

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO**

ANA CAROLINA DO VALE GATTI

**CONCRETIZAÇÃO DA ARBITRAGEM PÚBLICO-PRIVADA NO BRASIL:
AVANÇOS E DESAFIOS.**

*Sobre as possibilidades da arbitragem como mecanismo de resolução de disputas na
Administração Pública e sua relação com a atração de investimentos estrangeiros para o país*

SÃO PAULO

2022

ANA CAROLINA DO VALE GATTI

**CONCRETIZAÇÃO DA ARBITRAGEM PÚBLICO-PRIVADA NO BRASIL –
AVANÇOS E DESAFIOS:**

*Sobre as possibilidades da arbitragem como mecanismo de resolução de disputas na
Administração Pública e sua relação com a atração de investimentos estrangeiros para o país*

Trabalho de Monografia Jurídica
apresentado na Graduação de Direito da
Pontifícia Universidade Católica de São
Paulo, como requisito para obtenção do
título de Bacharel em Direito, sob
orientação do Prof. Doutor Cláudio
Finkelstein.

SÃO PAULO

2022

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Giseli e Décio, com todo meu amor e carinho, responsáveis pela minha formação acadêmica, pessoal e profissional. Agradeço à confiança que depositaram em mim.

Aos meus avós, que me ensinaram o que é a vida em sua essência. Que cuidaram de cada um dos meus passos e me ensinaram a ver o mundo como ele é.

A minha irmã, que sempre foi minha melhor companhia e minha maior incentivadora ao longo desta jornada. Sem ela nada seria possível.

Às minhas amigas de infância, que estiveram comigo ao longo de toda minha jornada. Em especial a Nicole, Maria Paula, Gabriela, Lia e Luiza, que me acompanharam e me ampararam em tantos momentos de minha trajetória.

Às minhas amigas da faculdade, que tanto me auxiliaram ao largo da minha vida acadêmica e profissional. Aqui cabe um agradecimento especial a Catharina, Alicia e Juliana.

Ao Professor Cláudio Finkelstein, pela orientação segura. Tenho grande honra e enorme satisfação em ser sua orientanda.

A todos os meus professores da PUC, pessoas comprometidas com a educação. A formação de profissionais com opinião crítica, lema dessa faculdade, transformou-me como pessoa e profissional.

Aos meus colegas de trabalho, que sempre apoiaram e incentivaram a busca por me aprimorar pessoal e academicamente, sempre mirando nas pessoas certas.

RESUMO

A presente monografia propõe um estudo acerca da possibilidade de a Administração Pública eleger a arbitragem como mecanismo de resolução e sua relação com a atração de investimentos estrangeiros para o país. Analisa-se, em um primeiro momento, o movimento tendente a busca por métodos de solução de conflitos alternativos a jurisdição estatal, percorrendo-se, ainda, as características basilares da arbitragem. Em um segundo espectro, passa a se verificar a arbitrabilidade dos entes estatais e o cenário antes e depois da reforma da Lei de Arbitragem. A partir disso retrocede-se a análise histórica da utilização da arbitragem nos contratos celebrados pela Administração Pública, pautando-se na evolução legislativa e jurisprudencial da matéria. Nesse tocante, será traçado, ainda, paralelo com a adoção da arbitragem nos países estrangeiros. Fixadas essas premissas, revolver-se-á às particularidades dos procedimentos arbitrais envolvendo à Administração Pública, bem como os regimentos específicos adotados pelas câmaras arbitrais, a fim de viabilizar a participação de entes da Administração Pública. Por fim, serão analisados os reflexos da inserção de cláusula arbitral nos contratos administrativos como mecanismo de fomento à captação de recursos externos no setor público. Ao final da monografia, verifica-se a importância do fomento a adoção da arbitragem no setor público, a fim de fomentar os investimentos em infraestrutura.

Palavras chaves: Arbitragem – Administração Pública – Arbitrabilidade – Evolução – Captação de recursos estrangeiros.

ABSTRACT

This monograph proposes a study on the possibility of the Public Administration electing arbitration as a resolution mechanism and its relationship with attracting investments to the infrastructure sector. At first, the movement towards the search for alternative conflict resolution methods to the state jurisdiction is analyzed, also going through the basic characteristics of arbitration. In a second spectrum, the arbitrability of state entities and the scenario before and after the reform of the Arbitration Law is going to be verified. Later, the historical analysis of the use of arbitration in contracts entered into by the Public Administration, based on the legislative and jurisprudential evolution of the matter, is presented. In this regard, a parallel will also be drawn with the adoption of arbitration in foreign countries. Having established these premises, we will now turn to the particularities of arbitration procedures involving the Public Administration, as well as the specific rules adopted by the arbitration chambers, in order to enable the participation of Public Administration entities. Finally, we will analyze the consequences of the insertion of arbitration clause in administrative contracts as a mechanism to encourage private investment in the public sector. At the end of the monograph, the importance of encouraging the adoption of arbitration in the public sector, in order to foster investments in infrastructure, will be verified.

Key words: Arbitration – Public Administration – Arbitrability – Evolution – Foreign fund raising.

SUMÁRIO

1.	CONSIDERAÇÕES INICIAIS	7
2.	ARBITRAGEM	8
	3.1. MOVIMENTO TENDENTE À BUSCA POR ALTERNATIVAS À JUSTIÇA ESTATAL	8
	3.2. ARBITRAGEM: ASPECTOS GERAIS	10
3.	ARBITRAGEM E O PODER PÚBLICO	12
	4.1. A ARBITRABILIDADE DO ESTADO	12
	4.2. O CENÁRIO ANTES E DEPOIS DA REFORMA	15
4.	A ARBITRAGEM PÚBLICO-PRIVADA NO BRASIL	17
	5.1. UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: COMPILADO HISTÓRICO	17
	5.2. PARALELO: ARBITRAGEM PÚBLICO-PRIVADA NOS PAÍSES ESTRANGEIROS	25
	5.3. AVANÇOS E RETROCESSOS: UM CAMINHO A SER PERCORRIDO	29
5.	PROCEDIMENTOS ARBITRAIS ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	30
	5.1. PARTICULARIDADES DOS PROCEDIMENTOS	30
	6.2. IMPLEMENTAÇÃO DE REGULAMENTOS COM REGRAMENTOS ESPECÍFICOS PELAS CÂMARAS ARBITRAIS	36
6.	ANÁLISE ECONÔMICA DA ELEIÇÃO DA ARBITRAGEM	38
7.	CONCLUSÃO	40
8.	BIBLIOGRAFIA	43

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Há longo tempo que a Administração Pública, no Brasil tem sido apontada como uma das maiores litigantes no país. Em agosto de 2022, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) divulgou levantamento anual com os maiores litigantes da Justiça, sendo que as oito primeiras posições em todas as categorias são ocupadas por entidades da Administração Pública direta e indireta¹.

A alta litigiosidade do Poder Público, por óbvio, surte consequências nas contratações, especialmente considerando a morosidade do Poder Judiciário e, por vezes, a ausência de qualificação técnica suficiente para analisar questões relacionadas aos complexos contratos de infraestrutura². Somado a essas questões, tem-se um processo de reconfiguração do papel do Estado, que transferiu algumas atividades antes prestadas exclusivamente por entes públicos para o setor privado³.

Nesse contexto, a arbitragem foi – e ainda vem sendo – o instrumento capaz de imprimir celeridade e precisão na solução de litígios complexos travados pela Administração Pública e, por consequência, segurança jurídica, o que é de grande importância na busca de investimentos privados, visto que não há atrativo maior para a iniciativa particular do que a garantia de que eventuais controvérsias oriundas de contratos celebrados com o Poder Público poderão ser resolvidas de maneira célere e especializada.

Diante de tal cenário, o presente trabalho tem como objetivo analisar a concretização da arbitragem público-privada no Brasil. Fixado o objetivo do trabalho, apresenta-se uma síntese do modo pelo qual a matéria será tratada.

O estudo envolve cinco capítulos. Após as considerações iniciais sobre a temática, em um primeiro momento, será feita uma análise do movimento tendente à busca por alternativas à justiça estatal, que culminou na adoção progressiva da arbitragem (**item II**).

Fixadas as premissas quanto às relações travadas entre a arbitragem e o Poder Público, em segundo lugar, será realizada a análise do panorama histórico da utilização da arbitragem

¹ CNJ – Grandes Litigantes, 2022. Disponível em: <https://grandes-litigantes.stg.cloud.cnj.jus.br/>. Acesso em: 15 out. 2022.

² Riccardo Giuliano Figueira TORRE. In: 25 Anos da Lei de Arbitragem (1996-2021) - Ed. 2022. Org.: Arnaldo Wald, Selma Ferreira Lemes. Thomson Reuters Brasil: São Paulo. 2022. E-Book.

³ Clémerson Merlin CLÈVE. Preceitos constitucionais fundamentais da República Federativa do Brasil, serviço público portuário e autorização para exploração de atividade portuária por meio de terminais privativos de uso misto, in Regulação portuária e concorrência: pareceres jurídicos e econômicos, Rio de Janeiro, Abratec, 2009, p. 211.

nos contratos administrativos. A partir disso, em terceiro lugar, será abordado o avanço e concretização da arbitragem na esfera administrativa, pautando-se na evolução legislativa e jurisprudencial, bem como no cenário internacional.

Percorridas tais questões, em quarto lugar, serão esmiuçadas as principais particularidades dos procedimentos arbitrais envolvendo a Administração Pública, com a consideração do incremento crescente na eleição da arbitragem como mecanismo de resolução de disputas nos contratos celebrados pelo Poder Público.

Por fim, em quinto lugar, serão analisados os reflexos da inserção de cláusula arbitral nos contratos administrativos como mecanismo de fomento à captação de investimentos privados no setor público.

2. ARBITRAGEM

3.1. MOVIMENTO TENDENTE À BUSCA POR ALTERNATIVAS À JUSTIÇA ESTATAL

A evolução histórica das relações sociais a partir do Século XX consolidaram um novo modelo de organização econômica, marcado por uma organização da sociedade, notadamente, no que se refere à produção e circulação de mercadorias e de ideias cada vez mais globalizada⁴. Deste modo, os “novos direitos” instrumentalizaram a busca por meios efetivos de resolução de disputas.

Isso somado ao colapso do sistema jurisdicional, marcado por uma excessiva morosidade e falta de recursos técnicos para julgar determinados litígios, experimentado pelo Brasil a partir da década de 1970, culminou na abertura dos caminhos para um sistema jurisdicional multiportas⁵. Compreendendo a impossibilidade de assegurar a justiça por meio do monopólio dos órgãos jurisdicionais, a justiça afastou-se da concepção de que estaria necessariamente atrelada a uma atuação estatal, reabrindo os caminhos para a arbitragem como mecanismo adequado para a solução de conflitos⁶.

⁴ Anderson AZEVEDO. In: Arbitragem em evolução: aspectos relevantes após a reforma da Lei Arbitral. Org.: Tarcisio Teixeira e Patricia Ayub da C Liganovski. São Paulo: Editora Manole, 2018. E-book. ISBN 9786555762204. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555762204/>. Acesso em: 21 out. 2022.

⁵ Riccardo Giuliano Figueira TORRE. In: 25 Anos da Lei de Arbitragem (1996-2021) - Ed. 2022. Org.: Arnaldo Wald, Selma Ferreira Lemes. Thomson Reuters Brasil: São Paulo. 2022. E-Book.

⁶ Eduardo CAMBI. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.

O descompasso entre o processo estatal e a necessidade dos jurisdicionados de obter uma prestação rápida e efetiva, culminou na tendência de “(re)pensar em formas alternativas de organização e de distribuição do ofício judicante”⁷.

Em um país marcado por verdadeira cultura de litígio⁸ e por um ideal de que a solução dos conflitos só poderia ser realizada por órgãos do Estado, tornou-se impossível a materialização da tutela jurisdicional de maneira célere, acertada e verdadeiramente justa⁹.

Nesse cenário, impulsionado pelas chamadas “ondas renovatórias de direito”,¹⁰ encartou-se o movimento reformista da década de noventa, em que buscou criar-se sistema de justiça multiportas¹¹. Como resultado dessa busca por meios alternativos para a resolução de conflitos, que imprimissem a expertise e a celeridade almejada, aprovou-se a Lei 9.307/1996 (Lei de Arbitragem).

Facilitada pelo julgamento do emblemático Caso Lage¹² nos idos de 1973, no qual foi reconhecida a possibilidade do uso da arbitragem privada em território nacional, as discussões acerca da constitucionalidade da Lei de Arbitragem alcançaram novamente o Supremo Tribunal Federal, o que ocorreu em 2001, tendo sido fixado o entendimento de que o uso da arbitragem não cerceava o direito de acesso à justiça enunciado pelo art. 5º da Constituição Federal¹³.

Ainda houvesse previsão tímida quanto a possibilidade do uso da arbitragem no Código Civil de 1916 (artigos 1.037 a 1.048), em razão da exigência de homologação do laudo arbitral pelo Poder Judiciário contida no Código de Processo Civil de 1973, o instituto acabou caindo em desuso. Foi apenas com a promulgação da Lei de Arbitragem, a qual além de equiparar os árbitros a juízes de fato e de direito, dispensou a homologação da sentença arbitral pelo Poder Judiciário, que a arbitragem experimentou verdadeira guinada.

⁷ Fernando Fortes SAID FILHO. (Re)pensando o acesso à justiça: a arbitragem como mecanismo alternativo à crise funcional do Poder Judiciário, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 107.

⁸ “O Poder Judiciário finalizou o ano de 2021 com 77,3 milhões de processos em tramitação, aguardando alguma solução definitiva.”. CNJ – Justiça em números. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em: 20 out. 2022.

⁹ Joel Dias Figueira Jr.. Arbitragem. São Paulo: Grupo GEN, 2019. E-book. ISBN 9788530987244. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530987244/>. Acesso em: 20 out. 2022.

¹⁰ Mauro CAPPELLETTI; Bryan GARTH. Acesso à Justiça. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris Editora, 1988.

¹¹ Felipe Costa Laurindo do NASCIMENTO; Bruno Manoel Viana de ARAUJO. A Arbitragem em Direito Nacional: Justiça Multiportas e o Código de Processo Civil de 2015. Revista de Processo: Revista dos Tribunais. 2018.

¹² STF - Agravo de Instrumento 52.181-GB – Agravante União Federal; Agravado Espólio de Renaud Lage e outros; Henry Potter Lage e Espólio de Frederico Lage e Espólio de Henrique Lage.

¹³ STF - SE: 5206 EP, Relator: Min. Presidente. Data do Julgamento: 12/12/2001. Tribunal Pleno.

A resistência inicial a adoção de sistema multiportas gradativamente foi superada, por meio da institucionalização dos meios alternativos de resolução de conflito¹⁴. Tanto é que, em 2012, parte da doutrina internacional referia-se ao Brasil como a "*belle of the ball*" da arbitragem internacional.¹⁵

O sucesso da arbitragem foi um caminho natural trilhado especialmente em razão da celeridade, especialidade dos árbitros e confidencialidade conferidas pelo instituto.¹⁶ Segundo Arnoldo Wald, após a promulgação da Lei de Arbitragem, o desenvolvimento experimentado pelo instituto no Brasil “nos últimos 20 anos, e, em especial, na última década, corresponde ao atingido por outros países em mais de meio século”¹⁷.

A Lei de Arbitragem não teve como intuito resolver a crise experimentada pela jurisdição estatal, mas sim de conferir um meio mais adequado para a solução de controvérsias. Trata-se, portanto, de instrumento colocado à disposição das pessoas físicas e jurídicas, quando diante de conflitos que versem sobre direitos de natureza patrimonial disponível, que convive com a jurisdição estatal.

3.2. ARBITRAGEM: ASPECTOS GERAIS

A arbitragem consiste em forma heterocompositiva de resolução de conflitos, na qual as partes outorgam a terceiro jurisdição para dirimir as controvérsias decorrentes de determinada relação contratual¹⁸. Consiste, portanto, em negócio jurídico, por meio do qual as partes derrogam a jurisdição estatal em favor da arbitral, em razão do litígio envolver direitos patrimoniais disponíveis¹⁹.

A ponto fundamental da arbitragem reside na autonomia da vontade das partes que, capazes de consentir, optam pela eleição da jurisdição arbitral. É a vontade comum das partes que confere poderes ao juízo arbitral²⁰.

¹⁴ Felipe Costa Laurindo do NASCIMENTO; Bruno Manoel Viana de ARAUJO. A Arbitragem em Direito Nacional: Justiça Multiportas e o Código de processo Civil de 2015. Revista de Processo: Revista dos Tribunais. 2018.

¹⁵ Clare BOLTON. “Brazil – belle of the ball” Global Arbitration Review, vol. 7(3), 12.01.2012.

¹⁶ Adriana BRAGHETTA; Silvia Rodrigues PACHIKOSKI. In: 25 Anos da Lei de Arbitragem (1996-2021). Org: Arnoldo Wald e Selma Ferreira Lemes. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. E-book. Acesso em: 21 out. 2022.

¹⁷ Arnoldo WALD. A Reforma da Lei de Arbitragem. Revista dos Tribunais. 2015

¹⁸ Natália Mizrah LAMAS. In: Curso de Arbitragem. Org.: Daniel Levy. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2019. E-book. Acesso em: 21 out. 2022.

¹⁹ Selma LEMES. Incentivos à arbitragem na administração pública. Gen Jurídico. 02 jan. 2018. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2018/01/02/incentivos-arbitragem-administracao-publica/>. Acesso em: 22 out. 2022.

²⁰ Philippe FOUCHARD; Emmanuel GAILLARD; John SAVAGE. Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration. Kluwer Law International BV, 1999.

Na arbitragem, nos procedimentos respectivos, os árbitros serão juízes de fato e de direito, sendo que a sentença proferida possui força de título executivo extrajudicial²¹. Por isso, é adequada a síntese de Luiz Antonio Scavone Jr. a propósito do instituto:

A arbitragem pode ser definida, assim, como o meio privado, jurisdicional e alternativo de solução de conflitos decorrentes de direitos patrimoniais e disponíveis por sentença arbitral, definida como título executivo judicial e prolatada pelo árbitro, juiz de fato e de direito, normalmente especialista na matéria controvertida.

O sucesso do instituto decorre não só de seus atributos (e.g. celeridade, especialidade dos árbitros), como também do respeito aos seus princípios, especialmente da *Kompetenz-Kompetenz*²².

O princípio da *Kompetenz-Kompetenz* estabelece a competência do Tribunal Arbitral para decidir sobre sua própria competência (efeito positivo), bem como afasta a competência do juiz togado para decidir, *a priori*, sobre a jurisdição do Tribunal Arbitral (efeito negativo)²³. O respeito aos efeitos positivo e negativo do princípio da *Kompetenz-Kompetenz* prestigia a autonomia das partes e evita intervenções indevidas do Poder Judiciário (medidas antiarbitragem)²⁴.

No Brasil, tal princípio é agasalhado pelo Artigo 8º da Lei de Arbitragem, o qual enuncia, em seu parágrafo único, que será incumbência do arbitro 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”. Assim, conforme lecionam Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de A. Nery, não há “controle a priori da competência arbitral, mas só a posteriori”²⁵.

O respeito ao princípio da *Kompetenz-Kompetenz* encontra coro na jurisprudência²⁶, o que rechaça a possibilidade de intervenção prematura do Poder Judiciário e, por consequência,

²¹ Lei de Arbitragem, art. 18. “O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário”.

²² Giovanni NANNI, *et al.* Comitê Brasileiro de Arbitragem e a Arbitragem no Brasil: Obra Comemorativa ao 20º Aniversário do CBar. (Coleção CBar). Disponível em: Minha Biblioteca, Grupo Almedina (Portugal), 2022.

²³ Emmanuel GAILLARD,; John SAVAGE (Ed.). Fouchard Gaillard Goldman on international commercial Arbitration. Kluwer Law International, 1999. p. 401.

²⁴ Rafael Francisco ALVES. A inadmissibilidade das medidas antiarbitragem no direito brasileiro. São Paulo: Atlas, 2009. p. 214-215. p. 94.

²⁵ Nelson NERY JR.; Rosa Maria de A. NERY. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. p. 1114

²⁶ Daniel TAVELA LUÍS; Gustavo Santos KULESZA; Laura França PEREIRA (Coord.). 2ª. ed. da Pesquisa “Arbitragem e Poder Judiciário” – 3 – Relatório Validade Cláusula – 03/08/2017, p.35. Disponível em: <http://cbar.org.br/site/pesquisa-cbar-abearb-2016/>. Acesso em: 22 out. 2022.

prestigia à arbitragem. Felizmente, o que se vê no cenário nacional é uma tendência *favor arbitratis*, a qual projeta-se tanto no âmbito das relações privadas, quanto daquelas que envolvem a Administração Pública.²⁷

3. ARBITRAGEM E O PODER PÚBLICO

4.1. A ARBITRABILIDADE DO ESTADO

A análise da possibilidade de submissão ao juízo arbitral depende necessariamente da verificação da arbitrabilidade subjetiva, o que remonta a capacidade do Estado de eleger a arbitragem; bem como da arbitrabilidade objetiva, que remonta a transacionalidade dos direitos envolvidos na disputa²⁸. Note-se que a arbitrabilidade é condição *sine qua non* para que um determinado conflito seja submetido ao crivo do juízo arbitral²⁹.

No âmbito das relações travadas pela Administração Pública, a discussão acerca da arbitrabilidade dos entes governamentais, bem como dos direitos que são objeto do litígio foi alvo de fortes controvérsias.

4.1.1. Arbitrabilidade subjetiva

A arbitrabilidade subjetiva remonta a capacidade da parte litigante de optar pela jurisdição arbitral. Capacidade esta, delineada de maneira genérica no artigo 851 do Código Civil, ao determinar que apenas as pessoas capazes de contratar poderão se valer da arbitragem e, por consequência, contida no art. 1º da Lei de Arbitragem, o qual disciplina que apenas “as pessoas capazes de contratar” poderão se valer da arbitragem.

Não é novidade que o consentimento das partes é indispensável para que eventuais litígios sejam solucionados pela via arbitral³⁰, dado que a renúncia à jurisdição estatal depende,

²⁷ TIBURCIO, Carmen; PIRES, Thiago Magalhães. Arbitragem envolvendo a Administração Pública: notas sobre as alterações introduzidas pela Lei 13.129/2005. Revista de Processo, São Paulo, v. 254, 2016. p. 431-462

²⁸ Ver a este respeito: “O Direito que atormenta”, Folha de S. Paulo, 15 nov. 1998; Carlos A. CARMONA; Selma F. LEMES; Pedro B. MARTINS. 20 Anos da Lei de Arbitragem - Homenagem a Petrónio R. Muniz. São Paulo: Grupo GEN, 2017. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597013276/>. Acesso em: 17 out. 2022.

²⁹ Francisco José CAHALI. Curso de Arbitragem. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2022. E-book. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/77225019/v9/page/RB-5.1>. Acesso em: 17 out. 2022.

³⁰ Carlos Alberto CARMONA. Arbitragem e processo. São Paulo: Atlas, 2009, p. 3.

necessariamente, da vontade comum das partes – esta, verdadeira pedra de totem da arbitragem reside na vontade das partes³¹.

Nesse contexto, o Estado, por ser pessoa jurídica é, também, possuidor da capacidade de contrair direitos e obrigações, e, por consequência, de se submeter ao juízo arbitral³². Sob essa ótica, portanto, é possível inferir que não há necessidade de legislação específica para autorizar que a Administração Pública se utilize da arbitragem³³. A capacidade do Estado de contratar implica em sua capacidade de eleger a arbitragem como mecanismos de resolução de disputas.

4.1.2. Arbitrabilidade objetiva

Um dos pontos mais polêmicos para aferir a possibilidade de submissão de litígio envolvendo ente da Administração Pública à arbitragem reside na configuração da arbitrabilidade objetiva³⁴. Ou seja, em verificar se os direitos envolvidos atendem concomitantemente os requisitos da patrimonialidade e disponibilidade, conforme previsão literal do artigo 1º da Lei de Arbitragem³⁵.

A fim de aferir a existência de direitos patrimoniais disponíveis, há que se distinguir os contratos submetidos exclusivamente ao regime de Direito Público (contratos administrativos) daqueles regrados pelo Direito Privado (contratos da administração), dado que nem todos os negócios jurídicos celebrados pela Administração Pública serão enquadrados na primeira hipótese³⁶. Na segunda hipótese, predominam as regras de Direito Privado porque a Administração Pública adota posição equiparada a dos particulares, sem exercer prerrogativas que lhe são inerentes, a fim de celebrar contratos como, por exemplo, de compra e venda³⁷.

³¹ Philippe FOUCHARD; Emmanuel GAILLARD; John SAVAGE. Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration. Kluwer Law International BV, 1999.

³² Diogo Albaneze Gomes RIBEIRO. Arbitragem no setor de energia elétrica. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2015.

³³ Selma Maria Ferreira LEMES. Arbitragem na Administração Pública – fundamentos jurídicos e eficiência econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 115.

³⁴ Carlos A. CARMONA; Selma F. LEMES; Pedro B. MARTINS. 20 Anos da Lei de Arbitragem - Homenagem a Petrônio R. Muniz. São Paulo: Grupo GEN, 2017. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597013276/>. Acesso em: 17 out. 2022.

³⁵ LEI Nº 9.307, DE 23 DE SETEMBRO DE 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 17 out. 2022.

Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

³⁶ Hely Lopes MEIRELLES. Direito Administrativo Brasileiro. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 145.

³⁷ Rafael MAFFINI. Elementos de Direito Administrativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 98

Ao se tratar da relação jurídica entre particulares, incide o princípio da autonomia privada, que privilegia a liberdade das partes para acordar as condições contratuais que entenderem cabíveis, tal como a cláusula compromissória³⁸.

Ademais, é de muito importante diferenciar a indisponibilidade do interesse público da indisponibilidade dos direitos individuais do Estado³⁹. A Administração Pública, quando pratica atos de gestão, atua em prol de seus interesses individuais, concernentes a direitos disponíveis e transacionáveis, os quais são arbitráveis (interesses públicos secundários)⁴⁰. Não se nega a existência de direitos indisponíveis da Administração (interesses públicos primários), no entanto, notadamente quando ela transaciona, os direitos envolvidos são necessariamente contratuais e, por isso, disponíveis⁴¹.

A esse respeito, compete ao árbitro, e não ao Poder Público, determinar a arbitrabilidade do objeto. Do contrário, a Administração Pública poderia discricionariamente gerar a inarbitrabilidade de seu ato em benefício próprio, causando desequilíbrio entre as partes que celebraram contrato no âmbito do Direito Privado.

Nesse sentido, ao considerar a natureza contratual da arbitragem, negar a possibilidade de o Estado inserir cláusula arbitral é negar a existência de contratos da administração⁴². Tal silogismo é mais forte quando se trata de empresas estatais ou empresas público-privadas, tendo em vista que estão submetidas ao regime das empresas privadas e, assim, em virtude da sua própria natureza, autorizadas a dispor de seus direitos e obrigações civis e comerciais⁴³.

A patrimonialidade, por seu turno, é reconhecida no âmbito dos contratos em que a Administração Pública explora atividade econômica em troca de uma contraprestação financeira⁴⁴. Isso porque a pretensão recairá sobre questões de cunho patrimonial, tal como o

³⁸ Sofia MARTIN. Litígios entre privados em setores regulados. In: MOREIRA, António Júdice et al. *Mediação e Arbitragem na Administração Pública*. Lisboa: Grupo Almedina, 2020. p. 187.

³⁹ Mauricio Morais TONIN. *Arbitragem, Mediação e outros métodos de solução de conflitos envolvendo o poder público*. Lisboa: Grupo Almedina, 2020, p. 248.

⁴⁰ Joaquim de Paiva MUNIZ; Maria Clara Barros MOTA. *Arbitragem na Administração Pública: onde estamos e para onde vamos*. In: MOREIRA, António Júdice et al. *Mediação e Arbitragem na Administração Pública*. Lisboa: Grupo Almedina, 2020. p. 82.

⁴¹ Marçal JUSTEN FILHO. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 825.

⁴² Diogo Albaneze Gomes RIBEIRO. *Arbitragem no setor de energia elétrica*. 2015. 179 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Mestrado em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP), São Paulo, 2015, p. 36.

⁴³ Maria Sylvia Zanella DI PIETRO. *Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 1.085.

⁴⁴ Caio TÁCITO. *Arbitragem nos litígios administrativos*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 210, p. 211-115, out./dez. 1997.

reequilíbrio econômico-financeiro do contrato⁴⁵. Por isso, não faria sentido limitar a possibilidade de pactuação de arbitragem em tais hipóteses.

Assim, conforme Eros Grau, “sempre que puder contratar, o que importa disponibilidade de direitos patrimoniais, poderá a Administração, sem que isso importe disposição do interesse público, convencionar cláusula de arbitragem”⁴⁶. Note-se, pois, que mesmo no que tange a arbitrabilidade objetiva do Estado, o ponto central continua a ser a vontade das partes e a disponibilidade para contrair direitos e obrigações⁴⁷.

Logo, conclui-se que, com a existência de uma relação jurídica entre a Administração Pública e um particular que diga respeito a direitos patrimoniais disponíveis, as partes poderão optar pela via arbitral para dirimir eventuais conflitos⁴⁸. E, em complemento, a opção do Poder Público pela arbitragem – ainda que restrita aos litígios que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis – consiste em escolha que prestigia o interesse público, já que o procedimento tende a ser mais célere e especializado⁴⁹.

4.2. O CENÁRIO ANTES E DEPOIS DA REFORMA

No Brasil, a arbitragem experimentou contundência a partir da promulgação da Lei de Arbitragem em 1996, o que deu fim a necessidade de homologação judicial da sentença arbitral e equiparou o árbitro a juiz de fato e de direito.

Contudo, em 1996, o legislador não se preocupou com a possibilidade de participação da Administração Pública em procedimentos arbitrais. Por isso, discutia-se com certa frequência a arbitrabilidade subjetiva e objetiva em relação aos entes públicos. A discussão da possibilidade de a Administração Pública não é de hoje, remontando, inclusive à data anterior a própria promulgação da Lei de Arbitragem⁵⁰.

⁴⁵ Justen MARÇAL FILHO. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos Lei 8.666/199. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. Livro eletrônico.

⁴⁶ Eros Roberto GRAU. Arbitragem e contrato administrativo. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo, n. 32, páginas 14-20, 2000, p. 20.

⁴⁷ Justen MARÇAL FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 824.

⁴⁸ Eduardo TALAMINI. Arbitragem e parceria público-privada. In: Eduardo TALAMINI; Monica Spezia JUSTEN (coord.). Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 334.

⁴⁹ Adilson de Abreu DALLARI. Arbitragem na concessão de serviço público. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo. 1996.

⁵⁰ Mauricio M. TONIN. Arbitragem, Mediação e Outros Métodos de Solução de Conflitos Envolvendo o Poder Público. Lisboa: Grupo Almedina, 2020.

Para parte da doutrina, mesmo antes da reforma, a participação da Administração Pública em arbitragem já era viabilizada pela previsão do *caput* do art. 1º da Lei de Arbitragem.⁵¹ Tal regramento estabelece tão somente dois requisitos para que seja permitido o uso desse método de resolução de conflitos: (i.) agente capaz de celebrar contrato com compromisso arbitral (arbitrabilidade subjetiva);(ii.) litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis (arbitrabilidade objetiva)⁵².

Com relação ao primeiro requisito, o Estado é uma pessoa jurídica, capaz de firmar negócios jurídicos. Já o segundo requisito diz respeito ao objeto do contrato que contém a cláusula compromissória, o qual deve ser patrimonial e disponível. Para outros, no entanto, a ausência de norma específica inviabilizava a participação da Administração Pública em procedimentos arbitrais.

Independente da corrente que se adote, é contundente a assertiva de que a Lei 13.129/2015, ao reformar a Lei da Arbitragem, pacificou a controvérsia em definitivo, por meio da certeza sobre a possibilidade de submissão da Administração Pública à arbitragem⁵³. Assim, após quase vinte anos da promulgação da Lei de Arbitragem, a autorização geral contida no *caput* do art. 1º da Lei de Arbitragem foi explicitada pelos §§ 1-2 do referido artigo, nos seguintes termos:

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. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)

§ 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. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)

Reconheceu-se, deste modo, a possibilidade de que os entes da Administração Pública direta e indireta se valham da arbitragem, desde que a controvérsia verse sobre direitos

⁵¹ Ver a este respeito: Selma LEMES. Parecer publicado no Livro Direito Empresarial e Outros Estudos de Direito em Homenagem ao Professor Rodrigo R. Monteiro de Castro, Walfrido Jorge Warde Júnior e Carolina Dias Tavares Guerreiro, São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 7; Mauricio M. TONIN. Arbitragem, Mediação e Outros Métodos de Solução de Conflitos Envolvendo o Poder Público. Lisboa: Grupo Almedina, 2020, p. 250.

⁵² Diogo Albaneze Gomes RIBEIRO. Arbitragem no setor de energia elétrica. 179 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2015.

⁵³ Carmen TIBURCIO; Thiago Magalhães PIRES. Arbitragem envolvendo a Administração Pública: notas sobre as alterações introduzidas pela Lei 13.129/2005. Revista de Processo, São Paulo, v. 254, 2016. p. 431-462.

patrimoniais e disponíveis e, portanto, transacionáveis. Em síntese, a reforma da Lei de Arbitragem consolidou entendimento doutrinário e jurisprudencial dominante sobre a matéria, que encontrava coro, inclusive, na legislação esparsa.

4. A ARBITRAGEM PÚBLICO-PRIVADA NO BRASIL

O fenômeno da globalização deslocou os conflitos para esfera do direito internacional, com a consideração de que, em razão da soberania dos estados, a jurisdição estatal mostra-se sabidamente inadequada para resolução de disputas⁵⁴. A intensificação do uso da arbitragem no mercado internacional, impulsionou seu crescimento no âmbito nacional⁵⁵.

Nesse contexto, a globalização econômica deixou fortes impressões na mudança do papel do Estado, no sentido de fomentar o estreitamento das relações entre os governos e empresas privadas (relacionamento público-privado). Como consequência, o antigo Direito Administrativo, conservador e com baixa flexibilidade, paulatinamente, deu lugar a um novo Direito Administrativo⁵⁶, no qual o Estado como agente efetivo da economia, com atuação, em muitas oportunidades, como contratante da iniciativa privada⁵⁷.

O processo de reconfiguração do Estado brasileiro culminou no aumento de sua atuação direta nas relações comerciais. Assim, em que pese a resistência inicial, a jurisprudência e a legislação caminharam no sentido de trazer a arbitragem como uma realidade no âmbito das relações travadas pela Administração Pública.

5.1. UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: COMPILADO HISTÓRICO

A utilização de arbitragem pela Administração Pública sempre foi alvo de fortes controvérsias na doutrina e na jurisprudência. Para alguns, de maneira equivocada, o instituto seria incompatível com o princípio da legalidade e da indisponibilidade do interesse público⁵⁸.

⁵⁴ Joel Dias FIGUEIRA JR. Arbitragem. 3ª Edição. São Paulo: Forense, 2019. E-book. ISBN 9788530987244. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530987244/>. Acesso em: 03 out. 2022.

⁵⁵ Jose Carlos de MAGALHÃES. In: 25 Anos da Lei de Arbitragem (1996-2021). Org: Arnaldo Wald e Selma Ferreira Lemes. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. E-book. Acesso em: 03 out. 2022.

⁵⁶ Luciano Benetti TIMM; Thiago Tavares SILVA; Marcelo de Souza RICHTER. OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E A ARBITRAGEM: ASPECTOS JURÍDICOS E ECONÔMICOS. Revista de Arbitragem e Mediação. Revista dos Tribunais. 2016.

⁵⁷ Giovani dos Santos RAVAGNANI. A Lei Mineira de Arbitragem como declaração de vontade do Poder Público em Indicar o método de resolução de conflitos em um contrato. Revista dos Tribunais. 2019.

⁵⁸ Ver a este respeito: Lauro da Gama e SOUZA JUNIOR. Sinal verde para a arbitragem nas parcerias público-privadas: a construção de um novo paradigma para os contratos entre o Estado e o investidor privado. Revista

Em verdade, ainda que a questão só tenha sido pacificada após a reforma da Lei de Arbitragem, antes mesmo da promulgação desta legislação havia no arcabouço normativo e jurisprudencial, respectivamente, leis e decisões que previam a possibilidade de a Administração Pública se valer da arbitragem.

5.1.1. Evolução Legislativa

Os primeiros registros do instituto da arbitragem no Brasil remontam à Constituição do Império de 1824, a qual previa a possibilidade de que as partes nomeassem “juizes árbitros”⁵⁹. No âmbito da Administração Pública, o primeiro instrumento normativo que registrou a possibilidade de sua partição em procedimentos arbitrais foi o Decreto 7.959 de 1880⁶⁰. À época, o Brasil era uma monarquia despida de instituições consolidadas, de tal sorte que a celebração de contratos contendo cláusulas compromissórias parecia ser a única forma de atrair investidores estrangeiros⁶¹.

Os avanços promissores do final do século XIX⁶² enfrentaram dificuldades no período compreendido entre as décadas de 1930 e 1980. A segunda fase do período republicano fez emergir um Estado mais intervencionista, o que abriu portas para o entendimento de que diversos serviços, dentre eles a prestação jurisdicional, só poderiam ser prestados pelo Poder Público⁶³, com a consolidação do entendimento de que os litígios envolvendo a Administração Pública só poderiam ser resolvidos pelo Poder Judiciário.

Na esteira destes acontecimentos, sobreveio o Decreto-Lei n° 2.300/1986,⁶⁴ o qual expressamente vedava o uso de arbitragem em contratos administrativos. Quase um ano depois sua disciplina foi reformada pelo Decreto-Lei n° 2.348/1987, passando a prever a possibilidade

Brasileira de Arbitragem. p. 7-42, 2005; Ricardo Marcondes MARTINS. Arbitragem e Administração Pública: contribuição para o sepultamento do tema. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo. 2013

⁵⁹ Constituição do Império de 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 16 out. 2022.

⁶⁰ Decreto 7.959/1880. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-7959-29-dezembro-1880-547352-publicacaooriginal-62081-pe.html>. Acesso em: 23 out. 2022.

⁶¹ André Rodrigues JUNQUEIRA. In.: Curso de Arbitragem. 2019. Org.: Daniel Levy. Revista dos Tribunais: São Paulo. E-book.

⁶² Selma LEMES. Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 63

⁶³ Riccardo Giuliano Figueira TORRE. In: 25 Anos da Lei de Arbitragem (1996-2021). Ed. 2022. Org.: Arnoldo Wald, Selma Ferreira Lemes. Thomson Reuters Brasil: São Paulo. 2022. E-Book.

⁶⁴ Decreto-Lei n° 2.300, de 21 de novembro de 1986. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2300-86.htm. Acesso em: 16 out. 2022.

de eleger o juízo arbitral nos contratos celebrados pela administração pública direta com pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas no estrangeiro⁶⁵.

Note-se que, antes mesmo da promulgação da Lei de Arbitragem, já existiam dispositivos que faziam referência expressa ao instituto no âmbito das relações de direito público. Assim, embora a *frenesi* da arbitragem só tenha vindo a ser experimentada após 1996⁶⁶ e a pacificação da discussão quanto a possibilidade de participação da Administração Pública só tenha sido assentada em 2015, no âmbito federal, existiam diversos dispositivos que regulavam a possibilidade de eleição da arbitragem para a resolução de controvérsias nesse interim.

Merece destaque a Lei n.º 8.693/93, que regulamenta a descentralização dos serviços de transporte e regulamenta, em seu artigo 1º, a possibilidade de se valer da arbitragem para dirimir controvérsias oriundas de contratos de crédito externo⁶⁷. A Lei n.º 8.987/1995, que fixa normas gerais para a concessão e permissão da prestação de serviços públicos, estabeleceu ser essencial nos contratos de concessão a presença de cláusula amigável de resolução de disputas⁶⁸.

Após a promulgação da Lei de Arbitragem, no setor de combustíveis, a Lei n.º 9.478/97 tratou expressamente da adoção de arbitragem internacional⁶⁹. No mesmo sentido, a Lei n.º 10.233/01, que dispunha sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, assentou a possibilidade de adoção de arbitragem⁷⁰ e a Lei n.º 10.438, que criou a ANEEL e condicionou às questões referentes à recomposição tarifária “à eliminação e prevenção de eventuais litígios judiciais ou extrajudiciais, inclusive por meio de arbitragem levada a efeito pela Aneel”⁷¹.

⁶⁵ Decreto-Lei n.º 2.348, de 24 de julho de 1987. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/del2348.htm. Acesso em: 16 out. 2022.

⁶⁶ Adriana BRAGHETTA; Silvia Rodrigues PACHIKOSKI. In: 25 Anos da Lei de Arbitragem (1996-2021) - Ed. 2022. Org.: Arnoldo Wald, Selma Ferreira Lemes. Thomson Reuters Brasil: São Paulo. 2022. E-Book.

⁶⁷ Lei n.º 8.693, de 3 de agosto de 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18693.htm#:~:text=L8693&text=LEI%20N%C2%BA%208.693%2C%20DE%203%20DE%20AGOSTO%20DE%201993.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20descentraliza%C3%A7%C3%A3o%20dos,Munic%C3%ADpios%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAsncias. Acesso em: 16 out. 2022.

⁶⁸ Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm. Acesso em: 16 out. 2022.

⁶⁹ Lei n.º 9.478, de 6 de agosto de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19478.htm. Acesso em: 16 out. 2022.

⁷⁰ Lei n.º 10.233, de 5 de junho de 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110233.htm#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20reestrutura%C3%A7%C3%A3o%20dos,Transportes%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAsncias. Acesso em: 16 out. 2022.

⁷¹ Lei n.º 10.438, de 26 de abril de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110438.htm. Acesso em: 16 out. 2022.

Soma-se, ainda, a Lei nº 11.079/2004, que ao instituir normas gerais para licitação e contratações de parcerias público-privadas, determinou que o edital convocatório poderia prever a arbitragem como mecanismo de resolução de disputas. A Lei 10.848/04, por seu turno, ao dispor sobre a comercialização de energia elétrica, criou permissivo para que as empresas públicas titulares de concessão optassem pela convenção de arbitragem. Não apenas isso, o art. 4º, § 5º dessa Lei torna compulsória a solução de eventuais divergências entre os agentes integrantes da CCEE por meio de arbitragem, conforme modelo de convenção arbitral estipulado pela Convenção de Comercialização.⁷²

A reforma da Lei de Arbitragem em 2015 parece ter colocado fim na discussão acerca da legalidade da Administração Pública celebrar contratos que prevejam a arbitragem como meio de resolução de disputas⁷³. Assim, a tendência em editar normas que prevejam a possibilidade do uso da arbitragem no âmbito federal e estadual seguiu promissora.

À exemplo, tem-se os seguintes atos normativos: (i.) Lei 13.448/2017, a qual, com intuito de promover investimentos no âmbito das concessões de infraestrutura aeroportuária, ferroviária e rodoviária, estabeleceu a possibilidade de que os contratos contem com compromisso arbitral⁷⁴; (ii.) a Nova Lei de Licitações, trouxe capítulo específico para disciplinar os meios alternativos de resolução de disputas, estabelecendo, inclusive, rol exemplificativo de direitos patrimoniais disponíveis que poderiam ser objeto de arbitragem⁷⁵; (iii.) o Decreto nº 10.025/2019, que dispõe sobre o uso da arbitragem para dirimir litígios que envolvam a administração pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário⁷⁶.

O arcabouço normativo demonstra que a participação da Administração Pública em procedimentos arbitrais encontra antecedentes no tempo. Sua relevância, por outro lado, é crescente, com a consideração do intuito de proporcionar maior segurança jurídica aos litígios

⁷² Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm. Acesso em: 16 out. 2022.

⁷³ Paula Butti CARDOSO; Gustavo ALBUQUERQUE. In: 25 Anos da Lei de Arbitragem (1996-2021) - Ed. 2022. Org.: Arnoldo Wald, Selma Ferreira Lemes. Thomson Reuters Brasil: São Paulo. 2022. E-Book.

⁷⁴ Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113448.htm. Acesso em: 16 out. 2022.

⁷⁵ Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 16 out. 2022.

⁷⁶ Decreto nº 10.025, de 20 de setembro de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10025.htm#art18. Acesso em: 16 out. 2022.

envolvendo o Poder Público e, por conseguinte, no aumento do potencial de atrair investimentos privados para o setor público⁷⁷.

5.1.2. Evolução da Jurisprudência

As normas, ao preverem a possibilidade de a Administração Pública celebrar contratos que contenham cláusula arbitral pareceram caminhar no sentido de ampliar a possibilidade de participação dos entes governamentais. A jurisprudência dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União, no entanto, oscilava.

IV.1.2.1. Entendimento do Tribunal de Contas da União

O Tribunal de Contas da União (TCU) é o órgão responsável pela fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da Administração Pública, bem como da legalidade, legitimidade e economicidade⁷⁸. Por isso, tamanha a importância dos acórdãos aduzidos nas consultas formuladas perante o TCU, já que para além de firmarem entendimento quanto a boas práticas de gestão pública, seu descumprimento pode resultar em responsabilização.

Inicialmente, o TCU exercia extrema oposição à utilização da arbitragem no âmbito das relações travadas pela Administração Pública. O argumento mais recorrente era no sentido de que não haveria um permissivo legal específico, o que violaria o princípio da legalidade estrita, bem como que os interesses públicos seriam indisponíveis.

A Decisão n.º 286/1993⁷⁹, tida como *leading case* na jurisprudência do TCU, entendeu ser ilegal a previsão de arbitragem em contrato de fornecimento de materiais e de mão de obra, celebrado com a Companhia Hidrelétrica do São Francisco. As razões seriam ausência de lei específica, contrariedade ao interesse público e vinculação ao instrumento licitatório.

Alguns anos depois, sobreveio a Decisão n.º 188/1995⁸⁰, que entendeu pela possibilidade do uso de arbitragem na hipótese. O caso era relativo à exploração da Ponte Rio-

⁷⁷Thiago Luís SOMBRA. Mitos, crenças e a mudança de paradigma da arbitragem com a administração pública. Revista Brasileira de Arbitragem. 2017.

⁷⁸ TCU – Portal Institucional. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/institucional/conheca-o-tcu/competencias/#:~:text=O%20TCU%20%C3%A9%20o%20%C3%B3rg%C3%A3o,P%3%BAblica%20em%20benef%C3%ADcio%20da%20sociedade>. Acesso 16 out. 2022.

⁷⁹ TCU – Decisão 286/1993, Plenário, Rel. Min. Homero Santos, Data: 04.08.1993.

⁸⁰ TCU – Decisão 188/95 – Pedido de Reexame da Decisão 112763/94. Plenário, Rel. Min. Paulo Affonso Martins de Oliveira, Data: 10.05.1995.

Niterói (regime de concessão) e, como havia na Lei de Concessões dispositivo que autorizava expressamente o uso de arbitragem, o TCU entendeu que teria sido respeitado o princípio da legalidade.

No ano de 2003 o TCU expediu dois Acórdãos rejeitando a previsão de arbitragem em contratos celebrados pela Administração Pública regidos pela Lei 8.666/93, por entender que violariam o princípio da indisponibilidade do interesse público⁸¹. Em 2005, novamente foi rejeitado contrato que previa a arbitragem, tendo a cláusula arbitral sido suprimida pelo julgamento do Acórdão n.º 1.271⁸², por ausência de previsão legal específica.

Em 2006, o entendimento do TCU mantinha-se inflexível, no sentido de ser ilegal a previsão em contrato administrativo de cláusula compromissória para solução de litígios, nas hipóteses em que não houvesse autorização legal específica. Os Acórdãos n.º 537/2006⁸³ e 1.099/2006⁸⁴ afirmavam que a previsão afrontava princípios da administração pública, especialmente a disponibilidade do interesse público.

Em oposição à tendência de resistência do TCU, o Acórdão n.º 1.339/2009 admitiu, ainda que implicitamente, o emprego da arbitragem no âmbito das relações de cooperação internacional na esfera pública⁸⁵. Este caso particular foi seguido pelo Acórdão n.º 1.796/2011, que, ao tratar de contrato de concessão do transporte ferroviário, fixou entendimento no sentido de suprimir a cláusula arbitral, fundamentando-se na indisponibilidade do interesse público subjacente às questões de poder tarifário⁸⁶.

Em 2013, houve uma alteração, ainda que tímida, do entendimento do TCU, no qual restou consignada a possibilidade de cláusula arbitral em contrato de modelo *turn key* celebrado por sociedade de economia mista, desde que justificada⁸⁷. A mudança no posicionamento do TCU teve seu *turn point* após a reforma da Lei de Arbitragem em 2015, período em que o Tribunal voltou a se manifestar no sentido de reconhecer a possibilidade de que a Administração Pública direta e indireta opte pelo juízo arbitral⁸⁸.

⁸¹ TCU – Acórdão n.º 906/2003 Plenário, Rel. Min. Lincoln Magalhães da Rocha, Julgado em: 24/07/2003; e Acórdão n.º 587/2003, Plenário, Rel. Min. Adylson Motta. Julgado em: 10/06/2003.

⁸² TCU – Acórdão n. 1.271/2005, Relator Ministro Benquerer Costa, Plenário, Julgado em: 24.08.2005.

⁸³ TCU – Acórdão 537/2006, 2ª Câmara, Rel. Walton Alencar Rodrigues, Julgado em: 14.03.2006.

⁸⁴ TCU – Acórdão 1.099/2006, Plenário, Rel. Min. Augusto Nardes, Julgado em: 10.07.2006.

⁸⁵ TCU – Acórdão n.º 1.339/2009, Plenário, Rel. José Jorge. Julgado em: 17.06.2009.

⁸⁶ TCU. Acórdão n.º 1.796/2011. Rel. Min. Augusto Nardes, Plenário, Julgado em: 06.07.2011.

⁸⁷ TCU, Acórdão 2.145/2145/2013, Plenário. Rel. Benjamin Zymler, Julgado em: 14.08.2013

⁸⁸ Irene Patricia NOHARA; Danilo Vieira VILELA. Arbitragem em contratos de infraestrutura celebrados com a Administração Pública: Desenvolvimento E Energia. Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura. Revista dos Tribunais. 2019.

Em estágio inicial o TCU tendia a se posicionar contrariamente à adoção de arbitragem pela Administração Pública, especialmente nos casos em que não havia norma específica⁸⁹. Passados alguns anos, o posicionamento do TCU esteve a se flexibilizar para prever a possibilidade de adoção da arbitragem quando houvesse norma específica e justificativa plausível, e, após a reforma, para entender pela possibilidade irrestrita da adoção da Arbitragem pela Administração Pública.

5.1.2.2. Entendimento do Poder Judiciário

Ao contrário do posicionamento inflexível do TCU, o entendimento do Poder Judiciário durante décadas se mostrou, de modo geral, favorável à adoção da arbitragem.

Os julgados que versam sobre a participação da Administração Pública em procedimentos arbitrais, remontam a 1973, quando do julgamento do Caso Lage⁹⁰. Na ocasião, discutia-se a constitucionalidade do Decreto-Lei n° 9.521/46, por meio do qual instituiu-se o juízo arbitral, a fim de definir o valor da indenização devida pela União ao Espólio de Henrique Lage. Deste modo, ao considerar pela constitucionalidade do Decreto-Lei, o Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de permitir, naquela hipótese, o emprego de arbitragem em conflitos que remontem à interesses patrimoniais da Administração Pública.

Outro importante marco consiste na homologação de Sentença Estrangeira n° 5.206-7/1997, que vislumbrava a homologação de laudo arbitral proferido na Espanha, sob a ótica da constitucionalidade da Lei de Arbitragem⁹¹. O cerne da discussão estava na possibilidade de resolução d conflito por meio da arbitragem, em razão da garantia constitucional de acesso à justiça, tendo o STF decidido pela constitucionalidade da Lei de Arbitragem e, por consequência, a possibilidade de que as partes pactuassem mecanismo de solução diverso, sem que isso configurasse ofensa à Constituição.

Em 2005, atingiu a instância do Superior Tribunal de Justiça conflito entre a empresa de comercialização de energia AES Uruguaiana e a Companhia Estadual, no qual se discutia a possibilidade de sociedade de economia mista celebrar contrato de compra e venda de energia elétrica que estipule a arbitragem como mecanismo de solução de disputas. Neste caso, chancelou-se a validade da cláusula compromissória pactuada, uma vez que os direitos

⁸⁹ Rodrigo Mota RODI. Cabimento da Arbitragem na Administração Pública: estudo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Contas da União

⁹⁰ STF – Agravo de Instrumento em Recurso Extraordinário n° 52.181, Rel. Min. Bilac Pinto, Julgado em: 14.11.1973.

⁹¹ STF – Ag. Reg. na Sentença Estrangeira n° 5.206-7, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Julgado em: 08.05.1997.

envolvidos eram patrimoniais e disponíveis. No mesmo sentido, em 2008, o STJ concedeu a segurança, reconhecendo a validade de cláusula compromissória pactuada no âmbito de contrato administrativo que envolvia o Terminal Multimodal de Coroa Grande SPE S.A., Sociedade de Economia Mista.

Alguns anos depois, em disputa travada entre a Companhia Paranaense de Gás Natural (Compagas) e o Consórcio Carioca Passarelli, na qual a pretensão era de obter a declaração de nulidade de compromisso arbitral, o Superior Tribunal de Justiça decidiu pelo indeferimento do pleito, elucidando o posicionamento da Corte acerca da possibilidade de que a Administração Pública opte pela arbitragem como mecanismo de resolução de disputas⁹². Em suas razões, a Corte destacou que a opção pela arbitragem não ofenderia os princípios da legalidade, inafastabilidade do Judiciário ou indisponibilidade do interesse público.

No mesmo ano, houve o julgamento de disputa travada entre as empresas Tractebel Energia S/A, Companhia de Gás do Mato Grosso do Sul e a Petrobrás. Neste, o Superior Tribunal de Justiça entendeu, pela possibilidade de que o contrato de compra venda de gás natural contasse com cláusula compromissória, visto que os direitos envolvidos eram patrimoniais e disponíveis.

Em outubro de 2017, após a reforma da Lei de Arbitragem e a promulgação do Novo Código de Processo Civil, ambos dispositivos que fomentavam o uso da arbitragem, inclusive no âmbito das relações travadas pela Administração Pública, foi submetido ao apreço do Superior Tribunal de Justiça um conflito de competência que ficou conhecido como o caso do Parque das Baleias⁹³. O ponto central da discussão referia-se à arbitrabilidade objetiva, bem como sobre a competência para decidir acerca da validade da cláusula compromissória inserida no contrato de concessão era atribuição do Poder Judiciário ou do Tribunal Arbitral.

A Corte, em respeito ao princípio da *Kompetenz-Kompetenz*, entendeu que era do Tribunal Arbitral a competência para decidir acerca da existência, validade e eficácia da cláusula compromissória. Quanto à arbitrabilidade, por maioria de votos, reconheceu-se que a matéria era de cunho patrimonial e disponível, de modo que foi rechaçado o argumento de indisponibilidade do interesse público. No mesmo ano, ainda, houve o julgamento de caso em que a Petrobrás litigava contra a Agência Nacional de Petróleo (ANP)⁹⁴. Neste, pelas mesmas razões, entendeu-se pela validade da cláusula arbitral pactuada.

⁹² STJ. Recurso Especial n.º 904.813/PR, Rel. Min. Nancy Andrichi, Julgado em: 28.02.2012.

⁹³ STJ – Conflito de Competência n.º 139.519/RJ, Rel. Min. Regina Helena Costa. Julgado em: 10.10.2018.

⁹⁴ STJ – Conflito de Competência n.º 139.519 – RJ. Rel. Min. Regina Helena Costa. Data de Julgamento: 11.10.2017.

Em 2020, despertaram atenção estranhamento alguns aspectos que se referiram à decisão do Superior Tribunal de Justiça, no âmbito do Conflito de Competência nº 151.130/2020⁹⁵, pois, novamente a discussão tinha por objeto o princípio da *Kompetenz-Kompetenz* e a arbitrabilidade da controvérsia, tendo a Corte reconhecido a impossibilidade de estender o procedimento arbitral à União.

Uma análise preliminar do acórdão poderia levar a interpretação equivocada de que o Superior Tribunal de Justiça teria alterado seu entendimento, passando a vedar a participação da Administração Pública em procedimentos arbitrais. No entanto, a análise criteriosa do julgado nos mostra que não houve a alegada alteração de entendimento. A Corte mantém-se firme no sentido de reconhecer que a Administração direta e indireta pode se submeter à arbitragem.

A previsão de sujeição à arbitragem estava inserida no estatuto da Petrobrás, que previa a adoção de arbitragem nas disputas que envolvam a companhia e seus acionistas, ou seja, para além da cláusula não versar sobre os litígios envolvendo a União, não houve sequer a assinatura de tal acordo por representante legítimo do ente federativo. Por isso, estava ausente a arbitrabilidade subjetiva. No que tange a arbitrabilidade objetiva, ela também não se verificou na hipótese pelo objeto da demanda ter cunho indenizatório, o que afastava a sua disponibilidade.

A análise casuística do posicionamento Cortes Superiores torna nítida a tendência em *favor arbitratis*⁹⁶. Se o conflito tiver cunho patrimonial e versar sobre direitos entendidos como passíveis de negociação – transacionáveis/disponíveis – será possível a submissão à arbitragem.

5.2. PARALELO: ARBITRAGEM PÚBLICO-PRIVADA NOS PAÍSES ESTRANGEIROS

No âmbito do direito comparado, a possibilidade de a Administração Pública eleger a arbitragem como mecanismo de resolução de disputas não goza de aceitação indistinta nos diversos ordenamentos jurídicos. Em cenário marcado por uma adversa e desconfiada com relação a arbitragem, tanto em relação ao Estado, quanto aos demais sujeitos de direito, o instituto era pouco frequente nos séculos XIX e XX⁹⁷.

⁹⁵ STJ – Conflito de Competência nº 151130 – SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 27.11.2019.

⁹⁶ Carmen TIBURCIO; Thiago Magalhães PIRES. Arbitragem envolvendo a Administração Pública: notas sobre as alterações introduzidas pela Lei 13.129/2005. Revista de Processo, São Paulo. 2016.

⁹⁷ Giovanni BONATO. Panorama da arbitragem na França e na Itália: perspectivas de direito comparado com o sistema brasileiro. Revista Brasileira de Arbitragem: Porto Alegre. 2014.

A ideia da supremacia do Estado fazia vigorar a cultura do império do Estado para dirimir conflitos e de um interesse público supremo e indisponível⁹⁸. O fenômeno da globalização, no entanto, deslocou e está a deslocar os conflitos para a esfera do direito internacional, sendo que, em razão da soberania dos estados, a jurisdição estatal já se mostrou sabidamente inadequada para resolução de disputas⁹⁹.

As alterações no cenário global, obviamente respingam de forma distinta em cada um dos ordenamentos jurídicos nos diferentes países. Assim, para vislumbrar os avanços e retrocessos no cenário nacional, cumpre trazer breves digressões acerca do posicionamento de outros ordenamentos jurídicos quanto a aceitação da participação do Poder Público em procedimentos arbitrais.

5.3.1. França

No cenário francês a arbitragem foi vista como alvo de ressalvas pelo código francês de 1865. Os legisladores enunciaram dispositivos extremamente restritivos para regulamentar a matéria, com o intuito de desestimular sua adoção¹⁰⁰.

Nas hipóteses envolvendo o Poder Público a adoção de arbitragem era tradicionalmente rechaçada pela legislação e pela jurisprudência francesa¹⁰¹. A França é, dentre os países da União Europeia, um dos mais restritivos quanto à adoção de arbitragem envolvendo o Poder Público¹⁰².

A proibição remonta ao Código de Processo Civil Francês de 1806 e faz-se presente ainda hoje, pois, no Código Civil francês, está estabelecido no art. 2.060, como regra geral, a vedação do uso de arbitragem por entes da Administração Pública¹⁰³. Todavia, a flexibilização da hipótese sobreveio em 1975, com a introdução da possibilidade de que categorias de

⁹⁸ Giuseppe CHIOVENDA. Instituições de direito processual civil, v. II, 3. ed. Trad. Paolo Capitanio. São Paulo: Bookseller, 2000, p. 8

⁹⁹ Joel Dias FIGUEIRA JR. Arbitragem. 3ª Edição. São Paulo: Forense, 2019. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530987244/>. Acesso em: 03 out. 2022.

¹⁰⁰ Carlos Alberto CARMONA, A arbitragem no Código de Processo Civil brasileiro, Tese de doutorado, São Paulo, USP, 1990, p. 41.

¹⁰¹ André Rodrigues JUNQUEIRA. In: Curso de Arbitragem. Org.: Daniel Levy. 2019. Revista dos Tribunais: São Paulo. E-Book. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/160617115/v1/page/RB-16.1>. Acesso em: 03 out. 2022.

¹⁰² João Pedro ACCIOLY. Arbitragem e Administração Pública: um panorama global. Revista Digital de Direito Administrativo. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – USP. 2017.

¹⁰³ Code civil. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000006445694/. Acesso em: 16 out. 2022.

estabelecimentos públicos de caráter industrial e comercial celebrarem contratos contendo compromisso arbitral.

Nessa direção, alguns anos depois foram promulgadas leis que previam a possibilidade de eleição da arbitragem por entes da Administração Pública direta e indireta, em especial em contratos relativos a grandes obras e projetos de infraestrutura¹⁰⁴. Percebe-se ainda uma movimentação no âmbito das arbitragens internacionais em permitir progressivamente a participação do Estado¹⁰⁵.

5.3.2. Argentina

A Argentina tende a ser mais restritiva no que tange à possibilidade de eleição da arbitragem pela Administração Pública, trata-se, de acordo com Agustín Alberto Gordillo, de uma tradição normativa local¹⁰⁶.

Em que pese que a competência para legislar sobre materiais processuais seja concorrente – o que acarreta a distinção do tratamento à arbitragem nas diferentes províncias – parece predominar o entendimento de que será possível a eleição de arbitragem pelos entes governamentais, desde que haja autorização legal ou da autoridade competente nesse sentido¹⁰⁷. À exemplo, veja-se a Lei n° 23.982/1991, autorizando os Ministros de Estado e Presidente a firmarem compromissos arbitrais¹⁰⁸, bem como a Lei n° 27.328/2017, que possibilitou a solução das controvérsias decorrentes de contratos de Parceria Público-Privada por arbitragem¹⁰⁹.

O movimento parece similar ao vislumbrado no Brasil, em que as matérias consideradas arbitráveis vêm gradualmente tendo seu leque ampliado.

¹⁰⁴ Eugênia Cristina Cleto MAROLLA. Arbitragem e os contratos da Administração Pública. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 41-42.

¹⁰⁵ Jacob DOLINGER; Carmen TIBURCIO. Direito Internacional Privado. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 633.

¹⁰⁶ Agustín Alberto GORDILLO. Tratado de derecho administrativo. Tomo II. Buenos Aires: F.D.A, 2006, p.527.

¹⁰⁷ Santos CIFUENTES. Código Civil Comentado y Anotado. 2. Ed. Tomo II. Buenos Aires: La Ley, 2008, p. 27.

¹⁰⁸ Lei n° 23.982, de 1° de abril de 1991. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/381/texact.htm>. Acesso em: 23 out. 2022.

¹⁰⁹ Lei n° 27.328/2017, de 17 de fevereiro de 2017. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=268322>. Acesso em: 23 out. 2022

5.3.3. Portugal

Em Portugal a participação da Administração Pública em procedimentos arbitrais goza de ampla aceitação. Facilitada pela previsão de arbitragem na Constituição de Portugal (art. 209, item 2)¹¹⁰, há na legislação portuguesa o Código de Processo nos Tribunais Administrativos, no qual está prevista a possibilidade de constituição de tribunal arbitral para apreciar litígios administrativo que digam respeito a: (i.) execução contratual; (ii.) responsabilidade civil extracontratual; (iii.) validade de atos administrativos; (iv.) relações jurídicas de emprego público, quando não estejam em causa direitos indisponíveis e quando não resultem de acidente de trabalho ou de doença profissional¹¹¹.

Merece destaque, ainda, que, diferentemente do ordenamento jurídico brasileiro, o português autoriza expressamente a arbitragem como forma alternativa de resolução jurisdicional de conflitos em matéria tributária¹¹².

5.3.3. Inglaterra

A história inglesa, marcada pela tradição do *Common Law* é mais favorável a arbitragem pelos entes públicos, sendo, inclusive incentiva sua adoção em contratos governamentais¹¹³, dado que, no direito inglês, a Administração Pública, no momento em que atua como agente econômico e celebra contratos, age como se particular fosse¹¹⁴.

Não há distinção quanto ao regime jurídico aplicável aos contratos de direito público ou privado. Prevalece a igualdade jurídica entre os particulares e entidades governamentais, sendo a existência de cláusulas exorbitantes absolutamente excepcional¹¹⁵. Por isso, no território inglês o uso da arbitragem por entes governamentais está difundido há muito tempo.

¹¹⁰ Constituição de Portugal. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 17 out.2022.

¹¹¹ Código de Processo nos Tribunais Administrativos. Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/lei/2002-34464475>. Acesso em: 17 out.2022.

¹¹² Lei 3-B, de 28 de abril de 2010, Disponível em: <https://dre.tretas.org/dre/273655/lei-3-B-2010-de-28-de-abril>. Acesso em: 17 out. 2022; e Decreto-lei 10, de 20 de janeiro de 2011. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-lei/10-a-2020-130243053>. Acesso em: 17 out. 2022

¹¹³ Maria João ESTORNINHO. Direito Europeu dos Contratos Públicos. Coimbra: Almedina, 2006, p. 95.

¹¹⁴ Katherine van Welzel STONE. Rustic Justice: community and coercion under the Federal Arbitration Act. North Carolina Law Review. 1999.

¹¹⁵ Neil ANDREWS. Mediação e arbitragem na Inglaterra. Revista de Processo, vol. 211. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, pp. 281-302.

5.3.4. Estados Unidos

Nos Estados Unidos, ainda que a tradição também seja o *Common Law*, o uso da arbitragem por entes públicos é disciplinado de maneira mais restritiva. Ainda que no território norte-americano os estados possuam autonomia para disciplinar as matérias que serão ou não arbitráveis, as disciplinas estaduais estão subordinadas ao que estabelece o *Administrative Dispute Resolution Act* (ADRA), norma federal que regulamenta a arbitragem.

O ADRA condiciona a sujeição de entes governamentais à arbitragem a existência de norma prévia. O instrumento restringe a possibilidade de que as entidades administrativas elejam à arbitragem (e.g. decisão afetar número significativo de pessoas para além das partes envolvidas no litígio, houver precedente judicial a propósito)¹¹⁶.

O uso restrito da arbitragem pelo governo federal norte americano costuma ser atribuído pela doutrina, em grande medida, a alta eficiência do Poder Judiciário somada ao alto custo da arbitragem¹¹⁷.

5.3. AVANÇOS E RETROCESSOS: UM CAMINHO A SER PERCORRIDO

A utilização da arbitragem pelos integrantes da Administração Pública direta e indireta já é uma realidade no Brasil. Felizmente, a resistência inicial está a ser superada por normas que paulatinamente ampliaram o escopo de participação da Administração e por uma jurisprudência cada vez mais favorável, alinhada com a nova posição ocupada pelo Estado brasileiro, como agente ativo e efetivo da economia¹¹⁸.

Dentre as principais vantagens na opção pela arbitragem para o Poder Público, a síntese de Irene Patricia Nohara e Danilo Vieira Vilela, apresenta-se de forma acurada. Na concepção dos autores, ainda que os motivos basilares para a adoção da arbitragem residam na celeridade do mecanismo e na especialidade dos árbitros, para a Administração Pública as principais vantagens consistem em:

¹¹⁶ Administrative Dispute Resolution Act of 1996. Disponível em: <https://adr.gov/wp-content/uploads/2022/02/adra.pdf>. Acesso em: 17 out. 2022.

¹¹⁷ André Rodrigues JUNQUEIRA. Arbitragem na Administração Pública: estudo de caso sobre a eficiência do instituto das parcerias público-privadas do Estado de São Paulo. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 97.

¹¹⁸ Giovani dos Santos RAVAGNANI. A Lei Mineira de Arbitragem como declaração de vontade do poder público em indicar o método de resolução de conflitos em um contrato. Revista dos Tribunais. 2019.

(1) acréscimo da eficiência, aprimorando a governabilidade estatal; (2) fortalecimento da legalidade, na medida em que constitui forma de controle e prevenção contra o abuso do poder estatal, facilitando a atração de investimentos; e (3) estímulo à participação mais consciente das partes envolvidas, possibilitando decisões mais justas às partes, o que representa significativo avanço no campo da legitimidade¹¹⁹

Os complexos contratos de infraestrutura celebrados pelo Poder Público demandam um alto grau de expertise para análise. Isso, somado a necessidade de captação de investimentos estrangeiros, faz com que a adoção de meio que proporcione a necessária segurança jurídica a resolução de eventuais disputas que possam decorrer de tais transações, tem favorecido a adoção da arbitragem pelo Poder Público brasileiro.

Ainda que a tradição brasileira não seja tão permissiva quanto a inglesa a respeito da participação de entes governamentais em arbitragem, é inegável que o ordenamento jurídico nacional vem se mostrando extremamente favorável ao uso da arbitragem. Até porque, em decorrência das vantagens do instituto, a previsão de arbitragem como forma de resolução de conflitos está a ser uma das principais ferramentas para atrair investimentos privados nas relações contratuais que envolvam a execução de contratos celebrados com o Poder Público¹²⁰.

5. PROCEDIMENTOS ARBITRAIS ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Apesar da possibilidade de participação da Administração Pública em arbitragem ser questão pacificada desde 2015, o envolvimento de entes governamentais em procedimento de jurisdição privada trouxe a necessidade de adoção de algumas particularidades.

5.1. PARTICULARIDADES DOS PROCEDIMENTOS

6.1.1. Natureza Jurídica da Convenção de Arbitragem

¹¹⁹ Irene Patricia NOHARA; Danilo Vieira VILELA. Arbitragem em contratos de infraestrutura celebrados com a Administração Pública: Desenvolvimento E Energia. Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura. Revista dos Tribunais. 2019.

¹²⁰ Rafael Munhoz de MELLO. Arbitragem e Administração Pública, Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná. Curitiba. 2015.

A convenção de arbitragem consiste em instrumento oriundo da jurisdição privada e ostenta natureza híbrida¹²¹. Possui caráter contratual, pois consiste em acordo de vontade livremente celebrado pelos contratantes e jurisdicional, pois derroga a jurisdição estatal à tribunal privado para resolver o mérito de determinada disputa¹²².

Por envolver pessoa de direito público, a convenção acaba sofrendo inferência das normas de direito público. Assim, as convenções em que a Administração for parte atenderão algumas especificidades, dentre as quais elencam-se as seguintes: (i.) controle pelo TCU; (ii.) legitimidade e investidura dos agentes públicos que celebram contrato contendo cláusula compromissória; (iii.) consonância com os interesses públicos¹²³.

6.1.2. O direito aplicável

A Lei de Arbitragem prevê a possibilidade de que os árbitros julguem com base no direito (e.g. normas positivadas) ou na equidade. Nos litígios que envolvam o Poder Público, no entanto, será vedada a aplicação da equidade.

A equidade consiste na percepção de justiça do próprio árbitro, não havendo que se falar em vinculação ao direito positivado. Ocorre que, no âmbito das relações travadas pelo Poder Público há a prevalência do princípio da legalidade, sendo a aplicação das normas e princípios constitucionais vigentes é obrigatória.

Para a Administração Pública a liberdade consiste tão somente naquilo que a lei lhe concede¹²⁴. Como corolário, nos conflitos envolvendo entes governamentais será vedada a resolução por equidade¹²⁵. Nesse contexto, acertada a previsão inserida no artigo 2º, §3º da Lei de Arbitragem, ao determinar que “a arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito”.

Salutar esclarecer, que como decorrência do mencionado princípio da legalidade, o direito aplicável deverá ser o brasileiro. Há, nas palavras de Carlos Alberto Salles, uma

¹²¹ Carlos Alberto CARMONA. Arbitragem e Processo: um comentário à Lei 9.307/96. São Paulo: Atlas, 2009. p. 79.

¹²² Felipe Vollbrecht SPERANDIO. In: Curso de Arbitragem. Org.: Daniel Levy. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2019.

¹²³ Gustavo Justino OLIVEIRA; Felipe Faiwchow ESTEFAM. Curso Prático de Arbitragem e Administração Pública. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2020. Livro Eletrônico. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/213708756/v1/page/RB-4.1>. Acesso em 18 out. 2022.

¹²⁴ Almiro COUTO E SILVA. Cadernos de Direito Público. Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. 2004.

¹²⁵ Paula Butti CARDOSO; Gustavo ALBUQUERQUE. In: 25 Anos da Lei de Arbitragem (1996-2021) - Ed. 2022. Org.: Arnaldo Wald, Selma Ferreira Lemes. Thomson Reuters Brasil: São Paulo. 2022. E-Book.

“indisponibilidade normativa” nas arbitragens em que sejam partes entes governamentais, sendo a incidência das normas e princípios vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, subjacente a esses procedimentos arbitrais¹²⁶.

6.1.3. Previsão no instrumento convocatório

A necessidade de previsão da arbitragem no edital e no contrato foi iniciativa que não prosperou¹²⁷. O legislador manteve posição mais flexível, não restringindo a vinculação de entes governamentais à convenção arbitral a previsão em edital.

O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, já se pronunciou no sentido de que a ausência de previsão em edital ou no contrato poderia ser suprida, até mesmo, pela celebração superveniente de um compromisso arbitral. Na concepção da relatora não seria possível afirmar que a licitação teria outro resultado “unicamente pelo fato de estar ou não previsto determinado foro para solução de controvérsias”¹²⁸.

A concepção do Superior Tribunal de Justiça encontrou coro em enunciado da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do Conselho da Justiça Federal, no qual restou consignado que a Administração Pública poderia celebrar compromisso arbitral, mesmo não havendo cláusula compromissória inicialmente prevista.

O fato de a arbitragem não estar prevista no edital ou no contrato não possui o condão de invalidar compromisso arbitral firmado posteriormente¹²⁹. Mesmo porque, nada impede que as partes contratantes avaliem as vantagens e desvantagens na adoção da arbitragem, ainda que em momento posterior a licitação.

Contudo, parece acertado entendimento esposado por Gustavo Justino de Oliveira e Felipe Faiwichow Estefam no sentido de que, em prestígio a segurança jurídica e considerando o aspecto econômico da eleição de arbitragem, a regra geral deveria ser de que o edital preveja arbitragem¹³⁰.

¹²⁶ Carlos Alberto de SALLES. Arbitragem em contratos administrativos. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 215.

¹²⁷ Projeto de Lei n. 7108/2014, Autor: Senado Federal - Renan Calheiros. Apresentação: 11.02.2014. Disponível em: Acesso em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=606030> 23 out. 2022.

¹²⁸ STJ – Recurso Especial nº 904.813/PR. Rel. Min. Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 20.10.2011.

¹²⁹ Haroldo LOURENÇO, A onda evolutiva da Arbitragem envolvendo o Poder Público no Brasil. Revista dos Tribunais. 2018.

¹³⁰ Gustavo Justino OLIVEIRA; Felipe Faiwichow ESTEFAM. Curso Prático de Arbitragem e Administração Pública. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2020. Livro Eletrônico. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/213708756/v1/page/RB-4.1>. Acesso em 18 out. 2022.

6.1.4. Publicidade e Transparência: regime de confidencialidade mitigada

O ordenamento jurídico brasileiro não positiva a confidencialidade como regra irrenunciável no procedimento arbitral. Ocorre que, por se tratar de jurisdição privada, a eleição da arbitragem permite, a opção por um procedimento sigiloso¹³¹. Tal faculdade, no entanto, não está à disposição dos entes governamentais¹³².

Nos casos que envolvam a Administração Pública, por força do princípio da publicidade presente no art. 37 da Constituição Federal, veda-se que os procedimentos arbitrais que envolvam a Administração Pública tramitem em sigilo. A razão de ser – e nem poderia se cogitar hipótese distinta – está na importância da transparência nessas arbitragens, dada a manifesta prevalência do interesse público sobre o interesse privado.

Ainda que o ordenamento jurídico brasileiro não positive a confidencialidade como *default rule*¹³³, antes da reforma de 2015, muito se discutia a propósito de um suposto conflito entre o sigilo da arbitragem e a publicidade inerente aos atos administrativos. Conflito este que, na concepção de Carlos Alberto Carmona, seria apenas aparente, pois, no Brasil, a confidencialidade não é inerente ao procedimento arbitral (sistema *opt-in*)¹³⁴.

O artigo 2º, § 3º, da Lei de Arbitragem encerrou tal discussão ao impor à publicidade às arbitragens que envolvam a Administração Pública. Nas arbitragens que envolvam o Poder Público, portanto, não será possível que as partes pactuem livremente pelo sigilo.

A adoção de confidencialidade é ainda excepcional nas arbitragens internacionais de investimentos, que envolvem o Estado-receptor como pessoa jurídica de direito internacional público. A importância da transparência nessas arbitragens decorre, de igual forma, da manifesta prevalência do interesse público nas arbitragens entre investidor-Estado baseadas em tratados. Por isso, em publicação da Comissão da ONU sobre o Direito do Comércio

¹³¹ Art. 93, inciso IX, CF/88, “*todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação*”

¹³² Rafael Munhoz de MELLO. Arbitragem e Administração Pública, Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná, Curitiba, n. 6 p. 47-81, 2015.

¹³³ Renato Stephan GRION. in: Curso de Arbitragem - Ed. 2019. Org.: Daniel Levy. São Paulo: Revista dos Tribunais.

¹³⁴ Carlos Alberto CARMONA. Arbitragem e Processo – Um comentário à Lei n. 9.307/96. 3. ed. São Paulo, Atlas, 2009, p. 67.

Internacional, houve manifestação no sentido de que ficaram sujeitas à publicidade as áreas excepcionais nas quais prepondera o interesse público¹³⁵.

De todo modo, quando presente hipótese de sigilo legal (e.g. informações que põe em risco a defesa e a soberania nacional)¹³⁶ ou informações relativas à intimidade e vida privada, será possível a mitigação do princípio da publicidade, tal como ocorre nos processos judiciais.

6.1.5. Pagamento de custas e despesas

As limitações orçamentárias às quais se submetem os entes administrativos, em especial a Administração Pública direta, poderia gerar entraves no pagamento das custas e taxas de procedimento e, por consequência, impedir até mesmo o prosseguimento do caso. A Administração encontra-se vinculada a diretrizes orçamentária pré-estabelecidas, de modo que, por vezes, o pagamento poderá encontrar entraves até mesmo na ausência de contingenciamento.

Uma solução para manter a celeridade consiste em estabelecer na convenção arbitral a responsabilidade inicial dos particulares por antecipar as custas necessárias para o prosseguimento do procedimento¹³⁷. Nessa direção, o Decreto nº 10.025/2019 estabelece que em procedimentos envolvendo a Administração Pública as custas e despesas deverão ser antecipadas pelo particular contratante:

Art. 9º As custas e as despesas relativas ao procedimento arbitral serão antecipadas pelo contratado e, quando for o caso, restituídas conforme deliberação final em instância arbitral, em especial:

I - as custas da instituição arbitral; e

II - o adiantamento dos honorários arbitrais.

De todo modo, no momento em que a Administração tiver que realizar algum pagamento, seja ele decorrente das custas ou de condenação por sentença arbitral, caso o pagamento não seja efetuado de maneira espontânea (e.g. ausência de base orçamentária), o

¹³⁵ UNCITRAL. Uncitral Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration. Disponível em: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/rules-on-transparency-e.pdf>. Acesso em: 10 out. 2022.

¹³⁶ Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/12527.htm. Acesso em: 19 out. 2022.

¹³⁷ Rafael Munhoz de MELLO. Arbitragem e Administração Pública, Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná. Curitiba, n. 6. 2015.

particular deverá iniciar processo de execução perante o Poder Judiciário. A Administração, por sua vez, submeter-se-á ao regime dos precatórios ou de requisição de pequeno valor.

Aplica-se, por analogia, o art. 100 da Constituição Federal, que estabelece que os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, serão realizados por precatório ou, a depender do valor, por requisição de pequeno valor. Nesse sentido, inclusive, enuncia o Decreto Federal nº 10.025/2015, ao estabelecer que na hipótese de sentença arbitral condenatória desfavorável à Administração, inclusive relativa as custas e despesas, o pagamento deverá ser realizado mediante precatório ou requisição de pequeno valor¹³⁸.

6.1.6. Seleção e vinculação à Câmara de Arbitragem

A disciplina geral da Lei de Arbitragem permite que as partes, ao elegerem a arbitragem como mecanismo de resolução de disputas, acordem pela arbitragem institucional ou *ad hoc* (art. 13, § 3º, Lei de Arbitragem). A arbitragem institucional, consiste naquela em que as partes, de antemão, escolheram uma instituição arbitral perante a qual o litígio será resolvido; enquanto na arbitragem *ad hoc*, as partes não estipulam previamente uma instituição, de modo que tem liberalidade para adotar regras próprias ou, até mesmo, se valer do regulamento da *United Nations Commission on International Trade Law* (Uncitral)¹³⁹.

Em procedimentos que envolvam a Administração Pública, ainda que não haja vedação para que se opte pela arbitragem *ad hoc*, a legislação esparsa parece revelar uma predileção pela arbitragem institucional. Inclusive, existem normas que restringem a adoção de arbitragem institucional para antes da administração direta ou indireta.

À exemplo, tem-se o Decreto n. 46.245/2018 do Estado do Rio de Janeiro que, ao regulamentar a adoção da arbitragem em conflitos que envolvam o estado do Rio de Janeiro ou suas entidades, determina que “o procedimento arbitral será regido pelo regulamento de

¹³⁸ Decreto Federal nº 10.025, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10025.htm#:~:text=D10025&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20arbitragem%20para,XVI%20do%20caput%20do%20art.. Acesso em: 20 out. 2022.

Art. 15. Na hipótese de sentença arbitral condenatória que imponha obrigação pecuniária à União ou às suas autarquias, inclusive relativa a custas e despesas com procedimento arbitral, o pagamento ocorrerá por meio da expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor, conforme o caso.

¹³⁹ Regulamento de arbitragem da UNICITRAL. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/lei-modelo-arbitragem-elaborada.pdf>. Acesso em: 20 out. 2022.

arbitragem da instituição arbitral eleita”¹⁴⁰. O Decreto n. 10.025/2019, por sua vez, é explícito ao determinar que a arbitragem deverá ser preferencialmente institucional¹⁴¹.

Além disso, a escolha da Câmara em que o procedimento tramitará – tal como todo e qualquer ato administrativo – deverá prestigiar a eficiência, considerando especialmente o binômio da qualidade das decisões e da economicidade das prestações. Nesse sentido, quanto aos árbitros, será incumbência – e, portanto, responsabilidade da Administração – verificar se o árbitro escolhido atende os requisitos de imparcialidade, independência, diligência, competência e descrição suficientes para solver a controvérsia.

Importante pontuar, nesse aspecto, que não será necessário procedimento de licitação para realizar a contratação do árbitro. Isso porque, ainda que o litígio envolva a Administração, a escolha do árbitro levará em conta a sua notória especialização, sendo, portanto, hipótese de inexigibilidade, nos termos do art. 74, inciso III, Lei nº 14.133/2021¹⁴².

Além disso, o árbitro presta serviço à Câmara e não à Administração. Assim, tendo em vista que a Lei Geral de Licitações se aplica tão somente às contratações feitas individualmente pela Administração, resta incontestado a sua inexigibilidade.

6.2. IMPLEMENTAÇÃO DE REGULAMENTOS COM REGRAMENTOS ESPECÍFICOS PELAS CÂMARAS ARBITRAIS

Após a reforma da Lei de Arbitragem a opção pela arbitragem como mecanismo de resolução de disputas experimentou – e ainda está a experimentar – um aumento substancial¹⁴³. Neste cenário e, especialmente em razão das particularidades dos procedimentos que envolvem a Administração Pública, diversas instituições arbitrais passaram a estabelecer em seus regulamentos regras específicas para disciplinar a participação dos entes da administração.

¹⁴⁰ Decreto nº 46.245 de 19 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/3/art20180316-06.pdf>. Acesso em: 20 out.2022.

¹⁴¹ Decreto nº 10.025, de 20 de setembro de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10025.htm. Acesso em: 20 out.2022.

¹⁴² Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 20 out.2022.

¹⁴³ Anuário da Arbitragem no Brasil 2018. Publicação promovida pelo Comitê Temático de Arbitragem do Centro de Estudos das Sociedades de Advogados – CESA. Coordenado por Renato Stephan Grion e Gisela Ferreira Mation. Publicação: dezembro de 2019. Disponível em: <http://www.cesa.org.br/media/files/Anuario2018Arbitragem.PDF>. Acesso em: 20 out.2022.

Instituição	Possui procedimentos específicos para a Administração Pública?	Disposição
Câmara Ciesp/Fiesp¹⁴⁴	Sim	Resolução 9/2021 do Presidente da Câmara sobre a publicidade em procedimentos da Administração Pública. ¹⁴⁵
CAMARB¹⁴⁶	Sim.	12.1 Este capítulo será aplicável aos procedimentos arbitrais que envolvam entidades sujeitas ao regime de direito público que integrem a administração pública direta e indireta.
CAM-CCBC	Sim.	Resolução Administrativa nº 05/2013 ¹⁴⁷ (constituiu a Comissão da Administração Pública na Arbitragem) e a Resolução Administrativa nº 09/2014 ¹⁴⁸ (trouxe particularidades do procedimento).
FGV¹⁴⁹	Sim	Parágrafo 2º - A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito.
CAMES¹⁵⁰	Sim.	Art. 87. Na hipótese de procedimento arbitral que envolva ente da administração pública direta ou indireta, a CAMES fica autorizada, pelas partes e Árbitros, a divulgar a existência de procedimento arbitral, o nome das partes envolvidas, o valor do litígio e o inteiro teor da sentença arbitral, salvo manifestação expressa de qualquer das partes em sentido contrário.

¹⁴⁴ Regulamento de arbitragem da Ciesp/Fiesp. Disponível em: <https://www.camaradearbitragemsp.com.br/pt/arbitragem/regulamento.html>. Acesso em: 20 out. 2022.

¹⁴⁵ Resolução 9/2021 do Presidente da Câmara. Disponível em: https://www.camaradearbitragemsp.com.br/pt/res/docs/arbitragem/resolucao_9_2021_administracao_publica_as_s.pdf. Acesso em: 20 out. 2022.

¹⁴⁶ Regulamento de arbitragem da CAMARB. Disponível em: https://camarb.com.br/wp-content/uploads/2019/10/regulamento-de-arbitragem-camarb-2019_atualizado2019.pdf. Acesso em: 20 out. 2022.

¹⁴⁷ Resolução Administrativa CAM-CCBC nº 5, de 21 de maio de 2013. Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/resolucoes-administrativas/ra-05-2013-comissao-da-adm-publica-na-arbitragem/>. Acesso em: 20 out. 2022.

¹⁴⁸ Resolução Administrativa CAM-CCBC nº 9, de 20 de outubro de 2014. Disponível em: [https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/resolucoes-administrativas/ra-09-2014-arbitragens-com-a-adm-publica-brasileira/#:~:text=Enunciado%201.,efic%C3%A1cia%20no%20ordenamento%20jur%C3%ADdico%20nacional](https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/resolucoes-administrativas/ra-09-2014-arbitragens-com-a-adm-publica-brasileira/#:~:text=Enunciado%201.,efic%C3%A1cia%20no%20ordenamento%20jur%C3%ADdico%20nacional.). Acesso em: 20 out. 2022.

¹⁴⁹ Regulamento de arbitragem da FGV. Disponível em: https://camara.fgv.br/sites/camara.fgv.br/files/artigos/regulamento_de_arbitragem.pdf. Acesso em: 20 out. 2022.

¹⁵⁰ Regulamento de arbitragem da CAMES. Disponível em: <https://camesbrasil.com.br/resolucao-de-disputas/arbitragem/regulamento-arbitragem/>. Acesso em: 20 out. 2022.

6. ANÁLISE ECONÔMICA DA ELEIÇÃO DA ARBITRAGEM

Não é novidade que a Administração Pública, ao celebrar um Contrato, deve prestigiar os princípios regentes no direito administrativo, dentre os quais destaca-se a eficiência alinhada a supremacia do interesse pública¹⁵¹. Disso resulta a necessidade de analisar os custos da transação, vislumbrando sempre otimizar os recursos financeiros de que dispõe.

Os custos de uma transação costumam ser tripartidos em (i.) custos de negociação e redação; (ii.) custos do litígio para as partes e para o Judiciário; (iii.) custos do erro judicial¹⁵². Note-se que os custos levam em conta a possibilidade de problemas decorrentes do contrato, tanto para as partes, quanto para a corte que se envolverá no litígio, bem como de erros judiciais.

Os custos do litígio para as partes remontam a todos aqueles envolvidos no trâmite de determinada controvérsia jurídica, tais como para propor a ação, negociar com a contraparte, contratar advogados, experts, pagar custas e despesas processuais e, por fim, um fator de extrema relevância, mas de difícil mensuração: o tempo¹⁵³. Este, ao considerar a morosidade do Poder Judiciário no cenário nacional, ganha valor expressivo no momento da avaliação.

Para o Poder Judiciário, tais despesas remontam, principalmente, os altos custos empreendidos para manter a máquina judiciária operante¹⁵⁴ e àqueles oriundos dos erros judiciais. Estes últimos também mensurados com certa dificuldade¹⁵⁵.

A crescente litigiosidade fez com que o Direito ganhasse cada vez mais volume, mas, por outro lado, perdesse a qualidade, em razão de uma incapacidade material do Poder Judiciário. Assim, os erros judiciais passaram a ser relevantes para análise econômica dos contratos, já que têm o potencial de aumentar ostensivamente os custos de determinada transação.

Veja-se, portanto, que nos litígios que englobam a Administração Pública, os custos se projetam sobre o Poder Público em dois espectros, como parte e como corte judicante.

¹⁵¹ Maria Sylvia Zanella D. PIETRO. Direito Administrativo. São Paulo: Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559643042. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559643042/>. Acesso em: 21 out. 2022.

¹⁵² Richard A. POSNER. The Law and Economics of Contract Interpretation. University of Chicago Law School Paper. 2004. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2893&context=journal_articles. Acesso em 22 out. 2022.

¹⁵³ Lie Uema CARMO. Análise Econômica da Interpretação Contratual. Dissertação de Mestrado. São Paulo. 2006.

¹⁵⁴ Saiba quanto custa o Poder Judiciário brasileiro. Disponível em: <https://www.m133.com.br/saiba-quantocusta-o-poder-judiciario-brasileiro>. Acesso em 22 out. 2022; Despesa do Judiciário diminuiu R\$ 4,6 bilhões em 2020, aponta CNJ. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/justica/despesa-do-judiciario-diminuiu-r-46-bilhoes-em-2020-aponta-cnj/>. Acesso em 22 out. 2022.

¹⁵⁵ Robert COOTER; Thomas S. ULEN. Law and Economics. 4ª Edição. Pearson Addison Wesley. 2004. p. 391.

Nesse contexto, os agentes públicos, visando reduzir os custos das transações e imprimir maior segurança jurídica, tem se deslocado no sentido de buscar soluções mais céleres e acuradas para eventuais litígios. Soluções estas que remontam as principais vantagens da arbitragem¹⁵⁶.

Em estudo conduzido pela *World Bank*, os sistemas jurídicos pró-arbitragem foram apontados como um importante indicador na atração de investimentos de empresas estrangeiras¹⁵⁷. O Poder Público, por seu turno, tem visto na eleição da arbitragem uma oportunidade de atrair investidores. Isso porque, a arbitragem tem-se mostrado instituto hábil a reduzir os custos de negociação, erro na decisão, publicidade da decisão e de demora na solução do litígio¹⁵⁸.

Para que se possa avaliar o custo da arbitragem, é necessário estabelecer algumas premissas econômicas enunciadas por Luciano Benetti Timm, Bruno Guandalini, Marcelo De Souza Richter¹⁵⁹. A primeira delas, é de que os agentes econômicos são “limitadamente racionais e maximizadores de utilidade”. Assim, suas escolhas pautam-se no grau de satisfação proporcionado. Como consequência, a segunda premissa decorre de as melhores escolhas serem aquelas em que “os custos sejam menores e as receitas maiores”.

A convenção de arbitragem compõe o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, de modo que no momento da celebração do contrato¹⁶⁰, o agente deverá analisar se a adoção do instituto é economicamente vantajosa. A análise ferramental econômica do instituto da arbitragem, explica as vantagens de sua adoção, especialmente considerando o princípio da eficiência dos atos administrativos.

A inserção de arbitragem nos contratos celebrados pela Administração Pública imprime segurança jurídica aos negócios pactuados. Propicia, portanto, a solução dos conflitos

¹⁵⁶ Luciano Benetti TIMM; Thiago Tavares da SILVA; Marcelo de Souza RICHTER. Os Contratos Administrativos e a Arbitragem: Aspectos Jurídicos e Econômicos. Revista de Arbitragem e Mediação. Revista dos Tribunais. 2016.

¹⁵⁷ Investing across Borders 2010: Indicators of Foreign Direct Investment Regulation in 87 Economies. Disponível em <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/27883>. Acesso em: 22 out. 2022.

¹⁵⁸ Luciano Benetti TIMM; Bruno GUALDALINI; Marcelo de Souza RICHTER. In.: CARMONA, Carlos A.; LEMES, Selma F.; MARTINS, Pedro B. 20 Anos da Lei de Arbitragem - Homenagem a Petrônio R. Muniz. São Paulo: Grupo GEN, 2017. E-book. ISBN 9788597013276. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597013276/>. Acesso em: 21 out. 2022.

¹⁵⁹ Luciano Benetti TIMM; Bruno GUALDALINI; Marcelo de Souza RICHTER. In.: Carlos A. CARMONA; Selma F. LEMES; Pedro B. MARTINS. 20 Anos da Lei de Arbitragem - Homenagem a Petrônio R. Muniz. São Paulo: Grupo GEN, 2017. E-book. ISBN 9788597013276. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597013276/>. Acesso em: 21 out. 2022.

¹⁶⁰ Técio Spinola GOMES. Arbitragem. A Transmissibilidade da Cláusula Arbitral diante da cessão de posição contratual. São Paulo: Atlas, 2015.

por juízos altamente técnicos e de maneira célere, o que prestigia, evidentemente a eficiência a administrativa¹⁶¹.

Além disso, o instituto, reduz os custos de transação e evita os custos de oportunidade. A arbitragem tem mantido aberta uma janela de oportunidade para a atração de investimentos estrangeiros e, por isso, amoldando-se como nítida “alavanca para uma economia sólida sob o ponto de vista dos investidores”¹⁶². Deste modo, a fim de estimular atração de investimentos estrangeiros para a combatida infraestrutura estatal, o Estado passou a celebrar cada vez mais contratos estipulando a arbitragem como mecanismo de resolução de disputas¹⁶³.

7. CONCLUSÃO

Os percalços que culminaram na promulgação do art. 2º § 3º, da Lei de Arbitragem foram suntuosos. Marcados por anos de disputas judiciais travadas para determinar se os conflitos envolvendo a Administração Pública poderiam ou não ser submetidos à arbitragem¹⁶⁴. Ao final, restou assentado que sempre que a Administração puder contratar – o que importa na disponibilidade dos direitos patrimoniais envolvidos na controvérsia – poderá, também, eleger a arbitragem como mecanismo de resolução de disputas¹⁶⁵.

O fenômeno da globalização demandou maior estreitamento entre os governos e as empresas, a fim de atender, de maneira satisfatório, as necessidades do corpo social de maiores investimentos em infraestrutura¹⁶⁶. Com efeito, desencadeou-se verdadeiro processo de reconfiguração do Estado, o qual vem aproximando-se paulatinamente da sociedade ao participar de forma ativa da economia e, por consequência, rendendo-se a tônica da consensualidade.

¹⁶¹ Haroldo LOURENÇO. A onda evolutiva da arbitragem envolvendo o Poder Público no Brasil. Revista dos Tribunais. 2018.

¹⁶² Luciano Benetti TIMM; Bruno GUALDALINI; Marcelo de Souza RICHTER. In.: CARMONA, Carlos A.; LEMES, Selma F.; MARTINS, Pedro B. 20 Anos da Lei de Arbitragem - Homenagem a Petrônio R. Muniz. São Paulo: Grupo GEN, 2017. E-book. ISBN 9788597013276. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597013276/>. Acesso em: 21 out. 2022.

¹⁶³ Rafael Munhoz MELLO. Arbitragem e Administração Pública, Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná, Curitiba. 2015.

¹⁶⁴ Luísa FERNANDES. Avanços e desafios da arbitragem na Administração Pública. In: Nuno VILLALOBOS; Tânia Carvalhais PEREIRA (Orgs.). Arbitragem em Direito Público. FGV Projetos. Disponível em: https://fgvprojetos.fgv.br/sites/fgvprojetos.fgv.br/files/fgv_publicacao_arbitragem_miolo.pdf. Acesso em: 10.10.2022.

¹⁶⁵ Eros Roberto GRAU. Arbitragem e contratos administrativos, Revista da Faculdade de Direito / Universidade Federal do Rio Grande do Sul. 2002. p. 20

¹⁶⁶ Luciano Benetti, TIMM; Thiago Tavares da SILVA, Marcelo de Souza, RICHTER. Os Contratos Administrativos e a Arbitragem: Aspectos Jurídicos e Econômicos. Revista de Arbitragem e Mediação. Revista dos Tribunais. 2016

A busca por investidores privados que antes encontrava entraves na morosidade do Poder Judiciário, agora encontra fomento pela adoção de arbitragem. Por reduzir os custos da transação, a ideia da de arbitragem, vem se tornando mecanismo de atração de investimentos nos setores públicos.

O cenário atual é reflexo da predileção pelo uso da Arbitragem nas relações que envolvam o Poder Público. Em pesquisa realizada pelo Comitê Temático de Arbitragem do Centro de Estudo das Sociedades no ano de 2018, verificou-se um aumento do número de arbitragens, com relação ao ano anterior, sendo que quase 10% das disputas envolvem entes da Administração Pública:

Ano	Número de Procedimentos Arbitrais em andamento	Número de Procedimentos Arbitrais envolvendo a Administração Pública
2016 ¹⁶⁷	671	52
2017 ¹⁶⁸	919	93
2018 ¹⁶⁹	1.184	94

A segurança de uma alternativa ágil e, de maneira geral, mais acurada em razão da especialidade dos árbitros, fez com que a estipulação de convenção arbitral passasse a ser, inclusive, uma recomendação de financiadores internacionais¹⁷⁰. Assim, em países que necessitam de investimentos privados, a arbitragem tem se tornado um dos mais relevantes chamarizes.

¹⁶⁷ Anuário da Arbitragem no Brasil 2016. Publicação promovida pelo Comitê Temático de Arbitragem do Centro de Estudos das Sociedades de Advogados – CESA. Coordenado por Renato Stephan Grion e Eliane Carvalho. Publicação: dezembro de 2018. Disponível em: http://www.cesa.org.br/media/files/anuario_consolidado2016.pdf. Acesso em: 20 out.2022.

¹⁶⁸ Anuário da Arbitragem no Brasil 2017. Publicação promovida pelo Comitê Temático de Arbitragem do Centro de Estudos das Sociedades de Advogados – CESA. Coordenado por Renato Stephan Grion e Eliane Carvalho. Publicação: dezembro de 2018. Disponível em: <http://www.cesa.org.br/media/files/CESAAnuariodaArbitragem2017.pdf>. Acesso em: 20 out.2022.

¹⁶⁹ Anuário da Arbitragem no Brasil 2018. Publicação promovida pelo Comitê Temático de Arbitragem do Centro de Estudos das Sociedades de Advogados – CESA. Coordenado por Renato Stephan Grion e Gisela Ferreira Mation. Publicação: dezembro de 2019. Disponível em: <http://www.cesa.org.br/media/files/Anuario2018Arbitragem.PDF>. Acesso em: 20 out.2022.

¹⁷⁰ Cristina Margarete Wagner MASTROBUONO. A escolha da câmara de arbitragem pela Administração Pública. Revista de Arbitragem e Mediação. Revista dos Tribunais. 2016.

A arbitragem público-privada ainda esbarra em diversos dogmas postos pelo Direito Administrativo (e.g. indisponibilidade do interesse público). No entanto, dada a eficiência do instituto para dirimir controvérsias decorrentes especialmente dos complexos contratos de infraestrutura travados pelo Poder Público, a arbitragem vem adquirindo inegável relevância.

Nesse contexto, faz-se de suma importância a adoção de procedimentos específicos para processos que envolvam entes da Administração Pública, dado que possibilitam um diálogo mais fluido entre o direito público e o direito privado.

Logo, tendo em vista a segurança jurídica proporcionada pela Arbitragem, que acarreta, inclusive, na redução dos custos da transação, é inegável que a sua previsão nos contratos que envolvam a Administração Pública, tem sido decisiva para atrair investimentos privados.

A caminhada para a materialização da arbitragem público-privada ainda encontra desafios, especialmente considerando a necessidade de se adequar ao “binômio regulamentação/privatização”¹⁷¹. O ordenamento jurídico brasileiro, com o devido entusiasmo, vem caminhando no sentido de ampliar, cada vez mais, a possibilidade de arbitragem envolvendo entes da Administração Pública.

¹⁷¹ Riccardo Giuliano Figueira TORRE. In: 25 Anos da Lei de Arbitragem (1996-2021) - Ed. 2022. Org.: Arnaldo Wald, Selma Ferreira Lemes. Thomson Reuters Brasil: São Paulo. 2022. E-Book.

8. BIBLIOGRAFIA

ACCIOLY, João Pedro. Arbitragem e Administração Pública: um panorama global. *Revista Digital de Direito Administrativo*. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – USP. 2017.

ALVES, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade das medidas antiarbitragem no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 214-215. p. 94.

ANDREWS, Neil. Mediação e arbitragem na Inglaterra. *Revista de Processo*, v. 211. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, pp. 281-302.

ANUÁRIO DA ARBITRAGEM NO BRASIL 2016. Publicação promovida pelo Comitê Temático de Arbitragem do Centro de Estudos das Sociedades de Advogados – CESA. Coordenado por Renato Stephan Grion e Eliane Carvalho. Publicação: dezembro de 2018. Disponível em: http://www.cesa.org.br/media/files/anuario_consolidado2016.pdf. Acesso em: 20 out.2022.

ANUÁRIO DA ARBITRAGEM NO BRASIL 2017. Publicação promovida pelo Comitê Temático de Arbitragem do Centro de Estudos das Sociedades de Advogados – CESA. Coordenado por Renato Stephan Grion e Eliane Carvalho. Publicação: dezembro de 2018. Disponível em: <http://www.cesa.org.br/media/files/CESAAnuariodaArbitragem2017.pdf>. Acesso em: 20 out.2022.

ANUÁRIO DA ARBITRAGEM NO BRASIL 2018. Publicação promovida pelo Comitê Temático de Arbitragem do Centro de Estudos das Sociedades de Advogados – CESA. Coordenado por Renato Stephan Grion e Gisela Ferreira Mation Publicação: dezembro de 2019. Disponível em: <http://www.cesa.org.br/media/files/Anuario2018Arbitragem.PDF>. Acesso em: 20 out.2022.

AZEVEDO, Anderson. Jurisdição, arbitragem e globalização: uma análise histórica e política sobre a evolução e concretização dos principais mecanismos de soluções de conflitos. In: TEIXEIRA, Tarcisio; LIGMANOVSKI, Patricia Ayub da C. *Arbitragem em evolução: aspectos relevantes após a reforma da Lei Arbitral*. São Paulo: Editora Manole, 2018. E-book. ISBN 9786555762204. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555762204/>. Acesso em: 21 out. 2022.

BOLTON, Clare. Brazil – belle of the ball. *Global Arbitration Review*, vol. 7(3), 12.01.2012.

BONATO, Giovanni. Panorama da arbitragem na França e na Itália: perspectivas de direito comparado com o sistema brasileiro. *Revista Brasileira de Arbitragem*. Porto Alegre. 2014.

BRAGHETTA, Adriana e PACHIKOSKI, Silvia Rodrigues. *As novidades da Lei 13.129/2015 no panorama da Arbitragem Brasileira*. In: WALD, Arnoldo; LEMES, Selma Ferreira (Org.). 25 Anos da Lei de Arbitragem (1996-2021). São Paulo: Thomson Reuters Brasil. E-book. Acesso em: 21 out. 2022.

CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2022. E-book. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/77225019/v9/page/RB-5.1>. Acesso em: 17 out. 2022.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 2009.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris Editora, 1988.

CARDOSO, Paula Butti; ALBUQUERQUE, Gustavo. *Legislação Federal sobre arbitragem com a Administração Pública*. In: WALD, Arnaldo, LEMES, Selma Ferreira (Org.). *25 Anos da Lei de Arbitragem (1996-2021)* - Ed. 2022. Thomson Reuters Brasil: São Paulo. 2022.

CARDOSO, Paula Butti; e ALBUQUERQUE, Gustavo. *Legislação Federal sobre arbitragem com a Administração Pública*. In: WALD, Arnaldo, LEMES, Selma Ferreira (Org.). *25 Anos da Lei de Arbitragem (1996-2021)* - Ed. 2022. Thomson Reuters Brasil: São Paulo. 2022.

CARMO, Lie Uema do. *Análise Econômica da Interpretação Contratual. Dissertação de Mestrado*. São Paulo. 2006.

CARMONA, Carlos A.; LEMES, Selma F.; MARTINS, Pedro B. *20 Anos da Lei de Arbitragem - Homenagem a Petrônio R. Muniz*. São Paulo: Grupo GEN, 2017. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597013276/>. Acesso em: 17 out. 2022.

CARMONA, Carlos Alberto, *A arbitragem no Código de Processo Civil brasileiro, Tese de doutorado*, São Paulo, USP, 1990.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. São Paulo: Atlas, 2009.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2009.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, v. II, 3ª. ed. Trad. Paolo Capitanio. São Paulo: Bookseller, 2000.

CIFUENTES, Santos. *Código Civil Comentado y Anotado*. 2. Ed. Tomo II. Buenos Aires: La Ley, 2008.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas S. *Law and Economics*. 4ª ed. Pearson Addison Wesley. 2004.

SILVA, Almiro Couto e. *Cadernos de Direito Público. Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre. 2004.

DALLARI, Adilson de Abreu. *Arbitragem na concessão de serviço público. Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo. 1996.

DESPEZA DO JUDICIÁRIO DIMINUIU R\$ 4,6 BILHÕES EM 2020, APONTA CNJ. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/justica/despesa-do-judiciario-diminuiu-r-46-bilhoes-em-2020-aponta-cnj/>. Acesso em 22 out. 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 33ª ed. São Paulo: Atlas, 2020.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito Internacional Privado*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ESTORNINHO, Maria João. *Direito Europeu dos Contratos Públicos*. Coimbra: Almedina, 2006.

FERNANDES, Luísa. Avanços e desafios da arbitragem na Administração Pública. In: VILLOBOLOS, Nuno; PEREIRA, Tânia Carvalhais (Orgs.). *Arbitragem em Direito Público*. FGV Projetos. Disponível em: https://fgvprojetos.fgv.br/sites/fgvprojetos.fgv.br/files/fgv_publicacao_arbitragem_miolo.pdf. Acesso em: 10.10.2022.

FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Arbitragem*. 3ª ed. São Paulo: Forense, 2019. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530987244/>. Acesso em: 03 out. 2022.

FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Arbitragem*. São Paulo: Grupo GEN, 2019. E-book. ISBN 9788530987244. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530987244/>. Acesso em: 20 out. 2022.

FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; SAVGE, John. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International BV, 1999.

GOMES, Técio Spínola. *Arbitragem*. A Transmissibilidade da Cláusula Arbitral diante da cessão de posição contratual. São Paulo: Atlas, 2015.

GORDILLO, Agustín Alberto. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo II. Buenos Aires: F.D.A., 2006, p. 527.

GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo, n. 32, p.14-20, 2000.

GRAU, Eros Roberto. *Arbitragem e contratos administrativos*, Revista da Faculdade de Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. 2002.

GRION, Renato Stephan. *Procedimento II*. In: LEVY, Daniel. Curso de Arbitragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

INVESTING ACROSS BORDERS 2010: Indicators of Foreign Direct Investment Regulation in 87 Economies. Disponível em <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/27883>. Acesso em: 22 out. 2022.

JUNQUEIRA, André Rodrigues. Arbitragem na Administração Pública: estudo de caso sobre a eficiência do instituto das parcerias público-privadas do Estado de São Paulo. *Dissertação (Mestrado)* – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 97.

JUNQUEIRA, André Rodrigues. In: LEVY, Daniel (Org.). Curso de Arbitragem. Revista dos Tribunais: São Paulo. 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos Lei 8.666/199*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. Livro eletrônico.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 11ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.

LAMAS, Natália Mizrah. *Introdução e princípios aplicáveis à Arbitragem*. In: LEVY, Daniel (Org.). Curso de Arbitragem. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2019.

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

LEMES, Selma. *Incentivos à arbitragem na administração pública*. Gen Jurídico. 02 jan. 2018. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2018/01/02/incentivos-arbitragem-administracao-publica/>. Acesso em: 22 out. 2022.

LEMES, Selma. Parecer publicado no Livro Direito Empresarial e Outros Estudos de Direito em Homenagem ao Professor Rodrigo R. Monteiro de Castro, Walfrido Jorge Warde Júnior e Carolina Dias Tavares Guerreiro, São Paulo: Quartier Latin, 2013.

LOURENÇO, Haroldo. *A onda evolutiva da Arbitragem envolvendo o Poder Público no Brasil*. Revista dos Tribunais. 2018.

MAFFINI, Rafael. Elementos de Direito Administrativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

MAGALHÃES, Jose Carlos de. *A evolução da arbitragem no Brasil*. In: WALD, Arnaldo; LEMES, Selma Ferreira. 25 Anos da Lei de Arbitragem (1996-2021). São Paulo: Thomson Reuters Brasil. E-book. Acesso em: 03 out. 2022.

MAROLLA, Eugênia Cristina Cleto. *Arbitragem e os contratos da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MARTIN, Sofia. Litígios entre privados em setores regulados. In: MOREIRA, António Júdice *et al. Mediação e Arbitragem na Administração Pública*. Lisboa: Grupo Almedina, 2020.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Arbitragem e Administração Pública: contribuição para o sepultamento do tema. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo. 2013

MASTROBUONO, Cristina Margarete Wagner. A escolha da câmara de arbitragem pela Administração Pública. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Rafael Munhoz de. Arbitragem e Administração Pública, *Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná*, Curitiba, n.6, p. 47-81, 2015.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Preceitos constitucionais fundamentais da República Federativa do Brasil, serviço público portuário e autorização para exploração de atividade portuária por meio de terminais privativos de uso misto, In: *Regulação portuária e concorrência: pareceres jurídicos e econômicos*, Rio de Janeiro, Abratec, 2009, p. 211.

MUNIZ, Joaquim de Paiva; MOTA, Maria Clara Barros. Arbitragem na Administração Pública: onde estamos e para onde vamos. In: MOREIRA, António Júdice *et al. Mediação e Arbitragem na Administração Pública*. Lisboa: Grupo Almedina, 2020.

NANNI, Giovanni E. *et al. Comitê Brasileiro de Arbitragem e a Arbitragem no Brasil: Obra Comemorativa ao 20º Aniversário do CBAr.* (Coleção CBAr). Disponível em: Minha Biblioteca, Grupo Almedina (Portugal), 2022.

NASCIMENTO, Felipe Costa Laurindo do; ARAUJO, Bruno Manoel Viana de. A Arbitragem em Direito Nacional: Justiça Multiportas e o Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo: Revista dos Tribunais.* 2018

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de A. *Comentários ao Código de Processo Civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.

NOHARA, Irene Patricia; VILELA, Danilo Vieira. Arbitragem em contratos de infraestrutura celebrados com a Administração Pública: Desenvolvimento e Energia. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura.* Revista dos Tribunais. 2019.

O Direito que atormenta, Folha de S. Paulo, 15 nov. 1998.

O Poder Judiciário finalizou o ano de 2021 com 77,3 milhões de processos em tramitação, aguardando alguma solução definitiva. CNJ – Justiça em números. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em: 20 out. 2022.

OLIVEIRA, Gustavo Justino; ESTEFAM, Felipe Faiwichow. *Curso Prático de Arbitragem e Administração Pública.* São Paulo: Revista dos Tribunais. 2020. Livro Eletrônico. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/213708756/v1/page/RB-4.1>. Acesso em 18 out. 2022.

OLIVEIRA, Gustavo Justino; ESTEFAM, Felipe Faiwichow. *Curso Prático de Arbitragem e Administração Pública.* São Paulo: Revista dos Tribunais. 2020. Livro Eletrônico. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/213708756/v1/page/RB-4.1>. Acesso em 18 out. 2022.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. *Direito Administrativo.* São Paulo: Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559643042. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559643042/>. Acesso em: 21 out. 2022.

POSNER, Richard A. *The Law and Economics of Contract Interpretation.* University of Chicago Law School Paper. 2004. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2893&context=journal_articles. Acesso em 22 out. 2022.

RAVAGNANI, Giovani dos Santos. A Lei Mineira de Arbitragem como declaração de vontade do poder público em indicar o método de resolução de conflitos em um contrato. *Revista dos Tribunais.* 2019.

RIBEIRO, Diogo Albaneze Gomes. Arbitragem no setor de energia elétrica. *Dissertação (Mestrado em Direito)* – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2015.

RODI, Rodrigo Mota. *Cabimento da Arbitragem na Administração Pública: estudo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Contas da União*

Saiba quanto custa o Poder Judiciário brasileiro. Disponível em: <https://www.m133.com.br/saiba-quanto-custa-o-poder-judiciario-brasileiro>. Acesso em 22 out. 2022

SAID FILHO, Fernando Fortes (Re)pensando o acesso à justiça: a arbitragem como mecanismo alternativo à crise funcional do Poder Judiciário, Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2016.

SALLES, Carlos Alberto de. Arbitragem em contratos administrativos. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 215.

SOMBRA, Thiago Luís. Mitos, crenças e a mudança de paradigma da arbitragem com a administração pública. *Revista Brasileira de Arbitragem*. v. 14, n 54, p.54-72. 2017.

SOUZA JUNIOR, Lauro da Gama e. Sinal verde para a arbitragem nas parcerias público-privadas: a construção de um novo paradigma para os contratos entre o Estado e o investidor privado. *Revista Brasileira de Arbitragem*. p. 7-42, 2005;

SPERANDIO, Felipe Vollbrecht. *Convenção de arbitragem*. In: Curso de Arbitragem. Org.: Daniel Levy. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2019.

STONE, Katherine van Welzel. *Rustic Justice: community and coercion under the Federal Arbitration Act*. North Carolina Law Review. 1999

TÁCITO, Caio. Arbitragem nos litígios administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 210, p. 211-115, out./dez. 1997.

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

TAVELA LUÍS, Daniel; KULESZA, Gustavo Santos; PEREIRA, Laura França (Org.). Segunda Edição da Pesquisa “Arbitragem e Poder Judiciário” – 3 – Relatório Validade Cláusula – 03/08/2017, p.35. Disponível em: <http://cbar.org.br/site/pesquisa-cbar-abearb-2016/>. Acesso em: 22 out. 2022.

TIBURCIO, Carmen; PIRES, Thiago Magalhães. Arbitragem envolvendo a Administração Pública: notas sobre as alterações introduzidas pela Lei 13.129/2005. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 254, 2016. p. 431-462

TIMM, Luciano Benetti; GUALDALINI, Bruno; RICHTER, Marcelo de Souza. In: CARMONA, Carlos A.; LEMES, Selma F.; MARTINS, Pedro B. *20 Anos da Lei de Arbitragem - Homenagem a Petrônio R. Muniz*. São Paulo: Grupo GEN, 2017. E-book. ISBN 9788597013276. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597013276/>. Acesso em: 21 out. 2022.

TIMM, Luciano Benetti; SILVA, Thiago Tavares da; RICHTER, Marcelo de Souza. *Os Contratos Administrativos e a Arbitragem: Aspectos Jurídicos e Econômicos*. Revista de Arbitragem e Mediação. Revista dos Tribunais. 2016

TONIN, Mauricio M. *Arbitragem, Mediação e Outros Métodos de Solução de Conflitos Envolvendo o Poder Público*. Lisboa: Grupo Almedina, 2020.

TORRE, Riccardo Giuliano Figueira. In: WALD, Arnaldo; LEMES, Selma Ferreira. *25 Anos da Lei de Arbitragem (1996-2021)*. Thomson Reuters Brasil: São Paulo. 2022.

WALD, Arnaldo. *A Reforma da Lei de Arbitragem*. Revista dos Tribunais. 2015