

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP  
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA – EDB  
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

**RAYANI CARVALHO GONÇALVES**

**A arbitragem no âmbito da Administração Pública: da possibilidade de aplicação do critério de ponderação entre os princípios constitucionais administrativos e os da arbitragem**

**BRASÍLIA, DF  
JANEIRO 2017**

**RAYANI CARVALHO GONÇALVES**

**A arbitragem no âmbito da Administração Pública: da possibilidade de aplicação do critério de ponderação entre os princípios constitucionais administrativos e os da arbitragem**

Trabalho de Dissertação apresentado ao Curso de Pós-Graduação em Direito Processual Civil como requisito parcial para obtenção do título de especialista em Direito Processual Civil.

Orientador: Jorge Amaury Maia Nunes

**BRASÍLIA, DF  
JANEIRO 2017**

**RAYANI CARVALHO GONÇALVES**

**A arbitragem no âmbito da Administração Pública: da possibilidade do critério de ponderação entre os princípios constitucionais administrativos e os da arbitragem**

Trabalho de Dissertação apresentado ao Curso de Pós-Graduação em Direito Processual Civil como requisito parcial para obtenção do título de especialista em Direito Processual Civil.

Brasília/DF, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2017.

---

Doutor Jorge Amaury Maia Nunes  
Professor Orientador

---

Membro da banca examinadora

---

Membro da banca examinadora

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus e aos meus pais pela vida e apoio;

Ao meu grande amor e marido Rodrigo, pela parceria de vida e por ter sido um dos patrocinadores e grande incentivador desta especialização;

A Domenico Advogados Associados, também patrocinadores deste projeto, além da inestimável convivência e experiência adquirida como advogada;

Ao meu orientador, professor Jorge Amaury Maia Nunes, pelo norteamento no desenvolvimento dessa tese e por todos os ensinamentos jurídicos e de vida.

Muito obrigada a todos!

## RESUMO

A presente dissertação cuida da utilização da arbitragem na Administração Pública e da possibilidade da aplicação do critério da ponderação para uma maior flexibilização entre os princípios constitucionais administrativos e os princípios da arbitragem.

Ademais, todos os envolvidos nesse processo têm a liberdade outorgada pela lei da arbitragem para atuar diante das regras de forma mais maleável, a fim de buscar a resolução para seus litígios com maior eficiência, celeridade e melhor custo-benefício.

Com essa prática, a arbitragem tornou-se um meio mais adequado para o Poder Público dirimir seus conflitos com particulares ou outros entes públicos, observando os princípios e regras ínsitos ao procedimento e não impedindo um maior alargamento de possibilidades para alcançarem o melhor direito para as partes envolvidas, não deixando de ser um grande desafio a todos.

## **ABSTRACT**

This dissertation deals with the use of arbitration in Public Administration and the possibility of applying the checks and balances to a greater flexibility between administrative constitutional principles and the principles of arbitration.

In addition, all those involved in this process have the freedom granted by the law of arbitration to act before the rules in a more malleable way, in order to seek resolution for their litigation more efficiently, faster and better cost-effective.

With this practice, arbitration has become a more appropriate means for the Public Power to settle its conflicts with individuals or other public entities, observing the principles and rules inherent to the procedure and not preventing a greater extension of possibilities to achieve the best right for the Involved, while remaining a great challenge to all.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>7</b>
<b>1. DO CONCEITO E DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA ARBITRAGEM NO BRASIL .....</b>	<b>9</b>
1.1 Da evolução histórica da arbitragem na Administração Pública.....	18
1.2 Das principais características e vantagens da arbitragem como meio adequado na solução de conflitos.....	20
1.3 Da natureza jurídica da arbitragem.....	23
<b>2. DOS PRINCÍPIOS DA ARBITRAGEM E DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ADMINISTRATIVOS .....</b>	<b>25</b>
<b>3. DA ANÁLISE DO PROCEDIMENTO ARBITRAL E DAS APARENTES LIMITAÇÕES ENCONTRADAS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DA POSSIBILIDADE DE FLEXIBILIZAÇÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS.....</b>	<b>32</b>
3.1 Do critério da ponderação de princípios nos casos de aparente conflito.....	37
3.2 Das vantagens da utilização da arbitragem nos negócios públicos .....	39
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>42</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>44</b>
<b>ANEXO I (ÁUDIO - MÍDIA CD)</b>	

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto uma análise crítica da utilização da arbitragem no âmbito público, como um meio adequado de resolução de conflitos entre a Administração Pública e os particulares, bem como as nuances encontradas no procedimento.

Ao decorrer do tempo, o Estado moderno possibilitou uma maior inserção da arbitragem na Administração Pública, trazendo uma sucessão de inovações legislativas, a fim de viabilizar uma alternativa de solução de conflitos na esfera pública, especificamente, nas concessões e execuções de serviços públicos por particulares.

Essa forma de resolver os conflitos possibilitou à Administração Pública uma maior celeridade e eficiência na execução de seus contratos, cada vez menos buscando o Poder Judiciário para dirimir suas desavenças jurídicas. Em contrapartida, os particulares tiveram maior êxito na participação de licitações e concessões públicas.

Como resultado natural dessa prática, surgiram algumas divergências no entendimento quanto à observância dos Princípios constitucionais administrativos, em consonância com os princípios ínsitos do procedimento arbitral.

É importante ressaltar que a viabilidade do procedimento arbitral na esfera pública deve, sim, observar as limitações trazidas por estes princípios, como a legalidade, publicidade, eficiência, motivação, etc.; contudo, esses devem ser sopesados e flexibilizados, a fim de garantir maior êxito à resolução dos conflitos, possibilitando uma visão de horizontalidade, e não de verticalidade entre os particulares e a Administração pública, conforme será demonstrado a seguir.

Várias instituições, como o Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal de Contas da União já se manifestaram a favor da utilização da arbitragem no âmbito da Administração Pública, alguns com ressalvas; mas todos concordando com a possibilidade da utilização do procedimento arbitral e flexibilização dos seus princípios.

Nessa esteira, o grau de efetivação e aplicabilidade da arbitragem na Administração Pública torna a matéria interessante para reflexão e análise crítica, ampliando o entendimento doutrinário e jurisprudencial.



O tema, portanto, possui relevância política, social e acadêmica. Isto porque alguns doutrinadores entendem que a arbitragem sofre limitações na esfera pública, porquanto os princípios estariam sendo mitigados e inobservados pela Administração Pública. Todavia, persiste o entendimento de que esses princípios devem ser sopesados e flexibilizados, a fim de viabilizar a aplicabilidade da arbitragem na Administração Pública.

Nesse contexto, a pesquisa visa a contribuir com o arcabouço acadêmico e doutrinário acerca do assunto, possibilitando uma análise mais aprofundada sobre o tema. Além disso, é possível perceber uma visão predominantemente positiva no decorrer da leitura, para que ocorra um aumento considerável da utilização de métodos adequados na resolução de conflitos que surjam na execução dos contratos administrativos-público, em especial o objeto de estudo deste trabalho, a arbitragem.

Posto isso, cabe ressaltar que a pretensão aqui é traduzir uma análise crítica sobre a utilização da arbitragem como instrumento de aprimoramento de resolução de conflitos que surgem entre o Estado e os particulares, no âmbito da Administração Pública, bem como a possibilidade de uma maior flexibilização entre os princípios constitucionais administrativos e os princípios do procedimento arbitral, atenuando as supostas limitações destes na utilização do método.

## 1. DO CONCEITO E DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA ARBITRAGEM NO BRASIL

Inicialmente, cabe pontuar no que consiste a arbitragem e suas principais características para que possa ser analisada a inserção desse procedimento na resolução dos litígios da Administração Pública, bem como suas implicações.

Carlos Alberto Carmona apresentou arbitragem como sendo um meio “mais adequado” de resolução de conflitos, *in verbis*:

**A Arbitragem - meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial – é colocada à disposição de quem quer que seja, para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor.**

Trata-se de mecanismo privado de solução de litígios, por meio do qual um terceiro, escolhido pelos litigantes, impõe sua decisão, que deverá ser cumprida pelas partes<sup>1</sup>.

Por sua vez, Francesco Carnelutti preferiu consignar a arbitragem como um “equivalente jurisdicional”, sendo que “a jurisdição somente poderia ser exercida pelo Estado, reconhecendo ao juízo arbitral apenas semelhança com o método estatal de composição de lides”<sup>2</sup>.

Vale consignar ainda que Dinamarco<sup>3</sup> prelecionou ser a arbitragem como um “meio parajurisdicional” de solução de controvérsias, pois este meio adequado e eficiente seria utilizado paralelamente, “junto” e “ao lado” do Estado.

A arbitragem é um dos meios adequados para resolução de conflitos, como também a conciliação e a mediação. Estes procedimentos são tratados como “meios

---

1 CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96. 3ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2009, p.31;

2 CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil*, tradução da 5ª edição italiana por Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, Ed. Juridicas Europa-America, 1989. V. I;

3 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. 1. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. 724p;

adequados” e não como “meios alternativos” de resolução de litígios pela doutrina moderna, pois estes meios fazem parte de um sistema multiportas de resolução de disputas, capaz de oferecer às partes diversos métodos, podendo escolher o mais adequado ao caso concreto<sup>4</sup>.

Concernentemente à evolução histórica da utilização da arbitragem, traz-se à baila que a admissibilidade da cláusula arbitral nos contratos administrativos vem desde a época imperial no Brasil. Nesse sentido, observa-se uma “relação estreita entre a arbitragem e a economia dos contratos administrativos”, salientou Selma Ferreira Lemes em sua obra<sup>5</sup>.

No âmbito internacional, narra Cláudio Vianna de Lima, que a burguesia alemã do século XII ao expandir seu comércio marítimo para outras cidades ao longo dos grandes rios (Reno, Danúbio, Meno e Ródano), desenvolvia-se também sua “organização consular”, a fim de dirimir os conflitos que surgiam entre os comerciantes e associações. O cônsul era designado como um verdadeiro juiz (árbitro) mercantil, além de ser um “simples bom pai de família”, conforme, *in verbis*:

(...) os burgueses sacodem as suseranias, estabelecem a sua administração nas cidades, ampliando mais e mais, geograficamente, o seu espaço, formando as comunas, instituições urbanas que representam a abolição dos laços feudais. **O comércio marítimo se amplia, a partir do século XII, e a ele se estende a “organização consular” terrestre, pois cônsul é o magistrado (arbitral) mercantil, que já não detinha o primitivo e simples perfil do bom pai de família. Profissionalizados, assumem a figura de bom comerciante (bonus mercator), que o Código Civil, o BGB alemão veio a consagrar como a preciosa oferta do século passado ao século XX.** O espírito associativo não se limitou à política, e os comerciantes agruparam-se também para a defesa dos seus interesses, para a liberdade dos negócios, formando associações que denominaram Hansa, na Alemanha igualmente conhecidas como Ghildes. Tais eram corporações de classe de todos os artistas ou comerciantes que exerciam a mesma profissão ou mesmo comércio.

<sup>4</sup> CARMONA, op. cit., p.32/33;

<sup>5</sup> LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica.** São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 319;

No século XIII, a partir da segunda metade, as cidades junto dos grandes rios (Reno, Danúbio, Meno, Ródano) ou nas costas do Mar do Norte e do Báltico, em alta prosperidade pelo comércio e pela indústria, fundam poderosas sociedades por ações, bancos, expulsam os representantes dos senhores feudais, arvoram-se em cidades livres, com instituições próprias, organizam-se em novas ligas e confederações com abrangência territorial mais ampla (...).

**É muito compreensível que a esta vitoriosa e próspera prática mercantil repugnasse a morosa Justiça Pública, formal, formalista, complicada, alheia ao pragmatismo e à celeridade do comércio, da indústria e da empresa. Os tribunais consulares eram, em razão disso, objetivos, práticos, rápidos, fortes no emprego de fórmulas não-contenciosas de solução dos conflitos, no emprego da arbitragem.** As questões nascidas nas feiras deviam estar solvidas no tempo de sua duração, três semanas, um mês, seis meses, não mais. Antes que o eventual devedor, cujo patrimônio (a garantia comum dos credores) era formado das mercadorias, se retirasse e as levasse para outras paragens, longínquas e muitas vezes desconhecidas. Não se podiam esperar as delongas da justiça oficial. Em se tratando do comércio marítimo, também não se podiam tolerar formalismos. “Navegar é preciso, proclamou o poeta Fernando Pessoa. O navio parado no cais, pagando “estia”, sem receber fretes, é prejuízo inadmissível. Não podia esperar, apostando com a eternidade, as delongas da Justiça do Estado. **Consolidou-se a reativação da arbitragem, prática já antiga, de eficiência exemplar**<sup>6</sup>.

Foi na Revolução Francesa, de 1789, que a arbitragem alcançou o seu auge em várias áreas da vida sócio-jurídica. A Lei de 16 e 24 de agosto de 1790, na França, trouxe à tona diversos temas da justiça privada, em busca da consolidação da fraternidade entre os homens. “O legislador revolucionário viu na arbitragem o meio mais razoável de eliminar os conflitos entre os cidadãos”<sup>7</sup>. O art. 1º da citada lei dispunha que, *in verbis*:

<sup>6</sup> LIMA, Cláudio Vianna de. **A Arbitragem na era da Globalização**. Coletânea de artigos de autores brasileiros e estrangeiros. Coordenador por JOSÉ MARIA ROSSANI GARCEZ. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 5/7;

<sup>7</sup> Idem. p. 9;

A arbitragem é o meio mais razoável de terminar com as divergências entre os cidadãos; os legisladores não poderão fazer quaisquer disposições tendentes a diminuir seja o seu emprego, seja a eficácia do compromisso.

Nesse sentido, Roger Perrot<sup>8</sup> observou que esta lei trouxe um certo entusiasmo ao tornar obrigatória a utilização da arbitragem para resolver os conflitos entre os membros de uma mesma família. Segundo Jean Robert<sup>9</sup>, a arbitragem compulsória surgiu de um edito de Francisco II, de agosto de 1560, na França, e foi confirmado pela *Ordonnance de Moulins*, o qual impunha a arbitragem como meio de resolução de conflitos familiares, como as divergências de partilha entre parentes próximos, prestações de conta de tutela e administração de bens, denominado Direito Patrimonial de Família.

Por sua vez, o *Códe de Procédure Civile*, de 1806, de Napoleão, suprimiu a obrigatoriedade da arbitragem, tornando-a facultativa e regulando-a minuciosamente. Com o advento do Direito europeu-continental ou *civil-law*, a arbitragem persistiu como “técnica de composição puramente estatal dos conflitos”. Sálvio de Figueiredo Teixeira salientou, *in verbis*:

**(...) subsistiu como técnica em razoável uso, paralelamente à negociação e à mediação, no âmbito do common law, o direito anglo-americano – marcado por profunda influência liberal, fincada no empirismo de Francis Bacon e de juristas do porte de Blackstone, Madison, Marshall, Holmes e Cardozo, aos quais jamais seria infensa a utilização de válida forma de solução de litígios, como o arbitramento -, até chegar aos tempos contemporâneos, em que retoma força e passa a ser verdadeiro respiradouro da jurisdição estatal,** como observou com a acuidade de sempre Sidnei Agostinho Beneti, para quem “ a arbitragem vem sendo largamente utilizada no âmbito do comércio internacional, que dela atualmente não poderia prescindir ‘em sua modalidade

<sup>8</sup> PERROT, Roger. *Institutions Judiciaires*. Monchrestein, Paris: 6ª ed., 1994, nº 58, p. 61;

<sup>9</sup> ROBERT, Jean. *Traité de L'Arbitrage Civil et Commercial em Droit Interne*. Paris. Sirey, 1955, nº 2, p.8;

contratual, à vista da inexistência de jurisdição estatal que sobrepaire sobre as relações internacionais', experimentando-se desenvolvimento extraordinário do instituto no âmbito interno de cada país"<sup>10</sup>.

Cabe pontuar que a arbitragem tornou-se um meio de resolução de conflitos desde os tempos da colonização portuguesa, tornando-se obrigatória desde o princípio no ordenamento jurídico brasileiro, com o Código Comercial de 1850<sup>11</sup>. No entanto, a Lei 1.350 de 14.9.1866 revogou tal obrigatoriedade. "*O Decreto 3.900/1867, por sua vez, estabeleceu que a cláusula compromissória teria natureza de promessa de contratar, não sendo permitida a execução específica desta*"<sup>12</sup>.

Ainda vale citar que no período republicano, os conflitos territoriais entre o Brasil e outros países fronteiriços foram solucionados mediante a arbitragem, como com a Argentina (1900), Guiana Britânica (1904) e Bolívia (1909)<sup>13</sup>.

Posteriormente, o Brasil tornou-se signatário do "Protocolo de Genebra" (1923), e da "Convenção Interamericana sobre arbitragem comercial internacional" (Panamá, 1975), sendo um dos contratantes do "Código de Bustamante". Dessa forma, os Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973 adotaram a arbitragem como um método facultativo de "juízo arbitral".

Inobstante, havia manifestações e decisões isoladas em desfavor da arbitragem à época, considerando que o ambiente era predominantemente formado por juízes que não almejavam perder seu poderio, ante o surgimento dos árbitros.

Ademais, Marcio Pestana<sup>14</sup> observou que a arbitragem foi utilizada nas relações jurídicas internas para dirimir diversas controvérsias envolvendo Estados federados, como o Rio de Janeiro, Espírito Santo, Acre e Rondônia. Em litígios pontuais também foi utilizada para fixar um valor indenizatório a ser pago aos

---

<sup>10</sup> TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A arbitragem no sistema Jurídico Brasileiro. **A arbitragem na era da globalização**. Coletânea de artigos de autores brasileiros e estrangeiros. Coordenador por JOSÉ MARIA ROSSANI GARCEZ. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 25/26;

<sup>11</sup> Idem, p. 27;

<sup>12</sup> WALD, Arnoldo. **Maturidade e originalidade da arbitragem no direito brasileiro**. In: Verçosa, Haroldo Malheiros Duclerc. Aspectos da arbitragem institucional – 12 anos da Lei 9.307/1996. São Paulo: Malheiros, 2008, p.242;

<sup>13</sup> **Administração Pública e a arbitragem**. Artigo de Márcio Pestana, publicado no site da CAESP em. Disponível em <http://www.caesp.org.br/administracao-publica-e-a-arbitragem/>; Acesso em 27/07/2016;

<sup>14</sup> Ibid.;

herdeiros de Henrique Lage<sup>15</sup>, relativamente aos bens incorporados ao patrimônio nacional, anteriormente de propriedade da Organização Lage e também do espólio de Henrique Lage.

Contudo, a utilização da arbitragem não foi realizada de maneira sistemática, tampouco, constante, sendo inserida gradativamente nas Constituições federais brasileiras, como, por exemplo, a Constituição Imperial do Brasil de 1824, artigo 160: *“Nas cíveis e nas penas civilmente intentadas poderão as partes nomear juízes árbitros. Suas sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas partes.”*

A Constituição Federal de 1988 prestigiou a arbitragem ao dar maior importância ao princípio da solução pacífica de conflitos, possibilitando sua utilização nas relações internacionais (art. 4º, inciso VII<sup>16</sup>), bem como nas relações de trabalho (art. 114, §§ 1º e 2º<sup>17</sup>).

No âmbito infraconstitucional, tanto o Código Civil quanto o Código de Processo Civil de 1973 deram ênfase à utilização de “métodos alternativos” para solução de litígios, como a arbitragem; entretanto, a real consagração desse instituto se deu com o advento da Lei 9.307 de 1996 (conhecida como Lei Marco Maciel). Posteriormente, a lei sofreu alterações pela Lei 13.129 de 2015, ratificadas pelo Novo Código de Processo Civil de 2015.

A lei da arbitragem veio a lume em uma época de reforma do aparelhamento e gestão estatal, em que eficiência, custo Brasil, competitividade e outros eram palavras constantes nos estudos realizados pelos Poderes Executivo e Legislativo, em âmbito federal. Foram trazidas importantes modificações no âmbito da arbitragem pela lei, em especial a possibilidade de execução específica da cláusula compromissória e a equiparação do laudo arbitral a uma sentença judicial, dispensando-se a homologação pela autoridade judiciária.

Ressalta-se que, antes mesmo da introdução da lei de arbitragem no

---

<sup>15</sup> Henrique Lage foi um industrial brasileiro. Foi o principal idealizador do Porto de Imbituba, o segundo maior do estado de Santa Catarina. Fundou a Companhia Docas de Imbituba em 1922. (...) Disponível em [https://pt.wikipedia.org/wiki/Henrique\\_Lage](https://pt.wikipedia.org/wiki/Henrique_Lage). Acesso em 27/07/2016;

<sup>16</sup> **CF/1988** - Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: VII - solução pacífica dos conflitos;

<sup>17</sup> **CF/1988** - Art. 114. § 1º Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros. § 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente;

ordenamento jurídico brasileiro, a Lei de Portos (Lei 8.630, de 26/02/1993) trazia em seu bojo a possibilidade de utilização da arbitragem para solucionar litígios especificados na própria norma<sup>18</sup>.

Ainda nesse sentido, a lei da arbitragem substituiu um modelo precário de “juízo arbitral” por um modelo mais atualizado, disciplinando a convenção de arbitragem, bem como trazendo maior prestígio à manifestação de vontade das partes.

As normas da arbitragem editadas pela lei observam literalmente os consagrados princípios ínsitos aos processos judiciais e administrativos, como o devido processo legal, o contraditório e o direito à ampla defesa, a imparcialidade dos julgadores, o necessário convencimento por parte do árbitro ou do terceiro escolhido pelas partes. Além desses, são observados os princípios da legalidade, motivação, isonomia entre as partes, dentre outros.

Um marco para ascensão da arbitragem no Brasil, em especial como instrumento de resolução de litígios pela Administração Pública, foi a declaração de constitucionalidade dos dispositivos da Lei 9.307/1996, dada, incidentalmente, no julgamento do Agravo Regimental na Sentença Estrangeira 5.206<sup>19</sup> pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal. Ocorre que tal decisão só foi publicada em 30/04/2004, quase 10 anos após o advento da lei de arbitragem, causando insegurança jurídica no país. Saliou o Ministro Marco Aurélio de Mello em seu voto, *in verbis*:

É desejável que se tenha o entendimento que pode estar voltado à submissão de conflitos de interesses não ao Judiciário, mas à arbitragem, mesmo que esta não esteja profundamente arraigada na cultura brasileira, em face de uma desconfiança maior. O brasileiro reclama do Judiciário - isto é, aqueles que não apostam na morosidade do Judiciário, porque há os que nesta se fiam -, mas praticamente só acredita nessa forma de solução. **A Lei nº 9.307/96,**

---

<sup>18</sup> **Lei 8.630/93.** Art. 23. Deve ser constituída, no âmbito do órgão de gestão de mão-de-obra, Comissão Paritária para solucionar litígios decorrentes da aplicação das normas a que se referem os arts. 18, 19 e 21 desta lei.

§ 1º Em caso de impasse, as partes devem recorrer à arbitragem de ofertas finais.

§ 2º Firmado o compromisso arbitral, não será admitida a desistência de qualquer das partes.

§ 3º Os árbitros devem ser escolhidos de comum acordo entre as partes e o laudo arbitral proferido para solução da pendência possui força normativa, independentemente de homologação judicial;

<sup>19</sup> BRASIL. STF – SE 5206 AgR, Relator (a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 12/12/2001, DJ 30-04-2004 PP-00029 EMENT VOL-02149-06 PP-00958;



**um diploma moderno, a abranger dispositivos que acautelam certos direitos das partes, viabiliza - e isso interessa muito àqueles que investem, principalmente os estrangeiros, em espaço de tempo razoável, curto - o afastamento de situações ambíguas do cenário jurídico. Alguém está obrigado a simplesmente adotar, sempre e sempre, a arbitragem? Não.**

Com a formalização do resultado do julgamento ainda em 12/12/2001, foi-se dissipando a insegurança jurídica, trazendo “novos ventos” para a arbitragem brasileira.

O estímulo para a utilização da arbitragem pareceu natural e adequado para o desenvolvimento das atividades administrativas-públicas, na medida em que esse método de solução de controvérsias tendeu a dar maior importância à solução especializada a um corpo de julgadores (escolhido pelos próprios litigantes) com a habilidade e conhecimento técnico necessários para mais bem decidir o caso concreto.

Nessa linha, observa-se que a realidade social atual clama por métodos de solução de conflitos mais céleres, especializados no caso a caso, que suplementem a atividade estatal; construindo assim um novo perfil de julgamento dos litígios, prevalecendo o interesse social sobre o individual, garantindo um resultado útil às partes envolvidas. Nesse sentido, salientou Jorge Amaury Maia Nunes<sup>20</sup>, *in verbis*:

(...)

Em situações como as vivenciadas pela nossa sociedade, **é natural a tentativa de ruptura da assinalada condição *coeteris paribus*, por meio da inclusão ou movimentação de alguma variável que possa representar um *novum*. Essa é a razão primordial que leva a doutrina a pensar fora da caixinha, digo, fora do Judiciário. Quanto mais sufocado de tarefas o Poder Julgador estatal, mais a sociedade busca outras soluções.**

**(...) somos entusiastas da arbitragem e cremos que ela, a mediação e a conciliação são, até agora, as soluções mais viáveis para o aflitivo problema da ineficácia jurisdicional.**

<sup>20</sup> \_\_\_\_\_ . **Por que arbitragem?** Disponível em <http://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI250506,101048-Por+que+arbitragem>. Acesso em: dezembro de 2016;

Nesse sentido, no Direito inglês, as chamadas ADR (Alternative Dispute Resolution) têm sido recebidas com justificável entusiasmo. O CPR (Courts Procedure-Rules) procura conceituar ADR como “a descrição coletiva de métodos de resolução de litígios de outra forma que não através do processo de julgamento normal.” (tradução livre).

**TERENCE INGMAN, ilustre e antigo professor da NEWCASTLE LAW SCHOOL, busca ilustrar a vantagem inicial da ADR (incluída, por óbvio, a arbitragem), centrando-se no argumento de que se elimina parte da disputa por meio da utilização de um processo que é menos adversarial do que aquele empregado no processo judicial. Adita outros argumentos de igual valor: (i) a desescalada das disputas, mesmo quando elas não são resolvidas; (ii) o alívio da pressão sobre os órgãos jurisdicionais, pela redução dos litígios que lhes são submetidos; (iii) maior confidencialidade para as partes; (iv) a disponibilidade ou flexibilidade de soluções (nem sempre ao alcance dos órgãos do Judiciário, que somente podem decidir por equidade quando autorizados pela lei); (v) economia de custos; (vi) menos stress dado o menor grau de intensidade do conflito.**

Ainda dentro, do tema, há de ser mencionado o **papel da Corte Internacional de Arbitragem (instituída em 1923) da Câmara de Comércio Internacional - uma das maiores e mais respeitadas instituições de arbitragem comercial do mundo, que atua em todos os continentes, inclusive na América Latina e no Brasil.**

De outra banda, somente a prática da arbitragem, a sua vivência, a sua experimentação, serão capazes de sedimentar os conceitos e o espaço de aplicação. Não é desprezível o entendimento de que a arbitragem, muito rapidamente, poderá passar a ser conduzida por meio de processamento eletrônico, tal qual ocorre com a mediação extrajudicial, que já dá os primeiros e vigorosos passos nesse sentido.

(...)

Como bem ilustrado acima, somente com o tempo a arbitragem será amplamente utilizada, claro que dentro de suas limitações, consolidando as melhores práticas tanto no âmbito privado-privado quanto no âmbito privado-público.

## 1.1 Da evolução histórica da arbitragem na Administração Pública

A revisão da Lei de arbitragem trazida pela Lei 13.129 de 2015 introduziu expressamente a possibilidade da inserção da arbitragem na Administração Pública, apesar de, mesmo antes, não haver qualquer impedimento para sua utilização. Observa-se os §§§1º ao 3º do art. 1º da lei:

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

§ 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações.

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

Em especial, vale a pena consignar que o Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM/CCBC) editou a Resolução Administrativa 09/2014<sup>21</sup>, apresentando algumas peculiaridades referentes à arbitragem na Administração Pública, quais sejam:

- Respeito ao regulamento da instituição, sem prejuízo da legislação específica sobre a arbitragem ou sobre a relação jurídica a ser discutida.
- Respeito ao princípio constitucional da publicidade, salvo as informações sigilosas nos termos da legislação aplicável.
- A sede deverá ser sempre no Brasil e a língua portuguesa o idioma oficial.
- Possibilidade de estipular o particular como o responsável pelo pagamento inicial das custas e encargos da arbitragem, inclusive os relacionados aos honorários dos árbitros.
- Permissão, desde que autorizado pelo Tribunal Arbitral, da participação de *amicus curiae* para prestar assistência aos árbitros para melhor solução da questão discutida na arbitragem.

---

<sup>21</sup> \_\_\_\_\_, **Resolução Administrativa 09/2014 do CAM/CCBC**. Disponível em: <http://www.ccbc.org.br/Materia/1487/resolucao-administrativa-n-092014>. Acesso em: dezembro/2016;

- O Tribunal Arbitral deve ter atenção redobrada ao disciplinar o procedimento arbitral, sempre atento às especificidades de um litígio envolvendo a Administração Pública.

Ressalta-se que a arbitragem deve e merece ser contemplada por casos mais complexos, que exijam maior especialidade, envolvendo direitos patrimoniais disponíveis<sup>22</sup>; especialização que realmente falta no juízo estatal.

Assim, a crescente inserção da arbitragem nos negócios estratégicos, de investimentos vultosos em infraestrutura, bem como em outras áreas da Administração, possibilita uma determinada redução no abarrotamento das demandas judiciais. Nesse sentido, salientou o presidente do CAM/CCBC, Carlos S. Forbes<sup>23</sup>:

Veja, por exemplo, um investidor internacional que deseje contratar com o Poder Público a construção e a exploração de uma usina hidrelétrica. **O fato de se usar a arbitragem para dirimir eventual conflito, significará para tal investidor uma enorme redução no componente do preço que diz respeito ao risco de litígio, pois saberá, de antemão, existir um menor tempo e uma maior especialização para solução final da problemática. A possibilidade de usar árbitros especializados, que conhecem as questões de construção e de engenharia e as regras aplicáveis à questão, sempre influenciará positivamente.**

É sabido que o Estado é a parte que mais demanda o aparelho judicial. Dessa forma, a previsão de cláusula arbitral nos editais licitatórios, bem como em contratos administrativos<sup>24</sup> causaria grande impacto no desfogamento de

<sup>22</sup> Maria Sylvania Zanella Di Pietro define o entendimento de “disponível” como bens que podem ser objeto de negociação pelo poder público, por meio de institutos regidos pelo Direito Privado, como compra e venda, locação, permuta, doação. Isto porque, enquanto não têm destinação pública, são passíveis de valoração econômica. (Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-set-24/interesse-publico-possibilidades-arbitragem-contratos-administrativos2>. Acesso em janeiro de 2017);

<sup>23</sup> \_\_\_\_\_ . **Administração Pública tende a buscar arbitragem para questões complexas.** Disponível em <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI224127,51045-Administracao+Publica+tende+a+buscar+arbitragem+para+questoes>. Acesso em: dezembro de 2016;

<sup>24</sup> Idem. Maria Sylvania recomenda que: “é importante que os instrumentos convocatórios de licitação e os contratos contenham cláusula prevendo a arbitragem e delimitando as matérias sobre as quais ela é possível. O fato de ser inserida a cláusula de arbitragem nos contratos administrativos não significa que ela possa referir-se a todas matérias de que trata o contrato, porque algumas podem se referir a

demandas judiciais, até mesmo porque o grande foco das arbitragens público-privadas são os conflitos sobre regulação e infraestrutura, os quais exigem especialização e atuação específica do Estado para dirimir. Nesse sentido, *in verbis*:

(...) os setores regulados mostram-se muito propícios à arbitragem, tendo em vista alguns fatores como **modelagens financeiras complexas, investimentos de elevada monta, alta especialidade dos contratos administrativos presentes nas áreas de rodovias, ferrovias, aeroportos, energia elétrica, etc., de modo que, geralmente, esses conflitos são polarizados pelos particulares e o poder concedente.**

Um bom exemplo disso é o decreto 8.465/2015, que **regulamenta a arbitragem para dirimir conflitos no setor portuário e cujas peculiaridades dão conta de como poderá, no futuro, se desenhar a arbitragem perante outros setores regulados.** Desse modo, a reforma da lei de arbitragem pode ser vista como um ponto de confluência para consolidar a arbitragem público-privada, em que normalmente figuram como partes entes da Administração Pública direta e indireta e o particular relacionado ao contrato administrativo<sup>25</sup>.

Importante salientar que a arbitragem será utilizada em maior escala no decorrer do tempo e com as experiências adquiridas pelos atores nesse processo de evolução, pois este meio adequado de resolução de conflitos apresentará novas peculiaridades a cada caso específico que surgir, podendo variar nos mais diversos resultados dentro da Administração Pública.

## **1.2 Das principais características e vantagens da arbitragem como meio adequado na solução de conflitos**

A arbitragem é uma forma heterocompositiva de solução de conflitos, na qual as partes definem, de comum acordo, as regras e dão poderes a um terceiro (árbitro) para atuar sem intervenção do Estado, a fim de tomar uma decisão, cuja eficácia será

---

direitos patrimoniais indisponíveis. p. 3;

<sup>25</sup> Ibidem;

de uma sentença arbitral com natureza jurídica de título executivo judicial, de acordo com os artigos 31 da Lei 9.307/1996<sup>26</sup> c/c o 515, VII, do CPC/2015<sup>27</sup>.

Dentro disso, as principais características da arbitragem confundem-se com as grandes vantagens do procedimento, frente à realidade atual dos Tribunais do país, abarrotados de processos, gerando uma morosidade muito criticada e que não trazem, na sua maioria, um resultado útil às partes.

Como observado, uma das maiores características e uma grande vantagem é a escolha do árbitro para julgar o caso litigioso, pois este detém conhecimento técnico para avaliar as peculiaridades do caso específico, trazendo maior segurança e confiança às partes. Geralmente, um árbitro ou um grupo de árbitros escolhidos conhecem melhor a matéria discutida, podendo ser pouco comum nos tribunais, por exemplo.

Outra importante característica é a celeridade do processo que tem prazo legal para seu término, geralmente em seis meses, podendo ser prorrogado ante à complexidade do caso ou do número de incidentes e diligências a serem realizadas. “Estimativas feitas entre as instituições de arbitragem demonstram que, na média, mesmo para arbitragens com certa dificuldade, o prazo de solução gira em torno de um ano”<sup>28</sup>. Assim, é imprescindível que as partes determinem um termo final da arbitragem, a fim de garantir a rapidez do procedimento.

Ademais, a irrecorribilidade das decisões ou sentenças arbitrais é um ponto de garantia da celeridade na resolução destes litígios. Dessa forma, qualidade e agilidade para solucionar litígios são fatores que podem intensificar a participação dos particulares em licitações e concessões, uma das vantagens da utilização deste procedimento para a Administração Pública.

Além disso, a arbitragem tem outro benefício, qual seja um foco maior na solução da matéria trazendo uma maior flexibilidade na atuação das partes, com menor rigor, frente à atuação jurisdicional. Tal fato não suprime o direito de transigir das partes.

Quando particulares contratam com a Administração Pública, o ente público

---

<sup>26</sup> **Lei 9.307/96**. Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo;

<sup>27</sup> **CPC/2015**. Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: II - a decisão homologatória de autocomposição judicial;

<sup>28</sup> CAHALI, op. cit., p. 116;

costuma atuar, predominantemente, sob as regras do Direito Público. Porém, dentro dessas circunstâncias, em uma relação público-privada são estabelecidos os denominados “Contratos da Administração” sob a égide do direito privado, os quais permitem uma maior liberdade/flexibilidade de contratar entre as partes, como também de resolverem seus conflitos.

O cumprimento espontâneo das decisões é outra característica fundamental, pois, em decorrência da confiança e segurança que o árbitro escolhido transmite às partes envolvidas, sua decisão é respeitada voluntariamente e gera um compromisso entre os envolvidos.

Em tempo, a confidencialidade e a economicidade da arbitragem são vantagens poderosas à solução adequada dos conflitos; pois, em primeiro, o sigilo/reserva de publicidade definido pela convenção arbitral ou nos regulamentos das principais câmaras de arbitragem, salvo nos procedimentos que envolver a Administração Pública, possibilita a não-intervenção de terceiros ou do Estado; em segundo, o custo-benefício do procedimento comparado à justiça estatal gera um satisfatório resultado final para as partes, evitando despesas/custas excessivas da morosidade do jurisdicionado.

Por fim, importante salientar que a arbitragem tem um limite de atuação, podendo somente ser utilizada quando houver discussão sobre direitos ou bens disponíveis (art. 1º<sup>29</sup> da Lei 9.307/96). Carmona explicita bem o conceito de direito disponível. Veja-se:

Diz-se que um direito é disponível quando ele pode ser ou não exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência. Assim, são disponíveis (do latim *disponere*, *dispor*, pôr em vários lugares, regular) aqueles bens que podem ser livremente alienados ou negociados, por encontrarem-se desembaraçados, tendo o alienante plena capacidade jurídica para tanto<sup>30</sup>.

Nesse sentido, são passíveis de arbitragem as causas que versem acerca de

---

<sup>29</sup> **Lei 9.307/96.** Art. 1º. As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis;

<sup>30</sup> CARMONA, op.cit., p. 38;

matérias em relação às quais o Estado não crie uma reserva específica, em razão da proteção de interesses fundamentais da coletividade; e desde que as partes envolvidas na lide possam dispor sobre o bem em questão, ou seja, transigir sobre a matéria.

### 1.3 Da natureza jurídica da arbitragem

Quanto à natureza jurídica da arbitragem, cabe pontuar as teorias existentes, a fim de adentrar, enfim, no tema a ser abordado. Francisco José Cahali (2015, p. 123-130) aborda as quatro principais teorias acerca da natureza jurídica da arbitragem, quais sejam:

1. **Teoria privatista** – também denominada como **contratualista**, em razão de a arbitragem ser um negócio jurídico, como um “acordo firmado entre as partes”. O autor asseverou que esta teoria perdeu forças com o advento da Lei 9.307/1996, pois a sentença arbitral passou a ter natureza jurídica de título executivo judicial, dispensando-se a prévia homologação que, anteriormente, era exigida. Ele ainda acrescentou, *in verbis*:

**A atribuição ao árbitro para decidir nada mais seria do que o cumprimento do contratado, ou seja, a outorga ao terceiro da autoridade de escolha da forma como um contrato será adimplido, ou a autoridade para solucionar o impasse pela contratação das partes neste sentido. Por lhe serem excluídos os poderes de execução e imposição do decidido, sua investidura se limita à solução por indicação ou delegação das partes, mas sem natureza jurisdicional, privativa do Estado em sua plenitude.**

O vínculo criado entre o árbitro e a parte é meramente contratual.

No passado, quando a sentença arbitral só se aperfeiçoava com a chancela do Estado através da homologação do laudo, muito fácil era sustentar a natureza contratual da arbitragem. Porém, com o advento da Lei. 9.307/1996, a sentença arbitral passou a ser título executivo judicial (art. 31 da Lei 9.307/1996 e art. 475-N, do CPC1973) dispensando a prévia homologação como antes exigia. E mais, nos



arts. 18 e 13, §6º, da referida Lei conferem ao árbitro o status e atributos de um juiz.

Assim, os principais argumentos da teoria contratualista perderam espaço para os fundamentos da teoria jurisdicional da arbitragem, adotada aparentemente pela Lei 9.307/1996.

Mas ainda hoje sustentam que a autonomia da vontade envolve toda a arbitragem, na fase antecedente pelo contrato, e na fase consequente, no limite do que foi contratado, por meio da solução de eventual conflito emergente do negócio pelo árbitro eleito pelos contratantes. A causa é o contrato, e a arbitragem é efeito. E o laudo arbitral se impõe as partes em virtude da obrigatoriedade característica dos contratos<sup>31</sup>.

Contudo, a teoria contratualista foi bastante criticada ao longo do tempo e, até o presente momento, a discussão acerca da jurisdição da arbitragem permanece dividindo a doutrina brasileira, pois se este argumento tivesse algum valor, o §1º do art. 3º<sup>32</sup> do NCPC seria uma norma verdadeiramente absurda;

2. **Teoria publicista/jurisdicionalista** – adotada por Cahali, traz o entendimento de que a arbitragem tem natureza jurisdicional, tornando o árbitro um verdadeiro juiz. Assim, afirmou Cahali (2015, p. 125), *in verbis*:

**(...) assim se entende por considerar que o Estado, por meio de disposições legais, outorga poderes ao juiz e ao árbitro para resolver conflitos de interesses. Os árbitros, assim, são verdadeiros juízes, pois lhe é atribuída a autoridade para resolver o litígio:** “Aos árbitros, os juízes dos casos, seria reconhecida uma jurisdição extraordinária e de caráter público”.

3. **Teoria intermediária/mista** – também chamada de mista, o citado autor asseverou que essa teoria congrega os fundamentos das teorias anteriores e conclui que mesmo que a arbitragem realize um negócio jurídico entre as partes, esse negócio não poderia se desenvolver fora de uma jurisdição, porquanto a arbitragem submeter-

<sup>31</sup> CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**. 5ª ed. São Paulo: RT, 2015, p. 125-126;

<sup>32</sup> CPC/2015. Art. 3º. Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei;

se-ia a uma ordem legal existente, não controlada inteiramente por esta jurisdição;

4. **Teoria autônoma** – Cahali (2015, p. 126) pontificou que o entendimento desta teoria é de que a arbitragem está totalmente desvinculada de qualquer sistema jurídico existente. Nesse sentido:

(...) esta teoria tem importância nos procedimentos de arbitragem internacionais, nos quais há certa **independência a ordem local de uma ou outra parte**. Verifica-se aqui o **extremo do princípio da autonomia da vontade**, na medida em que diante da liberdade de contratar, as partes subtraem a arbitragem de outros ordenamentos, tratando-a como soberana. Cria-se por esta teoria, uma jurisdição própria, independente e diversa da jurisdição que integra um sistema jurídico;

Diante do exposto, a presente análise é adequada ao entendimento de uma arbitragem mais autônoma, com um sistema próprio de regras definidas em lei, permitindo uma maior flexibilidade das regras no caso concreto, não sendo um procedimento jurisdicional e sim “parajurisdicional”, como lecionou Dinamarco, citado alhures.

## **2. DOS PRINCÍPIOS DA ARBITRAGEM E DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ADMINISTRATIVOS**

No que tange aos princípios norteadores da arbitragem, como o método mais adequado na solução de conflitos, em especial daqueles que envolvam a Administração Pública, é imprescindível confrontar estes princípios específicos com os princípios constitucionais da Administração Pública.

Contudo, inicialmente, o instituto submete-se a princípios próprios como os que se seguem:

- Princípio da autonomia privada (autonomia da vontade) - significa dizer que as partes têm a liberdade de escolher este método para melhor resolverem seus litígios, ou seja, este método tem um caráter voluntário. Através da arbitragem,

as pessoas podem estabelecer com maior flexibilidade as regras do acordo firmado entre elas, respeitando o sistema normativo.

A flexibilidade das regras na arbitragem permite às partes a escolha do árbitro/dos árbitros, as regras do desenvolvimento do procedimento no caso, os prazos, local para a prática dos atos, restrições, medidas de urgência ou tutelas antecipadas, etc.. Indubitável é que este princípio se tornou uma das maiores vantagens do procedimento, pois as partes não ficam presas aos formalismos ou regras que prejudicam a celeridade dos atos praticados. Nesse sentido, Selma Lemes<sup>33</sup> asseverou, *in verbis*:

Princípio da autonomia da vontade é a mola propulsora da arbitragem em todos os seus quadrantes, desde a faculdade de as partes em um negócio envolvendo direitos patrimoniais disponíveis disporem quanto a esta via opcional de conflitos (art. 1º), até como será desenvolvido o procedimento arbitral, no que pertine à forma de indicação dos árbitros (art. 13), seja material ou formal, desde que não viole os bons costumes e a ordem pública (art. 2º, §§ 1º e 2º); se a decisão será de direito ou por equidade (art. 2º); eleger a arbitragem institucional (art. 5º), prazo para o árbitro proferir a sentença arbitral (arts. 11, III, e 23) (...).

- Princípio da competência-competência - preconizado no parágrafo único do art. 8º<sup>34</sup> da Lei 9.307/1996 que salienta que o árbitro tem o poder de decidir acerca dos requisitos essenciais de existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem, bem como do contrato que tenha cláusula compromissória. Nesse sentido, Cahali (2015, p. 139):

(...) significa dizer que, com primazia, **atribui-se ao árbitro a capacidade para analisar sua própria competência, ou seja, apreciar, por primeiro, a viabilidade de ser por ele julgado o conflito, pela inexistência de vício na convenção ou no contrato.**

<sup>33</sup> LEMES, Selma Maria Ferreira. Princípios e Origens da Lei de Arbitragem. AASP/Revista do Advogado nº 51, p. 32;

<sup>34</sup> Lei 9.307/1996. Art. 8º. Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória;

Esta regra é fundamental importância ao instituto da arbitragem, na medida em que, se ao Judiciário coubesse decidir, em primeiro lugar, sobre a validade da cláusula, a instauração do procedimento arbitral restaria postergada por longo período, e, por vezes, apenas com o intuito protelatório de uma das partes em esquivar-se do cumprimento da convenção. O princípio, desta maneira, fortalece o instituto, e prestigia a opção das partes por esta forma de solução de conflitos, e afasta, em certa medida, o risco de desestímulo à contratação da arbitragem, em razão de potencial obstáculo prévio a surgir no Judiciário diante da convenção, por maliciosa manobra de uma das partes.

Ademais, vale acrescentar que o Código de Processo Civil de 2015 prevê a extinção do processo sem resolução do mérito “quando o juízo arbitral reconhecer a sua competência”, com fulcro no artigo 485, inciso VII.

- Princípio do devido processo legal – segundo o entendimento dado por Cahali (2015, p. 233), o devido processo legal disposto no art. 5º, LV<sup>35</sup>, CF/1988 deve ser estendido à arbitragem como “jurisdição” para a solução justa de um conflito, bem como o contraditório e igualdade das partes para a aplicação do procedimento. Acrescentou Cahali, *in verbis*:

Desta forma, **se por desconhecimento, descuido ou mesmo submissão de um à imposição do outro**, estas garantias de um devido processo legal vierem a ser vulneradas, até mesmo na convenção arbitral, ou posteriormente, cabe a qualquer momento a correção do rumo da arbitragem, pelo próprio árbitro, tornando sem efeito o quanto estabelecido em contrário a lei.

- Princípio do contraditório – possibilita às partes informarem ou reagirem a determinados atos ou assuntos do procedimento arbitral, a fim de garantir maior segurança aos envolvidos. Todas as questões relevantes do conflito *in casu*

---

<sup>35</sup> CF/1988 – Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

devem ser exaustivamente debatidas e estimuladas pelo árbitro à discussão. Nesse sentido, ainda pontuou Cahali (2015, p. 234):

Integra assim, o direito ao contraditório, a preservação às partes da oportunidade de levar ao juízo as suas razões, bem como a manifestação contrária às razões apresentadas pelo adversário. Daí a **necessidade de se garantir o acesso aos litigantes, por meio de intimação, a tudo quanto for trazido ao procedimento, com o cuidado de se oferecer prazo razoável à manifestação.**

Nesse mesmo norte, pontificou Candido Rangel Dinamarco<sup>36</sup>, *in verbis*:

(...) sabido que essa garantia se resolve na oferta de oportunidades para participar tudo quanto for feito com vista a flexibilizar o procedimento arbitral, tornando-o aderente às peculiaridades do caso e promovendo a celeridade, deve ser feito de modo a não tolher às partes a efetiva oportunidade para participar do processo – **participar pedindo, participar provando, participar alegando. Será maculado de inconstitucionalidade o que for feito com prejuízo dessa tríplice participação e da efetividade da ciência dos atos dos outros sujeitos processuais** (...).

Por sua vez, Carmona (2009, p. 295) pontificou, *in verbis*:

Caberá então às partes ou ao árbitro estabelecer (ou adotar) um procedimento que possa garantir plenamente a recíproca manifestação dos contendentes a respeito das provas e das razões do adversário, o que significa, também, contemplar formas efetivas de comunicação dos atos processuais e concessão de tempo

---

<sup>36</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. A Arbitragem na teoria geral do processo. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 26;

razoável para as respectivas manifestações. Mas não é só isso: a feição moderna do princípio do contraditório exige que o julgador – seja ele juiz togado, seja ele árbitro – não tome decisões acerca de pontos fundamentais do litígio sem provocar debate a respeito, pois somente assim será assegurada às partes a efetiva possibilidade de influir no resultado do julgamento (“Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório”, *in Causa de Pedir e Pedido no Processo Civil: Questões Polêmicas*, Coord. De José Rogério Cruz e Tucci e José Roberto dos Santos Bedaque, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 13-52).

- Princípio da igualdade das partes – o árbitro deve tratar as partes envolvidas de forma idêntica, concedendo-lhes as mesmas oportunidades, afastando quaisquer privilégios ou desigualdades. Em contrapartida, Carmona (2009, p. 296) faz algumas considerações sobre o tema, *in verbis*:

No processo estatal o equilíbrio das partes não é a regra, e a participação no processo não é voluntária, mas sim obrigatória. Se no processo judicial a intervenção estatal é necessária para equilibrar partes ontologicamente desiguais, no processo arbitral esta intervenção pode ser confortavelmente dispensada. Assim, enquanto a paridade de armas é uma inquietação para o juiz togado – a ponto de a Lei 9.909/1995 ter determinado que, comparecendo uma das partes acompanhada de seu advogado, caberá ao Estado proporcionar representação técnica para o adversário -, o árbitro não deverá preocupar-se com o tema, estando na esfera de disponibilidade das partes nomear ou não advogados, pois pressupõe-se que os litigantes, ao escolherem a via arbitral, estejam bem informados sobre suas possibilidades e dificuldades, até porque elegeram livremente o procedimento que pretendiam ver aplicado à solução da controvérsia. Da mesma forma, não haverá preocupação com ampliação de prazo para um dos litigantes (como técnica de nivelamento entre partes desiguais), dispensa de cauções, redução de verba honorária para este ou aquele litigante, o que revela desde

**logo que, figurando o Estado (em sua forma autárquica ou nas vestes de empresa pública, para ficar nos exemplos mais factíveis) como parte em juízo arbitral, não poderá invocar qualquer das prerrogativas de que goza no processo estatal.**

- Princípio da imparcialidade – é extremamente importante este princípio característico da própria atuação do árbitro, porquanto este deve ser imparcial não só na análise do caso concreto, como também na condução dos atos do procedimento. Daí surge a preocupação do legislador determinar que “*sejam afastados do exercício da função aqueles que possam estar comprometidos com interesse de parte*”<sup>37</sup>.

- Princípio do livre convencimento – representa a liberdade do árbitro para julgar o litígio posto a ele pelas partes, através da apresentação de suas razões e provas. Deve ser motivado, com fulcro no art. 26, II<sup>38</sup>, da Lei 9.307/1996. Nesse sentido, Cahali (2015, p. 236), *in verbis*:

O livre convencimento representa a liberdade do julgador em avaliar e valorar a prova para a conclusão final de seu julgamento quanto à solução a ser dada ao conflito. Mas também contém o juízo de escolha no deferimento, determinação e oportunidade de produção de tais ou quais provas necessárias àquele procedimento.

(...) o livre convencimento é dinâmico, e se faz presente em toda a gestão do procedimento, e não apenas quando da sentença final.

O convencimento é subjetivo, representa a convicção íntima sobre a verdade de um fato apresentado através das provas produzidas. E esta é uma prerrogativa do árbitro: julgar segundo a sua convicção.

Vale a pena destacar os princípios constitucionais administrativos que devem ser observados nas arbitragens público-privadas, com fulcro no art. 37<sup>39</sup> da

<sup>37</sup> Carmona, 2009, p. 297;

<sup>38</sup> Lei 9.307/1996. Art. 26. São requisitos obrigatórios da sentença arbitral: II - os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade;

<sup>39</sup> CF/1988. Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...);

Constituição Federal de 1988, bem como na lei de arbitragem. Dá-se destaque à legalidade, impessoalidade e publicidade.

O princípio da legalidade é basilar e vincula toda atuação da Administração Pública, surgindo com o Estado de Direito. A legalidade tem como fito a proteção das garantias individuais, limitando toda a atuação estatal. Nesse sentido, qualquer processo ou procedimento deverá seguir os ditames da lei, sendo permitido fazer apenas o que a lei permite<sup>40</sup>. No procedimento da arbitragem está é a regra. As partes podem convencionar as diretrizes dentro do que a lei da arbitragem permite, principalmente, se uma das partes for um ente estatal.

Quanto à publicidade, Ricardo Alexandre e João de Deus Moreira<sup>41</sup> ressaltaram a importância da transparência ou visibilidade da atuação administrativa e ainda pontificaram, *in verbis*:

O princípio da publicidade decorre do princípio democrático, pois, se todo poder emana do povo, não seria possível imaginar que a atuação da administração ocorresse sem o conhecimento do povo, o que teria como consequência a impossibilidade de o titular do poder controlar o respectivo exercício por parte das autoridades constituídas.

Nessa linha, observa-se que o princípio da publicidade tem como fito garantir o controle da Administração Pública pelos administrados e pelos órgãos responsáveis em realizar este controle. Dessa forma, entende-se que o sigilo é excepcional, podendo ser aplicado quando houver ofensa à segurança da sociedade e do Estado<sup>42</sup>.

Imprescindível pontuar que os princípios constitucionais não são absolutos, podendo conviverem harmoniosamente se ponderados de forma devida, como será observado a seguir.

Não menos importante, o princípio da impessoalidade, conforme dito

---

<sup>40</sup> MEIRELLES, Hely Lopes, Direito administrativo brasileiro, 36. Ed. atual. até a Emenda Constitucional 64, de 4.2.2010. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 89;

<sup>41</sup> ALEXANDRE, Ricardo. Direito administrativo esquematizado/Ricardo Alexandre, João de Deus. – 2. Ed. ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016, p. 164;

<sup>42</sup> CF/88. Art. 5º XXXIII. XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;



anteriormente no âmbito da arbitragem privada ou pública, é fundamental na atuação do árbitro em um procedimento que envolva um particular e um ente público. A observância deste princípio visa a garantir a isonomia das partes e a finalidade pública, possibilidade igualdade entre as partes. Nesse sentido, pontificou Ricardo Alexandre (2016, p. 158):

Se eventualmente o agente público pratica o ato administrativo sem interesse público, visando unicamente satisfazer a interesse privado, o ato sofrerá **desvio de finalidade**, podendo por isso vir a ser **invalidado**. A segunda faceta do princípio da impessoalidade traz o foco da análise para o administrado. **Não importa a pessoa que está se relacionando com a administração, o tratamento deve sempre ser isonômico.** Não pode ser aplicada a odiosa frase: “aos amigos tudo, aos inimigos a lei”. A lei é para todos, não consistindo em um meio à disposição da autoridade para a concessão de privilégios ou realização de perseguições.

Observa-se que tanto os princípios arbitrais quanto os constitucionais administrativos harmonizam-se, a fim de possibilitar amplamente a inserção da arbitragem nos litígios público-privados. A seguir, as possíveis limitações ou conflitos entre estes princípios serão abordados com o único objetivo de esclarecer que a arbitragem pode ser flexibilizada nos mais variados casos para que haja a possibilidade de uma solução eficaz e adequada.

### **3. DA ANÁLISE DO PROCEDIMENTO ARBITRAL E AS APARENTES LIMITAÇÕES ENCONTRADAS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DA POSSIBILIDADE DE FLEXIBILIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS**

A Administração Pública tem consolidado cada vez mais o entendimento de que é necessário evadir-se do Judiciário para garantir a resolução de seus conflitos, de forma mais eficiente, econômica e célere. Para que isso realmente aconteça, a

Administração tem buscado meios mais adequados, como a arbitragem, a conciliação e a mediação.

Certo é que a Administração Pública possui um arcabouço de normas no ordenamento jurídico brasileiro que a autoriza a utilizar a arbitragem no seu âmbito interno, como expressa a própria Lei da arbitragem, art. 1º, bem como outras leis especiais: a Lei de Concessão, Permissão e Autorização de Serviços Públicos, a Lei de Telecomunicações, a Lei dos Transportes, a Lei de Parcerias Público Privadas, a Lei da Partilha, a Lei dos Portos etc..

De certa maneira, a expressa autorização legal encerra uma fase de discussão acerca da possibilidade de arbitragem como método de solução de conflitos para a Administração Pública, e inicia um novo período de análise de questões mais práticas e de peculiaridades apresentadas em cada caso concreto.

Nesse sentido, Carlos Suplicy de Figueiredo Forbes<sup>43</sup>, Presidente do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM/CCBC), e Patrícia Shiguemi Kobayashi, Secretária Geral Adjunta do CAM/CCBC, salientaram *in verbis*:

É fato que muitas descobertas ainda estão por vir. Caberá às partes, aos advogados, aos árbitros e às instituições arbitrais consolidar a interpretação de regulamentos, estabelecer práticas e adaptar-se às custas de um procedimento administrado em sede privada.

Ressalta-se que — apesar de a arbitragem ser um processo eminentemente privado, no qual as partes buscam a intervenção de um terceiro ou de um grupo de pessoas imparciais para resolução do conflito configurado, com o fito de obter uma decisão/sentença arbitral favorável às partes — tal procedimento no âmbito da Administração Pública possui características peculiares que devem ser observadas de acordo com os princípios da publicidade/transparência em consonância com o sigilo do procedimento arbitral, da legalidade administrativa, da eficiência, da economicidade e da celeridade.

---

<sup>43</sup> Correio Brasiliense. Coluna Direito & Justiça. *Os desafios da arbitragem com a Administração Pública*. Reportagem em Brasília, segunda-feira, 28 de novembro de 2016;

A observância desses princípios pode enfrentar possíveis limitações em determinadas circunstâncias, razão por que devem ser considerados com altruísmo e largueza pelas partes, incluído o ente jurídico de direito público, bem como o árbitro designado, a fim de se obter maior êxito na solução do conflito.

Daí surge a noção de flexibilização do procedimento arbitral, a qual objetiva conciliar princípios administrativos constitucionais, eminentemente públicos com os princípios intrínsecos à arbitragem, como eficiência, celeridade, impessoalidade, economicidade e razoabilidade diante do caso concreto.

Nesse momento, surgem alguns questionamentos acerca da observância dos Princípios constitucionais administrativos e se estes sofreriam algum tipo de limitação, como por exemplo a Publicidade/Transparência (§3<sup>o44</sup> do art. 2º, da Lei de arbitragem) em detrimento do sigilo do procedimento arbitral.

Ocorre que não há limitação específica quanto à observância da publicidade nas negociações, como a principal característica do regime de direito público; contudo, as regras definidas pelo regime de direito privado serão igualmente postas pelas partes envolvidas, sendo necessária uma maior flexibilização e ponderação no caso concreto. Tais questionamentos serão abordados com maior profundidade logo a seguir.

Ademais, cumpre ressaltar que a arbitragem deve ser utilizada pela Administração Pública apenas para questões que envolvam direitos patrimoniais disponíveis<sup>45</sup>. Além disso, posteriormente à vigência da lei de arbitragem, ocorreu uma sucessão de alterações legislativas do ordenamento jurídico brasileiro, em favor da utilização de meios alternativos para solução de controvérsias presentes nas relações jurídicas entre particulares e entes da Administração Pública. Especialmente, cita-se o Decreto 8.465/2015 (regulamenta os critérios de arbitragem para dirimir litígios no âmbito do setor portuário) e a Medida Provisória 752/2016 (possibilita a utilização da arbitragem nas prorrogações e relicitações dos contratos de parceria firmados para a gestão dos aeroportos, ferrovias e rodoviárias).

Geralmente, as atividades de concessão e execução de serviços públicos são as atividades próprias do Estado submetidas à arbitragem. Dentro disso, o rigor do

---

44 Lei 9.307/96. Art. 2º. § 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade;

45 Lei 9.307/96. Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. § 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis;

Princípio da indisponibilidade do interesse público merece ser flexibilizado, igualmente os outros princípios, a fim de que haja efetivo êxito nas negociações realizadas no âmbito da arbitragem pelos envolvidos. Rompe-se então o estreito entendimento da relação de verticalidade entre a Administração pública e os particulares, possibilitando uma maior visão de horizontalidade entre estas partes.

O próprio Tribunal de Contas da União já se manifestou quanto à viabilidade de utilização da convenção de arbitragem nos contratos firmados com a Administração Pública, conforme, *in verbis*:

40. Quanto à manutenção ou não da cláusula arbitral nos contratos de concessão alinhamos o nosso entendimento como exarado na decisão n. 188/95-TCU/Plenário, **considerando válida a possibilidade da utilização do juízo arbitral desde que não se inclua na parte de arbitragem situações (cláusulas) que não observem estritamente o princípio da legalidade e da indisponibilidade do interesse público.** Embora essa decisão do Tribunal de Contas seja anterior à publicação da Lei da Arbitragem, revestiu-se de sabedoria ao não anular definitivamente a possibilidade do juízo arbitral, quando porventura existirem nos contratos de concessões situações em que seja possível utilizar-se da arbitragem – notadamente quando a Administração se iguala ao particular, ou no caso de haver uma futura previsão legal nesse sentido<sup>46</sup>.

O v. Acórdão *standard* acerca da possibilidade de utilização da arbitragem pela Administração Pública, apontou ressalvas quanto às supostas limitações encontradas nos princípios da estrita legalidade e indisponibilidade do interesse público para dirimir determinados litígios. Ocorre que, o referido entendimento tem sido cada vez mais flexibilizado na prática, trazendo a presença de uma “cláusula móvel” combinada com o critério de ponderação de princípios, como será abordado a seguir.

Observa-se que, na prática, as regras têm sido definidas na Convenção da arbitragem pelas partes envolvidas no início do procedimento. Os limites de

---

<sup>46</sup> Tribunal de Contas da União – Acórdão 391/2008 – Plenário. Publicado em 14.3.2008;

publicidade *versus* sigilo das informações nos processos que envolvam a Administração Pública são definidos no caso a caso, conforme cada órgão público, com a liberdade que a arbitragem lhes permite.

A publicidade das informações tem sido limitada na divulgação de dados cadastrais do procedimento, como os nomes das partes, valores principais, número de processo, data de audiência e decisão final. Os termos definidos durante a audiência - a discussão em si - têm sido preservados, a fim de garantir uma maior segurança e eficiência do procedimento. Nesse sentido, apontaram Carlos Suplicy de Figueiredo Forbes e Patrícia Shiguemi Kobayashi (Correio Brasiliense, 2016):

**A discussão que se impõe não está relacionada à dicotomia confidencialidade-publicidade, mas sim, como e em que medida as informações sobre as arbitragens serão publicadas.**

Pergunta-se se os autos serão franqueados ao grande público, se audiências serão abertas para quem tiver interesse em acompanhá-las e mesmo se serão publicadas notas em veículos de grande circulação com o objetivo de dar a notícia sobre o andamento das arbitragens. **Contudo, não parece factível ou mesmo razoável que tais regras sejam impostas de plano.**

É verdade que as arbitragens que contam hoje com a participação da União, Estados e Municípios exigem de todos os atores uma atenção especial, já que a elas a publicidade deve se dar de alguma forma desde o seu início, ainda que em fase administrativa. A regra de publicidade é clara e a sua aplicação não pode ser ignorada.

Em respeito a esse princípio, o Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá definiu os critérios para divulgação de arbitragens envolvendo entidades da administração pública direta.

Nesse aspecto, o Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá editou recentemente três novas resoluções administrativas (20, 21 e 22 de 2016)<sup>47</sup>, a fim de normatizar os honorários arbitrais e cobrança das taxas de

<sup>47</sup> \_\_\_\_\_ . **CAM-CCBC edita três novas resoluções administrativas.** Disponível em 16 dezembro de 2016. <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI250710,51045-CAMCCBC+edita+tres+novas+resolucoes+administrativas>. Acesso em janeiro de 2017;

administração nos casos de encerramento antecipado da arbitragem; bem como normas acerca dos honorários arbitrais nas hipóteses de substituição do árbitro no curso do procedimento arbitral. Tais normas administrativas possibilitaram maior transparência nos processos de arbitragem que envolvem a Administração Pública.

Com relação à economicidade e celeridade do procedimento é fato que as partes, tanto a empresa privada quanto a própria Administração Pública, reconhecem que o custo-benefício da arbitragem é superior, indubitavelmente. Mesmo as Câmaras arbitrais exigindo taxas tabeladas, para algumas pessoas, essas taxas são consideradas elevadas; contudo, o custo total do procedimento é ainda muito inferior frente ao custo que as partes arcam durante todo o processo no Judiciário.

É certo dizer que quando a Administração Pública concorda em submeter-se à resolução de seus litígios por meio da arbitragem, ela está permitindo que seus processos se resolvam de forma mais eficaz e eficiente, gerando maior custo-benefício ao seu respectivo ente federado, beneficiando a coletividade como um todo.

### **3.1 Do critério de ponderação de princípios nos casos de aparente conflito**

A revisão da lei da arbitragem dada pela Lei 13.129 de 23 de maio de 2015, bem como o advento do novo Código de Processo Civil deram maior ênfase aos princípios expressos na Constituição Federal de 1988, colocando em evidência a matriz constitucional das normas processuais civis, ainda que o mesmo não possa ser dito em relação ao procedimento da arbitragem.

É imprescindível trazer à tona o entendimento constitucional acerca da técnica da ponderação de princípios (*Checks and balances*) para adentrar na possibilidade de flexibilização entre os princípios administrativos e os da arbitragem.

Cumprе salientar que o Princípio da Harmonização tem o objetivo de compatibilizar normas ou direitos fundamentais, a fim de que um não se sobreponha ao outro, possibilitando uma atenuação entre estas normas ou estes direitos

---

(SARLET, 1996<sup>48</sup>).

Com efeito, poderá haver um Juízo de Ponderação entre os princípios administrativos constitucionais e os da arbitragem, se estes forem sopesados no caso concreto através do critério de harmonização das normas.

Nesta mesma linha, pontificou Jorge Amaury Maia Nunes<sup>49</sup>, *in verbis*:

(...) a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, independentemente de seu alargamento em termos de positivação, resulta um **“efeito de irradiação”, uma força conformadora de uma pluralidade, cada vez mais exuberante, de normas jurídicas, que acaba por sugerir a multiplicação das chamadas colisões de direitos fundamentais.** (...)

Critério de ponderação, portanto, será considerado somente como aquele destinado à solução de conflitos entre dois princípios constitucionais. (...)

O que a ponderação de bens visa é, justamente, a evitar o esvaziamento de um ou de alguns dos direitos fundamentais. Com efeito, a relativização dos direitos fundamentais (... o reconhecimento de que não existem direitos absolutos), ao invés de enfraquecê-los, permite-lhes a convivência, o que seria impossível sem essa relativização. (...)

**O que se sugere, na esteira do raciocínio de Celso Lafer<sup>50</sup>, é a hierarquia móvel ou relação de precedência condicionada. A ponderação sempre realizada no caso concreto supõe que os princípios não sejam sempre sopesados da mesma maneira. O seu peso é variável, conforme se apresentem os fatos no caso concreto.**

Posto isso, parece possível acolher a aplicabilidade do critério de ponderação

<sup>48</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Valor de Alçada e Limitação do Acesso ao Duplo Grau de Jurisdição.** Revista da Ajuris 66, 1996;

<sup>49</sup> Nunes, Jorge Amaury Maia. Princípios Constitucionais: Interpretação Visando à Efetividade dos Direitos Fundamentais. Nunes, Jorge Amaury Maia et al. Revista Jurídica de Direito Público. V. 1., n. 1 (jul./set. 2003). Porto Alegre: Síntese Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2005, p. 95 e 109-111;

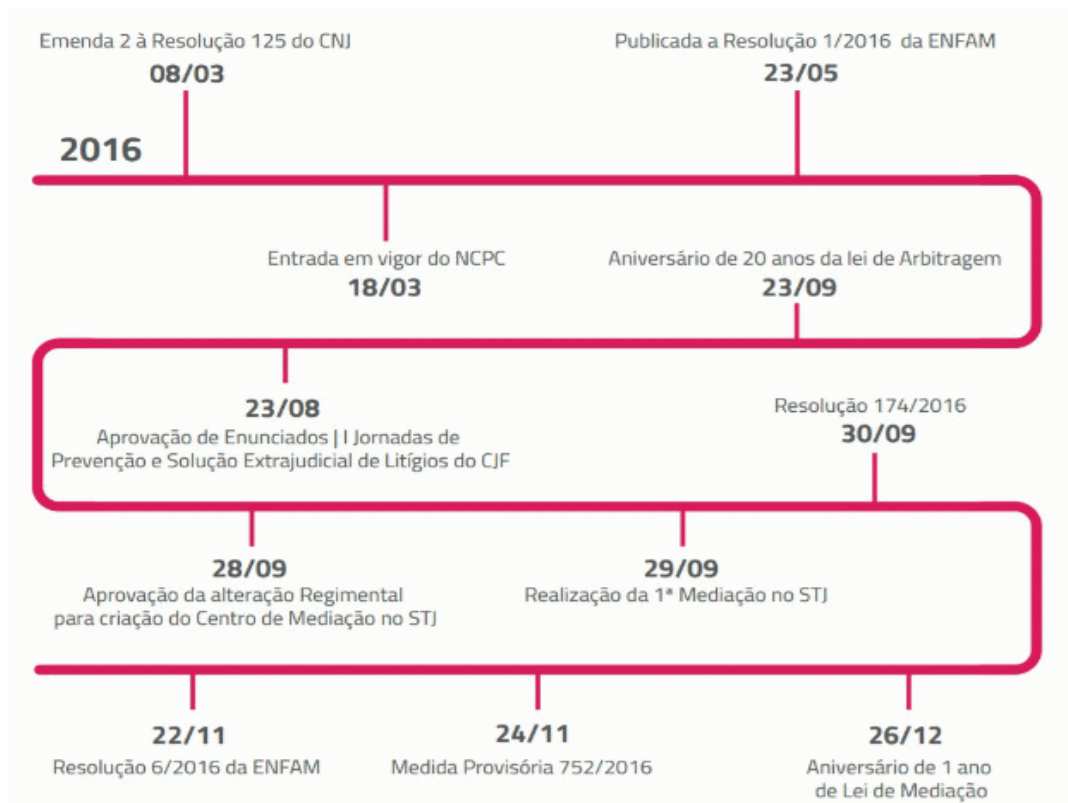
<sup>50</sup> LAFER, Celso. **Filosofia do direitos e princípios gerais: considerações sobre a pergunta “o que é filosofia do direito”.** In: LAFER, Celso et al. O que é a filosofia do Direito? Barueri: Manole, 2004, p. 62;

e harmonização entre os princípios constitucionais administrativos (publicidade, legalidade, eficiência) e os princípios da lei de arbitragem (sigilo das informações, celeridade, economicidade) diante da análise de cada caso concreto. Isso possibilitaria uma maior utilização do método de resolução de conflitos em maior escala pela Administração Pública.

### 3.2 Vantagens da utilização da arbitragem nos negócios públicos

Vale consignar que a arbitragem tem crescido gradativamente no âmbito público, em razão de suas diversas vantagens, como a celeridade, economicidade, a possibilidade das partes realizarem sua autocomposição com regras, dinamismo e procedimentos próprios; escolha do árbitro julgador especializado em casos específicos, bem como outras questões importantes e peculiares que surgem na realidade.

No âmbito legal, 2016 foi um marco para os meios extrajudiciais, especialmente para a arbitragem, como observa-se a seguir<sup>51</sup>:



<sup>51</sup> \_\_\_\_\_ . Imagem disponível em <http://adambrasil.com/categorias/arbitragem>. Acesso em janeiro de 2017;



Todo este arcabouço jurídico tornou ainda mais indubitável a vantagem da arbitragem na resolução dos conflitos acerca de direitos patrimoniais disponíveis presentes no âmbito público.

Importante salientar que houve maciça atuação tanto da seccional do DF da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) quanto do Conselho Federal da OAB na elaboração da lei da arbitragem, como bem ressaltou, em entrevista pessoal (anexo I – áudio), Dr. Asdrubal Júnior, advogado e presidente da Comissão de Arbitragem da OAB/DF, bem como diretor da Câmara de Mediação e Arbitragem da ACDF/CBMAE (Associação Comercial do Distrito Federal – Câmara de Conciliação, Mediação e arbitragem).

Como atuante nesta área, Dr. Asdrubal Júnior assentou a importância da utilização da arbitragem pela Administração Pública, apesar da lentidão deste processo de crescimento, desde o advento da Lei da Arbitragem. No entanto, ele afirmou que a Administração Pública tem procurado utilizar a arbitragem no seu âmbito cada vez mais, ante à celeridade ínsita ao procedimento e o custo-benefício visado pelas partes envolvidas.

Ademais, Dr. Asdrubal também entende que a técnica da ponderação entre os princípios supracitados na prática é a realidade aplicada atualmente nos procedimentos da arbitragem utilizada para resolver os conflitos entre os particulares e a Administração Pública. Além de que esta liberdade de atuação dos envolvidos é inata ao procedimento, pois possibilita regras próprias e uso dos critérios considerados mais adequados pelas partes e pelo árbitro. Acerca dessa possibilidade, salientou Maria Sylvia Zanella de Pietro, *in verbis*:

Os contratos administrativos contêm cláusulas regulamentares e cláusulas financeiras. As primeiras referem-se ao próprio objeto do contrato, à forma de sua execução; elas decorrem do poder regulador da administração pública; são fixadas e alteradas unilateralmente pelo poder público. Mas **as cláusulas financeiras, quem dizem respeito à remuneração do contratado e ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato têm natureza tipicamente contratual. Por isso mesmo, não podem ser alteradas unilateralmente pelo poder público, mas podem ser objeto de acordo entre as partes.**

Também não teria sentido a instalação de um procedimento de arbitragem para decisão de conflito que envolva prerrogativas de

autoridade que só o poder público pode exercer. Não pode um tribunal decidir sobre as prerrogativas do artigo 58 da Lei 8.666 (alteração unilateral, rescisão unilateral, aplicação de penalidade etc.). Mas pode decidir sobre os efeitos patrimoniais decorrentes do uso de prerrogativas próprias do poder público, como as de alterar e rescindir unilateralmente os contratos, que podem provocar o desequilíbrio econômico-financeiro. **São aspectos que se incluem no conceito de direitos patrimoniais disponíveis, não porque a administração pública possa abrir mãos de seus direitos, mas porque se trata de direitos passíveis de valoração econômica.**

Ante o exposto, é indubitável que a arbitragem tem alcançado notório espaço no ordenamento jurídico e entre os operadores do direito, que buscam atuar de forma mais independente do Judiciário. Dessa forma, a Administração Pública tem buscado resolver seus conflitos se beneficiando da utilização de métodos extrajudiciais, em visando uma maior celeridade nos seus processos e viabilizando de forma mais eficaz a execução dos contratos estabelecidos com particulares ou outros entes federados.

## CONCLUSÃO

Conforme demonstrado, a utilização da arbitragem pelo Poder Público, a fim de resolver seus conflitos com particulares como os litígios decorrentes de contratos de concessão ou parcerias público-privadas, tem sido um processo de inserção lento, mas cada vez mais positivo e vantajoso.

A Administração Pública tem consolidado o entendimento de que há inúmeros benefícios na utilização da arbitragem, além de possuir um arcabouço jurídico amplo autorizando-a e disciplinando as regras possíveis a serem aplicadas no procedimento.

Apontou-se também que a arbitragem é um método adequado e extrajudicial de resolução de conflitos que envolvam direitos patrimoniais disponíveis, bem como possibilita uma maior liberdade de atuação das partes envolvidas e do árbitro-julgador. Por isso, a Administração tem procurado se distanciar cada vez mais do Judiciário para resolver seus litígios, ante a morosidade, custos e ausência de especialidade para casos mais complexos e diferenciados.

Além disso, apesar de aparentemente os princípios constitucionais administrativos colidirem com os princípios arbitrários, observou-se que é totalmente possível compatibilizá-los, buscando-se uma maior flexibilização e alargamento das regras pelo critério da ponderação.

É importante salientar que nenhum princípio é absoluto, devendo sempre o operador do direito ansiar por soluções mais flexíveis, a fim de resolver supostos conflitos principiológicos no caso concreto. Somente analisando-se caso a caso é possível sopesar os direitos e garantias mais relevantes em detrimento de outros para que haja verdadeira justiça e ponha-se fim na controvérsia.

Todos os envolvidos nesse processo precisam ter disposição para perseguirem o melhor direito, buscando-se se beneficiarem dos meios extrajudiciais para que tenham maior celeridade nos processos, custo-benefício, efetividade, lucros, não se abstendo de observar os princípios basilares do procedimento.

Por fim, acredita-se que esta prática pelo Poder Público seja uma alternativa a resolução de conflitos mediante o Judiciário e com isso que a Administração

Pública tenha um “futuro promissor” na execução de seus contratos administrativos e parcerias público-privadas, visando resultados mais positivos para o bem de toda uma coletividade, além de atender com maior eficácia e eficiência as suas necessidades.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

\_\_\_\_\_. **A carta arbitral e a arbitragem na Lei das S.A.** Artigo publicado no jornal Valor Econômico em 17/06/15. Caderno Legislação e Tributos. Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/Artigo%203%20-%20A%20carta%20arbitral%20e%20a%20arbitragem%20na%20Lei%20das%20S.A.pdf>. Acesso em dezembro 2016;

\_\_\_\_\_. **A clássica teoria geral do processo e o novo CPC – A arbitragem cabe no conceito de jurisdição?** Artigo publicado no site Migalhas em 26/10/2016. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI239728,61044-A+classica+teoria+geral+do+processo+e+o+novo+CPC+A+arbitragem+cabe+no>. Acesso em dezembro 2016;

\_\_\_\_\_. **Administração Pública tende a buscar arbitragem para questões complexas.** Disponível em <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI224127,51045-Administracao+Publica+tende+a+buscar+arbitragem+para+questoes>. Acesso em: dezembro 2016;

\_\_\_\_\_. **As possibilidades de arbitragem em contratos administrativos.** Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-set-24/interesse-publico-possibilidades-arbitragem-contratos-administrativos2>. Acesso em: janeiro de 2017);

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito administrativo esquematizado**/Ricardo Alexandre, João de Deus. – 2. Ed. ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016;

ALVIM, J. E. Carreira. **Direito arbitral**. Rio de Janeiro: Forense, 2007;

AMARAL, Paulo Osternack. **Vantagens, desvantagens e peculiaridades da arbitragem envolvendo o poder público.** In: PEREIRA, Cesar Augusto G., TALAMINI, Eduardo (coord.) Arbitragem e Poder público. São Paulo: Saraiva, 2010;

\_\_\_\_\_. **Arbitragem e os vetos a nova lei.** Artigo publicado no jornal Valor Econômico em 15/06/15. Caderno Legislação e Tributos. Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/Artigo%201-Arbitragem%20e%20os%20vetos%20%C3%A0%20nova%20lei.pdf>. Acesso em dezembro 2016;

\_\_\_\_\_. **Arbitragem no setor de infraestrutura portuária.** Artigo publicado no site Migalhas em 11.08.15. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI224914,81042>; Acesso em dezembro 2016;

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, DF: Senado, 1988;

CALMON, Eliana. **A arbitragem e poder público.** Revista de Arbitragem e Mediação, ano 7, n. 24, jan.-mar., 2010;

\_\_\_\_\_. **CAM-CCBC edita três novas resoluções administrativas.** Disponível em 16 dezembro de 2016. <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI250710,51045-CAMCCBC+edita+tres+novas+resolucoes+administrativas>. Acesso em janeiro de 2017;

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário a Lei 9.307/96.** São Paulo: Atlas, 2006;

CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del Proceso Civil**, tradução da 5ª edição italiana por Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, Ed. Juridicas Europa-America, 1989. V. I;

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013;

\_\_\_\_\_. **Instituições de direito processual civil**. v. 1. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009;

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **A possibilidade de arbitragem em contratos administrativos**. Artigo publicado no site Consultor jurídico em 24/09/15. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-24/interesse-publico-possibilidades-arbitragem-contratos-administrativos2>; Acesso em dezembro 2016;

GRAU, Eros Roberto. **Arbitragem e contrato administrativo**. Revista Trimestral de Direito Público, v. 32, 2000;

\_\_\_\_\_. Imagem coletada em <http://adambrasil.com/categorias/arbitragem>. Acesso em janeiro de 2017;

KLEIN, Aline Licia. **A arbitragem nas concessões de serviço público**. In: PEREIRA, Cesar Augusto G., TALAMINI, Eduardo (coord.) **Arbitragem e Poder público**. São Paulo: Saraiva, 2010;

LAFER, Celso. **Filosofia do direitos e princípios gerais: considerações sobre a pergunta “o que é filosofia do direito”**. In: LAFER, Celso et al. **O que é a filosofia do Direito?** Barueri: Manole, 2004;

LEMES, Selma Maria Ferreira. **Por que criar amarras à arbitragem**. Artigo publicado no jornal Valor Econômico em 15/08/14. Caderno Legislação e Tributos. Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/artigovalor15082014.pdf>. Acesso em dezembro 2016;

LINDER, Daniel. **Os contratos de Transporte**. In Seminário: **Arbitragem e Poder Público**, 2015, Brasília;

LIRA, José Ferreira de. **Arbitragem, A Justiça Privada**. Ed. Clube de Autores, 2010;

MARIANI, Romulo Greff. **Arbitragens coletivas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2015;

MEIRELLES, Hely Lopes, Direito administrativo brasileiro, 36. Ed. atual. até a Emenda Constitucional 64, de 4.2.2010. São Paulo: Malheiros, 2010;

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **“Arbitragem nos contratos administrativos”**. **Mutações do direito administrativo**, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 221 a 235;

\_\_\_\_\_. **Números mostram maior aceitação da arbitragem no Brasil**. Artigo publicado no site Consultor Jurídico em 10/4/14. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-abr-10/selma-lemes-numeros-mostram-maior-aceitacao-arbitragem-brasil>. Acesso em dezembro 2016;

Nunes, Jorge Amaury Maia. **Princípios Constitucionais: Interpretação Visando à Efetividade dos Direitos Fundamentais**. Nunes, Jorge Amaury Maia et al. Revista Jurídica de Direito Público. V. 1., n. 1 (jul./set. 2003). Porto Alegre: Síntese Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2005;

PARADA, Andre Luiz. **Arbitragem nos contratos administrativos: uma análise crítica aos obstáculos jurídicos normalmente suscitados para afastar a utilização da arbitragem como meio de solução de conflitos em contratos administrativos**. 2014. 181f. Dissertação (Mestrado em Direito) – UniCeub, Brasília, 2014;

PEREIRA, Cesar A. Guimaraes. **Arbitragem e administração pública na jurisprudência do TCU e do STJ**. In: \_\_\_\_\_ (coord.) **Arbitragem e Poder público**. São Paulo: Saraiva, 2010;

\_\_\_\_\_. **Por que arbitragem?** Disponível em <http://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI250506,101048-Por+que+arbitragem>. Acesso em: Dezembro de 2016;



\_\_\_\_\_. Presidência da República. Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996, que dispõe sobre a arbitragem;

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Lei 13.129, de 25 de maio de 2015, que altera a Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996;

\_\_\_\_\_. **Princípios e Origens da Lei de Arbitragem.** AASP/Revista do Advogado nº 51;

\_\_\_\_\_. Resolução Administrativa 09/2014 do CAM/CCBC. Disponível em: <http://www.ccbc.org.br/Materia/1487/resolucao-administrativa-n-092014>. Acesso em: dezembro 2016;

REVISTA DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO. LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica.** P. 388/389. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., ano 4, n. 15, out. /dez. /2007;

RICCI, Eduardo Flavio. **Lei da arbitragem brasileira: oito anos de reflexão: questões polêmicas;** com a colaboração de Mariulza Franco. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004;

SARLET, Ingo Wolfgang. **Valor de Alçada e Limitação do Acesso ao Duplo Grau de Jurisdição.** Revista da Ajuris 66, 1996;

TÁCITO, Caio. **Arbitragem em litígios administrativos.** Revista de Direito Administrativo. Out/Dez,2005;

VOSCERAU, Isabella Moreira de Andrade. **Arbitragem e Poder público: da convenção arbitral à instauração da arbitragem.** Revista de Direito Administrativo Contemporâneo. n. 1, 2013.

WALD, Arnaldo. **Maturidade e originalidade da arbitragem no direito brasileiro.** In: Verçosa, Haroldo Malheiros Duclerc. Aspectos da arbitragem institucional – 12 anos da Lei 9.307/1996. São Paulo: Malheiros, 2008.