



COORDENAÇÃO GERAL

Celso Fernandes Campilongo

Alvaro de Azevedo Gonzaga

André Luiz Freire

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP

TOMO 2

DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

2ª Edição

COORDENAÇÃO DO TOMO 2

Vidal Serrano Nunes Júnior

Maurício Zockun

Carolina Zancaner Zockun

André Luiz Freire

Editora PUCSP

São Paulo

2022

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP
DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

DIRETOR
Vidal Serrano Nunes Júnior
DIRETORA ADJUNTA
Julcira Maria de Mello Vianna
Lisboa

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP | ISBN 978-85-60453-35-1

<https://enciclopediajuridica.pucsp.br>

CONSELHO EDITORIAL

Celso Antônio Bandeira de Mello
Elizabeth Nazar Carrazza
Fábio Ulhoa Coelho
Fernando Menezes de Almeida
Guilherme Nucci
Luiz Alberto David Araújo
Luiz Edson Fachin
Marco Antonio Marques da Silva
Maria Helena Diniz
Nelson Nery Júnior

Oswaldo Duek Marques
Paulo de Barros Carvalho
Raffaele De Giorgi
Ronaldo Porto Macedo Júnior
Roque Antonio Carrazza
Rosa Maria de Andrade Nery
Rui da Cunha Martins
Tercio Sampaio Ferraz Junior
Teresa Celina de Arruda Alvim
Wagner Balera

TOMO DE DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL | ISBN 978-85-60453-62-7

A Enciclopédia Jurídica é editada pela PUCSP

Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo II (recurso eletrônico)

: direito administrativo e constitucional / coords. Vidal Serrano Nunes Júnior, Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire – 2. ed. – São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2022

Recurso eletrônico World Wide Web

Bibliografia.

O Projeto Enciclopédia Jurídica da PUCSP propõe a elaboração de doze tomos.

1. Direito - Enciclopédia. I. Campilongo, Celso Fernandes. II. Gonzaga, Alvaro. III. Freire, André Luiz. IV. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

ARBITRAGEM E ADMINISTRAÇÃO

Cesar Guimarães Pereira

INTRODUÇÃO

A Lei 9.307, de 1996, faculta às pessoas que tenham liberdade para contratar solucionar por arbitragem seus conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Esse regime é complementado pelos arts. 851 e 852 do Código Civil, que reafirmam o critério da capacidade de contratar, mas não se referem à disponibilidade. Apenas vedam a arbitragem para a solução de determinados conflitos sem natureza patrimonial.

A decisão de mérito do processo arbitral, denominada sentença arbitral pela Lei 9.307, tem o mesmo efeito da sentença judicial transitada em julgado. Não pode ser revista em relação ao seu mérito e apenas pode ser anulada mediante processo específico, sujeito a curto prazo de decadência, diante de causas legalmente previstas de modo taxativo. O pacto pela submissão à arbitragem não pode ser desfeito pela vontade de apenas uma das partes, sendo oponível à outra e sujeito a cumprimento específico. A menos que ambas as partes acordem o seu desfazimento, é suficiente para afastar a jurisdição do Estado e impor a solução arbitral.

Essas características provocaram ampla discussão, logo após a edição da Lei 9.307, acerca da constitucionalidade do sistema instituído pela nova lei – já que não se punha em dúvida a validade do juízo arbitral no regime anterior, baseado no Código Civil de 1916 e que submetia a decisão arbitral a uma posterior confirmação pelo Poder Judiciário. Resolvida a questão em 2001 por meio de decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) na SEC 5.206, a arbitragem passou a desenvolver-se como forma preferencial de solução de conflitos em certas áreas.

Mesmo antes da decisão do STF de 2001, a adoção da arbitragem para a solução de litígios envolvendo a Administração Pública era amplamente discutida e reconhecida em diplomas normativos. Muitas das leis setoriais da segunda metade dos anos 1990 – portos, energia elétrica, transportes – continham referências expressas à possibilidade de arbitragem nos contratos entre o poder concedente e os concessionários. Essa evolução se acelerou com a previsão de arbitragem na Lei de PPPs (Lei 11.079, de 2004) e na Lei

de Concessões (Lei 8.987, de 1995, alterada em 2005). Pouco depois o Superior Tribunal de Justiça (STJ) iniciou uma série de decisões favoráveis à arbitragem em contratos com a Administração Pública. Essa evolução culminou com a reforma da Lei 9.307 promovida em 2015 pela Lei 13.129. O art. 1º, § 1º, da Lei 9.307 passou a estabelecer que “[a] administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

Se em algum momento houve dúvida acerca da legalidade do emprego da arbitragem nesses casos, a reforma legislativa de 2015 eliminou-a por completo. Os desafios atuais na arbitragem envolvendo a Administração Pública são outros. A arbitrabilidade abstrata, genérica, dos litígios com a Administração é amplamente reconhecida. A discussão é acerca dos seus eventuais limites e das peculiaridades procedimentais que podem ser necessárias ou convenientes quando a Administração Pública é parte em arbitragem.

SUMÁRIO

Introdução.....	2
1. Conceitos fundamentais	4
2. Efeitos da convenção arbitral.....	7
3. A estrutura normativa de eficácia da arbitragem	9
4. Arbitrabilidade subjetiva.....	9
5. Arbitrabilidade objetiva	11
6. Patrimonialidade dos direitos.....	12
7. Disponibilidade dos direitos.....	13
8. Função administrativa e a arbitragem envolvendo entes estatais.....	14
8.1. A reiterada jurisprudência do STJ.....	14
8.2. O reconhecimento doutrinário.....	16
8.3. As principais objeções ao cabimento da arbitragem	17

8.4.	Os limites (e a insuficiência) da noção de indisponibilidade do interesse público.....	18
8.5.	A disponibilidade de interesses econômicos da Administração.....	21
8.6.	A existência de previsões legais específicas	22
8.7.	O cabimento da arbitragem mesmo em face de atos de autoridade	24
8.8.	Os entes públicos como árbitros administrativos.....	25
9.	O sistema de arbitragem obrigatória (necessária) no direito comparado.....	25
10.	A arbitragem legalmente exigida no setor de comercialização de energia elétrica: a posição do STF.....	26
11.	A arbitragem no setor portuário	26
12.	A arbitragem no Programa de Parcerias de Investimento (PPI): a Medida Provisória 752.....	43
13.	Arbitragem, Administração Pública e Poder Judiciário.....	49
14.	Descabimento da autotutela (Súmula STF 473).....	50
15.	Limites da atuação dos Tribunais de Contas.....	52
16.	Arbitragem e processo administrativo	53
17.	Conclusão.....	54
	Referências	54

1. CONCEITOS FUNDAMENTAIS

A arbitragem é baseada na liberdade contratual das partes para submeter seu litígio a uma solução definitiva extrajudicial. Esse ponto central – liberdade – se reflete em diversas características da arbitragem. Justifica o controle do consentimento, por meio de regras específicas para a previsão de arbitragem em contratos de adesão. Por outro lado, impõe à parte que assuma a responsabilidade pelo exercício dessa liberdade, impedindo condutas contraditórias e dando eficácia às opções realizadas pela parte no âmbito do processo arbitral. Segundo Carlos Alberto Carmona, consiste em “uma técnica

para a solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial”.¹

A natureza da arbitragem é contratual. O poder atribuído aos árbitros para solucionar o conflito resulta de um contrato e é exercido nos limites desse contrato. Ninguém pode ser submetido à arbitragem sem que com isso tenha validamente aquiescido. Discute-se se o poder assim atribuído pelas partes aos árbitros tem natureza jurisdicional, posição adotada por parte da doutrina.² Pode-se afirmar que, embora materialmente idêntica à função jurisdicional em vários aspectos, a atribuição dos árbitros não é baseada no poder do Estado nem apresenta todas as características da jurisdição. Prefere-se a identificação da arbitragem como envolvendo um poder não-estatal de natureza estritamente contratual, a cujo resultado a lei pode atribuir a eficácia de título executivo judicial.

A submissão à arbitragem é pactuada por meio de uma convenção arbitral. Esta pode assumir uma de duas formas. Pode tratar-se de uma cláusula compromissória, inserida em um contrato com o objetivo de submeter à arbitragem todas ou parte das possíveis controvérsias (ainda nesse momento indefinidas) relacionadas com o contrato. Por outro lado, pode consistir em um compromisso, por meio do qual se submete à arbitragem um litígio já determinado.

A cláusula compromissória pode ser cheia ou vazia. É cheia quando contém os elementos suficientes para a instauração da arbitragem – no mínimo, o modo de indicação dos árbitros. É vazia quando não contém esses dados.

A arbitragem pode ser institucional ou *ad hoc*. É institucional quando é administrada por um centro de arbitragem, geralmente com a observância do regulamento de arbitragem do próprio centro. A arbitragem *ad hoc* é conduzida integralmente pelos próprios árbitros. É possível que a arbitragem seja *ad hoc* mas siga um conjunto predeterminado de regras, como o regulamento de arbitragem da UNCITRAL (Comissão da ONU para o Direito do Comércio Internacional) ou o de instituições de referência,

¹ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/1996*, p. 15. Para uma introdução abrangente ao tema da arbitragem, cf. pp. 1-30.

² *Idem*, p. 26.

como o *Chartered Institute of Arbitrators* – CI Arb, de Londres. No processo arbitral, as partes são livres para determinar o direito ou as regras de direito aplicáveis ao processo arbitral ou mesmo ao mérito da controvérsia (art. 2º, § 1º, da Lei 9.307). Essa liberdade não existe nos casos sujeitos a solução pelo Poder Judiciário, nos quais as regras de direito internacional privado (conflito de leis) brasileiras se aplicam de modo mais direto.

A eventual adesão a um regulamento institucional, na convenção de arbitragem, integra o acordo contratual entre as partes. A aplicação do regulamento é o atendimento do pacto entre as partes.

Os árbitros têm deveres de imparcialidade e independência. Um dos métodos mais usuais de constituição do tribunal arbitral (o painel de árbitros) é cada parte nomear um dos árbitros e estes dois nomearem um terceiro como presidente do tribunal. Mas há uma variedade de formas de nomeação, inclusive situações em que todos os árbitros são nomeados por uma instituição arbitral. Os deveres de imparcialidade e independência se estendem igualmente aos três árbitros (arts. 13 a 18 da Lei 9.307), independentemente de modo de sua nomeação.

No Brasil, não há distinção jurídica entre arbitragem internacional e nacional, apenas entre sentença arbitral nacional e sentença arbitral estrangeira, assim definida a que for proferida fora do território nacional (art. 34, par. único, da Lei 9.307). As principais diferenças entre elas são quanto aos seus efeitos e modos de impugnação. A sentença nacional vale como título executivo judicial independentemente de qualquer homologação ou confirmação judicial. Essa foi uma grande alteração ocorrida com a Lei 9.307. Caso se repute que a sentença arbitral contém algum defeito, pode ser impugnada sua validade por meio de ação anulatória ou embargos (impugnação ao cumprimento de sentença), conforme o art. 33 da Lei 9.307, na qual se defenderá a ocorrência de alguma das causas de nulidade previstas no art. 32. Isso implicará a invalidação da própria sentença arbitral. No caso de sentenças estrangeiras, deve-se promover perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ) o seu reconhecimento ou homologação (art. 105, I, “i”, da Constituição Federal) para que possa ser executada no Brasil. A homologação pode ser recusada nos casos previstos no art. V da Convenção de Nova Iorque de 1958, ratificada pelo Brasil em 2002. Recusada a homologação, a sentença arbitral não produz efeitos no Brasil, mas sua validade não é afetada – tanto assim que pode ser executada em seu local de origem ou em outro país.

O art. 8º da Lei 9.307 consagra o princípio da competência-competência, segundo o qual os árbitros detêm competência para determinar sua própria competência. Esse princípio impede que o Judiciário seja chamado a determinar essa competência antes que os árbitros se pronunciem e é um dos fatores que impedem a existência de ordens judiciais destinadas a impedir a realização de arbitragem (medidas antiarbitrais ou *anti-arbitration injunctions*).

Em casos excepcionais, a arbitragem pode ser baseada não em uma convenção arbitral em si, mas em regras legais (arbitragem obrigatória, não existente expressamente no Brasil) ou em convenções internacionais. Este último caso é o das arbitragens de investimento baseadas em tratados bilaterais ou multilaterais ou em leis gerais de proteção ao investimento estrangeiro. O mecanismo mais conhecido é o do ICSID, sigla em inglês do Centro Internacional para Resolução de Disputas de Investimentos, do Banco Mundial, instituído pela Convenção de Washington de 1965. Como o Brasil não é signatário dessa convenção nem mantém tratados bilaterais ou multilaterais ratificados que contenham tais cláusulas de arbitragem, tampouco tem leis gerais de investimentos com previsão de arbitragem, a arbitragem de investimento como categoria própria não é reconhecida no Brasil. As disputas relativas a investimento estrangeiro dependem da previsão de cada contrato realizado pelo investidor estrangeiro.

Os arts. 22-A e 22-B da Lei 9.307 dão o fundamento legal para que sejam expedidas ordens urgentes, de natureza cautelar ou antecipatória, pelos árbitros ou, se ainda não instaurada a arbitragem, pelo Poder Judiciário. Assegura-se que, após instaurada a arbitragem, a competência passe a ser exclusiva dos árbitros, aos quais se atribui até mesmo a competência para revogar ou modificar a ordem anteriormente deferida pelo Poder Judiciário.

2. EFEITOS DA CONVENÇÃO ARBITRAL

A convenção arbitral pode consistir na cláusula compromissória ou no compromisso. Ambos têm uma eficácia positiva e uma eficácia negativa. Sua eficácia negativa é a de impedir o processamento perante o Poder Judiciário de pretensão que deveria ser submetida a arbitragem. Essa eficácia é prevista pelos arts. 337, X, e §§ 5º e 6º, e 485, VII, do Código de Processo Civil (CPC). Tais dispositivos permitem ao réu

arguir a existência de convenção arbitral e obter, com isto, a extinção do processo sem resolução do mérito. Essa matéria exige arguição da parte (art. 337, § 5º). A razão disso é que o réu pode optar por concordar com a submissão da pretensão ao Judiciário, caso em que se reputará ineficaz a convenção arbitral para o tema objeto do processo (art. 337, § 6º), sem prejuízo de sua eficácia futura em outras matérias oriundas do mesmo contrato.

A eficácia positiva da convenção arbitral é a de possibilitar a instauração da arbitragem. No caso do compromisso ou da cláusula compromissória cheia, essa eficácia se manifesta por meio do cumprimento das regras estipuladas na convenção para o início da arbitragem. Uma vez cumpridas essas regras, a arbitragem pode ser instaurada independentemente da vontade do demandado. A eventual recusa do demandado em participar não produz nenhum efeito quanto à validade da arbitragem, que se processará sem ele. A Lei 9.307 prevê mecanismos para se contornar a recusa do demandado em indicar um árbitro, se a convenção prever esta forma de composição do tribunal, ou para o prosseguimento da arbitragem caso o demandado não se manifeste sobre o pedido do demandante.

Porém, a eficácia positiva torna-se mais difícil no caso de convenção arbitral vazia ou em branco, assim definida como a que não contém todos os elementos necessários para a instauração da arbitragem. A solução dada pela Lei 9.307 foi criar um procedimento especial para que a parte interessada na arbitragem pudesse obter o suprimento judicial dos elementos faltantes para que possa haver a nomeação dos árbitros (art. 7º, § 4º). Segundo esse mecanismo, o juiz mandará citar o réu para comparecer em juízo e firmar o compromisso. Se o demandado não o fizer, o juiz decidirá sobre os pontos necessários para que haja um compromisso suficiente para a instauração da arbitragem. A arbitragem então seguirá adiante com base na sentença, que valerá como compromisso arbitral (art. 7º, § 7º, da Lei 9.307).

Desse modo, por mais genérica que seja a previsão de arbitragem em uma cláusula compromissória, terá ambas as eficácias negativa e positiva. Se não houver na cláusula o suficiente para permitir a nomeação dos árbitros, caberá o seu suprimento por meio da ação prevista no art. 7º da Lei 9.307, que será precedida da notificação prevista no art. 6º. Se houver, instaura-se a arbitragem na forma do art. 5º da Lei 9.307.

3. A ESTRUTURA NORMATIVA DE EFICÁCIA DA ARBITRAGEM

O núcleo da disciplina normativa da arbitragem é estabelecido pela Lei 9.307. Essa lei foi parcialmente baseada na Lei Modelo da UNCITRAL, mas criou diversos mecanismos originais para assegurar a efetividade da arbitragem. Em especial, eliminou a necessidade de confirmação judicial da sentença arbitral, deu eficácia positiva à convenção arbitral e suprimiu a exigência de duplo *exequatur* na homologação de sentenças estrangeiras. Sobre este último ponto, até 1996 só se admitia a homologação de sentenças arbitrais previamente confirmadas pelo Judiciário em seu local de origem. Atualmente, homologa-se a própria sentença arbitral, confirmada judicialmente na origem ou não.

Até 1996, reputava-se que a cláusula compromissória continha um *pactum de compromittendo*. Na hipótese de não ser firmado o compromisso arbitral, esse pacto resolvia-se em perdas e danos. Reputava-se que a disciplina existente (art. 639 do CPC) não era suficiente para permitir o suprimento, pelo Judiciário, dos elementos faltantes para a instauração da arbitragem. A ausência de um mecanismo para imposição da arbitragem à parte recalcitrante e a necessidade de posterior confirmação da validade da sentença arbitral pelo Judiciário combinavam-se para limitar a aplicação prática da arbitragem.

Esses foram pontos enfrentados pela Lei 9.307, como exposto no tópico anterior. Em lugar da confirmação em todos os casos, facultou-se a impugnação da validade da sentença no prazo decadencial de noventa dias (art. 33, § 1º). Deu-se eficácia à cláusula compromissória por meio da combinação entre a notificação do art. 6º e a ação do art. 7º. Com isso, uma vez pactuada a arbitragem, nenhuma das partes terá condições de evitá-la de modo unilateral.

Além disso, criaram-se novos critérios para a aferição da arbitrabilidade objetiva e subjetiva. As pessoas sujeitas à arbitragem (arbitrabilidade subjetiva) são as capazes de contratar; as matérias sujeitas à arbitragem (arbitrabilidade objetiva) são os direitos patrimoniais disponíveis.

4. ARBITRABILIDADE SUBJETIVA

O art. 1º da Lei 9.307, de 1996 (Lei de Arbitragem), diz que podem valer-se da arbitragem “as pessoas capazes de contratar”. O Código Civil, de 2002, reitera essa delimitação ao admitir o compromisso, que é uma forma de convenção de arbitragem, “para resolver litígios entre pessoas que podem contratar”.

Portanto, todos aqueles que podem obrigar-se por meio de contrato enquadram-se nos limites da arbitrabilidade subjetiva e podem submeter seus litígios a arbitragem. Restará saber se o objeto do litígio está compreendido no âmbito da arbitrabilidade objetiva, ou seja, se não há uma vedação normativa de arbitragem relacionada com a matéria em questão.

Ainda no campo da arbitrabilidade subjetiva, o critério da capacidade para contratar não se confunde com o da capacidade para transigir. Este já foi utilizado no Brasil, mas foi superado e ao menos desde 1996 deve-se aferir apenas a capacidade de contratar.³

As pessoas capazes de contratar e, portanto, de se submeter à arbitragem podem ser naturais ou jurídicas, de direito privado ou de direito público. As entidades integrantes da Administração Pública direta ou indireta detêm capacidade de contratar e, sob esse ângulo, autorização oriunda da Lei de Arbitragem para submeter litígios à arbitragem.

Quando se alude à capacidade de contratar, vem à mente o tema da capacidade jurídica e de fato. Ambas são relevantes. Para submeter-se à arbitragem, alguém deve poder ser sujeito de direitos e obrigações (ter capacidade jurídica) e não ser qualificado como absoluta ou relativamente incapaz (ter capacidade de fato). Discute-se se o incapaz pode ser representado ou assistido na celebração da convenção de arbitragem e na condução da arbitragem em si, tal como ocorre perante o Poder Judiciário. Há orientações divergentes,⁴ pelo que não se pode afirmar com segurança que será reconhecida como válida uma arbitragem envolvendo incapaz, ainda que representado ou assistido.

³ Selma Lemes demonstra que nem a Lei 9.307, de 1996, nem o Código Civil de 2002 fazem qualquer alusão à capacidade para *transigir* (sim à capacidade para *contratar*) como critério de arbitrabilidade subjetiva. Esta referência à transação vem do antigo Decreto 3.900, de 1867, que vigeu até o Código Civil de 1916. Ou seja, não há razão para que esse critério sobreviva ao fim da vigência daquele diploma. Como demonstra Lemes, não existe razão para se colocar em dúvida que, podendo contratar, a Administração Pública também pode submeter-se ao juízo arbitral (LEMES, Selma. *Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*).

⁴ Admitindo a validade, Luiz Antonio Scavone Junior (*Manual de arbitragem*, p. 24). Afirmando a impossibilidade, Francisco Cahali (*Curso de arbitragem*, p. 134) e Carlos Alberto Carmona (*Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/1996*, p. 37). Leonardo de Faria Beraldo não adota posição definitiva,

Outro ponto é o relativo a certas entidades que não têm personalidade jurídica, mas têm capacidade de estar em juízo, como o condomínio ou o espólio. Desde que validamente celebrada a convenção de arbitragem, reconhece-se em geral a sua capacidade de submeter-se à arbitragem e dela participar. A massa falida encontra-se em situação peculiar não sob o aspecto subjetivo, mas objetivo: o objeto do litígio, por sua natureza, pode não admitir solução pela via arbitral. Isso será visto com mais detalhe adiante.

5. ARBITRABILIDADE OBJETIVA

Aferir a arbitrabilidade objetiva consiste em saber se a matéria objeto do litígio pode ser resolvida por arbitragem. O critério fundamental é o que está previsto na segunda parte do art. 1º da Lei de Arbitragem: as pessoas capazes de contratar podem utilizar a arbitragem “(...) para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

A partir dessa fórmula (“direitos patrimoniais disponíveis”), verifica-se em cada situação concreta se os direitos que as partes pretendem submeter à arbitragem são patrimoniais e, principalmente, se são disponíveis.

Os arts. 851 e 852 do Código Civil, que é lei posterior à Lei de Arbitragem, adota um modo diverso de definir a arbitrabilidade objetiva. Primeiro, como fórmula geral, prevê no art. 851 a arbitrabilidade subjetiva (“pessoas que podem contratar”) e alude simplesmente a “litígios”. No art. 852, estabelece campos nos quais não poderá haver arbitragem: (a) questões de estado (estado civil, capacidade), (b) de direito pessoal de família e (c) outras questões “que não tenham caráter estritamente patrimonial”. Portanto, o Código Civil não mais tratou da *disponibilidade* em geral como critério de arbitrabilidade. Apenas reafirmou a patrimonialidade, vedando a arbitragem em certos casos específicos e nos que se enquadrem em uma fórmula geral de não-patrimonialidade.

A partir disso, ao menos uma parte da doutrina⁵ vem defendendo a noção de que basta o objeto de um litígio ser patrimonial para que a solução arbitral seja possível.

mas vê restrições inclusive sob o ângulo da disponibilidade de direitos ou arbitrabilidade objetiva (BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem nos termos da Lei nº 9.307/96*).

⁵ Leonardo de Faria Beraldo faz uma aprofundada resenha de várias posições doutrinárias sobre o tema, concluindo que a tese da derrogação do art. 1º da Lei 9.307 pelo art. 851 do Código Civil é “bastante razoável, especialmente se se atentar para o disposto no art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do

Demonstra também que a disponibilidade não é um fator inerente à arbitragem e que outros sistemas jurídicos já a aboliram em seus ordenamentos.⁶ Essa posição é importante mas não é majoritária. A maior parte da doutrina e jurisprudência alude ainda aos dois aspectos – patrimonialidade e disponibilidade – como necessários para que um litígio seja arbitrável.

Há uma razão para isso, que está na origem da compreensão adequada do requisito de disponibilidade. Sempre haverá situações em que o ordenamento jurídico poderá tornar obrigatória a solução de certos litígios pelo Poder Judiciário, não admitindo a solução arbitral, mesmo que se trate de direitos patrimoniais. São situações em que as partes não podem dispor do meio de solução do conflito, independentemente de se tratar de matéria patrimonial ou mesmo de se poderem conciliar perante o Judiciário. No mínimo, exige-se sempre essa disponibilidade: a liberdade das partes para resolver seus litígios fora do Poder Judiciário. Um exemplo claro é o da falência. Embora se trate de questões estritamente patrimoniais, fatores de natureza coletiva levam a lei a impor a condução do litígio pelo Poder Judiciário. Portanto, as partes não têm *disponibilidade* sobre o meio de solução da controvérsia. Desse modo, ainda que se pudesse compreender que a superveniência do Código Civil teria derogado o art. 1º da Lei de Arbitragem nesse ponto, restaria ainda a necessidade de se verificar a existência de um dever legal de submissão do litígio exclusivamente ao Poder Judiciário.

Além disso, como se apontou, a redação dada ao art. 1º, § 1º, da Lei 9.307 pela Lei 13.129, muito posterior ao Código Civil de 2002, expressamente prevê que os litígios da Administração Pública passíveis de arbitragem são os conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

6. PATRIMONIALIDADE DOS DIREITOS

Os direitos patrimoniais são os que têm expressão pecuniária. Essa expressão em dinheiro pode ser direta, como na cobrança da obrigação de pagar o preço em um contrato,

Direito Brasileiro” (*Curso de arbitragem nos termos da Lei nº 9.307/96*, p. 16). Cf. também PEREIRA, Cesar A. G. Arbitragem e Constituição. *Direito constitucional brasileiro*, v. I, p. 818.

⁶ *Idem*, p. 819.

ou indireta, caso da exigência de prestação *in natura* com a possibilidade de posterior conversão em perdas e danos.

O art. 852 do Código Civil oferece exemplos de direitos não patrimoniais como as questões de estado – não confundir com questões envolvendo o Estado ou a Administração Pública, perfeitamente arbitráveis como será visto adiante – e as de direito pessoal de família. A redação do Código Civil neste último ponto é reveladora. Admite implicitamente que no direito de família há questões relativas a direitos da personalidade, que serão discutidas sempre perante o Judiciário, e outras com caráter patrimonial que as partes podem escolher submeter à arbitragem.

7. DISPONIBILIDADE DOS DIREITOS

O principal ponto de discussão sobre a arbitrabilidade objetiva é a ideia de disponibilidade. São arbitráveis os direitos patrimoniais *disponíveis*. Em um primeiro sentido, a disponibilidade diz respeito à liberdade da parte para dispor do direito, ou seja, para alienar, renunciar, onerar, transferir o referido direito. A maior parte da doutrina e jurisprudência veem a disponibilidade prevista no art. 1º da Lei 9.307 sob esse ângulo.⁷

Porém, há outra compreensão possível de disponibilidade. São disponíveis os direitos *sobre os quais*, não *dos quais* a parte pode dispor. Essa ideia é compatível com a circunstância de que a arbitragem não é uma forma de disposição (alienação, renúncia) de direitos, mas de solução de conflitos relativos a eles. Ou seja, tem natureza processual. A parte pode submeter à arbitragem determinada matéria quando é livre para dispor acerca dos meios de solução dos litígios relativos a tal matéria – ou seja, quando não é obrigada pelo ordenamento a submeter esses litígios ao Poder Judiciário.⁸

Não parece também haver dúvida quanto à arbitrabilidade objetiva de aspectos patrimoniais de direitos da personalidade ou outros que tenham um núcleo não patrimonial. É o que ocorre com a ação civil derivada de ilícitos penais ou a reparação

⁷ Por todos, cf. CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/1996*, p. 38. Cf. também a análise realizada por Leonardo de Faria Beraldo (*Curso de arbitragem nos termos da Lei nº 9.307/96*, pp. 12-13), inclusive quanto à tese de doutoramento de Eduardo Damiano Gonçalves intitulada *Arbitrabilidade objetiva*.

⁸ Nesse sentido, cf. TALAMINI, Eduardo. Administração Pública, medidas antiarbitrais e o princípio da competência-competência. *Revista de direito administrativo contemporâneo – ReDAC*, v. 13, pp. 118-119.

por uso indevido da imagem, que podem ser resolvidas por arbitragem se houver convenção das partes nesse sentido.⁹

8. FUNÇÃO ADMINISTRATIVA E A ARBITRAGEM ENVOLVENDO ENTES ESTATAIS

Uma vez assentada de modo definitivo – seja pela clara manifestação do STF em 2001, seja pela reiterada afirmação desse entendimento na doutrina e jurisprudência posteriores – a constitucionalidade da Lei 9.307, cabe examinar alguns pontos em que a arbitragem sofre o influxo de limites ou determinantes oriundos da Constituição. Um dos mais relevantes é o da arbitragem envolvendo partes que integram a Administração Pública. Discute-se se o regime jurídico de direito administrativo, oriundo do art. 37 da Constituição, afeta a arbitrabilidade subjetiva ou objetiva nos casos em que um ente administrativo é parte.

8.1. A reiterada jurisprudência do STJ¹⁰

Em 20.10.2011, a 3ª Turma do STJ voltou a afirmar o cabimento da arbitragem em contrato administrativo. O caso recebeu a seguinte ementa:

“PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. LICITAÇÃO.
ARBITRAGEM. VINCULAÇÃO AO EDITAL. CLÁUSULA DE FORO.

⁹ Cf. CAHALI, Francisco. *Curso de arbitragem*, pp. 134-135.

¹⁰ Para uma comparação com o entendimento adotado pelo TCU, cf. PEREIRA, Cesar A. G. *Arbitragem e Administração Pública na jurisprudência do TCU e do STJ. Arbitragem e Poder Público*, pp. 131-149. Destaque-se que, desde então, a jurisprudência do TCU evoluiu para admitir de modo mais amplo a arbitragem. O último pronunciamento do TCU ocorreu por meio do Acórdão 2.145/2013-Plenário, ainda anterior à redação da Lei 9.307 adotada em 2015, que admitiu a arbitragem de modo genérico nos litígios com a Administração (“Ou seja, como regra geral, o compromisso arbitral não é cabível nos contratos administrativos, sendo as exceções objeto de específica disposição legal”). Naquela ocasião, o TCU assentou a premissa de que a arbitragem era possível mas precisava ser motivada e razoável a opção pela arbitragem: “37. Desta feita, em que pese a jurisprudência do STJ não ter estabelecido limites para a utilização da cláusula arbitral – até porque a solução dos casos concretos não o exigiu – entende-se que a arbitragem somente deve ser utilizada em situações peculiares devidamente justificadas e de modo a se seguir a comprovada prática de mercado. (...) 39. Essas considerações constantes do relatório baseiam-se no conhecimento geral de que determinadas questões técnicas e econômicas, por sua complexidade, demandam conhecimento especializado para sua solução. Trata-se de situações em que a instituição de cláusula arbitral pode propiciar maior segurança jurídica às partes contratantes e contribuir para a regular execução do objeto contratual. 40. Esse entendimento, destaque, independe de se tratar a contratação de atividade fim ou não da empresa. Isto posto, entendo que a decisão impugnada deve ser alterada de forma que a utilização de cláusula arbitral não seja restrita à atividade fim da empresa, devendo entretanto ser justificada técnica e economicamente e ser de acordo com a prática de mercado”.

COMPROMISSO ARBITRAL. EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO DO CONTRATO. POSSIBILIDADE.

1. A fundamentação deficiente quanto à alegada violação de dispositivo legal impede o conhecimento do recurso. Incidência da Súmula 284/STF. 2. O reexame de fatos e provas em recurso especial é inadmissível. 3. A ausência de decisão sobre os dispositivos legais supostamente violados, não obstante a interposição de embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial. Incidência da Súmula 211/STJ.

4. Não merece ser conhecido o recurso especial que deixa de impugnar fundamento suficiente, por si só, para manter a conclusão do julgado. Inteligência da Súmula 283 do STF. 5. Tanto a doutrina como a jurisprudência já sinalizaram no sentido de que não existe óbice legal na estipulação da arbitragem pelo poder público, notadamente pelas sociedades de economia mista, admitindo como válidas as cláusulas compromissórias previstas em editais convocatórios de licitação e contratos.

6. 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. 7. A previsão do juízo arbitral, em vez do foro da sede da administração (jurisdição estatal), para a solução de determinada controvérsia, não vulnera o conteúdo ou as regras do certame.

8. A cláusula de eleição de foro não é incompatível com o juízo arbitral, pois o âmbito de abrangência pode ser distinto, havendo necessidade de atuação do Poder Judiciário, por exemplo, para a concessão de medidas de urgência; execução da sentença arbitral; instituição da arbitragem quando uma das partes não a aceita de forma amigável.

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

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

11. Firmado o compromisso, é o Tribunal arbitral que deve solucionar a

controvérsia.

12. Recurso especial não provido”.¹¹

Em 08.06.2007, foi publicado o acórdão da 2ª Câmara do STJ proferido no Recurso Especial 606.345-RS. Esta decisão apenas reproduziu decisão anterior, de 2005, proferida no Recurso Especial 612.439-RS, cujo acórdão foi publicado em 14.9.2006. Juntamente com o acórdão proferido pela 1ª Seção do STJ no Agravo Regimental no Mandado de Segurança 11.308-DF,¹² estes três são os mais importantes precedentes do STJ acerca da admissibilidade da arbitragem para a solução de controvérsias envolvendo a Administração Pública. No seu conjunto, essas decisões examinam de modo aprofundado os principais aspectos da polêmica envolvendo o tema e reafirmam a posição que vem sendo consolidada pelo Poder Judiciário brasileiro há décadas, como reconhecido já em 1973 pelo clássico “caso Lage”.¹³

No caso examinado pelo STJ nos REsp 612.439-RS e 606.345-RS, tratava-se de se dar eficácia a cláusula compromissória contida em contrato para aquisição de potência e energia elétrica firmado entre uma sociedade de economia mista estadual e uma empresa privada, geradora de energia. No REsp 904.813, tratava-se de caso de contrato administrativo puro – obra pública – firmado entre uma sociedade de economia mista estadual e uma empreiteira privada. A arbitragem desenvolveu-se com base em um compromisso, já que não existia cláusula compromissória no contrato original.

8.2. O reconhecimento doutrinário

¹¹ STJ, REsp. 904.813/PR Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20.10.2010, v.u., DJe 28.02.2012. Votaram com a relatora os Ministros Massami Uyeda, Paulo De Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva.

¹² STJ, AgRg no MS 11.308/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. 28.6.2006, v.u., DJe 14.08.2006. O Ministro João Otávio de Noronha, relator do REsp 612.439-RS, presidiu este julgamento, sem voto. No conjunto dos dois precedentes, constata-se a manifestação expressa sobre o tema da maior parte dos Ministros que compunham a 1ª Seção do STJ. Os Ministros João Otávio De Noronha, Francisco Peçanha Martins e Eliana Calmon participaram do julgamento do recurso especial, os Ministros Luiz Fux, Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Humberto Martins participaram do julgamento do agravo regimental e os Ministros Castro Meira e Eliana Calmon participaram de ambos. Nos dois julgamentos, houve unanimidade.

¹³ STF, AI 52.181, j. 14.11.1973, RTJ 88/382 e seguintes. Sobre as circunstâncias e a importância desse precedente, confirmam-se os comentários de Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Marcos Juruena Villela Souto contidos em MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; SOUTO, Marcos Juruena Villela. Arbitragem em contratos firmados por empresas estatais. *Revista de direito administrativo – RDA*, v. 236, pp. 215-261. Desse estudo, consta referência a conclusões de Caio Tácito extraídas da análise do mesmo precedente e expostas em TÁCITO, Caio. *Temas de direito público*, v. 3, pp. 83-88.

A discussão acerca da possibilidade de a Administração Pública submeter-se à arbitragem envolve também uma grande produção doutrinária.¹⁴ Há grande reconhecimento da possibilidade de a Administração, em maior ou menor medida, adotar o juízo arbitral para a solução de suas controvérsias com particulares.

8.3. As principais objeções ao cabimento da arbitragem

As principais objeções formuladas acerca do cabimento ou dos requisitos da arbitragem envolvendo a Administração são as seguintes:

- a) A arbitragem seria incompatível com o princípio da indisponibilidade do interesse público, tido como corolário do princípio da legalidade. Sendo indisponíveis os interesses postos sob a guarda da Administração, não está preenchido o requisito do art. 1º da Lei 9.307/1996 (“*direitos patrimoniais disponíveis*”).¹⁵
- b) A arbitragem, por ser confidencial e sigilosa, é incompatível com o princípio da publicidade a que se submete a Administração Pública.¹⁶

¹⁴ Uma extensa coleção de material doutrinário nacional e internacional sobre o tema está em PEREIRA, Cesar A. G.; TALAMINI, Eduardo. *Arbitragem e Poder Público*, e em AMARAL, Paulo Osternack. *Arbitragem e Administração Pública*. Sobre o tema, cf. também OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. A arbitragem e as parcerias público-privadas. *Parcerias público-privadas*, pp. 567-606, nota 1, p. 567; TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e Parceria Público-Privada (PPP). *Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar*, pp. 333-358, esp. nota 9, p. 348; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; SOUTO, Marcos Juruena Villela. Arbitragem em contratos firmados por empresas estatais. *Revista de direito administrativo*, v. 236, pp. 215-262; MORAES, Luiza Rangel de. Arbitragem e agências reguladoras. *Revista de arbitragem e mediação*, 2, pp. 73-101; GREBLER, Eduardo. A solução de controvérsias em contratos de parceria público-privada. *Revista de arbitragem e mediação*, 2, pp. 60-72; WALD, Arnoldo. A infra-estrutura, as PPPs e a arbitragem. *Revista de arbitragem e mediação*, 5, pp. 14-27; BUCHEB, José Alberto. A arbitragem na indústria do petróleo. *Revista de direito público da economia*, 15, pp. 19-48. Algumas referências internacionais acerca da matéria são encontradas em ROMERO, Eduardo Silva. International arbitration involving State parties. Observations on the applicable law in State contract arbitration. *Revista de arbitragem e mediação*, 6, pp. 176-195; MALINTOPPI, Loretta. La jurisprudencia arbitral de la CCI relativa a los contratos de Estado. *Revista de arbitragem e mediação*, 2, pp. 186-208; DEL PIAZZO, Carlos. *Contratación administrativa*, pp. 257-266; LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖLL, Stefan M. *Comparative international commercial arbitration*, pp. 733-759.

¹⁵ FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de direito administrativo*, p. 115.

¹⁶ Dão conta dessa objeção, para refutá-la, MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Op. cit.*, pp. 248-253; e LEMES, Selma M. Ferreira. Arbitragem na concessão de serviços públicos: arbitrabilidade objetiva. Confidencialidade ou publicidade processual? *Revista de direito bancário, do mercado de capitais e da arbitragem*, 21, pp. 403-407.

- c) O princípio da legalidade exige a existência de autorização legal específica para que seja possível a pactuação de cláusula compromissória por ente da Administração.¹⁷

8.4. Os limites (e a insuficiência) da noção de indisponibilidade do interesse público

A própria noção de interesse público vem sendo objeto de intensa revisão. Não é cabível que seja tomada como referência para a definição da arbitrabilidade objetiva.

Marçal Justen Filho denuncia a ausência de um conteúdo próprio para a expressão “*interesse público*” e rejeita a estruturação do direito administrativo sobre esse conceito vazio de significado. Propõe que, em seu lugar, o regime jurídico de direito público seja erigido sobre a ideia de supremacia e indisponibilidade dos direitos fundamentais.¹⁸

Com isso, busca-se afastar um equívoco que está na origem das discussões acerca do descabimento da arbitragem envolvendo a Administração diante da suposta indisponibilidade dos interesses por ela perseguidos. Não se confunde o interesse coletivo com o interesse do aparato estatal.

Essa constatação, que é amplamente aceita e difundida,¹⁹ não é tomada na devida conta quando se rejeita em termos genéricos o cabimento da arbitragem nas contratações administrativas. Nem tudo o que se põe sob a cura da Administração é indisponível. A Administração não pode dispor da realização dos direitos fundamentais. Há uma grande distância entre esta premissa e a conclusão de que tudo o que se relaciona com a Administração configura objeto de “direitos indisponíveis” e, assim, não dotados de arbitrabilidade.

Em passagem sempre lembrada, Eros Roberto Grau assentou o seguinte:

“Assim, é evidente que quando se afirma que a arbitragem se presta a ‘dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis’ isso não significa não possa, a Administração, socorrer-se dessa via visando ao mesmo fim. Pois não

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*, v. II, p. 614.

¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, p. 52. O doutrinador aponta que ideias similares são difundidas por Humberto Bergmann Ávila, Floriano De Azevedo Marques Neto e Paulo Ricardo Schier (*Idem*, p. 42, nota 11).

¹⁹ Por todos, BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 89.

há qualquer correlação entre disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público.

(...)

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”.²⁰

Essa conclusão é idêntica à adotada por Caio Tácito: “sempre que puder contratar – o que importa em existência de disponibilidade atinente a interesses e direitos patrimoniais – poderá a Administração (direta ou indireta) convencionar cláusula de arbitragem, sem que isso importe disposição do interesse público, mas, muito ao contrário, um método para satisfazê-lo de modo mais célere, mais técnico, com custos menores e, sobretudo, com as vantagens da consensualidade”.²¹

Portanto, o primeiro limite afirmativo do cabimento da arbitragem envolvendo entes estatais (da Administração direta ou indireta) deriva de que há direitos patrimoniais cuja disponibilidade é instrumental para as atividades da Administração. Se lhe é dado contratar ou transigir tendo tais direitos por objeto, não há qualquer fundamento para que esses direitos sejam tidos por indisponíveis, nos termos do art. 1º da Lei 9.307/1996.

Bem por isso, é usual a referência doutrinária e jurisprudencial a que nada impede a existência de arbitragem versando sobre o reequilíbrio econômico-financeiro de um contrato administrativo. Trata-se de matéria amplamente passível de pactuação consensual pela própria Administração. A disposição de direitos patrimoniais da Administração (p. ex., pagamento em favor do particular contratado) é um instrumento para a realização dos direitos fundamentais envolvidos e do interesse coletivo (“interesse público”) que cabe à Administração proteger.

O mesmo se pode dizer quanto ao pagamento de uma indenização por responsabilidade civil. Não há dúvida de que a Administração não depende de prévia decisão judicial para reconhecer que é devedora de indenização. Por essa mesma razão, pode remeter a um terceiro (árbitro) alheio à estrutura do Poder Judiciário a solução da questão.

²⁰ GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. *Revista trimestral de direito público*, n° 32, p. 20.

²¹ TÁCITO, Caio. *Temas de direito público*, v. 3, p. 83/88.

Isto de modo algum significa a ausência de controles. Eduardo Talamini explica detalhadamente os termos da interação entre o Poder Judiciário e os árbitros, na preservação do pacto arbitral. O controle chega ao ponto de os árbitros poderem ser responsabilizados até mesmo criminalmente como se fossem servidores públicos.²²

Tal como expõe também Eduardo Talamini, o ponto central para a compreensão adequada do tema está no *conceito de indisponibilidade*.

As conclusões adotadas acima quanto à possibilidade de a Administração dispor de certos direitos patrimoniais, amplamente aceitas pela jurisprudência (inclusive pelo acórdão ora comentado), filiam-se a uma *revisão* da ideia de indisponibilidade. Como já se apontou, disponível não é apenas o que pode ser objeto de contratação ou transação, com a transferência do direito a outrem, mas é aquilo em relação a que a Administração pode reconhecer que não tem razão.²³

Ou seja, a disposição de direitos patrimoniais é um efeito de a Administração reconhecer que não tem razão. Admitindo-se essa possibilidade, que está presente na generalidade dos casos, compreende-se que a disponibilidade dos direitos patrimoniais da Administração tem mero caráter instrumental.

Exceto nos casos de intervenção jurisdicional necessária (questões de estado de pessoa, por exemplo), a Administração deterá a prerrogativa de reconhecer não deter razão. Por conseguinte, estará presente a *disponibilidade* necessária para a sua atuação contratual ou para a submissão do tema à arbitragem.

Esse raciocínio é aplicável igualmente à Administração direta ou indireta, qualquer que seja a natureza da sua atuação. Desse modo, não há fundamento para que se repute incabível a arbitragem nos casos que envolvam a Administração direta ou atos de autoridade da Administração. O dado fundamental é determinar (i) se o interesse da Administração é disponível, no sentido de ser possível ao ente estatal reconhecer como

²² TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e parceria público-privada (PPP). *Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar*, p. 336.

²³ *Idem*, p. 340. Nas palavras do doutrinador, “[é] a segunda acepção de indisponibilidade extraível do direito material que ora interessa [a primeira consiste exatamente na disposição como alienação ou renúncia a um direito]. Trata-se da impossibilidade, que apenas se põe em determinadas e excepcionais hipóteses, de o sujeito, constatando que não detém razão, curvar-se à pretensão alheia, essa sim fundada, procedente. Vale dizer, proíbe-se o próprio reconhecimento espontâneo e extrajudicial de que não se tem razão e impõe-se como necessário e imprescindível o concurso da Jurisdição: apenas a esta caberá dizer quem tem razão. (...) Essa hipótese excepcionalíssima é melhor designada como necessariedade da intervenção jurisdicional”.

procedente a pretensão a ele oposta e (ii) se esse interesse tem conteúdo patrimonial (se pode ser direta ou indiretamente representado pecuniariamente). Presentes estas condições, a arbitragem será cabível.

8.5. A disponibilidade de interesses econômicos da Administração

A jurisprudência do STJ retratada pelos acórdãos já referidos reconhece a existência de aspectos patrimoniais e disponíveis na atuação da Administração – neste caso, de sociedade de economia mista –, ao lado de outros, não disponíveis e não passíveis de solução arbitral:

“Em outras palavras, pode-se afirmar que, quando os contratos celebrados pela empresa estatal versem sobre atividade econômica em sentido estrito – isto é, serviços públicos de natureza industrial ou atividade econômica de produção ou comercialização de bens, suscetíveis de produzir renda e lucro –, os direitos e as obrigações deles decorrentes serão transacionáveis, disponíveis e, portanto, sujeitos à arbitragem. Ressalte-se que a própria lei que dispõe acerca da arbitragem – art. 1º da Lei 9.307/1996 – estatui que ‘as pessoas capazes de contratar’ poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Por outro lado, quando as atividades desenvolvidas pela empresa estatal decorram do poder de império da Administração Pública e, conseqüentemente, sua consecução esteja diretamente relacionada ao interesse público primário, estarão envolvidos direitos indisponíveis e, portanto, não-sujeitos à arbitragem” (Recursos Especiais 612.439-RS e 606.345-RS).

Aqui se põe também outra ressalva importante. O caso examinado nos Recursos Especiais 612.439-RS e 606.345-RS refere-se a contratação administrativa realizada por sociedade de economia mista. Porém, a solução jurídica então adotada não foi vinculada à *natureza da pessoa administrativa* envolvida, mas à natureza de sua *atividade*. Isto é, reconheceu-se que se tratava de caso onde estava presente a arbitrabilidade subjetiva e, ao mesmo tempo, a arbitrabilidade objetiva (direitos patrimoniais e disponíveis).

O entendimento é sufragado por Marçal Justen Filho, “a indisponibilidade dos interesses sob tutela estatal não significa a indisponibilidade dos direitos de que a

Administração Pública é titular. Reputava-se que a argumentação contrária à arbitragem provava demais. Se fosse procedente, a Administração Pública sequer poderia participar de contratos administrativos”.²⁴

A arbitrabilidade objetiva foi reconhecida, naqueles casos, a partir da premissa de que as referidas sociedades de economia mista haviam celebrado contrato que tinha por objeto:

- a) serviço público de natureza industrial, ou
- b) atividade econômica de produção ou comercialização de bens.

Desse modo, pode-se reputar que todas as hipóteses de contratos envolvendo direitos patrimoniais relacionados com tais serviços públicos, ou com atividades econômicas em sentido estrito (atividade bancária oficial, por exemplo) estão cobertas pelos casos de cabimento da arbitragem já reconhecidos pela jurisprudência do STJ.

No Agravo Regimental no Mandado de Segurança 11.308-DF, a amplitude da admissão da arbitragem é ainda maior. Nem mesmo se tratava de serviços públicos de natureza industrial ou de atividade econômica, mas de arrendamento de instalações portuárias, cujo regime é eminentemente público. Ainda assim, reputou-se admissível a arbitragem sem qualquer restrição quanto à suposta ausência de autorização legislativa. Também no REsp 904.813, tratava-se de contrato administrativo em sentido estrito, resultante de licitação e envolvendo uma obra pública.

8.6. A existência de previsões legais específicas

Como se apontou, desde 2015 já há previsão expressa acerca da arbitragem com a Administração Pública na própria Lei 9.307. Essa revisão legislativa não foi causou, mas derivou de evolução legislativa. Foi precedida, em especial, da consagração da arbitragem na *concessão comum* e na *parceria público-privada*.

Em 30.12.2004, foi editada a Lei 11.079, que instituiu as Parcerias Público-Privadas (PPPs). O art. 11, III, da Lei 11.079 passou a prever expressamente a possibilidade de o contrato de PPP prever “o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua

²⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, pp. 892-893.

portuguesa, nos termos da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato”.

Essa mesma regra foi estendida às concessões em geral por meio da inclusão do art. 23-A, com idêntica redação (“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 9.307, de 23 de setembro de 1996”), pelo art. 120 da Lei 11.196, editada em 21.11.2005.

Todos os serviços públicos comerciais e industriais podem, em maior ou menor extensão, ser objeto de concessão ou PPP. A disciplina da solução dos conflitos entre o Poder Público (poder concedente) e o concessionário deverá seguir tais previsões legislativas e estipular o cabimento da arbitragem.

Note-se que, a partir disto, há inúmeras previsões legislativas setoriais acerca da arbitragem.²⁵ Um exemplo é o existente no campo dos contratos de fornecimento de energia (art. 4º da Lei 10.848/2004, que substituiu legislação anteriormente vigente):

“Art. 4º Fica autorizada a criação da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE, pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, sob autorização do Poder Concedente e regulação e fiscalização pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, com a finalidade de viabilizar a comercialização de energia elétrica de que trata esta Lei.

(...)

§ 5º As regras para a resolução das eventuais divergências entre os agentes integrantes da CCEE serão estabelecidas na convenção de comercialização e em seu estatuto social, que deverão tratar do mecanismo e da convenção de arbitragem, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

§ 6º As empresas públicas e as sociedades de economia mista, suas subsidiárias ou controladas, titulares de concessão, permissão e autorização, ficam autorizadas a integrar a CCEE e a aderir ao mecanismo e à convenção de arbitragem previstos no § 5º deste artigo.

²⁵ Para uma discussão abrangente sobre diversas dessas previsões, confirmam-se os artigos que integram a coletânea *Arbitragem e Poder Público* (PEREIRA, Cesar A. G.; TALAMINI, Eduardo). A Lei 12.815, de 2013, previu arbitragem em determinadas situações no setor portuário.

§ 7º Consideram-se disponíveis os direitos relativos a créditos e débitos decorrentes das operações realizadas no âmbito da CCEE”.

Ou seja, a Lei 10.848/2004 buscou eliminar qualquer dúvida acerca do cabimento da arbitragem neste campo, até mesmo declarando a natureza *disponível* dos direitos atinentes aos contratos de fornecimento de energia elétrica.

Pode-se supor que em todos esses campos regulados por legislação específica, qualquer dúvida sobre a exigência de lei autorizativa seja superada. Mas a jurisprudência do STJ indica que o reconhecimento do cabimento da arbitragem nesses litígios pode ser mais amplo, prescindindo de autorização legal específica para o setor em questão.

8.7. O cabimento da arbitragem mesmo em face de atos de autoridade

Os acórdãos proferidos nos Recursos Especiais 612.439-RS e 606.345-RS formulam ressalva – não contida nos demais acórdãos do STJ sobre o tema – acerca das hipóteses em que a empresa estatal (ou a Administração, em termos gerais) exerce autoridade (“poder de império”). Em tais casos, haveria atividade “diretamente relacionada ao interesse público primário”, envolvendo “direitos indisponíveis e, portanto, não sujeitos à arbitragem”.

Essa ressalva não atinge nenhum dos casos de efetivo interesse patrimonial, usualmente relacionados como passíveis de arbitragem. Uma relação exemplificativa é apresentada por Eduardo Talamini nos termos seguintes:

- disputas sobre o equilíbrio da equação econômico-financeira;
- disputas sobre a identificação e o cumprimento das obrigações contratuais de ambas as partes, inclusive as conseqüências do descumprimento;
- disputas sobre os pressupostos e decorrências da extinção do contrato, revestidos de cunho patrimonial.²⁶

Destaque-se, porém, que a arbitragem pode ser cabível mesmo diante de atos de autoridade, sempre na medida em que estejam presentes direitos patrimoniais e em que não se esteja diante de um caso de *necessariedade da intervenção judicial*.

²⁶ TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e parceria público-privada (PPP). *Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar*, p. 346.

Cogite-se, por exemplo, de uma hipótese de encampação de concessão. Haverá inequívoco ato de autoridade por parte do poder concedente. Contudo, tanto o cabimento da encampação quanto o montante da indenização eventualmente devida poderão ser objeto de solução arbitral. Não será invocável a noção de *interesse público* (primário) para impedir a validade da cláusula compromissória exatamente porque o estrito cumprimento do regime jurídico da concessão – o que abrange as regras sobre os casos de encampação, sobre a indenização e até mesmo sobre a arbitragem – é que corresponde ao interesse coletivo a ser perseguido pela Administração.

8.8. Os entes públicos como árbitros administrativos

Uma situação que não se confunde com a arbitragem envolvendo litígios entre a Administração e um particular é a de órgãos ou entes administrativos atuando como árbitros de disputas entre outras pessoas. É o caso, por exemplo, do art. 20, II, “b”, da Lei 10.233, que atribui à Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ a competência para arbitrar conflitos entre arrendatários e a administração do porto organizado.

Embora receba essa denominação legal, essa atividade não corresponde a uma arbitragem no sentido da Lei 9.307. Nem o processo nem o seu resultado seguem os preceitos da lei. Trata-se de um processo administrativo, cuja decisão não tem a eficácia de título executivo judicial e é sujeita a impugnação judicial com os limites próprios do controle jurisdicional da atividade administrativa.²⁷

9. O SISTEMA DE ARBITRAGEM OBRIGATÓRIA (NECESSÁRIA) NO DIREITO COMPARADO

Um sistema desconhecido no Brasil – embora historicamente já tenha existido em meados do século XIX – é o da arbitragem necessária ou obrigatória. É previsto em Portugal para diversas situações envolvendo o Poder Público, como expropriações e a utilização de patentes de medicamentos genéricos.

²⁷ Sobre o tema, cf. GAMA JR., Lauro; RODRIGUES, Juliana. A arbitragem privada nos setores regulados. *Revista do advogado*, 119, abr., 2013, pp. 68-75. Cf. também CARDOSO, André Guskow. As agências reguladoras e a arbitragem. *Arbitragem e Poder Público*, pp. 15-61.

No julgamento da SEC 5.206, houve diversas afirmações nos votos no sentido de que seria inválida a arbitragem obrigatória por ausência de consentimento. Porém, há um precedente em sentido parcialmente distinto, relativo à arbitragem no setor de comercialização de energia elétrica. O tema é objeto da ADI 3.100, em curso perante o STF, e examinado no tópico seguinte.

10. A ARBITRAGEM LEGALMENTE EXIGIDA NO SETOR DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA: A POSIÇÃO DO STF

A arbitragem no setor de comercialização de energia elétrica, prevista na Lei 10.848, foi objeto de exame por José Emilio Nunes Pinto.²⁸ Exige-se dos agentes do mercado de comercialização de energia elétrica a adesão à convenção arbitral correspondente. Essa regra foi impugnada na ADI 3.100 pelo PFL sob o argumento de que se tratava de arbitragem obrigatória. A cautelar foi indeferida pelo então relator, Ministro Gilmar Mendes, e está pendente o julgamento final. Tal como demonstra José Emilio Nunes Pinto, não se trata de arbitragem imposta, mas de adesão automática à arbitragem por meio do ingresso, pelo particular, no sistema de comercialização de energia elétrica. A arbitragem em si é conduzida nos termos da Lei 9.307 e conduz à prolação de sentença com a eficácia própria da sentença arbitral. Não se confunde, portanto, com as arbitragens administrativas promovidas pelas agências sob o regime de processo administrativo.

11. A ARBITRAGEM NO SETOR PORTUÁRIO

Foi publicado em 8 de junho de 2015 o Decreto 8.465, com o objeto explícito de regulamentar o art. 62, § 1º, da Lei 12.815. O dispositivo regulamentado diz respeito ao “inadimplemento, pelas concessionárias, arrendatárias, autorizatárias e operadoras portuárias no recolhimento de tarifas portuárias e outras obrigações financeiras perante a administração do porto e a Antaq”. Prevê expressamente que esse tema pode ser resolvido

²⁸ PINTO, José Emilio Nunes. *A arbitragem e a convenção arbitral da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica*.

mediante arbitragem, na forma da Lei 9.307, de 1996. A regra legal também estabelece que o débito “declarado em decisão final, impossibilita a inadimplente de celebrar ou prorrogar contratos de concessão e arrendamento, bem como obter novas autorizações”, o que se refletiu em uma disciplina específica do Decreto 8.465 acerca das condições de prorrogação na pendência da arbitragem.

Juristas de grande expressão logo destacaram as virtudes do Decreto. Em artigo publicado no jornal *Valor Econômico* em 30.07.2015,²⁹ Arnaldo Wald ressaltou justamente a criativa solução adotada para se assegurar a prorrogação dos contratos portuários enquanto não finalizada a arbitragem (objeto do art. 13, comentado adiante). Em texto publicado na mesma data, Joaquim Muniz e Luis Peretti apontaram que a edição do decreto demonstrava o interesse da Administração Pública federal na adoção prática dos meios adequados de solução de conflitos e soluciona alguns problemas práticos (*Global Arbitration News*, 30.07.2015³⁰). Um contraponto importante foi a opinião manifestada por Carlos Alberto Carmona (*Migalhas*, 11.08.2015³¹), em contundente crítica ao ato normativo, inclusive em relação a aspectos também adiante examinados mais detalhadamente.

A mera existência do Decreto 8.465, independentemente de seu conteúdo concreto, é auspiciosa por demonstrar que o governo federal está atento à arbitragem e se prepara para a sua utilização.³²

Isso é coerente com a edição da Lei 13.129, em 2015, a qual introduziu alterações nos arts. 1º e 2º da Lei 9.307, de 1996, exatamente para consagrar de modo abrangente a arbitragem nos litígios envolvendo a Administração Pública. Seria de se esperar que a

²⁹ Disponível em <<http://www.valor.com.br/legislacao/4153628/um-decreto-constutivo-e-inovador>>. Acesso em 06.03.2017.

³⁰ Disponível em <<http://globalarbitrationnews.com/20150728-brazil-decree-regulates-arbitration-relating-to-port-and-dock-activities/>>. Acesso em 02.03.2017.

³¹ Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI224914,81042-A+arbitragem+no+setor+de+infraestrutura+portuaria+e+as+jabuticabas>>. Acesso em 06.03.2017.

³² Para uma análise acerca da utilização da arbitragem na solução de conflitos envolvendo o Poder Público, cf. PEREIRA, Cesar A. G.; TALAMINI, Eduardo. *Arbitragem e poder público*. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, pp. 642-648. RIBEIRO, Diogo Albaneze Gomes. Arbitragem e o Poder Público. *Revista brasileira de infraestrutura – RBINF*, v. 2, 3, pp. 157-188. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos: teoria e prática*, pp. 249-250. DALLARI, Adilson Abreu. Arbitragem nas Parcerias Público-Privadas: problemas e perspectivas. *Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da lei 11079/2004*, pp. 567-578. Para uma análise histórica da utilização desse instituto, ampliar em HIGA, Alberto Shinji. Notas sobre o uso da arbitragem pela Administração Pública. *Direito privado administrativo*, pp. 21-49.

alteração legislativa fosse acompanhada de iniciativas concretas de ampliação da adoção da arbitragem pela Administração. A edição do Decreto foi um passo nessa direção.

O art. 10³³ do Decreto prevê que a União e autarquias federais serão representadas na arbitragem pela AGU – Advocacia Geral da União. Isso é positivo por impor à AGU a adoção de iniciativas de capacitação própria para a atuação específica em arbitragens, cujas peculiaridades procedimentais são marcantes. A preparação dos integrantes da AGU para a representação da União e autarquias em arbitragens é um sinal inequívoco de que o governo federal prevê que a arbitragem ocupará cada vez mais espaço na solução de litígios relativos a questões centrais da atuação administrativa.

Um corolário desse dever, previsto no Decreto, é que se impõe à Administração Pública a capacitação de seus quadros próprios para atuação em arbitragem. Também exige motivação específica para a contratação de profissionais externos para essa representação. Apesar da existência de previsão normativa, a qual se aplica às situações corriqueiras, um litígio de natureza singular pode exigir a contratação direta de profissional especialmente qualificado.

A existência do Decreto tem também outra virtude. Ao disciplinar os procedimentos para a submissão da Administração federal à arbitragem, o ato normativo torna mais claros os deveres e limites de atuação dos agentes públicos envolvidos na celebração da convenção de arbitragem. Reduz-se a possibilidade de a Administração deixar de valer-se da arbitragem apenas pela insegurança dos agentes públicos em escolher esse método em cada situação concreta. Apesar da sua já longa consagração legal e aceitação jurisprudencial, inclusive, em certos limites, pelo Tribunal de Contas da União (TCU),³⁴ uma orientação normativa específica é útil para dar uniformidade e

³³ “Art. 10. A União e suas entidades autárquicas serão representadas perante o juízo arbitral pela Advocacia-Geral da União e seus órgãos vinculados, conforme as suas competências constitucionais e legais.

§ 1º As comunicações processuais dirigidas aos membros da Advocacia-Geral da União e de seus órgãos vinculados serão realizadas pessoalmente, não sendo admitida a comunicação por via postal.

§ 2º A União poderá intervir nas causas arbitrais em que figurarem, como autoras ou rés, autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas federais”.

³⁴ Nesse sentido, cf. PEREIRA, Cesar, A. G. Arbitragem e a Administração Pública na jurisprudência do TCU e do STJ. *Arbitragem e poder público*, pp. 131-149. OLIVEIRA, Gustavo Justino de; EID, Elie Pierre; FIGUEIROA, Caio Cesar Figueiroa. *Arbitragem com o poder público no Brasil: ondas evolutivas e prospecção*.

segurança à atuação dos agentes públicos responsáveis pela submissão do litígio à arbitragem e a sua condução.³⁵

Por fim, pode-se ver no Decreto um teste da disciplina acerca da atuação da União em arbitragens de modo generalizado, não apenas no âmbito estritamente coberto pela norma legal regulamentada, relativa a certos litígios do setor portuário. Trata-se da experimentação de um modelo de atuação da Administração Pública que será possivelmente reproduzido se bem-sucedido.

Apesar de tais aspectos inegavelmente positivos, o Decreto 8.465 exige atenção também sob outro ângulo. Em muitos pontos, vai além dos limites da norma que se pretendeu regulamentar ou mesmo do quadro legal em que se insere a arbitragem.³⁶

Um exemplo é o próprio art. 10, que pretende estender à arbitragem características próprias da atuação judicial da União, como a exigência de comunicações processuais pessoais (§ 1º), não postais ou por outra via usualmente adotada pelos regulamentos arbitrais, e a possibilidade de intervenção da União em litígios envolvendo “autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas federais” (§ 2º), supõe-se que em termos similares aos do art. 5º da Lei 9.469, de 1997.

Como este dispositivo, há inúmeros outros – muitos destacados por Carlos Alberto Carmona na crítica já referida. A própria regra do art. 13,³⁷ atinente à prorrogação, pode ser problemática: nos termos da Lei 12.815, fruto de discussões parlamentares durante a conversão da Medida Provisória 595 em lei, a prorrogação só seria vedada depois de decisão final que declarasse o inadimplemento. A pendência da arbitragem não poderia ser um impedimento à prorrogação, pelo que seria desnecessário

³⁵ Ampliar em JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, pp. 647-648. NOGUEIRA, Erico Ferrari. *A arbitragem e sua utilização na Administração Pública*.

³⁶ Sobre os limites formais e materiais aos quais se submetem os decretos regulamentares, cf. LEONEL, Ricardo de Barros. Limites do poder regulamentar. *Direito regulatório: temas polêmicos*, pp. 511-555. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Perfil do poder regulamentar no direito brasileiro. *Grandes temas de direito administrativo*, pp. 255-269.

³⁷ “Art. 13. Quando necessário, o árbitro estabelecerá valor provisório para a obrigação litigiosa, que vinculará as partes até que sobrevenha a decisão arbitral definitiva.

§ 1º Enquanto houver litígio pendente de decisão arbitral, os contratos de que trata este Decreto poderão ser prorrogados, observados os demais requisitos legais e regulamentares, se caracterizado o interesse público, desde que:

I – o contratado tenha pago integralmente os valores incontroversos devidos à administração pública;
II – o contratado tenha pago ou depositado à disposição do juízo a quantia correspondente ao valor provisório da obrigação litigiosa que for fixado pelo árbitro na forma estabelecida pelo *caput*; e
III – o contratado se obrigue a pagar, nas condições e prazos estabelecidos na decisão arbitral definitiva, todo o valor a que eventualmente venha a ser condenado a pagar em favor da administração pública”.

regular a prorrogação nesse caso. A criatividade do Decreto neste ponto é justamente criar antecipadamente a solução para um problema prático que surgirá diante do já previsível descumprimento da Lei 12.815 pelos órgãos responsáveis pela prorrogação dos contratos. E isso sem considerar a possível invalidade da execução indireta representada pela vedação de novas contratações e prorrogações contida no art. 62 da Lei 12.815.

Esses fatores exigem do intérprete uma definição prévia acerca dos limites da regulamentação adotada pela União neste caso. Quais os limites de eficácia do decreto em questão? Que aspectos da disciplina concreta do Decreto exigem atenção específica para que a organização da atuação sistemática da Administração Pública federal em arbitragens se desenvolva de modo adequado?

A norma do art. 62, § 1.º, da Lei 12.815³⁸ tem eficácia plena e não dependeria de regulamentação. Por decorrência, o Decreto 8.465 não se destina a preencher o conteúdo e dar eficácia a uma norma legal de eficácia limitada ou contida. O dispositivo legal referido pelo ato regulamentar em questão não é uma norma em branco, mas exaure a disciplina relativa à arbitragem nele referida. Todo o quadro normativo em que se insere a arbitragem, inclusive na hipótese do art. 62, § 1º, da Lei 12.815, é dado pela Lei 9.307, recentemente alterada pela Lei 13.129 justamente para tratar de modo mais explícito da arbitragem envolvendo entidades da Administração Pública direta e indireta.³⁹

A relevância dessa premissa é que o Decreto 8.465 é ineficaz para constituir deveres oponíveis a pessoas externas à estrutura hierárquica da Administração Pública federal. Não vincula os particulares nem a Administração Pública das demais pessoas políticas.⁴⁰ Trata-se exclusivamente de ordem dirigida aos agentes públicos federais pelo chefe do Poder Executivo para disciplinar o exercício da competência atribuída a estes pela Lei 9.307 e pelo art. 62, § 1º, da Lei 12.815. Por decorrência, no que interessa mais

³⁸ “Art. 62. O inadimplemento, pelas concessionárias, arrendatárias, autorizadas e operadoras portuárias no recolhimento de tarifas portuárias e outras obrigações financeiras perante a administração do porto e a Antaq, assim declarado em decisão final, impossibilita a inadimplente de celebrar ou prorrogar contratos de concessão e arrendamento, bem como obter novas autorizações.

§ 1º Para dirimir litígios relativos aos débitos a que se refere o *caput*, poderá ser utilizada a arbitragem, nos termos da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996”.

³⁹ Ampliar em FRANZONI, Diego; VOSGERAU, Isabella Moreira de Andrade. A reforma da Lei de Arbitragem. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira & Talamini*, 100.

⁴⁰ Nesse sentido, cf. ATALIBA, Geraldo. Decreto regulamentar no sistema brasileiro. *Revista de direito administrativo – RDA*, v. 97, pp. 21-33.

diretamente, os particulares não estão vinculados pelas interpretações e opções jurídicas adotadas no Decreto 8.465.⁴¹

Além disso, a validade dessa ordem é sujeita a controle jurisdicional e dos órgãos de controle da Administração Pública federal, como o TCU. Tal controle pode ter como objeto tanto a restrição da competência dos agentes públicos, eventualmente não admitida pelas leis que a outorgam, quanto o próprio conteúdo das escolhas formuladas no decreto regulamentar.

Portanto, para o reconhecimento da validade dos atos praticados pela Administração Pública federal, não basta sua compatibilidade com o Decreto 8.465. A eventual invalidade dos parâmetros estabelecidos pelo referido decreto implica a invalidade ou a ineficácia dos atos dele derivados.

Pelo mesmo fundamento, a incompatibilidade de determinados atos com o decreto não implica a sua invalidade ou ineficácia na medida em que as exigências desatendidas sejam reputadas inválidas ou não oponíveis aos particulares. Essa conclusão parece fundamental. O eventual descumprimento do Decreto tem efeitos exclusivamente funcionais ou administrativos. Jamais poderá afetar a validade da convenção arbitral ou do procedimento e sentença dela derivados.

O art. 2º do Decreto prevê que podem ser objeto da arbitragem em questão litígios relativos à inadimplência de obrigações contratuais (inc. I), recomposição do equilíbrio econômico-financeiro (inc. II) e outras questões relacionadas ao inadimplemento no recolhimento de tarifas portuárias ou outras obrigações financeiras perante a administração do porto ou a Antaq (inc. III). Rigorosamente, como se viu acima, apenas a matéria do inc. III é objeto da norma supostamente regulamentada. Isso demonstra que o objeto do Decreto vai além do que é disciplinado pelo dispositivo referido como regulamentado. Trata-se de ato normativo editado com base em competência genérica do chefe do Poder Executivo, não com autorização ou previsão legal específica.

O art. 3º estabelece parâmetros que os agentes públicos deverão observar. Há normas problemáticas e que não refletem a prática existente e a aplicação adequada da

⁴¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio aponta que “ao regulamento desassiste incluir no sistema positivo qualquer regra geradora de direitos ou obrigações *novos*” em *Curso de direito administrativo*, p. 363.

Lei 9.307, como as que impõem a aplicação da lei brasileira de mérito (inc. II), a publicidade de todas as informações sobre o processo (inc. IV) e o obrigatório adiantamento de despesas pelo contratado (inc. VII). Uma virtude da arbitragem é a flexibilidade.⁴² O art. 2º, § 1º, da Lei 9.307⁴³ prevê justamente a liberdade de escolha da lei aplicável, o que se estende à Administração Pública. Nos casos dos litígios próprios do art. 62, § 1º, da Lei 12.815, atinentes a contratos entre a Administração Pública e concessionários, arrendatários ou autorizatários, o direito aplicável ao contrato será o brasileiro. Mas essa não deve ser uma premissa a ser adotada em todos os casos. Também é indispensável interpretar a regra sobre publicidade como significando a prática atual da arbitragem envolvendo a Administração Pública: vedação da confidencialidade e disponibilidade de informações nos limites necessários e compatíveis com a agilidade própria da arbitragem e a matéria em discussão.⁴⁴

Um dispositivo especialmente arbitrário é o que prevê que o valor econômico do litígio para o fim de determinação da exigência de tribunal colegiado (inc. V) será o valor determinado pela Administração Pública (art. 3º, § 1º). Também é problemática a previsão de que os árbitros serão escolhidos de comum acordo entre as partes. A regra deve ser compreendida como exigindo acordo sobre o método de escolha, não sobre a identidade dos árbitros em si – o que tornaria impraticável a escolha, que muitas vezes acaba por ter que ser feita pela instituição arbitral por ausência de consenso.⁴⁵

O Decreto 8.465 também prevê que “será dada preferência à arbitragem institucional, devendo ser justificada a opção pela arbitragem *ad hoc*” (art. 4º, § 1º).

A questão se põe tanto no estabelecimento de uma cláusula compromissória em contrato quanto na celebração de um compromisso arbitral. Em ambas as hipóteses de

⁴² Sobre isso, cf. AMARAL, Paulo Osternack. Vantagens, desvantagens e peculiaridades da arbitragem envolvendo o Poder Público. *Arbitragem e poder público*, pp. 329-348.

⁴³ “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”.

⁴⁴ Ampliar em WLADECK, Felipe Sripes; AMARAL, Paulo Osternack. Arbitration in Brazil. *Brazil infrastructure law*, pp. 445-460. PINTO, José Emílio Nunes. A arbitrabilidade de controvérsias nos contratos com o Estado. *Revista brasileira de arbitragem*, v. 1, pp. 9-26. MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo; SOUTO, Marcos Juruena Villela. Arbitragem em contratos firmados por empresa estatais. *Revista de direito administrativo – RDA*, v. 236, pp. 215-262. LEMES, Selma Maria Ferreira. *Arbitragem na concessão de serviços públicos – Arbitrabilidade objetiva: confidencialidade ou publicidade processual?*

⁴⁵ Acerca da escolha dos árbitros no procedimento arbitral, cf. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem – Lei 9.307/1996*, pp. 51-55.

convenção de arbitragem, é presumida a preferência do sistema institucional. Cabe à Administração Pública justificar a opção diversa.⁴⁶

O decreto tem a eficácia de ato unilateral da Administração. Assim, vale para condicionar a conduta da Administração, não para impor condições ao particular. Vale também como manifestação unilateral de vontade da Administração. Assim, em uma hipótese de ação do art. 7º da Lei 9.307/1996 em que o particular pleiteasse a nomeação de uma instituição arbitral, não de árbitro ou tribunal *ad hoc*, o Decreto 8.465 já valeria como anuência à adoção de arbitragem institucional, exceto se houvesse justificativa suficiente para evitar esta solução.

Os requisitos dos arts. 4.º e 5.º⁴⁷ são igualmente oponíveis apenas aos agentes públicos, não vinculando os particulares nem afetando a validade da arbitragem. O parágrafo único do art. 5.º exige do árbitro estrangeiro “visto que autorize o exercício da atividade no Brasil”. A regra também é ineficaz para os particulares, inclusive os árbitros, e representa manifestação inexplicável de preconceito contra árbitros estrangeiros – ou, quando menos, a desatenção quanto aos limites normativos do decreto em questão. Primeiro, a situação do visto do árbitro ou de qualquer outro envolvido na arbitragem é absolutamente irrelevante para o procedimento; não o afeta de modo algum, não tem qualquer relação com a sua validade ou viabilidade; restringe-se aos fins e efeitos próprios da legislação consular. Ademais, não cabe ao Decreto disciplinar os requisitos de imigração ou a exigibilidade de visto. Depois, a eventual necessidade de visto será observada segundo a legislação própria e para os fins e com os efeitos desta. Por fim, há inúmeros outros requisitos de regularidade de atuação do árbitro (nacional ou estrangeiro) ou das partes e seus representantes que não foram nem deveriam ser referidos no decreto. A referência específica ao visto para árbitros estrangeiros é uma sinalização negativa,

⁴⁶ MELLO, Rafael Munhoz de. Arbitragem no setor portuário: análise do Decreto 8.465/2015. *Direito portuário brasileiro*, p. 573.

⁴⁷ “Art. 4º A arbitragem poderá ser institucional ou *ad hoc*. § 1º Será dada preferência à arbitragem institucional, devendo ser justificada a opção pela arbitragem *ad hoc*. § 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. Art. 5º São requisitos para o exercício da função de árbitro: I – estar no gozo de plena capacidade civil; II – deter conhecimento técnico compatível com a natureza do litígio; e III – não ter, com as partes ou com o litígio que lhe for submetido, relações que caracterizem os casos de impedimento ou suspeição de juízes, conforme previsto no Código de Processo Civil. Parágrafo único. Na hipótese de árbitro estrangeiro, este deverá possuir visto que autorize o exercício da atividade no Brasil”.

incompatível com a boa-fé e a abertura à solução adequada de litígios que o Decreto deveria estimular. De qualquer modo, a regra do parágrafo único do art. 5.º não tem qualquer efeito para além do que já prevê a legislação própria relativa a vistos e seus respectivos regimes, que é a única disciplina oponível aos árbitros estrangeiros. Se houver algo de positivo a ser extraído desse dispositivo é a indicação de que é admissível a atuação de árbitros estrangeiros – ao contrário do que prevê o art. 5.º, I, da Lei Estadual 19.477, de 2011, de Minas Gerais.⁴⁸ A ampliação da participação estrangeira em empreendimentos públicos brasileiros tornará cada vez mais frequente a atuação de árbitros internacionais em litígios. É intensa a participação no Brasil da comunidade arbitral portuguesa, por exemplo, especialmente capacitada para esta atuação. Todo o sistema de arbitragem de investimentos, particularmente o que deriva da Convenção de Washington de 1965, é construído sobre a aplicação por árbitros internacionais de diplomas normativos (tratados, leis internas de proteção de investimentos) diretamente relacionados com a atuação de um Estado.

O art. 6º⁴⁹ do Decreto é outro bom exemplo de norma que vai muito além da explícita regulamentação do art. 62, § 1º, da Lei 12.815. Pretende regular toda e qualquer arbitragem em “contratos de concessão, arrendamento e autorização de que trata a Lei 12.815, de 2013”. Além disso, contraditoriamente com a previsão do art. 2.º, prevê que a cláusula compromissória deve excluir do seu objeto o reequilíbrio econômico-financeiro, que dependeria de compromisso arbitral (art. 6.º, § 3.º).⁵⁰

⁴⁸ Sobre a lei mineira de arbitragem, cf. MARQUES, Ricardo Dalmaso; ALMEIDA, Fernanda Dias de. *A submissão de entes da Administração Pública à arbitragem – a lei mineira de arbitragem (lei estadual 19.477/11)*.

⁴⁹ “Art. 6º Os contratos de concessão, arrendamento e autorização de que trata a Lei 12.815, de 2013, poderão conter cláusula compromissória de arbitragem, desde que observadas as normas deste Decreto. § 1º Em caso de opção pela inclusão de cláusula compromissória de arbitragem, o edital de licitação e o instrumento de contrato farão remissão à obrigatoriedade de cumprimento das normas deste Decreto. § 2º A cláusula compromissória de arbitragem, quando estipulada: I – constará de forma destacada no edital de licitação e no instrumento de contrato; e 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. § 3º A ausência de cláusula compromissória de arbitragem no contrato não obsta que seja firmado compromisso arbitral para dirimir eventuais litígios abrangidos no art. 2º, observadas as condições estabelecidas no art. 9º.”

⁵⁰ Pode-se concluir pela inconstitucionalidade do Decreto, no que tange a essa imposição de obrigação nova, vez que coloca em risco o *ditame assecuratório* de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei”, sendo um reflexo de tentativa do Executivo de disciplinar obrigações por meio de regulamento. Nesse sentido, veja-se: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 364.

A regra do art. 7º, § 3º,⁵¹ do Decreto pretende resolver um (falso) problema relativo à escolha do árbitro ou da instituição arbitral. Afirma que tal escolha se dará com inexigibilidade de licitação, segundo a disciplina própria. Essa disciplina é dada pelo art. 25 da Lei 8.666,⁵² cuja redação exclui da licitação a contratação caracterizada pela inviabilidade de competição em face da singularidade do objeto contratado. Muito embora seja positiva a compreensão do Decreto de que a licitação é inaplicável, o Decreto deveria ter ido além. O dispositivo baseia-se em uma premissa inadequada da natureza da vinculação entre as partes da arbitragem e o árbitro ou a instituição arbitral. Não se trata de hipótese de inexigibilidade de licitação, referida no art. 7º, § 3º, do Decreto e sujeita aos procedimentos do art. 25 da Lei 8.666, mas de um caso de *não-incidência de licitação*. A escolha de árbitros ou instituições não guarda relação com as contratações administrativas objeto da Lei 8.666, daí a inadequação de se assimilar tal escolha a essas contratações, ainda que mediante a afirmação de que se trata de hipótese de inexigibilidade. Por decorrência, não são aplicáveis a essa escolha os requisitos substanciais ou procedimentais próprios da inexigibilidade de licitação. Menos ainda se poderia pretender que o descumprimento de tais requisitos produzisse qualquer efeito sobre a validade da arbitragem. Como já se apontou, todas as normas do Decreto, inclusive esta, produzem efeitos exclusivamente internos à Administração, no plano funcional entre a Administração e seus agentes. Não têm nenhum efeito processual nem vinculam os particulares, sejam eles partes, árbitros ou instituições arbitrais.

Por decorrência, não há sentido na discussão sobre se a escolha de instituições arbitrais pela Administração Pública pressupõe um processo licitatório ou outra formalização do processo seletivo – muito embora os atos normativos que disciplinam o tema contribuam para a confusão conceitual cuja superação ainda está em curso. O

⁵¹ “Art. 7º Se prevista nos contratos de que trata este Decreto, a cláusula compromissória de arbitragem poderá: I – indicar uma instituição arbitral para dirimir eventuais litígios relacionados ao contrato; e II – determinar a aplicação do procedimento estabelecido por determinada instituição arbitral ainda que seja escolhida como árbitro pessoa não vinculada a essa instituição. § 1º Em qualquer caso, serão obrigatoriamente observadas as condições estabelecidas no art. 3º. § 2º No caso de arbitragem ad hoc, o árbitro ou o colegiado de árbitros será definido no compromisso arbitral. § 3º A escolha de árbitro ou de instituição arbitral será considerada contratação direta por inexigibilidade de licitação, devendo ser observadas as normas pertinentes”.

⁵² “Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: (...) II – para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação”.

Decreto 8.465/15 alude expressamente a uma inexigibilidade de licitação (art. 7º, § 3º). A Lei Estadual 19.477/11, de Minas Gerais, prevê escolha livre entre as entidades cadastradas (art. 10). A MP 752/2016 alude a um credenciamento de instituições (art. 25, § 5º), supondo-se que a escolha entre as credenciadas seja também livre: mesmo que haja credenciamento, deve ser não-exaustivo, de modo que possa ser indicada instituição adequada mesmo que não tenha postulado seu credenciamento ou que, no caso concreto, o indeferimento anterior do credenciamento deva ser superado.

O ponto central é que a escolha de uma instituição não envolve nem licitação nem contratação direta, por inexigibilidade de licitação ou outro fundamento qualquer. A solução adequada pressupõe o reconhecimento de que a instituição arbitral não é uma contratada da Administração Pública. A sua escolha para indicação no edital de licitação ou para, mediante acordo com a outra parte, vir a ser prevista em cláusula compromissória ou em compromisso arbitral não está sujeita à legislação de licitações. A afirmação de se tratar de situação de inexigibilidade de licitação é uma falsa solução. Não toma em conta os requisitos formais da inexigibilidade (art. 26 da Lei 8.666/93). Também ignora que o ato resultante de uma contratação dessa natureza seria um contrato administrativo (art. 58 da Lei 8.666/93), em tudo incompatível com o vínculo entre Administração Pública e uma instituição arbitral. Nesse sentido, Marçal Justen Filho afirma que “[n]ão estão presentes os requisitos para uma licitação nas hipóteses de escolha de árbitros e câmara de arbitragem. Mas isso não decorre da subsunção do caso ao art. 25 da Lei 8.666/93. A razão fundamental para não ser aplicada a licitação consiste em que a arbitragem não é um contrato e os árbitros não são contratados pela Administração Pública” (Administração Pública e Arbitragem: o vínculo com a Câmara de Arbitragem e os Árbitros. *Revista brasileira de arbitragem*, v. 1).

Cabe reconhecer que, a despeito da redação do Decreto 8.465, a escolha da instituição é objeto de uma competência discricionária, a ser exercitada de modo motivado e racional. A necessidade de racionalidade e fundamentação na escolha da instituição arbitral pela Administração Pública implica a definição de critérios de avaliação e comparação. Nenhum deles é decisivo se tomado isoladamente, mas todos apontam para aspectos relevantes na aferição da adequação de uma determinada instituição.

Outro ponto positivo do Decreto, já derivado da jurisprudência do STJ,⁵³ é a admissão no art. 9º⁵⁴ de que a convenção de arbitragem pode ter a forma de compromisso arbitral, mesmo que o contrato não contenha cláusula arbitral. Isso é essencial para permitir a adoção da arbitragem nos numerosos contratos portuários em curso, que normalmente não contêm cláusula prevendo a arbitragem mas são afetados pelo Decreto (art. 14⁵⁵). O art. 8º regula o conteúdo do compromisso e dá diretrizes – mais uma vez, não vinculantes aos particulares – sobre a distribuição de competências administrativas para a celebração da convenção de arbitragem.

Os arts. 11 e 12⁵⁶ disciplinam a execução da sentença arbitral, inclusive mediante precatório. O parágrafo único do art. 12 estabelece uma competência peculiar para o árbitro ou presidente do tribunal arbitral: “solicitará à autoridade judiciária competente a adoção das providências necessárias à expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor, conforme o caso”. Cabe definir o significado dessa previsão à luz da distribuição de competências entre árbitros e o Poder Judiciário quanto à fase de cumprimento da sentença. Nos estritos termos do Decreto, a solicitação de expedição do precatório ou requisição de pequeno valor será expedida *ex officio* pelo tribunal arbitral e dirigida ao presidente do tribunal competente.

O art. 12 é apto a causar alguma perplexidade. Segundo o *caput* do art. 12, “[e]m caso de sentença arbitral condenatória que imponha obrigação pecuniária contra a União ou suas entidades autárquicas, o pagamento se dará mediante a expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor, conforme o caso”. Esta previsão corresponde ao entendimento comum acerca da situação. Porém, o seu parágrafo único parece pretender

⁵³ “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.” (STJ, REsp 904.813/PR, rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 20.10.2011. v.u., DJe 28.2.2012). No mesmo sentido, STJ, REsp 1.389.763/PR, rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 12.11.2013, v.u., DJe 20.11.2013.

⁵⁴ “Art. 9º. Ainda que o contrato não contenha cláusula compromissória de arbitragem, a administração pública poderá celebrar compromisso arbitral para dirimir os litígios de que trata o art. 2º.”

⁵⁵ “Art. 14. O disposto neste Decreto se aplica aos contratos já em curso”.

⁵⁶ “Art. 11. Em caso de sentenças arbitrais condenatórias que envolvam questões relacionadas às receitas patrimoniais e tarifárias da autoridade portuária, os créditos e as obrigações correspondentes serão atribuídos diretamente à autoridade portuária.

Art. 12. Em caso de sentença arbitral condenatória que imponha obrigação pecuniária contra a União ou suas entidades autárquicas, o pagamento se dará mediante a expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor, conforme o caso.

Parágrafo único. Na hipótese de que trata o *caput*, o árbitro ou o presidente do colegiado de árbitros solicitará à autoridade judiciária competente a adoção das providências necessárias à expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor, conforme o caso”.

dar ao tribunal a competência para, dispensando-se o procedimento previsto no art. 534 do CPC e a impugnação prevista no art. 535, dirigir a solicitação de precatório diretamente ao presidente do tribunal competente – uma vez que é a este, não ao juiz da execução, que se deve dirigir o pedido de providências relativas à expedição de precatório.

O Decreto 8.465 não tem força normativa para contrariar o CPC. No entanto, pode-se reputar que o dispositivo pretende veicular uma renúncia antecipada à impugnação da sentença (seja por meio da impugnação do art. 535 do CPC, seja por meio da ação anulatória do art. 33 da Lei 9.307/1996) e, da parte do particular que adere ao regulamento, delegar ao presidente do tribunal arbitral os poderes para requerer a expedição do precatório. Nenhuma das duas providências parece válida ou eficaz.

Por fim, cabe retornar ao art. 13. O dispositivo regula a prorrogação do contrato na pendência da arbitragem, mencionada pelo artigo de Arnaldo Wald referido no início. Há a criação de diversas condições, inclusive o depósito ou pagamento do valor eventualmente fixado de modo provisório. Como se apontou, o art. 62 da Lei 12.815 pretende extrair consequências reflexas do inadimplemento, o que em si pode ser inválido ou ineficaz por se tratar de meio indireto de execução. Mesmo que possa haver tais consequências, como a vedação de prorrogação, a própria lei as condiciona à existência de decisão final, não à mera pendência da arbitragem. Essa condição (“assim declarado em decisão final”) foi introduzida durante a tramitação do projeto de conversão da MP 595 em lei, a partir da emenda 089 (Dep. Márcio França) ao projeto de conversão, cuja justificativa destacou exatamente a ofensa ao devido processo legal existente no texto anterior. Na redação original da MP 595, o seu art. 54 (correspondente ao atual art. 62) não continha essa condição. Também não aludia a arbitragem. A lei de conversão condicionou qualquer vedação a uma decisão final do litígio e previu a arbitragem para a sua solução. O Decreto extrapola essa previsão legal ao já pressupor existente um impedimento no curso da arbitragem, a ser resolvido na forma do art. 13 do Decreto. É inegável, porém, que o problema vislumbrado pelo Decreto existe na realidade – o que confirma a interpretação positiva que Arnaldo Wald faz do dispositivo do art. 13, como destacado no início destas notas. Pendente a arbitragem ou controvérsia ainda não formalizada, a prorrogação poderia enfrentar dificuldades práticas. Sob esse ângulo, a preocupação do Decreto é positiva ao estabelecer diretrizes para a atuação dos agentes

públicos diante dessa situação. Resta definir se condições como o depósito antecipado do valor provisório fixado pelo árbitro (inc. II) ou o compromisso de pagar a condenação final (inc. III), assim como as atinentes aos reflexos sobre a equação econômico-financeira, podem ser validamente aceitas pelo contratado. Como o Decreto não é oponível aos particulares, que são alheios à estrutura hierárquica da Administração, qualquer sujeição a tais condições pressupõe o consentimento do contratado em cada caso.

Em 2 de setembro de 2015, as empresas Libra Terminais S.A. e Libra Terminal 35 S.A., titular de arrendamento portuário em Santos (SP), firmaram compromisso arbitral com diversas entidades da Administração Federal destinado a pôr fim a litígios judiciais e submeter a arbitragem determinadas pendências. O instrumento é disponível para acesso público por meio do sistema de consultas do governo federal.⁵⁷ Trata-se, ao que se sabe, da primeira aplicação concreta do Decreto 8.465.

O instrumento é um bom exemplo de atendimento dos requisitos complexos do ato normativo. Além disso, adota soluções criativas que devem encontrar acolhida entre os agentes públicos envolvidos na arbitragem desde a sua fase preparatória, de negociação da convenção arbitral.

A posição do agente público é obviamente distinta da do agente privado no que se refere (também) à arbitragem. Muito embora o representante de uma pessoa privada também se submeta a deveres fiduciários – responde perante os acionistas, seu mandante ou empregador pela fidelidade com que se conduz –, o agente público exerce função (detém poderes vinculados a deveres) e é submetido a estrito e permanente controle. Diante disso, está em permanente tensão entre o dever de realizar as tarefas que lhe cabem e o de cumprir os parâmetros, especialmente legais, que delimitam a sua atuação.

Disso deriva a quase unânime preferência dos agentes públicos por atos normativos prévios – como a Lei Estadual 19.477, de 2011, de Minas Gerais, e o próprio Decreto 8.465 – à celebração da convenção de arbitragem, dos quais se extraíam os parâmetros a serem adotados pela Administração. O compromisso em questão, do qual participaram a SEP/PR – Secretaria Especial de Portos da Presidência da República e a

⁵⁷ Disponível em <<http://www.acessoinformacao.gov.br/sistema/site/index.html?ReturnUrl=%2fsistema%2f>>. Acesso em 02.03.2017.

Codesp – Companhia Docas do Estado de São Paulo, tendo a Antaq – Agência Nacional de Transporte Aquaviário como interveniente, ilustra com precisão este ponto.

Cabe destacar a solução adotada pelo compromisso para a escolha de árbitros. O item 3.1⁵⁸ elege como a instituição arbitral o CAM-CCBC (Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil Canadá), o qual será objeto de contratação direta (item 3.2⁵⁹ do compromisso), que é o gênero em que se insere a inexigibilidade de licitação referida no Decreto 8.465.

O item 4.1 e seus subitens 4.1.1 e 4.1.2⁶⁰ tratam da escolha dos árbitros. Possivelmente a fim de se evitar a discussão sobre a metodologia de escolha dos árbitros pelas partes (uma das críticas ao decreto é a relativa impraticabilidade da previsão do art. 3º, § 3º, de que “Os árbitros devem ser escolhidos de comum acordo entre as partes, sem prejuízo da possibilidade de indicação de uma instituição arbitral, observadas as condições estabelecidas nos arts. 4º e 5º”), o compromisso atribuiu esta competência exclusivamente ao CAM-CCBC. Caberá ao CAM-CCBC fazer todas as indicações dos árbitros, sem a adoção do método usual de coárbitros indicados pelas partes.

O compromisso especifica que as partes terão o direito de recusar imotivadamente até três nomes cada, considerando-se para este fim SEP e Codesp como uma parte e Libra Terminais e Libra Terminais 35 como outra. A Antaq não participa desse processo de escolha dos árbitros.

O compromisso não estabelece se a escolha deve ser feita exclusivamente a partir dos árbitros existentes na lista do CAM-CCBC. Uma vez que a indicação deve ser acompanhada dos currículos dos árbitros, os nomes passam pelo crivo das partes e tendo em vista a alteração produzida pela Lei 13.129 no art. 13, § 4º, da Lei 9.307 (“As partes,

⁵⁸ “3.1. As partes decidem que a arbitragem será institucional e administrada pelo Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (“Câmara”), com sede na Rua do Rócio, 220, 12º andar, Cj. 121, São Paulo-SP-Brasil, sendo regida pelas normas do Decreto 8.465/2015, pelos termos deste Compromisso Arbitral e, subsidiariamente pelo Regulamento de Arbitragem da Câmara”.

⁵⁹ “3.2. A escolha da Câmara será realizada por contratação direta”.

⁶⁰ “4.1. As partes acordam que o litígio será dirimido por 3 (três) Árbitros, indicados pela Câmara, nos termos do art. 3º, § 3º, do Decreto 8.465/2015. 4.1.1. Os currículos dos Árbitros indicados pela Câmara serão submetidos à análise das Partes, que poderão rejeitar, cada uma, até 3 (três) indicações, ou seja, de um lado, a SEP e a Codesp, conjuntamente, poderão rejeitar até três indicações, de outro lado, a Libra Terminal 35 e a Libra Terminais, conjuntamente, poderão rejeitar até três indicações. 4.1.2. Todos os árbitros serão indicados pela instituição arbitral e aceitos por ambas as Partes. As Partes terão o prazo de 20 (vinte) dias corridos para informar se aceitam os árbitros indicados pela instituição arbitral. Não havendo manifestação nesse prazo, considera-se aceito o árbitro pela Parte silente”.

de comum acordo, poderão afastar a aplicação de dispositivo do regulamento do órgão arbitral institucional ou entidade especializada que limite a escolha do árbitro único, coárbitro ou presidente do tribunal à respectiva lista de árbitros, autorizado o controle da escolha pelos órgãos competentes da instituição, sendo que, nos casos de impasse e arbitragem multiparte, deverá ser observado o que dispuser o regulamento aplicável”), pode-se concluir que a escolha pelo CAM-CCBC pode recair sobre árbitros que não integrem a lista referencial. Os requisitos para a atuação como árbitro constam dos itens 4.3 e 4.4 do compromisso,⁶¹ que reproduzem os dispositivos do Decreto 8.465 nesse ponto. Não se exige nesses requisitos que o árbitro conste da lista referencial da instituição escolhida. Porém, evidentemente não haverá invalidade se todas as escolhas do CAM-CCBC recaírem sobre árbitros integrantes de sua lista.

Nos termos do art. 3º da Resolução Administrativa 15/2016 do CAM-CCBC, a instituição publica em seu sítio eletrônico a informação acerca da formulação de requerimentos de arbitragem em face da Administração direta. Consta do item correspondente⁶² que foi formulado em 18.10.2016 o requerimento de arbitragem de Libra Terminal 35 S.A. e Libra Terminais S.A. em face da União, por intermédio da SEP.

Em conclusão, a existência do Decreto 8.465 é um importante incentivo à utilização da arbitragem pela Administração Pública no Brasil. Porém, seu conteúdo exige meditação e reflexão. Os aspectos do Decreto 8.465 comentados acima demonstram que o ato normativo contém dispositivos que tornam a arbitragem nestes casos, desde a celebração da convenção arbitral, excessivamente burocratizada e complexa. O risco é a desconsideração prática de certos aspectos poder ser vista como causa de invalidade da arbitragem. Daí a importância da compreensão adequada dos limites do decreto e da delimitação de seus efeitos extroversos. O eventual descumprimento de normas do decreto não afeta a validade da arbitragem porque não se trata de normas vinculantes para

⁶¹ “4.3. Nos termos do art. 3º, § 2º, do Decreto 8.465/2015, pelo menos um dos árbitros será bacharel em Direito, sem prejuízo da obrigatoriedade de cumprimento dos requisitos do item 4.4.

4.4 São requisitos para o exercício da função de árbitro: (i) estar no gozo de plena capacidade civil; (ii) deter conhecimento técnico compatível com a natureza do litígio; e (iii) não ter, com as Partes ou com o litígio que lhe for submetido, relações que caracterizem os casos de impedimento ou suspeição de juízes, conforme previsto no Código de Processo Civil”.

⁶² Disponível em <<http://www.ccbc.org.br/Materia/1616/arbitragens-com-a-administracao-publica-direta>>. Acesso em 02.03.2017.

o particular, exceto se incorporadas à convenção de arbitragem por ato válido daquele que contrata com a Administração Pública.

O caso concreto já conhecido de um compromisso arbitral já firmado com base no Decreto 8.465 é um bom exemplo de cumprimento estrito do decreto regulamentar. Porém, seria cabível a arbitragem mesmo com base em convenções mais simples, ainda que sem o atendimento pontual a todos os requisitos do decreto.

A arbitragem envolvendo a Administração Pública brasileira tem tido um grande desenvolvimento a partir de decisões importantes do Superior Tribunal de Justiça e de sua aceitação cada vez mais ampla pelo Tribunal de Contas da União. Desde meados da década de 1990, houve uma variedade de diplomas legais – inclusive no setor portuário, mas também em muitos outros – que a previram expressamente. É uma realidade em contratos de concessão e parcerias público-privadas e explicitamente valorizada por instituições financiadoras como um fator de redução de risco. Essa evolução foi coroada em maio de 2015 com a alteração da Lei 9.307 pela Lei 13.129. O texto legal introduzido por esse diploma é simples e direto e tem a virtude de dispor acerca da arbitragem envolvendo a Administração Pública com naturalidade, mera derivação do regime geral aplicável a qualquer outro objeto de arbitragem. Os requisitos da liberdade de contratar e da natureza do objeto (direitos patrimoniais disponíveis) são os mesmos impostos a qualquer outro sujeito ou objetivo envolvido em arbitragem.

O Decreto 8.465 não segue esta evolução. Embora importante a disciplina regulamentar para orientar a atuação dos agentes públicos, o conteúdo do decreto torna burocrática e complexa a atuação dos agentes públicos federais no que se refere à adoção da arbitragem. Cabe esperar que a boa experiência com o compromisso arbitral já firmado evite os potenciais efeitos negativos do Decreto 8.465 quanto à burocratização excessiva da arbitragem e algumas opções indevidas, como a da configuração da escolha da instituição arbitral como hipótese de inexigibilidade de licitação. Cabe sempre lembrar que o decreto é ineficaz em relação aos particulares (partes, árbitros e instituições arbitrais), o que restringe os seus efeitos apenas ao âmbito da própria Administração Pública. Se o Decreto 8.465 pretende ser um modelo para a futura atuação generalizada da União, cumpre compreender suas funções e limites para que esse exemplo seja positivo, não um entrave ao desenvolvimento da arbitragem na Administração Pública.

12. A ARBITRAGEM NO PROGRAMA DE PARCERIAS DE INVESTIMENTO (PPI): A MEDIDA PROVISÓRIA 752

A MP 752/2016 estabeleceu diretrizes gerais para a prorrogação e a relicitação dos contratos de parceria firmados nos termos da Lei 13.334/16 (PPI – Programa de Parcerias de Investimentos). A MP trata da arbitragem na hipótese de relicitação, por meio de compromisso arbitral em aditivo específico (art. 15, inc. III), e nos contratos de parceria em geral, em que a cláusula compromissória pode existir de modo originário ou ser incluída em aditivo (art. 25).⁶³

O art. 25 estabelece peculiaridades da arbitragem no âmbito do PPI, inclusive quanto a custas, patrimonialidade dos direitos e credenciamento de instituições arbitrais:

“Art. 25. As controvérsias surgidas em decorrência dos contratos de parceria nos setores de que trata esta Medida Provisória após decisão definitiva da autoridade competente, no que se refere aos direitos patrimoniais disponíveis, podem ser submetidas à arbitragem ou a outros mecanismos alternativos de solução de controvérsias.

§ 1º Os contratos que não tenham cláusula arbitral, inclusive aqueles em vigor, poderão ser aditados a fim de se adequar ao disposto no caput.

§ 2º As custas e despesas relativas ao procedimento arbitral, quando instaurado, serão antecipadas pelo parceiro privado, e, quando for o caso, serão restituídas conforme posterior deliberação final em instância arbitral.

§ 3º A arbitragem será realizada no Brasil e em língua portuguesa.

§ 4º Consideram-se direitos patrimoniais disponíveis para fins desta Medida Provisória:

I - as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos;

II - o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de concessão; e

III - o inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes.

§ 5º Ato do Poder Executivo regulamentará o credenciamento de câmaras arbitrais para os fins desta Medida Provisória”.

⁶³ Para uma breve análise dos benefícios para os investimentos no Brasil pela previsão de arbitragem na MP, confira-se artigo de Bruno Renzetti no JOTA. Disponível em: <<https://jota.info/artigos/arbitragem-nos-contratos-publicos-e-mp-7522016-11122016>>. Acesso em: 02.03.2017.

Diversas questões vêm sendo objeto de discussão. Algumas já foram tratadas nas Emendas 005, 023 e 078 à MP 752/2016 e serão objeto de consideração no processo de conversão da MP 752/2016 em lei. As emendas propostas exigem que a arbitragem seja de direito e aplique o direito brasileiro (Emenda 005), excluem do *caput* do art. 25 da MP 752/2016 a aparente exigência de prévio exaurimento da via administrativa (Emenda 023) e preveem a participação da AGU na arbitragem e em eventual transação (Emenda 078).

Alguns pontos positivos da MP que podem ser citados são:⁶⁴ (i) a possibilidade de submissão de conflitos a arbitragem independentemente de cláusula compromissória inserida em contrato; (ii) a exigência legal de que a arbitragem seja institucional; (iii) amplitude da segurança jurídica para o parceiro privado, em vista da maior celeridade do processo arbitral e da expertise dos árbitros; (iv) a predeterminação quanto ao adiantamento das custas e despesas relativas ao procedimento arbitral pelo parceiro privado; e (v) a predeterminação das matérias arbitráveis no âmbito do PPI.

Apesar de a permanência das regras trazidas pela MP 752/2016 depender de sua conversão em lei, nada impede que seus termos – inclusive aqueles relativos à arbitragem – sejam implementados no período em que a MP produzir efeitos, iniciado na data de sua publicação (24 de novembro de 2016). Ou seja, é possível que contratos do PPI firmados durante a vigência da MP 752/2016 contenham cláusula compromissória, que estas sejam incluídas por aditivos nos contratos já existentes e que sejam firmados compromissos arbitrais em aditivos específicos nos casos de relicitação. Isso tudo mesmo que a MP não seja finalmente convertida em lei.

A principal inovação da MP 752/2016 é a introdução, no Brasil, de um mecanismo amplamente conhecido na experiência internacional para a proteção de investimentos. No âmbito da Convenção de Washington de 1965, da qual o Brasil não é signatário, e da arbitragem de investimento em geral, um Estado pode oferecer genericamente aos seus investidores estrangeiros a possibilidade de submeter os litígios correspondentes a arbitragem. Essa oferta unilateral que reflete o consentimento do

⁶⁴ Sobre o tema, veja-se apresentação de Luciana Levy no IV Fórum Nacional de Infraestrutura. Disponível em: <<http://direitoeinfraestrutura.com.br/pdfs/IV-Forum-Nacional-de-Direito-e-Infraestrutura-Luciana-Levy.pdf>>. Acesso em: 02.03.2017.

Estado soberano⁶⁵ é geralmente formulada por meio de acordos multilaterais, acordos bilaterais⁶⁶ ou leis nacionais de proteção de investimento.⁶⁷ O investidor, por sua vez, aceita essa oferta e aperfeiçoa o consentimento necessário para a existência de uma convenção de arbitragem por meio de uma ampla variedade de manifestações, inclusive por sua conduta – como a própria solicitação de instauração da arbitragem.⁶⁸

Como esclarece Jeswald Salacuse, as disposições em tratados de investimento (e o mesmo pode ser dito sobre leis de proteção de investimento) não podem ser consideradas por si sós como uma convenção de arbitragem, mas como uma oferta unilateral e irrevogável de arbitragem, passível de aceitação também unilateral pela contraparte. São as palavras do autor:

“Unlike the arbitration clauses used in contracts, these treaty provisions could not be considered an arbitration agreement with the investor because the investor, while a national of a contracting state, was not a party to the treaty. Conceptually, such a provision constitutes an irrevocable offer to arbitrate disputes concerning the interpretation and application of the treaty. An investor may accept that offer in different ways, including the submission of a request for arbitration or some other mechanism offered in the treaty. The offer includes the various terms and conditions contained in the applicable investment treaty”.

O art. 25 da MP 752/2016 estabeleceu sistema similar a este no direito brasileiro, aplicável indistintamente a partes brasileiras ou estrangeiras, desde que no âmbito material coberto pela própria MP 752/2016. A leitura do *caput* e dos §§ 1º a 3º do art. 25 leva desde logo a essa conclusão. O *caput* prevê que determinadas “controvérsias surgidas em decorrência dos contratos de parceria nos setores de que trata esta Medida Provisória (...) podem ser submetidas à arbitragem ou a outros mecanismos de solução de controvérsias”. O âmbito material da MP 752/2016 corresponde a certos contratos de

⁶⁵ CIURTIN, Horia. Paradoxes of (Sovereign) Consent: on the uses and abuses of a notion in international investment Law. *ICSID Convention After 50 Years: unsettled issues*, pp. 25-74. Veja-se, especialmente, § 2.04(B) (*Instruments of Consent: (No) Privity and the Triumph of Unilateralism*).

⁶⁶ BORN, Gary. Enforcing international arbitration agreements. *International arbitration and forum selection agreements: drafting and enforcing*, pp. 121-128.

⁶⁷ Sobre consentimento à arbitragem por meio de legislação doméstica de investimentos, veja-se: MBENGUE, Makane Moïse. Consent to arbitration through national investment legislation. *IISD investment treaty news*, 19.07.2012.

⁶⁸ SALACUSE, Jeswald. *The law of investment treaties*, pp. 422-423.

concessão e de PPP em que o poder concedente é a União Federal – ainda que atuando por meio de instrumentalidades suas, como autarquias federais. O dispositivo estabelece dois requisitos. Primeiro, a necessidade de decisão definitiva da autoridade competente prévia à arbitragem prevista no *caput* (ou seja, cabe a arbitragem após encerrada a discussão administrativa). Depois, a arbitragem deve dizer respeito a direitos patrimoniais disponíveis previstos no § 4º: a arbitrabilidade objetiva, para os fins dessa oferta unilateral, é limitada aos direitos patrimoniais disponíveis especificados no dispositivo.⁶⁹

Preenchidas tais condições, o *caput* do art. 25 deve ser compreendido como manifestação unilateral e definitiva da União Federal de seu consentimento em submeter o litígio em questão a arbitragem. Essa manifestação, por parte da União Federal, é completa e definitiva, condicionada apenas aos dois requisitos estabelecidos no próprio dispositivo. O que falta para o aperfeiçoamento da convenção de arbitragem é a manifestação da contraparte – concessionário ou parceiro privado, conforme o caso. A situação das outras formas de solução extrajudicial também referidas genericamente no dispositivo é distinta, em face da variedade de suas possíveis manifestações. Mas a sujeição à arbitragem por parte da União Federal é já plenamente eleita e consolidada pela redação do art. 25. Seu aperfeiçoamento como convenção de arbitragem depende apenas da manifestação de consentimento do concessionário ou parceiro privado.

O consentimento da contraparte privada pode ser manifestado por meio de um aditivo ao contrato que não contenha cláusula arbitral (§ 1º do art. 25) ou mesmo por outras vias, como a própria solicitação de instauração da arbitragem ou uma declaração unilateral. Havendo a concordância da parte privada com a submissão do litígio à arbitragem, o particular passa a integrar uma convenção de arbitragem ou a ter direito ao seu aperfeiçoamento, conforme o caso. Esse direito pode conduzir diretamente à instauração da arbitragem, inclusive por meio do sistema estabelecido pelos arts. 6º e 7º da Lei 9.307/96 para a instauração da arbitragem diante de controvérsia já existente. Ou pode, se esta for a preferência do particular, assegurar-lhe o direito de exigir a celebração do aditivo referido no art. 25, § 1º, da MP 752/2016 para a inclusão de cláusula arbitral

⁶⁹ Sobre a predeterminação do rol de direitos arbitráveis, veja-se artigo de André Rosilho na Revista Colunistas Direito do Estado. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Andre-Rosilho/mp-75216-mais-seguranca-juridica-para-arbitragens-no-mundo-publico>>. Acesso em: 02.03.2017.

no contrato para a solução de controvérsias futuras. Neste caso, os eventuais impasses existentes na definição das condições do aditivo – por exemplo, quanto à escolha da instituição arbitral – deverão ser resolvidos pelo Judiciário.

Essa compreensão do *caput* e do § 1º do art. 25 é confirmada por sua própria redação. Nada no *caput* induz a conclusão de que a autorização para solução da controvérsia por arbitragem é condicionada ao aditivo previsto no § 1º. Teria sido simples ao legislador estabelecer esta condição, mas não o fez. Por outro lado, embora os dispositivos também nada digam expressamente acerca da necessidade de consentimento do particular interessado, este consentimento é conatural à convenção de arbitragem. Em tese, poderia ser – em casos excepcionais – dispensado por uma previsão expressa e clara de arbitragem obrigatória em setores específicos (o que existe em diversos países e, de certo modo, no Brasil no setor de comercialização de energia elétrica). Mas isso dependeria de previsão explícita e não se extrai nem de modo indireto da redação do art. 25. A compreensão também é confirmada pela redação dos §§ 2º e 3º do dispositivo em questão. Ambos estabelecem condições da arbitragem (antecipação das despesas, realização no Brasil e em língua portuguesa) de modo categórico, não condicionado ao aperfeiçoamento da convenção de arbitragem.

Porém, a confirmação decisiva desse entendimento deriva da interpretação sistemática do art. 25 e seu § 1º. A mera previsão de que os litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis podem ser objeto de uma convenção de arbitragem entre a União Federal e seus parceiros privados ou concessionários já consta expressamente da Lei 11.079/04 (Lei de PPPs) e da Lei 8.987/95 (Lei de Concessões) desde, respectivamente, 2004 e 2005. Foi consagrada também, inclusive antes disso, em diversas leis setoriais aplicáveis a tais contratados. E foi expressamente reiterada pela alteração da Lei 9.307/1996 introduzida pela Lei 13.129/15. Não se pode supor que o legislador (Poder Executivo), por meio da MP 752/2016, tenha apenas repetido aquilo que historicamente já havia sido construído e consagrado pelos diversos diplomas que culminaram na reforma legislativa de 2015.

Ademais, esse entendimento dá sentido à previsão do *caput* de que a submissão à arbitragem é possível “após decisão definitiva da autoridade competente”. Essa condição tem gerado certa perplexidade. Discute-se se implicaria uma restrição de acesso à jurisdição (é este o enfoque da emenda 23 à MP 752/2016) ou qual a conduta impedida

pela inexistência de tal decisão: a celebração de uma convenção de arbitragem (compromisso), a própria celebração do aditivo previsto no § 1º ou apenas a instauração efetiva da arbitragem. A interpretação do dispositivo é clara e simples quando se compreende que esta é a condição para a oferta unilateral de arbitragem pela União Federal. O dispositivo estabelece que, havendo já uma decisão administrativa, a questão pode ser levada à arbitragem nos termos do art. 25; não existindo essa decisão, o regime excepcional do art. 25 não se aplica. Evidentemente, isso não exclui o regime geral, consagrado inclusive no art. 1º da Lei 9.307/1996.

Ou seja, dentro do âmbito material da MP 752/2016 (PPI) e desde que tenha havido decisão definitiva da autoridade competente, a oferta unilateral de arbitragem do art. 25, *caput*, torna-se eficaz e pode ser objeto de aceitação (também unilateral) pelo particular interessado. Fora dessas condições, aplica-se o regime geral. Isso explica por que pode existir compromisso arbitral ou cláusula compromissória mesmo fora das condições do *caput*, aplicando-se o regime geral. Também explica por que é válida e não implica ofensa ao direito de acesso à jurisdição a condição (prévia decisão administrativa) prevista no *caput*. Trata-se da mínima garantia para a União Federal de que sua oferta unilateral de arbitragem pressuporá a prévia existência de uma decisão administrativa.

A noção de decisão definitiva da autoridade competente também exige pequeno esclarecimento. O que se exige, para a aplicação do *caput*, é apenas que exista alguma decisão administrativa. A matéria não pode jamais ter sido objeto de decisão administrativa e ser inovadoramente resolvida de modo definitivo pelo juízo arbitral. Porém, o seu caráter definitivo não exige que tenha sido proferida pela autoridade mais elevada nem que tenham sido exauridos todos os recursos possíveis. Basta que o particular interessado renuncie à discussão administrativa e, com isso, dê caráter definitivo (na via administrativa) à decisão impugnada. Por outro lado, os prazos estabelecidos na legislação federal de processo administrativo (especialmente na Lei 9.784/99) se aplicam. Uma vez exauridos os prazos para decisão, o silêncio da Administração terá preenchido o requisito da prévia decisão administrativa para o efeito de se tornar eficaz a oferta unilateral de arbitragem contida no *caput*. Isso não impede que, havendo interesse do particular em provocar uma efetiva decisão administrativa antes de aceitar a oferta unilateral de arbitragem contida no *caput*, este promova medida judicial destinada a obter tal decisão efetiva (por exemplo, um mandado de segurança

contra a omissão administrativa). Essa conduta não implica qualquer renúncia ao direito de oportuna aceitação da oferta de arbitragem, uma vez que diz respeito ao momento anterior (“decisão definitiva da autoridade competente”), estabelecido como condição de eficácia da oferta unilateral de arbitragem pela União Federal.

Pelo exposto, conclui-se que o art. 25 da MP 752/2016 traz uma profunda e importante inovação no sistema jurídico brasileiro relativo à arbitragem envolvendo a Administração Pública. Por meio do dispositivo, a União Federal manifesta de modo unilateral seu consentimento para submissão a arbitragem das controvérsias relativas a contratos abrangidos pelo PPI em que tenha já havido decisão definitiva pela autoridade administrativa competente. A configuração dessa condição pode ser precipitada pela renúncia, pelo particular interessado, à impugnação administrativa de decisão já existente, ainda que em tese passível dessa impugnação. Também pode ser configurada pelos efeitos do silêncio administrativo diante do descumprimento de prazos normativos para decisão, como os da Lei 9.784. Não havendo definição prévia das condições para a realização da arbitragem ofertada unilateralmente pelo *caput* do art. 25, aplica-se o regime dos arts. 6º e 7º da Lei 9.307/1996, cabendo ao Poder Judiciário suprir os elementos necessários para a instauração da arbitragem que não tenham sido definidos pelas partes.

13. ARBITRAGEM, ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E PODER JUDICIÁRIO

A identificação do papel do Poder Judiciário na arbitragem envolvendo a Administração Pública exige uma discussão inicial acerca do exercício dos poderes do Estado. No exercício de suas funções, a Administração é dotada de competências que lhe permitem condicionar a conduta alheia. Seus atos são vinculantes para terceiros sem a necessidade de concordância destes ou de intervenção judicial. Usualmente apresentam exigibilidade, podendo em casos excepcionais atingir o grau de autoexecutoriedade.⁷⁰

A autoexecutoriedade, que permite o uso da força pela Administração, é excepcional, limitada e depende de autorização legal. Isso é o que explica, por exemplo, que a Administração não possa penhorar ela própria bens para fazer frente a uma dívida tributária. Pode decretar uma medida cautelar fiscal, ordenando arrolamento de bens, mas

⁷⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, pp. 245 e 248-249.

a apreensão dos bens e sua eventual venda em leilão serão feitos pelo Poder Judiciário. A situação não se confunde com o exercício de competências administrativas de polícia, legalmente autorizadas, como a apreensão de bens objeto de descaminho e sua subsequente destruição ou venda em leilão.

14. DESCABIMENTO DA AUTOTUTELA (SÚMULA STF 473)

Do mesmo modo, a Administração é dotada de competência para anular seus próprios atos ilegais (Súmula STF 473) e revogar os atos tornados inconvenientes. É o que se denomina autotutela da Administração. Porém, predomina a compreensão de que essa competência não permite à Administração invalidar atos bilaterais, em que a manifestação de vontade expressada no ato não é apenas da Administração; nesses casos, a desconstituição do ato deve ser promovida pelo Poder Judiciário. Do mesmo modo, a Administração não pode revogar unilateralmente atos bilaterais ou que tenham gerado direitos adquiridos.

O tema da interação entre as competências administrativas e o papel do Poder Judiciário na arbitragem foi extensamente discutido no chamado *caso Compagás*, que chegou a ser julgado pelo STJ (REsp 904.813) e tinha por objeto uma sentença arbitral entre um consórcio de construção civil e uma sociedade de economia mista. A arbitragem foi iniciada com base em um compromisso arbitral. Em dado momento, a empresa estatal reputou que o compromisso arbitral seria ilegal e o anulou unilateralmente com base na Súmula STF 473. O Poder Judiciário repudiou esta conduta. Não apenas considerou que a Administração não detinha este poder como confirmou a validade do compromisso e da sentença arbitral.

Portanto, a convenção de arbitragem não está sujeita à chamada autotutela da Administração. A entidade administrativa não é, ao mesmo tempo parte e controladora do ato de submissão à arbitragem e do seu resultado. Esse papel é privativo do Poder Judiciário. Nesse ponto, a disciplina da Lei 9.307/1996 é uniforme para todos – particulares e Administração Pública – que se submetem à arbitragem.⁷¹ O art. 1º da Lei

⁷¹ PEREIRA, Cesar A. G.; TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e Poder Público: o esboço de um consenso e novos desafios. *Arbitragem e Poder Público*, p. 11.

9.307/1996 alude expressamente às arbitragens envolvendo a Administração Pública. Suas regras sobre o controle jurisdicional não excepcionam nem estabelecem um regime especial para a Administração Pública. Por decorrência, a Administração Pública se submete ao controle jurisdicional da arbitragem e ao apoio jurisdicional ao processo arbitral do mesmo modo que qualquer outra parte.

Isso é também imposição da boa-fé, que é um princípio da Administração Pública segundo o art. 37 da CF/88 (moralidade administrativa). A escolha da arbitragem para solução de litígios com a Administração não pode trazer consigo a abdicação de direitos da contraparte de obter o controle jurisdicional assegurado pela Lei 9.307/1996. Ambas as partes estão sujeitas à atuação do Judiciário na forma desse diploma. E o que é mais importante: ambas as partes terão ajustado que o juízo arbitral será o único meio de solução do conflito em questão.

Essa conclusão resulta da “separabilidade” ou autonomia da convenção de arbitragem como um ajuste destinado à definição do meio de solução de conflitos (art. 8º da Lei 9.307/1996). A convenção tem seus próprios pressupostos de validade e a invalidade do contrato em que se insere não implica necessariamente a da própria cláusula compromissória. Por meio da convenção de arbitragem, a Administração e a contraparte definem bilateralmente que uma controvérsia será resolvida por arbitragem. Essa definição contida na convenção de arbitragem não está sujeita a qualquer revisão unilateral pela Administração Pública.

Isso não se confunde com o exercício de competências pela Administração Pública com base no contrato em si. Imagine-se que a Administração, no curso de um contrato que contém cláusula arbitral, pratique um ato de aceitação da prestação realizada pelo particular; imagine-se ainda que, em momento posterior, diante da constatação de ilegalidade, anule esse mesmo ato no exercício da autotutela. Se a contraparte discordar, poderá discutir no juízo arbitral a validade da anulação da aceitação. Porém, o que a Administração Pública jamais poderá fazer é, no suposto exercício da autotutela, anular ou revogar ela própria e de modo unilateral a convenção de arbitragem em si. Se o fizesse, esse ato seria, além de nulo, ineficaz. A contraparte poderia promover a arbitragem prevista na cláusula e obter dos árbitros, que são juízes de fato e de direito (art. 18 da Lei 9.307/1996), a revisão desse ato e o reconhecimento da validade da convenção de

arbitragem (art. 8º, parágrafo único, da Lei 9.307/1996). Essa foi a solução dada pelo STJ no chamado *caso Compagás*.

15. LIMITES DA ATUAÇÃO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

As condutas da Administração, inclusive seus atos contratuais, estão submetidas ao controle externo dos Tribunais de Contas. Isso não implica supressão ou alteração do controle jurisdicional ou do papel do Judiciário nos termos da Lei 9.307/1996. O Tribunal de Contas não se substitui ao Poder Judiciário. Seu papel é, neste ponto, controlar a conduta da Administração e o exercício das suas competências. Trata-se, em certa medida, de órgão auxiliar do Poder Legislativo. Em se tratando de contratos (atos bilaterais), não lhe cabe nem mesmo sustar sua execução (art. 70, §§ 9º e 10, da Constituição Federal), já que esta competência é exclusiva do Congresso Nacional (art. 70, § 1º, da Constituição Federal): “No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis”. Assim, o que cabe ao Tribunal de Contas é controlar a conduta da Administração no exercício dos direitos previstos na Lei 9.307/1996.

Um exemplo concreto: se o Tribunal de Contas reputar que a sentença arbitral é inválida, poderá pretender explicações e adotar providências relativas à conduta da Administração diante da sentença. Poderá examinar as razões pelas quais a Administração houver optado por não ajuizar a ação anulatória do art. 33 da Lei 9.307/1996 ou os termos em que a houver ajuizado. Porém, o Tribunal de Contas não detém qualquer competência relativa à sentença arbitral em si ou ao procedimento em que se insere.

Vale também para os eventuais atos do Tribunal de Contas o que se disse antes acerca do exercício indevido da autotutela pela Administração relativamente à convenção de arbitragem. Qualquer intervenção do Tribunal de Contas nesse campo será ineficaz. Caberá à parte interessada, se for o caso, instaurar a arbitragem e obter dos árbitros uma decisão definitiva inclusive sobre a validade da convenção arbitral.

Isso apenas confirma o que se disse sobre o papel do Tribunal de Contas no controle do exercício dos direitos da Administração segundo a Lei 9.307/1996. O meio próprio para se obter a anulação da sentença arbitral é a ação anulatória do art. 33 da Lei 9.307/1996. O controle que cabe ao Tribunal de Contas é o relativo ao exercício do direito

de propor esta ação. Jamais lhe caberia substituir-se ao Poder Judiciário na função de controlar a validade da arbitragem.

Em 2003, ao examinar contratos do DNIT, o Tribunal de Contas da União (TCU) reputou inválidas cláusulas de arbitragem já inseridas em contratos e determinou ao DNER que promovesse sua supressão por meio de aditivos contratuais (Acórdão n° 587/2003 – Plenário) – anote-se que, desde então, a visão do TCU sobre o tema já evoluiu e hoje admite a arbitragem com a Administração em diversas hipóteses. As empresas contratadas foram então chamadas pelo DNIT para firmar aditivos com esse propósito. Se um dado contratado se recusasse a aditar o contrato, a convenção de arbitragem permaneceria válida e eficaz e seria o fundamento para a instauração de eventual arbitragem. O TCU até poderia pretender controlar a conduta da Administração Pública na arbitragem, exigindo que esta arguisse em sua defesa a invalidade da cláusula na forma do art. 8º, parágrafo único, da Lei 9.307/1996, ou posteriormente à sentença, cobrando da Administração o ajuizamento de ação anulatória.

Vale lembrar que a competência controladora do Tribunal de Contas não afeta o princípio da competência-competência do art. 8º, parágrafo único, da Lei 9.307/1996. Havendo convenção de arbitragem, cabe aos árbitros o juízo inicial, inclusive sobre a própria validade da convenção.

Daí a relevância do papel do Tribunal de Contas no momento anterior à celebração da convenção, inclusive por meio de diretrizes que orientem a Administração Pública ou da revisão de empreendimentos por estágios, com uma fase preliminar de exame de minutas de editais e contratos. Esse exame prévio permite evitar que se constituam situações que os órgãos de controle repute indesejáveis.

16. ARBITRAGEM E PROCESSO ADMINISTRATIVO

A exigência constitucional e legal de processo administrativo prévio em certas circunstâncias também não afeta as competências próprias do Poder Judiciário em relação à arbitragem nem a eficácia da convenção de arbitragem.

Em primeiro lugar, o resultado do processo administrativo, se abrangido pelo escopo da convenção de arbitragem, será passível de revisão pelos árbitros. Insere-se na conduta administrativa que integra o objeto da arbitragem.

Depois, a eventual participação do particular em um processo administrativo prévio em nada afeta os seus direitos nos termos da convenção de arbitragem nem o seu direito de obter a tutela judicial adequada. Suponha-se que a Administração instaure processo administrativo para invalidação da convenção de arbitragem e o particular dele participe, formulando defesa da cláusula arbitral. Se esta vier a ser anulada pela Administração (o que, como já visto, a orientação predominante reputa incabível), o particular ainda assim poderá instaurar a arbitragem e obter dos árbitros uma decisão final sobre a validade da cláusula. O procedimento administrativo, neste caso, será um dos elementos sobre os quais os árbitros decidirão.

Se, por hipótese, isso ocorresse após a sentença arbitral, a conclusão seria a mesma. Imagine-se que a Administração seja vencedora em uma arbitragem. Ao notificar o particular para cumprimento da sentença, recebe resposta alegando a invalidade da sentença. Diante disso, resolve instaurar processo administrativo destinado a decidir acerca da eventual nulidade da sentença arbitral. Neste improvável cenário, o particular derrotado na arbitragem não está dispensado de buscar a invalidação da sentença arbitral na forma do art. 33 da Lei 9.307/1996, sob pena de decadência.

17. CONCLUSÃO

A arbitragem, tal como consagrada na Lei 9.307, já foi definitivamente reconhecida como constitucional pelo STF em 2001. Desde então, aprofunda-se o seu desenvolvimento em diversas áreas de interesse constitucional. A legislação e a jurisprudência vêm repetidamente consagrando a admissibilidade da arbitragem envolvendo entes da Administração Pública, superando dúvidas que pudessem resultar do art. 37 da Constituição.

REFERÊNCIAS

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

_____. Vantagens, desvantagens e peculiaridades da arbitragem envolvendo o Poder Público. *Arbitragem e Poder Público*. Cesar A. G. Pereira e Eduardo Talamini (orgs.). São Paulo: Saraiva, 2010.

ATALIBA, Geraldo. Decreto regulamentar no sistema brasileiro. *Revista de direito administrativo – RDA*, v. 97. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1969, pp. 21-33.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

_____. Perfil do poder regulamentar no direito brasileiro. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, pp. 255-269.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Volume II.

BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem nos termos da Lei nº 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2014.

BORN, Gary. Enforcing international arbitration agreements. *International arbitration and forum selection agreements: drafting and enforcing*. 5. ed. Kluwer Law International, 2016, pp. 121-128.

BUCHEB, José Alberto. A arbitragem na indústria do petróleo. *Revista de direito público da economia*, 15, jul./set., 2006, pp. 19-48.

CAHALI, Francisco. *Curso de arbitragem*. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem – Lei 9.307/1996*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CARDOSO, André Guskow. As agências reguladoras e a arbitragem. *Arbitragem e Poder Público*. Cesar A. G. Pereira e Eduardo Talamini (orgs.). São Paulo: Saraiva, 2010.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/1996*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CIURTIN, Horia. Paradoxes of (Sovereign) Consent: on the uses and abuses of a notion in international investment Law. *ICSID Convention After 50 Years: unsettled issues*. Crina Baltag. Kluwer Law International, 2016, pp. 25-74.

DALLARI, Adilson Abreu. Arbitragem nas Parcerias Público-Privadas: problemas e perspectivas. *Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da lei 11.079/2004*. Marçal Justen Filho e Rafael Wallbach Schwind. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DEL PIAZZO, Carlos. *Contratación administrativa*. Montevideo: Universidad de Montevideo, 1999.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

FRANZONI, Diego; VOSGERAU, Isabella Moreira de Andrade. A reforma da Lei de Arbitragem. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira & Talamini*, Curitiba, 100, jun., 2015.

Disponível

em:

<http://www.justen.com.br//informativo.php?&informativo=100&artigo=1229&l=pt>.

Acesso em: 06.03.2017.

HIGA, Alberto Shinji. Notas sobre o uso da arbitragem pela Administração Pública. *Direito privado administrativo*. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (org.). São Paulo: Atlas, 2013, pp. 21-49.

GAMA JR., Lauro; RODRIGUES, Juliana. A arbitragem privada nos setores regulados. *Revista do advogado*, 119, abr., 2013, pp. 68-75.

GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. *Revista trimestral de direito público*, nº 32. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

GREBLER, Eduardo. A solução de controvérsias em contratos de parceria público-privada. *Revista de arbitragem e mediação*, 2, pp. 60-72.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pp. 892-893.

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

_____. Arbitragem na concessão de serviços públicos: arbitrabilidade objetiva. Confidencialidade ou publicidade processual? *Revista de direito bancário, do mercado de capitais e da arbitragem*, 21, pp. 403-407.

_____. *Arbitragem na concessão de serviços públicos – Arbitrabilidade objetiva: confidencialidade ou publicidade processual?* Disponível em <http://www.selmalemes.com.br/artigos/artigo_juri15.pdf>. Acesso em 02.03.2017.

LEONEL, Ricardo de Barros. Limites do poder regulamentar. *Direito regulatório: temas polêmicos*. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2003.

LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖLL, Stefan M. Comparative international commercial arbitration. *Kluwer Law International*, 2003, pp. 733-759.

MALINTOPPI, Loretta. La jurisprudencia arbitral de la CCI relativa a los contratos de Estado. *Revista de arbitragem e mediação*, 2, pp. 186-208.

MARQUES, Ricardo Dalmaso; ALMEIDA, Fernanda Dias de. *A submissão de entes da Administração Pública à arbitragem – a lei mineira de arbitragem (lei estadual 19.477/11)*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI144769,31047-A+submissao+de+entes+da+Administracao+Publica+a+arbitragem+a+lei>>. Acesso em 02.03.2017.

MBENGUE, Makane Moïse. Consent to arbitration through national investment legislation. *IISD investment treaty news*, 19.07.2012. Disponível em: <<https://www.iisd.org/itn/2012/07/19/consent-to-arbitration-through-national-investment-legislation/>>. Acesso em: 02.03.2017.

MELLO, Rafael Munhoz de. Arbitragem no setor portuário: análise do Decreto 8.465/2015. *Direito portuário brasileiro*. Cesar A. G. Pereira e Rafael Wallbach Schwind (org). São Paulo: Marcial Pons, 2015.

MORAES, Luiza Rangel de. Arbitragem e agências reguladoras. *Revista de arbitragem e mediação*, 2, pp. 73-101.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; SOUTO, Marcos Juruena Villela. Arbitragem em contratos firmados por empresas estatais. *Revista de direito administrativo – RDA*, v. 236, abr./jun., 2004.

NOGUEIRA, Erico Ferrari. *A arbitragem e sua utilização na Administração Pública*. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/692918>>. Acesso em 06.03.2017.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. A arbitragem e as parcerias público-privadas. *Parcerias público-privadas*. Carlos Ari Sundfeld (coord.). São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; EID, Elie Pierre; FIGUEIROA, Caio Cesar Figueiroa. *Arbitragem com o poder público no Brasil: ondas evolutivas e prospecção*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI226858,51045-Arbitragem+com+o+Poder+Publico+no+Brasil+Ondas+evolutivas+e+prospeccao>>. Acesso em 02.03. 2017.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos: teoria e prática*. 5. ed. São Paulo: Método, 2015.

PEREIRA, Cesar A. G. Arbitragem e Constituição. *Direito constitucional brasileiro*. Clèmerson Merlin Clève (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Volume I.

_____. Arbitragem e Administração Pública na jurisprudência do TCU e do STJ. *Arbitragem e Poder Público*. Cesar A. G. Pereira e Eduardo Talamini (orgs.). São Paulo: Saraiva, 2010.

PEREIRA, Cesar A. G.; TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e Poder Público: o esboço de um consenso e novos desafios. *Arbitragem e Poder Público*. Cesar A. G. Pereira e Eduardo Talamini (orgs.). São Paulo: Saraiva, 2010.

PINTO, José Emilio Nunes. *A arbitragem e a convenção arbitral da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica*. Jun., 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5689/a-arbitragem-e-a-convencao-arbitral-da-camara-de-comercializacao-de-energia-eletrica/2>>. Acesso em: 06.03.2017.

RIBEIRO, Diogo Albaneze Gomes. Arbitragem e o Poder Público. *Revista brasileira de infraestrutura – RBINF*, v. 2, 3, 2013, pp. 157-188.

ROMERO, Eduardo Silva. International arbitration involving State parties. Observations on the applicable law in State contract arbitration. *Revista de arbitragem e mediação*, 6, pp. 176-195.

SALACUSE, Jeswald. *The law of investment treaties*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2015.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual de arbitragem*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

TÁCITO, Caio. *Temas de direito público*. Rio de Janeiro Renovar, 2002. Volume 3.

TALAMINI, Eduardo. Administração Pública, medidas antiarbitrais e o princípio da competência-competência. *Revista de direito administrativo contemporâneo – ReDAC*, v. 13. São Paulo: Revista dos Tribunais, out., 2014.

_____. Arbitragem e Parceria Público-Privada (PPP). *Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar*. Eduardo Talamini e Monica Spezia Justen (orgs.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

WALD, Arnaldo. A infra-estrutura, as PPPs e a arbitragem. *Revista de arbitragem e mediação*, 5, pp. 14-27.

WLADECK, Felipe Sripes; AMARAL, Paulo Osternack. Arbitration in Brazil. *Brazil infrastructure law*. Marçal Justen Filho, Cesar A. G. Pereira e Maria Rost. The Hague: Eleven International Publishing, 2016.