, a arbitragem para esses casos, não representaria qualquer ofensa ao interesse público. Além disso, importa destacar que a disposição de cumprir com o requisito legal estabelecido pela Lei nº 9.307/1996, de que tais litígios seriam referentes a direitos patrimoniais disponíveis.

Em relação ao interesse público e a arbitragem, Gustavo Binjenbojm afirma que o compromisso arbitral da Administração Pública pode representar vantagens para a Fazenda. Em uma perspectiva patrimonial, tal vantagem seria auferida diante de maior celeridade em relação, por exemplo, ao pagamento de uma possível verba indenizatória. Já na perspectiva do interesse geral (o interesse público primário), o autor afirma que a arbitragem pode representar menor onerosidade aos contratos administrativos e maior segurança a esses contratos³².

Contudo, justamente pelo fato de apenas a categoria de interesses secundários estar vinculada à disponibilidade, vale frisar que não é qualquer tipo de demanda que estaria sujeita, portanto, à arbitragem. Casos de clara indisponibilidade são aqueles relacionados, por exemplo, a elaboração de políticas públicas relacionadas

³¹ GRAU, Eros Roberto, Op. Cit., p. 22.

³² BINENBOJM, Gustavo. **As parcerias público-privadas (PPPs) e a Constituição**. Revista de Direito Administrativo, v. 241, 2005, p. 160-175.

a exemplos a saúde pública, a mobilidade urbana, a livre iniciativa e a livre concorrência, o patrimônio cultural. Assim “refoge à competência do juízo arbitral, ainda que surja no seio de um contrato de concessão ou de um contrato de gestão”³³.

Pelo exposto acima, considerando os aspectos de arbitralidade objetiva e subjetiva, e no âmbito da segunda, explorando e destrinchando questões relativas a “direitos patrimoniais disponíveis” e “disponibilidade do interesse público”, entendemos que a análise das questões relacionadas à arbitralidade de demandas que envolvam a Fazenda Pública encontram-se abordadas e esclarecidas, de forma que o entendimento de sua possibilidade, dentro dos parâmetros estabelecidos, restou devidamente elaborada pela doutrina.

2.2 Modalidade da arbitragem: equidade ou de direito

Superando as discussões acerca de arbitralidade, outra questão que pode ser trazida à tona, que diz respeito a especificidades relacionadas ao modelo adotado para a arbitragem envolvendo a Fazenda Pública, é a que envolve a possibilidade de adotar as distintas modalidades de arbitragem: de direito ou por equidade.

Com a publicação da Lei nº 9.307/96, o texto legal previu as acima-mencionadas modalidades para a definição dos critérios de julgamento dos procedimentos arbitrais: por equidade ou de direito. Nesse ponto, considerando a existência da previsão legal estabelecida pela Lei de Arbitragem, em seu Art. 2º³⁴, deve-se respeitar a autonomia da vontade das partes que assumem o compromisso arbitral, isso é, cabe a elas, no âmbito da cláusula arbitral, escolher por um modelo ou por outro. Isso se dá pelo fato de que a autonomia da vontade é o princípio que rege as relações privadas. É de se observar, contudo, que mesmo a autonomia da vontade das partes tem suas limitações.

³³ SCHMIDT, Gustavo da Rocha. Op. Cit. p. 45.

³⁴ “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).

Para essas relações, vale observar um dos princípios mais fundamentais do Direito Privado, que enuncia que é a autonomia da vontade das partes³⁵. Assim, considerando que os parágrafos seguintes ao Art. 2º definem algumas regras para a realização de procedimentos arbitrais, é de se notar que particulares, caso não desrespeitem as disposições explícitas contidas no referido excerto do texto legal, não incorrerão em qualquer ilegalidade. Tal possibilidade é muito interessante para determinados tipos de resolução de conflitos, que ante a previsão legal, poderão estabelecer regras de direito comercial internacional e até mesmo costumes, por exemplo.

Situação diferente, contudo, é da Fazenda Pública no que está relacionado à escolha dos critérios de julgamento aos quais se submeterá em procedimentos arbitrais. Quanto a esse ponto, importa ressaltar dois aspectos, em momentos distintos. O primeiro antes das modificações estabelecidas pela alteração da Lei de Arbitragem, e o segundo, após a publicação da Lei nº 13.129/2015.

É de se destacar, como explicado anteriormente, que a Lei nº 9.307/96 colocou à disposição das pessoas de direito a possibilidade de escolha dos parâmetros “legais” para a realização da arbitragem. Entretanto, essa ampla liberdade de escolha, inclusive da arbitragem por equidade – que relaciona costumes, princípios gerais e etc., não é literalmente aplicável às relações que envolvam a Administração Pública. Tal fato ocorre pela necessidade de reconhecimento e aplicação do princípio da legalidade, consagrado no texto, no Art. 37³⁶, que trata das obrigações e funcionamento da Fazenda Pública.

A observância do princípio da legalidade, *in casu*, posiciona a Administração Pública em uma situação diametralmente oposta aos particulares, no que se refere à possibilidade de escolha das regras aplicáveis ao procedimento arbitral em questão. Acerca da aplicação do Princípio da Legalidade para a Administração Pública, com o contraponto do particular, explica o ministro Luís Roberto Barroso³⁷:

³⁵ “Art. 5º, II, da Constituição Federal: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

³⁶ “[...] A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]”.

³⁷ BARROSO, Luís Roberto. Sociedade de economia mista prestadora de serviço público. Cláusula arbitral inserida em contrato administrativo sem prévia autorização legal. Invalidez. In: **Temas de direito constitucional**, tomo II, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 615/616.

Para o Poder Público, todavia, o princípio da legalidade assume feição diversa. Ao contrário dos particulares, que se movem por vontade própria, aos agentes públicos somente é facultado agir por imposição ou autorização legal. Inexistindo lei, não haverá atuação administrativa legítima. A simetria é patente. Os indivíduos e pessoas privadas podem fazer tudo o que a lei não veda; os Poderes Públicos somente podem praticar os atos determinados pela lei. Como decorrência, tudo aquilo que não resulta de prescrição legal é vedado ao administrador. Os dois sentidos do princípio são, na verdade, complementares, tendo-se em conta que todo ato do Poder Público importa em alguma medida restrição à esfera de liberdade dos indivíduos, o que, como já referido, exige fundamento legal.

Portanto, sob essa perspectiva mais restritiva que é vigente nas relações que envolvam a Administração Pública, mesmo antes da modificação da Lei – a ser tratada no parágrafo seguinte -, resta claro que mesmo em um contexto sem previsão legal explícita, os procedimentos arbitrais que tenham participação da Fazenda Pública devem, necessariamente, ser de direito.

Tal diretriz foi confirmada com a inclusão do § 3º, ao referido Art. 2º da Lei de Arbitragem, por meio da edição da Lei nº 13.129/15, que estabelece taxativamente que “A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade”. Com isso, entendemos que a inclusão do referido parágrafo está em plena consonância com os princípios de Direito Administrativo e a própria adição do texto determinando a exclusividade pode ser vista como um reforço ao próprio Princípio da Legalidade, pelos motivos descritos acima.

2.3 Confidencialidade e publicidade dos procedimentos arbitrais

Outra questão interessante e digna de debates prolíficos no que diz respeito a procedimentos arbitrais que envolvam a Fazenda Pública e sua adequação aos princípios administrativos cabíveis está relacionada à colisão de duas características muito marcantes para a arbitragem: a confidencialidade e a publicidade, respectivamente.

Assim como no item anterior, a publicidade é um dos princípios basilares - consagrados em 1988 pelo Art. 37³⁸ da Constituição Federal - da existência e da atuação da Administração Pública. A esse respeito, conceitua Lucas Rocha Furtado³⁹:

O princípio da publicidade pode ser traduzido como o dever da Administração de dar transparência a seus atos. A divulgação dos atos e dos procedimentos administrativos realiza, ademais, a moralidade administrativa.

A publicidade é consequência direta do princípio democrático. Somente em regimes ditatoriais pode ser admitida – até porque não há outra opção – a prática de atos secretos, sigilosos. É direito da população, e dever do administrador, divulgar os atos praticados pela Administração a fim de que possam os cidadãos tomar as providências necessárias ao controle da legalidade, da moralidade, da eficiência das atividades do Estado.

Se a democracia é o governo do povo, pelo povo, é necessário que o povo saiba o que ocorre nas entranhas das repartições públicas.

Em contraste com o referido princípio – de fundamental importância para o funcionamento da coisa pública, uma vez que aproxima os cidadãos da possibilidade de participar e averiguar a atuação da Administração Pública – está uma das características mais marcantes e relevantes da arbitragem, que é a confidencialidade de seus procedimentos e resultado. Isso ocorre diante da possibilidade de as partes, ao convencionarem o compromisso arbitral, poderem estabelecer maior amplitude à confidencialidade tipicamente aplicável no âmbito do processo judicial brasileiro, conforme a previsão do Art. 189 do Código de Processo Civil, que prevê as hipóteses de atribuição de segredo de justiça a determinados atos processuais.

Em procedimentos arbitrais, no entanto, tal confidencialidade é aumentada em grau exponencial, porquanto, caso haja determinação das partes, a própria existência de um procedimento arbitral em decurso perante determinada câmara pode ser mantida em segredo – o que não ocorre com processos judiciais, que embora atribua segredo de justiça a procedimentos, não oculta o processo em si. Além disso, a própria execução da decisão arbitral pode ter caráter confidencial,

³⁸Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]”.

³⁹ FURTADO, Lucas Rocha, op. Cit, pp 80/81.

conforme estabelecido no inciso IV do supramencionado Art. 189 do CPC⁴⁰, que confere o caráter de confidencialidade à integridade do “processo”, incluída sua fase de execução.

Acerca das vantagens que a arbitragem oferece em relação aos procedimentos judiciais, especialmente no tocante à confidencialidade, Margaret L. Moses⁴¹ explica:

Other advantages include the ability to keep the procedure and the resulting award confidential. Confidentiality is provided in some institutional rule, and can be expanded (to cover witnesses and experts, for example) by the parties' agreement to require those parties to be bound by a confidentiality agreement. Many companies want confidential procedures because they do not want information disclosed about the company and its business operations, other kinds of disputes in which it is engaged, nor do they want a potentially negative outcome of a dispute become public.

Dessa forma, considerando a evidente vantagem que a confidencialidade representa nos procedimentos arbitrais, sendo inclusive um dos elementos mais atrativos à arbitragem, cria-se uma discussão extremamente válida acerca da obrigatoriedade ou não, e, caso positivo, em quais termos, de que os procedimentos arbitrais que envolvam a Fazenda Pública atraiam a aplicação do princípio da publicidade, conforme será analisado a seguir.

Em uma análise mais intuitiva, considerando-se a necessidade de atribuir publicidade a todos os litígios que envolvam a Fazenda Pública, e conseqüentemente o interesse público, pode-se dizer que quaisquer procedimentos necessariamente devem afastar a confidencialidade.

Contudo, discussão válida reside no seguinte aspecto: o dever de publicidade, como mencionado acima, é apenas da Administração Pública, conforme taxativamente previsto no Art. 37 (Administração Direta e Indireta), ou tal dever também se estende aos árbitros responsáveis por proferir a decisão.

Considerando a prática de prestação de serviços por particulares à Administração Pública (dos mais variados tipos, aqui também se inserem produtos comercializados, etc.), é consolidado o entendimento de que o dever de publicidade não recai ao prestador de serviço, mas à própria Administração Pública. Dessa

⁴⁰Art. 189. Os atos processuais são públicos, todavia tramitam em segredo de justiça os processos: (...) IV - que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo.”)

⁴¹ MOSES, Margaret L., **The principles and practice of international commercial arbitration**. 2nd Edition, Cambridge University Press, 2012, pp. 3/4.

forma, podemos entender que caberia ao Estado, portanto, dar a devida publicidade aos aspectos relevantes desses casos.

Em relação à arbitragem, no entanto, é interessante destacar a visão de Carmona⁴², que ao falar de uma possível divulgação ampla e irrestrita dos atos procedimentais no âmbito de arbitragens com a Administração Pública adverte que “as secretarias das câmaras não podem se transformar em cartórios, expedindo certidões e fornecendo cópias de documentos ou de peças dos processos arbitrais”.

Dessa forma, o autor destaca a importância de se restringir a obrigação da publicidade estabelecida no Art. 37 da Constituição e posteriormente no próprio texto alterado da Lei de Arbitragem, que no § 3 determina que “a arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade”⁴³.

Carmona continua, ao afirmar que, diante da ausência de previsão expressa que restrinja a publicidade, o princípio não deva ser tomado como absoluto para todos os casos de arbitragem, por questões inclusive de “logística”. Conclui o autor que a publicidade, portanto, deveria incidir apenas aos atos principais do processo.

No entanto, ainda acerca das questões atinentes ao princípio da publicidade e a previsão expressa trazida pela reforma em 2015, considerando o anteparo normativo constitucional e infraconstitucional, pode-se dizer que tal adição ao texto da Lei de Arbitragem representou uma mudança brusca do que se entendia por razoável, como colocado nos parágrafos anteriores.

Isso porque, para que a abordagem mais “flexível” da aplicação do princípio da publicidade fosse adotada, como defende Carmona e ao qual nos alinhamos, de certa forma, não teria o legislador a necessidade de incluir o referido parágrafo que, em sua redação, determina que é a “arbitragem” que deve respeitar o princípio da publicidade. Situação oposta seria se o texto legal se direcionasse a uma abordagem mais próxima do Art. 37 da Constituição Federal, atribuindo à Administração o ônus de conferir o caráter de publicidade, como defendido por Carmona.

Contudo, considerando uma interpretação alinhada aos princípios constitucionais e à preocupação, especialmente que há na última década, em

⁴² CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e administração pública: primeiras reflexões sobre a arbitragem envolvendo a administração pública. **Revista Brasileira de Arbitragem**, v. 51, n. XIII, 2016, p. 7-21.

⁴³ SCHMIDT, Gustavo da Rocha. Op. Cit., p. 50.

garantir a ampla transparência aos atos da Administração, colocando o cidadão em um papel mais central de fiscalização, além de considerar uma interpretação legal mais restritiva – no sentido, aqui, a privilegiar além dos aspectos elencados, uma abordagem legalista e pró-Estado, pode-se entender que o direcionamento a conferir maior grau de publicidade seja adequado.

A esse respeito, em um exercício de Direito Comparado à experiência Portuguesa, A Lei de Arbitragem Voluntária, datada de 2011, possibilita que a Administração Pública participe de procedimentos arbitrais, contudo estabelece a “exigência de autorização por lei das convenções de arbitragem do Estado e outras pessoas coletivas de direito público que não tenham por objeto litígios de direito privado”⁴⁴.

No que tange especificamente a atribuição do caráter de publicidade aos atos realizados no âmbito de procedimentos arbitrais, conforme a Lei de Arbitragem Voluntária, Sérvulo Correia, sobre a inexistência da obrigação da publicidade, comenta:

Sem a possibilidade de acesso a tal informação por parte dos cidadãos, do Ministério Público e das associações e fundações defensoras de valores e bens constitucionalmente protegidos, fica severamente cortada a respectiva intervenção no processo, na qualidade de parte ou outra, e a opinião pública não poderá ter presente a pendência de um processo cuja decisão terá eventualmente impacto direto no grau de realização do interesse público.

A lei deveria, pois, estruturar um mecanismo que assegurasse a publicitação da abertura dos processos arbitrais administrativos.

Outro aspecto extremamente relevante que é posto como consonante com a publicidade diz respeito à necessidade da atuação dos órgãos de controle interno (representados pelos órgãos inseridos no bojo da própria Administração Pública) e de controle externo (tais como Tribunais de Contas, Ministério Público, Poderes Legislativo e Judiciário). Isso porque a mera presença da Fazenda Pública nos procedimentos arbitrais atrai a atuação do órgãos de controle, que, por meio da publicidade, podem ter acesso às informações necessárias para a atividade⁴⁵.

⁴⁴ CORREIA, J. M. Sérvulo. A arbitragem dos litígios entre particulares e Administração Pública sobre situações regidas pelo Direito Administrativo. **Revista de Contratos Públicos**, Belo Horizonte, ano 4, n. 6, p. 134, set. 2014/fev. 2015.

⁴⁵ ALVES, Evelin Teixeira de Souza. Op. Cit.

Todos esses argumentos culminam para uma conclusão de que a publicidade estabelecida pelo § 3º do artigo 2º deve ser posicionada e entendida em todo o contexto do ordenamento jurídico. Mais do que isso, não é norma que pauta as ações da Administração Pública, mas que estabelece procedimentos pelos quais ela irá resolver suas demandas pela via arbitral. Justamente pelo caráter de representar a maneira como a Fazenda irá resolver suas demandas, com viés jurisdicional, deve se reconhecer o caráter “finalístico” do Estado, que usa a arbitragem apenas como meio – tendo, portanto a publicidade papel chave. Dessa forma, afasta-se a característica de “serviço”, abordada anteriormente, e com ela, as limitações inerentes da publicidade.

Como conclusão, considerando o aspecto jurisdicional abordado no parágrafo acima, é de se observar que as questões de reconhecimento e concessão de sigilo devem seguir a regra da publicidade geral, previstas no ordenamento jurídico brasileiro.

2.4. Aspectos relevantes não regulados pela reforma da lei para a administração pública

Além desses aspectos diretamente relacionados à Administração Pública, tratados pela reforma da Lei de Arbitragem em 2015, existem alguns outros que não foram especificamente abordados pelo novo texto legal, mas que são relevantes para a realização da arbitragem aliada ao interesse público e que valem ser listados e discutidos. Quanto a esse ponto, embora seja a própria lei federal que autorize a arbitragem envolvendo a Administração Pública, em relação às lacunas – a serem brevemente desenvolvidas a seguir – é de se observar que cabe regulamentação mais específica. Tanto o é que o Decreto nº 8.465/2015, direcionado ao setor portuário, e a Lei Estadual de Minas Gerais nº 19.477/2011, com aplicação ao Estado e Municípios, têm como proposta a regulamentação da arbitragem, sem, contudo, estabelecer normas conflitantes à Lei nº 13.129/2015.

2.4.1 Idioma da arbitragem

O primeiro dos aspectos não abordados especificamente no texto legal é o relacionado ao idioma a ser utilizado no procedimento. Embora não haja menção expressa na parte aplicável à Fazenda Pública, algumas observações podem encaminhar a uma interpretação um pouco mais concisa.

É de se observar que existe um arcabouço legal que direciona todos os atos da Administração Pública à Língua Portuguesa: (i) o Artigo 224 do Código Civil, que determina que “os documentos redigidos em língua estrangeira serão traduzidos para o português para ter efeitos legais no País”; e (ii) a Lei nº 13.609/1946⁴⁶, que ainda em vigor, estabelece que os documentos a serem apresentados em Juízo ou a Repartições Públicas devem ser traduzidos oficialmente; e (iii) o Art. 192 do Código de Processo Civil, que tem aplicação subsidiária em procedimentos arbitrais, e estabelece a obrigatoriedade dos atos e termos do processo da Língua Portuguesa.

Diante dessa combinação de disposições legais, é de se concluir que a realização de procedimentos arbitrais em língua estrangeira acabaria por engessá-los demasiadamente, pela necessidade de apresentação de traduções juramentadas para os referidos procedimentos: por dois motivos, conforme explica Carmona: o primeiro seria o custo suportado, em caso de fiscalização no âmbito do controle externo, de Tribunais de Conta, por exemplo, sejam municipais, estaduais ou federais. Ressalte-se que os custos com a tradução pública teriam de ser arcados pelo próprio órgão fiscalizador. Já o segundo, considerando o caráter de publicidade defendido pelo autor e adotado no presente trabalho, considerando a necessidade de divulgar os atos para a satisfação do papel social do Estado de publicidade dos seus atos, a arbitragem que seja conduzida exclusivamente em língua estrangeira, conforme for o caso (*i.e.* diante da presença de partes estrangeiras, em litígios que envolvam a aplicação de direito internacional), acabam sendo inviabilizadas.

⁴⁶Art. 17. Aos tradutores públicos e intérpretes comerciais compete:

a) Passar certidões, fazer traduções em língua vernácula de todos os livros, documentos e mais papeis escritos em qualquer língua estrangeira, que tiverem de ser apresentados em Juízo ou qualquer repartição pública federal, estadual ou municipal ou entidade mantida, orientada ou fiscalizada pelos poderes públicos e que para as mesmas traduções lhes forem confiados judicial ou extrajudicialmente por qualquer interessado”

Portanto, diante da possibilidade de que a Administração Pública participe de arbitragens em nível internacional⁴⁷, e considerando que em tais procedimentos, aplicam-se as mesmas regras de publicidade dos procedimentos que ocorreriam no Brasil, sugere-se, para que os procedimentos sejam conduzidos de forma bilíngue, de forma que todos os atos, ao serem exercidos simultaneamente nos dois idiomas – em documentos bi colunados – seria uma solução razoável para essas demandas, como já ocorre em litígios judiciais que envolvam a Administração Pública⁴⁸.

2.4.2. Arbitragem institucional ou *ad hoc*

Outro destaque relacionado à possibilidade de escolha entre arbitragens *ad hoc* e institucional pela Administração Pública. Vale, portanto, uma breve conceituação das duas para exemplificar as diferenças: para as arbitragens *ad hoc*, todos os procedimentos são definidos pelas partes e/ou pelo árbitro, que têm liberdade para escolhê-los. Na arbitragem institucional, como o próprio nome remete, existe uma instituição (Câmara de Arbitragem), que pré-determinam as regras dos procedimentos, cabendo às partes concordar previamente.

Considerando-se que Lei de Arbitragem não determina a adoção de apenas um dos modelos, o que significa que é possível a escolha por um ou por outro, valem algumas observações sobre as especificidades de cada um para a Administração e o que a escolha por um ou por outro implicaria.

É de se observar que, diante da “simplificação” do modelo *ad hoc*, pelo fato de toda a estrutura não ser disponibilizada por uma instituição, a tendência é os custos suportados pela Fazenda Pública com os procedimentos seja menor. Contudo, a mesma razão que importa na redução de custos tem outro viés, que é a insegurança jurídica, causada justamente pela ausência de definições relativas à arbitragem de forma geral. Tais questões podem partir de aspectos mais básicos ao funcionamento da arbitragem, como a escolha da infraestrutura e dos recursos humanos para os

⁴⁷ Dá-se destaque às arbitragens internacionais neste segmento porque é possível inferir logicamente que as arbitragens que envolvam a Administração Pública e partes brasileiras, quando realizadas no Brasil, naturalmente serão conduzidas em Português, não havendo a necessidade de discutir o cabimento de outras línguas.

⁴⁸ CARMONA, Carlos Alberto. Op. Cit.

serviços de secretaria, passando por definição de honorários aos árbitros até a definição das regras e procedimentos a serem adotados⁴⁹.

Pelo outro lado, caso a escolha seja pelo modelo de arbitragem institucional, há de se considerar as vantagens que o oferecimento de toda a estrutura, questões procedimentais e regramento pela câmara arbitral conferem ao procedimento. Além de todos esses aspectos, sejam eles mais técnicos ou procedimentais, já serem definidos pela instituição, há de se considerar também que diante da experiência acumulada na realização de outros procedimentos e o conseqüente prestígio decorrente. Dessa forma, pelo fato de ser uma solução mais completa, a tendência é que haja maior segurança jurídica ao procedimento.

Muito embora a arbitragem institucional confira maior grau de previsibilidade e conseqüentemente segurança jurídica, ainda sobre esse assunto, vale destacar o comentário de Carmona, que sugere que “estas questões, porém [em referência a estrutura e disposições] podem ser perfeitamente dimensionada em uma cláusula bem redigida”, no entanto, afirma que, caso o Estado não esteja preparado para organizar todas as questões atinentes à arbitragem, “a escolha da arbitragem institucional será de rigor”.

2.4.3. Inclusão de cláusula arbitral no edital

Outra questão relevante em relação a arbitragens com a Administração Pública, especialmente no que diz respeito a contratos de concessão, por exemplo, é a necessidade ou não de previsão no edital do contrato administrativo em questão.

Muito embora tal questão não tenha sido abordada diretamente pela reforma da Lei de Arbitragem em 2015, a discussão acerca desse tema é consideravelmente anterior, datando inicialmente de 2004, quando a Lei nº 11.079/2004, que trata das Parcerias Público-Privadas dispôs, em seu Art. 11, especificamente no inciso III, o seguinte:

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

⁴⁹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Op. Cit..

(...)

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

Assim, parte da doutrina recepcionou a previsão legal com uma interpretação mais legalista, e conseqüentemente, restritiva, ao vincular a interpretação desse dispositivo com o Art. 41 da Lei nº 8.666/1993, que enuncia em seu *caput* que “A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”.

Dessa forma, a alegação de que, muito embora haja previsão para que a Administração Pública assumira o compromisso arbitral, parte dos operadores do Direito adotou entendimento mais conservador, afirmando que, diante da obrigatoriedade imposta pela Lei nº 8.666/1993 de seguir as disposições editalícias, a ausência de cláusula compromissória ensejaria a nulidade do compromisso arbitral.

No entanto, tal construção foi rejeitada pelo Judiciário, que entendeu que a previsão expressa da cláusula de compromisso arbitral não seria obrigatoriamente incluída no Edital. Como paradigma jurisprudencial, podemos destacar Recurso Especial nº 904.813 - PR (2006/0038111-2), no qual a Terceira Turma, de forma unânime entendeu que “O fato de não haver previsão da arbitragem no edital de licitação ou no contrato celebrado entre as partes não invalida o compromisso arbitral firmado posteriormente”. Tal caso, por tratar de diversos aspectos relevantes relacionados à possibilidade de escolha da via arbitral para contratos de concessão será abordado com mais detalhes no Capítulo seguinte.

É de se ressaltar ainda que na I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios⁵⁰, foi aprovado o seguinte enunciado: “2. Ainda que não haja cláusula compromissória, a Administração Pública poderá celebrar compromisso arbitral”. Dessa forma, é de se notar que, ao considerar que o enunciado indica que mesmo a ausência de cláusula compromissória não impede que a Administração Pública participe de resolução de conflitos pela via arbitral, ou seja, não é sequer necessário

⁵⁰A Jornada ocorreu em Brasília, nos dias 22 e 23 de agosto de 2016 e foi realizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2016-1/setembro/cjf-publica-integra-dos-87-enunciados-aprovados-na-i-jornada-prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

que tal compromisso seja assumido na assinatura do contrato, podendo ser decido em situação posterior, conseqüentemente é de se inferir que por não haver sequer obrigatoriedade de inserção de cláusula arbitral, não é exigível que a cláusula esteja contida no edital.

2.4.4 A alteração na Lei nº 6.404/76 e suas conseqüências

Vale ainda ressaltar um último aspecto no trata de mudanças implementadas pela reforma da Lei de Arbitragem, mas que, diferentemente dos itens elencados acima, alterou o texto da Lei nº 6.404/1976, a Lei das Sociedades Anônimas: a regulamentação da possibilidade de inclusão de cláusula arbitral no estatuto social de sociedade anônima.

A disposição em questão é o Art. 136-A, que enuncia:

Art. 136-A. A aprovação da inserção de convenção de arbitragem no estatuto social, observado o *quorum* do Art. 136, obriga a todos os acionistas, assegurado ao acionista dissidente o direito de retirar-se da companhia mediante o reembolso do valor de suas ações, nos termos do Art. 45.

Tal dispositivo, que trata de Sociedades Anônimas, pode acabar impactando diretamente a Fazenda Pública nos casos de Sociedades de Economia Mista, no qual a Administração pode ser acionista, inclusive minoritária, criando uma situação em que se pode alegar a violação de um princípio basilar do Direito Brasileiro, que é a inafastabilidade de jurisdição, previsto no Art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, que impede que disposições legais excluam “da apreciação do poder Judiciário, lesão ou ameaça de direito”.

Modesto Carvalhosa ainda afirma que a construção legislativa relacionada ao referido artigo apresenta complicações, sendo inclusive inconstitucional, por prever de forma abstrata e geral a obrigatoriedade do compromisso arbitral que afasta a jurisdição, como explicado no parágrafo acima, o que, na visão do autor, trata de grande inconsistência, já que a escolha pela arbitragem deve ser feita caso a caso⁵¹.

⁵¹ CARVALHOSA, Modesto. Seminário da International Bar Association: “Celebrando a Carta Magna e o Estado Democrático de Direito”, em 13 de novembro de 2015. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Brasil.

Tal questão já foi apreciada em diferentes esferas do Judiciário, podendo citar decisões contrárias do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo⁵², que entendeu que tal cláusula representa abuso de controle dos acionistas majoritários e do Tribunal Regional da 4ª Região⁵³, que confirmou a obrigação da via arbitral para resolução de conflitos, quando prevista no estatuto social. A constitucionalidade, no entanto, ainda não foi apreciada pelo STF, discussão que consideramos ser extremamente relevante.

Diante das considerações feitas acerca das principais questões que foram efetivamente alteradas pela publicação da Lei nº 13.129/2015 nos itens anteriores, combinados com suas respectivas considerações doutrinárias, com aspectos que mudaram efetivamente ou não com a Lei, além de breves comentários acerca de pontos que a reforma da Lei de Arbitragem não abarcou, e que conseqüentemente podem ser objeto de diferentes regulamentações, o próximo passo para o desenvolvimento do presente trabalho está relacionado à análise de alguns casos de procedimentos arbitrais em que a Administração estivesse envolvida, conforme a seqüência do próximo capítulo.

⁵² Tribunal de Justiça de São Paulo. 2.ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. AI n. 2031444-61.2016.8.26.0000, Des. Rel. Caio Marcelo Mendes de Oliveira. DJ 16.12.2016.

⁵³ Tribunal Regional Federal da 4.ª Região. Apelação Cível n. 5009846-10.2015.4.04.7201/SC, Rel. Des. Cândido Alfredo Silva Leal Júnior, DJe 15.12.2016.

CAPÍTULO 3

DESCRIÇÃO DE CASOS CONCRETOS: ANTES E DEPOIS DA LEI Nº 13.129/2015

Feitas as considerações acerca das questões mais relevantes que envolvem a arbitragem com a Administração Pública, o passo seguinte para o desenvolvimento do tema reside na análise de casos concretos, em situações distintas, nos quais houve a realização de procedimentos arbitrais, que podem ser separados em dois momentos específicos: antes e depois da reforma da lei de Arbitragem.

3.1. Análise do caso Compagás e Carioca-Passarelli

No caso em análise, podemos observar quais foram os argumentos utilizados para a legitimação da arbitragem pela Fazenda Pública em um cenário prévio à autorização expressa pela Lei de Arbitragem, relativo ao caso entre o “Consórcio Carioca-Passarelli” e a Companhia Paranaense de Gás – Compagás, conforme será desenvolvido abaixo.

Inicialmente, ressalta-se, como pano de fundo para a discussão, que, no ano de 1997, foi publicada a Lei nº 9.478/1997, chamada de “Lei Geral do Petróleo”. Dentre as suas disposições, destaca-se o Art. 43, inciso X, que estabelece o seguinte:

Art. 43. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais:

(...)

X - as regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional.

Tal disposição pode ser considerada como autorização, pelo poder legislativo, para que a ANP, adotasse a via arbitral como possibilidade da solução de litígios em contratos de concessão, sendo tal autorização expressa, para respeitar o princípio da legalidade⁵⁴.

⁵⁴ TIBURCIO, Carmen; MEDEIROS, Suzana. Arbitragem na indústria do petróleo no direito brasileiro: *Revista de Direito Administrativo*, v. 241, jul./set. 2005, p. 66.

Dessarte, o Consórcio formado pelas empresas Carioca Engenharia e Construtora Passarelli, por meio do “Contrato Compagás nº 004/99”, assumiu, com a Compagás, o compromisso arbitral para resolução de eventuais disputas decorrentes do referido contrato, em acordo, portanto, com a disposição da Lei Geral do Petróleo supramencionada.

Tem-se que, diante da necessidade de submissão de conflito à via arbitral, como previsto, e após todas as medidas serem tomadas, como a redação do compromisso arbitral, a escolha dos árbitros e a elaboração dos quesitos e pleitos pelas partes, a Compagás ajuizou ação declaratória de nulidade de compromisso arbitral perante a Justiça Comum do Estado do Paraná. A empresa alegou basicamente três aspectos que ensejariam a nulidade do compromisso arbitral: (i) a arbitragem não estava prevista no edital de licitação; (ii) a indisponibilidade do interesse público envolvido; e (iii) a ausência de cumprimento dos requisitos legais para a instauração de uma arbitragem válida.

Após sucessivos recursos, o pleito da Compagás chegou ao Superior Tribunal de Justiça, sob a forma de Recurso Especial, e foi distribuído à Ministra Nancy Adrigli, com o nº 904.813 - PR (2006/0038111-2). A decisão proferida no âmbito da Terceira Turma do STJ, em 2011, é um relevante marco para a questão da arbitragem para contratos com sociedades de economia mista no ramo de petróleo.

Vale apenas uma pequena referência aos resultados obtidos nas instâncias anteriores: em todas as oportunidades, a Compagás não conseguiu decisão favorável à sua demanda de nulidade.

Quanto ao primeiro ponto arguido pela Compagás, e que também pode ser considerado como o ponto central da discussão, a empresa alegou que seria nula a cláusula de compromisso arbitral porquanto não havia nenhuma menção no edital do contrato de concessão para que as demandas surgidas no âmbito da relação jurídica entre a Compagás e o Consórcio Carioca-Passarelli fossem resolvidas pela via arbitral.

Assim, a Compagás afirmou que a ausência de previsão no edital para que a arbitragem fosse utilizada para dirimir conflitos do contrato seria uma ofensa ao Art. 41 da Lei nº 8.666/1993, que enuncia em seu *caput* que “A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”. Tal afirmação é colocada pela recorrente ao contextualizar que embora a possibilidade da resolução por procedimentos arbitrais é indiscutível, ante a previsão

estabelecida pelo supracitado Art. 43 da Lei Geral do Petróleo, o fato de não haver previsão editalícia para tanto implica em reconhecer a necessidade de intervenção do poder judiciário.

Além disso, a Compagás sustentou que o edital previa taxativamente que o foro para qualquer discussão acerca do contrato seria a comarca de Curitiba, reforçando, portanto, que a escolha do Juízo – prevista no edital – seria mais um destaque para a necessidade do reconhecimento da via judicial como legítima para dirimir os conflitos do contrato.

A decisão proferida no âmbito do STJ, no entanto, não acatou a argumentação apresentada pela Compagás, tendo se direcionado pela aceitação da resolução dos conflitos no caso, pela via arbitral. Nos termos de seu voto, a Ministra Nancy Andrighi reconheceu, considerando o conteúdo do acórdão proferido pelo TJPR, que diante da personalidade jurídica da Compagás, uma sociedade de economia mista, os direitos em discussão relacionam-se ao caráter de direito privado da empresa, além de que, o objeto da concessão não se tratava de prestação de serviço público.

Tal entendimento foi aplicado por se tratar de hipótese de intervenção do Estado no domínio econômico, nos termos do Art. 173 da Constituição Federal de 1988. Portanto, ao se reconhecer que a atividade que estava relacionada ao contrato não era a prestação de serviço público, ela pode ser caracterizada como sendo de interesse público secundário, conforme explicado no Capítulo 2.

A consequência desse reconhecimento, conforme indicado no Acórdão do TJPR e confirmado pelo STJ, é que o direito em questão deve ser reputado disponível, o que implica na possibilidade de submissão à arbitragem. A construção de tal reconhecimento passa necessariamente pela análise da arbitrabilidade, tanto objetiva quanto subjetiva. No caso em análise, foi reconhecido, pelos motivos explicados acima, que os dois parâmetros autorizaram às partes que aceitassem o compromisso arbitral.

Vale ainda reforçar que no seu voto, a Ministra Nancy Andrighi deu ênfase ao caráter da arbitrabilidade objetiva, contextualizando diferentes julgados do próprio STJ e de outros Tribunais, todos no sentido de que as sociedades de economia mista, pelo seu caráter de participação no domínio econômico, estariam sujeitas a um regime de direito privado e, conseqüentemente, a teoria geral dos contratos seria aplicável. Tal construção permitiria então que o compromisso da arbitragem fosse assumido. Vale ressaltar ainda que o peso da arbitrabilidade objetiva no caso ainda

era relevante. Como discutido no histórico, pelo fato de ainda não haver a previsão taxativa para a participação da Administração direta e indireta, o aspecto da arbitrabilidade objetiva da demanda ainda tinha uma relevância mais destacada.

Outro aspecto ainda sobre a previsão em edital, que foi abordado pelo acórdão proferido pelo STJ, diz respeito ao fato de que a decisão das partes em submeter o conflito à arbitragem foi tomada em momento posterior à assinatura do contrato, por meio de compromisso arbitral.

Nesse sentido, vale fazer uma breve conceituação dos dois tipos de “convenção arbitral” previstos na Lei de Arbitragem, em seu Art. 3º: a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. Inicialmente, deve-se considerar que a convenção arbitral, assim definida pelo texto legal, é o instrumento pelo qual “As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral”. Dessa forma, a doutrina converge ao considerar que a convenção representa *gênero* do qual a cláusula compromissória e o compromisso arbitral são *espécies*. Isso é, são subdivisões mais específicas de um instituto mais amplo.

O próprio texto da Lei nº 9.307/1996 se encarrega de conceituar com mais detalhes as definições de cláusula compromissória⁵⁵ e compromisso arbitral⁵⁶, sendo a principal diferença entre as duas modalidades o momento em que as partes decidem submeter sua demanda à arbitragem. A cláusula compromissória está relacionada ao tempo de assinatura do contrato e tem como função estabelecer, previamente, que as demandas que surjam do contrato em questão deverão ser submetidas à arbitragem.

O compromisso arbitral, por sua vez, é uma decisão posterior ao contrato, que pode ser tomada pelas partes incidentalmente (de forma judicial ou extrajudicial), de acordo com a necessidade da demanda. Desse modo, por definição, não há como se prever – como ocorre na cláusula arbitral – que a via arbitral será utilizada para a resolução de todas as demandas de uma determinada relação jurídica.

Feita essa breve consideração e voltando ao caso concreto, deve-se evidenciar que a convenção arbitral foi realizada por compromisso arbitral, isso é, depois de que o contrato administrativo já havia sido firmado. Dessa forma, como ressaltado

⁵⁵ “Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato”.

⁵⁶ “Art. 9º O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial”.

pela ministra Nancy Andrighi no âmbito do seu voto, o compromisso arbitral foi firmado ante a uma controvérsia específica, por meio de instrumento particular, nos termos da Lei de Arbitragem.

A ministra Andrighi ainda fez as seguintes observações sobre a escolha das partes em assumir o compromisso arbitral para a solução da controvérsia relativa ao equilíbrio econômico financeiro do contrato celebrado:

Preferiram, no entanto [as partes], optar pela arbitragem, mediante a celebração do compromisso arbitral, posteriormente impugnado pela recorrente. Observe-se que se tratou de um ato voluntário da administração – concessionária – submeter a controvérsia ao juízo arbitral, renunciando ao juízo estatal.

Nesse contexto, pode-se dizer que a atitude posterior da recorrente, de impugnar seu próprio ato, beira às raias da má-fé, além de ser evidentemente prejudicial ao próprio interesse público de ver resolvido o litígio de maneira mais célere.

Entendemos que tal posicionamento é o mais adequado, inclusive quando consideramos o cenário legislativo atual, no qual existe a ampla possibilidade da Administração Pública participar de procedimentos arbitrais. Restringir que a convenção arbitral fosse taxativamente prevista no edital implicaria assumir que apenas a modalidade de cláusula arbitral fosse passível de ser utilizada em contratos administrativos com a Fazenda Pública, pelo seu caráter prévio e abstrato.

Tal posicionamento não faria sentido em contraste com a Lei de Arbitragem, que não restringe as convenções da Administração Pública a cláusulas arbitrais, mas também admite o compromisso arbitral, por se tratar de ato voluntário, desde que seja respeitado, contudo o caráter de arbitrabilidade objetiva da demanda, conforme discutido no item 2.4.4.

3.2. O decreto nº 8.465/2015 e a arbitragem no setor portuário

Dando sequência ao propósito do presente Capítulo 3 em apresentar e discutir aspectos mais práticos dos temas abordados pelo Capítulo 2, e seguindo a sua divisão, é de extremo valor que seja feita, mesmo que de forma breve, uma análise do Decreto nº 8.465/2015, que trata de definição de normas e regulações para arbitragens envolvendo a Administração Pública e particulares “em relação ao inadimplemento no recolhimento de tarifas portuárias ou outras obrigações

financeiras perante a administração do porto e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq”. O maior destaque do decreto, ao menos para o presente trabalho, está relacionado à sua data: foi editado pelo Poder Executivo Federal alguns dias depois da reforma da Lei de Arbitragem.

Tal aspecto, portanto, tem grande correlação com a segunda seção do Capítulo 2, no qual foram abordadas algumas questões não tratadas pela reforma da Lei de Arbitragem que podem ensejar algumas discussões no campo prático. Assim, considerando que o escopo do Decreto de Arbitragem Portuária é justamente regulamentar algumas das lacunas deixadas pela Lei de Arbitragem - especificamente nos casos em que a Administração Pública é parte -, suas disposições podem ser indicativo de como a regulação em outros setores ou mesmo de uma forma geral, pode acontecer no futuro.

Mais do que isso, o Decreto representa um esforço do Poder Executivo em tornar a cultura brasileira de arbitragem com a Administração Pública mais difundida e usual, especialmente nos casos de autarquias federais. O fato de a regulamentação ter sido proposta pelo próprio Executivo confere também um significativo grau de segurança jurídica às partes ao assumirem o compromisso arbitral.

Um dos aspectos do conteúdo do Decreto que podemos destacar diz respeito à arbitrabilidade objetiva da demanda, tema que foi pontuado ao longo do presente trabalho e recebeu destaque em um item próprio. O Art. 2º enuncia o seguinte:

Art. 2º Inluem-se entre os litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis que podem ser objeto da arbitragem de que trata este Decreto:

- I - inadimplência de obrigações contratuais por qualquer das partes;
- II - questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos; e
- III - outras questões relacionadas ao inadimplemento no recolhimento de tarifas portuárias ou outras obrigações financeiras perante a administração do porto e a Antaq.

Assim, o dispositivo reconhece taxativamente as hipóteses de situações que podem ser submetidas à arbitragem, em uma perspectiva de arbitrabilidade objetiva. Cumpre ressaltar que edição do decreto foi praticamente simultânea à tramitação e publicação da reforma da lei de arbitragem, que previu a possibilidade de utilização da via arbitral para a Administração em todas as demandas envolvendo direitos

patrimoniais disponíveis. Dessa forma, a previsão legal mais restritiva do Decreto acabou tendo sua discussão superada, uma vez que as três hipóteses dizem respeito justamente a direitos patrimoniais disponíveis todas as hipóteses de “inadimplemento contratual que possam surgir no bojo dos contratos celebrados com a administração do porto ou com a ANTAQ”⁵⁷.

Ainda sobre a questão da arbitralidade objetiva, cumpre destacar uma previsão do Decreto que pode ser considerada como dissonante do restante de seu conteúdo, que é a vedação de cláusulas compromissórias ter, em sua abrangência, “as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, arrendamento e autorização (...)”⁵⁸.

O próprio Gustavo Schmidt aponta que não existe motivo aparente para essa exclusão, indica ainda que as questões de recomposição de equilíbrio econômico-financeiro de contratos, por serem eminentemente técnicas podem inclusive ser resolvidas de forma mais eficiente por arbitragem. Ainda adiciona, com certo ceticismo, que acredita ser ainda um reflexo do receio pelo novo e da ainda esparsa cultura brasileira de arbitragem com a Fazenda Pública.

Neste ponto, é interessante fazermos uma contraposição entre o caso concreto analisado na primeira parte deste capítulo. No caso da Compagás, discutiu-se no STJ justamente a necessidade de incluir a discussão aspectos de recomposição de equilíbrio econômico-financeiro em cláusula arbitral. A Sociedade de Economia Mista sustentou, na ocasião a impossibilidade do compromisso arbitral – ao afirmar que devia haver previsão editalícia para tanto. O Decreto dos Portos, no entanto, adotou um entendimento em sentido contrário, ao excluir do escopo de cláusulas de arbitragem, mas permitindo taxativamente a escolha posterior.

Além de outros aspectos taxativamente previstos, como a adoção apenas de arbitragem de direito, da Língua Portuguesa em todos os procedimentos, da publicidade para os atos⁵⁹, discutidos ao longo do presente trabalho, cabe destacar o tratamento dado pelo Decreto à opção entre arbitragem institucional e *ad hoc*.

⁵⁷ SCHMIDT, Gustavo da Rocha. Op. Cit. Pp. 67.

⁵⁸ Art. 6º Os contratos de concessão, arrendamento e autorização de que trata a Lei nº 12.815, de 2013, poderão conter cláusula compromissória de arbitragem, desde que observadas as normas deste Decreto.

(...)

II - excluirá de sua abrangência as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, sem prejuízo de posterior celebração de compromisso arbitral para a solução de litígios dessa natureza, observados os requisitos do art. 9º

⁵⁹ Art. 3º A arbitragem de que trata este Decreto observará as seguintes condições:

O Art. 4º é extremamente direto ao afirmar que “A arbitragem poderá ser institucional ou *ad hoc*”. Contudo, logo em sequência, o § 1º do mesmo artigo enuncia que sempre será dada preferência à arbitragem institucional. Motivos para isso não faltam, como discutido no capítulo anterior, seja pela maior organização, celeridade – pois todos os procedimentos são determinados pela Câmara escolhida, sem que haja a necessidade da escolha de aspectos de forma incidental, que podem acabar sendo judicializadas e implicando em maior tempo para a resolução da questão. A previsão legal pela preferência da arbitragem institucional em face da *ad hoc*, no entanto, não significa a impossibilidade de que haja procedimentos do segundo tipo.

Diante das exigências impostas⁶⁰ pelo texto legal para a escolha da Câmara Arbitral para conduzir o procedimento inserido nos termos do Decreto Portuário, algumas características ficam evidentes, como a exigência de que a instituição tenha sede no Brasil, o que acabava privilegiando as que estejam instaladas no país, em detrimento de outras. Após a entrada em vigência do Decreto, no primeiro procedimento arbitral sob sua regulação, foi escolhida a Câmara de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil Canadá – CAM-CCBC, para gerir o conflito entre União Federal e Companhia Docas do Estado de São Paulo – CODESP e, no lado oposto, Libra Terminais S/A e Libra Terminal 35 S/A. Até o presente momento, não foi proferida sentença arbitral no caso, que se encontra na fase de realização de perícia.

Embora se reconheça a existência de alguns defeitos - como inclusive apontado – é de se notar o esforço das autoridades em regulamentar as questões deixadas em aberto pela Lei de Arbitragem, inclusive com caráter específico do setor de atuação, que tem como objetivo garantir mais clareza quanto à definição de procedimentos e conseqüentemente maior previsibilidade. Além disso, uma iniciativa

I - será admitida exclusivamente a arbitragem de direito, sendo vedada a arbitragem por equidade;
II - as regras de direito em que se baseará a decisão arbitral serão as da legislação brasileira, sem prejuízo da adoção de normas processuais especiais para o procedimento arbitral;
III - a arbitragem será realizada no Brasil e em língua portuguesa;
IV - todas as informações sobre o processo serão tornadas públicas.

⁶⁰ “§ 2º A instituição arbitral escolhida para compor o litígio deverá atender aos seguintes requisitos:

I - ter sede no Brasil;
II - estar regularmente constituída há pelo menos três anos;
III - estar em regular funcionamento como instituição arbitral; e
IV - ter reconhecidas idoneidade, competência e experiência na administração de procedimentos arbitrais”.

da própria Administração Pública em fazê-lo também pode ser considerando como um importante passo à frente na direção de uma maior consolidação da cultura da arbitragem – sobretudo com a Fazenda Pública – no Brasil.

CONCLUSÃO

Embora o histórico da arbitragem remonte ao século XIX, a cultura da arbitragem não foi difundida com tanto vigor ao longo do século XX. Apenas em 1996, com a promulgação da Lei de Arbitragem, a cultura jurídica brasileira passou a ter maior segurança com o tema, considerando o notável grau de previsibilidade que o normativo conferiu aos procedimentos arbitrais.

As vantagens da arbitragem são evidentes quando comparadas à resolução tradicional pela via judicial, com a ressalva de serem aplicáveis aos casos particulares que assim demandem.

Muito embora o Novo Código de Processo Civil tenha dado ênfase aos métodos alternativos de resolução de disputas, como a mediação e a conciliação, em resposta à crescente demanda pelo judiciário, a arbitragem deve ser vista como um instrumento muito mais específico, voltado para discussões mais técnicas e complexas.

Considerando o foco mais específico das causas que são submetidas à apreciação de Câmaras Arbitrais, é inegável que a Administração Pública também se depara com questões que podem ser resolvidas de forma mais eficiente (seja pelo tempo gasto, seja pelo grau de tecnicidade e conseqüentemente de justiça), utilizando-se a via arbitral. Assim, a possibilidade de que a Fazenda submeta suas demandas, quando for adequado, ao juízo arbitral é uma questão central para a satisfação de seus interesses e, conseqüentemente, dos Administrados.

A reforma da Lei de Arbitragem realizada pela Lei nº 13.129/2015 representa um passo muito importante para a consolidação da cultura de arbitragem, especialmente para a Administração Pública, muito embora as discussões acerca desse tema não tenham sido completamente resolvidas nos termos da citada reforma.

As alterações produzidas na Lei nº 13.129/2015 pela reforma na Lei nº 9.307/1996 representaram a consolidação de um movimento doutrinário e jurisprudencial que data de cerca da metade do Século XX no Brasil, (como discutido no Caso Lage, julgado pelo STF) que inicialmente tratavam sobre a possibilidade de a Administração Pública participar de procedimentos arbitrais – em uma perspectiva subjetiva – e que, com o tempo, foi se desenvolvendo em aspectos mais complexos, relacionados aos procedimentos aplicáveis, ao tipo de direito que

seria arbitrável (o aspecto objetivo da arbitragem), mas que sempre tiveram respaldo dos operadores de direito no sentido de que a arbitragem envolvendo a Fazenda Pública era cabível e adequada.

A reforma da Lei de Arbitragem e a disposição do § 1º do seu Art. 1º, que autoriza a Administração direta e indireta a participar de procedimentos arbitrais, muito mais do que uma inovação legislativa, deve ser considerada como um marco no desenvolvimento da arbitragem para esses entes, que além de discutida anteriormente, já era praticada. Assim, a regulamentação taxativa de alguns aspectos que envolvem a arbitragem para a Fazenda Pública deve ser encarada com bastante otimismo, uma vez que representa a ratificação, por parte do legislativo, acerca do tema e que, com tal autorização, tende a ser um importante passo na consolidação da cultura de arbitragem no Brasil, conferindo maior segurança jurídica e previsibilidade ao cabimento dos procedimentos arbitrais e sua efetiva realização.

REFERÊNCIAS

ALVES, Evelin Teixeira de Souza. Arbitragem no Setor Público: uma visão panorâmica. **Revista de Direito Empresarial**, São Paulo, v. 4, n. 21, p. 171-190, dez. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. Sociedade de economia mista prestadora de serviço público. Cláusula arbitral inserida em contrato administrativo sem prévia autorização legal. Invalidez. In: **Temas de direito constitucional – tomo II**, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BINENBOJM, Gustavo. As parcerias público-privadas (PPPs) e a Constituição. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 241, p. 160-175, jul./set. 2005.

BRASIL. Código Civil (2002). **Código Civil - Lei 10406/02 | Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Disponível em: < <https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/91577/codigo-civil-lei-10406-02#art-851>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

_____. Constituição (1824). Manda observar a Constituição Política do Imperio, oferecida e jurada por Sua Magestade o Imperador. **Constituição Política do Imperio do Brazil (de 25 de Março de 1824)**. Rio de Janeiro. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 15 mar. 2017.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 mar. 2017.

_____. Legislação (1976). Dispõe sobre as Sociedades por Ações. **Lei nº 6.404, de 15 de Dezembro de 1976**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404consol.htm>. Acesso em: 15 mar. 2017.

_____. Legislação (1986). Dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal e dá outras providências. **Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de Novembro de 1986**. Brasília. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2300-86.htm>. Acesso em: 15 mar. 2017.

_____. Legislação (1993). Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Lei nº 8.666, de 21 de Junho de 1993**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 15 mar. 2017.

_____. Legislação (1996). Dispõe sobre a arbitragem. **Lei nº 9.307, de 23 de Setembro de 1996**. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 15 mar. 2017.

_____. Legislação (1997). Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. **Lei nº 9.478, de 6 de Agosto de 1997**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9478.htm>. Acesso em: 15 mar. 2017.

_____. Legislação (2004). Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. **Lei nº 11.079, de 30 de Dezembro de 2004**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm>. Acesso em: 15 mar. 2017.

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

_____. Legislação (2015). Regulamenta o § 1º do art. 62 da Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, para dispor sobre os critérios de arbitragem para dirimir litígios no âmbito do setor portuário. **Decreto nº 8.465, de 8 de Junho de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8465.htm>. Acesso em: 15 mar. 2017.

_____. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. 2.ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. AI n. 2031444-61.2016.8.26.0000, Des. Rel. Caio Marcelo Mendes de Oliveira. DJ 16.12.2016.

_____. **Tribunal Regional Federal da 4.ª Região**. Apelação Cível n. 5009846-10.2015.4.04.7201/SC, Rel. Des. Cândido Alfredo Silva Leal Júnior, DJe 15.12.2016.

CARMONA, Carlos Alberto. A arbitragem nos Juizados Especiais Cíveis. **Repertório IOB de Jurisprudência: civil, processual, penal e comercial**, São Paulo, n. 24, p. 434-429, 2. quin. dez. 1996.

_____. **Arbitragem e Processo**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 31.

_____. Arbitragem e administração pública: primeiras reflexões sobre a arbitragem envolvendo a administração pública. **Revista Brasileira de Arbitragem**, v. 51, n. 13, p. 7-21, 2016.

CARVALHOSA, Modesto. **Seminário da International Bar Association: “Celebrando a Carta Magna e o Estado Democrático de Direito”**, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2015.

CORREIA, J. M. Sérvulo. A arbitragem dos litígios entre particulares e Administração Pública sobre situações regidas pelo Direito Administrativo. **Revista de Contratos Públicos – RCP**, Belo Horizonte, v 4, n. 6, p. 165-198, set. 2014/fev. 2015.

COSTA, Bruno Andrade; MARTINS, Danilo Ribeiro Miranda. Arbitragem exercida por entes públicos: uma proposta de regulamentação. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, v 11, n. 122, p. 3643, abr. 2011.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**, 4. ed. rev. e atual. – Belo Horizonte: Fórum, 2013.

GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. In: **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 32, 2000.

HIGA, Alberto Shinji. Notas sobre o uso da arbitragem pela Administração Pública. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, v. 13, n. 50, p. 135-163, jul./set. 2015.

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

MARRARA, Thiago; PINTO, João Otávio Torelli. Arbitragem e Administração Pública: considerações sobre propostas de alteração da legislação. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, v. 12, n. 46, p. 223-248, abr./jun. 2014.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Arbitragem e administração pública: contribuição para o sepultamento do tema. **Revista Trimestral de Direito Público**, v. 54, 2011.

MEDEIROS, Suzana Domingues. Arbitragem envolvendo o Estado no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro: Renovar, n. 233, p. 71-101, jul./set. 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 13^a ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Arbitragem nos contratos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 209, p. 81-90, mar. 1997.

MOSES, Margaret L., **The principles and practice of international commercial arbitration**. 2nd edition. Cambridge University Press, 2012.

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

RIBEIRO, Diogo Albanese Gomes. Arbitragem e Poder Público. **Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF**, Belo Horizonte, v. 2, n. 3, p. 157/188, jan./jun. 2013.

SCHMIDT, Gustavo da Rocha. **A arbitragem nos conflitos envolvendo a administração pública: uma proposta de regulamentação**. 2016. 140 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: < <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/16218>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

STF. Agravo de instrumento: AI 52181/GB. 1973. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/712725/agravo-de-instrumento-ai-52181-gb>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

STJ. Recurso Especial Nº 904.813 - PR (2006/0038111-2). Disponível em: < http://www.justen.com.br/pdfs/IE58/Cesar_Compagas.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2017.

TIBURCIO, Carmen & MEDEIROS, Suzana. Arbitragem na indústria do petróleo no direito brasileiro. In: **Revista de Direito Administrativo**, v. 241, jul./set. 2005, p. 66.