

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

ALLAN VINICIUS DE MOURA

ARBITRAGEM ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

São Paulo
2024

ALLAN VINICIUS DE MOURA

ARBITRAGEM ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, do núcleo de pesquisa em Direito Administrativo, sob a orientação do Professor Doutor Márcio Cammarosano.

São Paulo
2024

ALLAN VINICIUS DE MOURA

ARBITRAGEM ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, do núcleo de pesquisa em Direito Administrativo, sob a orientação do Professor Doutor Márcio Cammarosano.

Aprovação em: ____/____/____/

Professor Dr. Márcio Cammarosano

Professor(a) Dr(a).

Professor(a) Dr(a).

Nota: _____

São Paulo
2024

RESUMO

MOURA, Allan Vinicius de. **Arbitragem envolvendo a Administração Pública**. 2024. 183 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2024.

A presente dissertação tem por escopo dirimir questões controvertidas nas arbitragens em que figure como parte a Administração Pública. Os objetivos específicos são verificar se o princípio da indisponibilidade do interesse público impede a utilização da arbitragem; estudar as teorias que explicam o conceito de direitos patrimoniais disponíveis; analisar se a indicação de árbitros e a escolha de câmaras arbitrais pela Administração Pública devem sujeitar-se à licitação ou ao processo de inexigibilidade de licitação; examinar se a execução de sentenças arbitrais que condenam a Fazenda Pública a pagar quantia certa deve submeter-se ao regime dos precatórios; verificar qual espécie de arbitragem deve ser adotada pela Administração Pública, institucional ou *ad hoc*; averiguar o cabimento de condenação em honorários advocatícios contratuais e sucumbenciais no processo arbitral; investigar se a arbitragem pode ser utilizada para dirimir conflitos oriundos de contratações de bens ou de serviços comuns licitáveis por meio da modalidade pregão; analisar se os árbitros devem aplicar os precedentes judiciais vinculantes previstos no Código de Processo Civil; verificar qual parte deve arcar com as custas e despesas para início do processo arbitral; pesquisar a possibilidade de submeter à arbitragem as controvérsias em matéria tributária. Os resultados obtidos revelam que o princípio da indisponibilidade do interesse público coaduna-se com o conceito de direitos patrimoniais disponíveis, não impedindo que a Administração Pública utilize a jurisdição arbitral para dirimir seus conflitos. Conclui-se que a escolha de árbitros e de câmaras arbitrais pela Administração Pública não se sujeita à licitação, nem tampouco ao procedimento de inexigibilidade de licitação. Demonstra-se que o cumprimento de sentenças arbitrais que condenam a Fazenda Pública a pagar quantia certa devem submeter-se ao regime dos precatórios ou das requisições de pequeno valor, a depender do valor da condenação, não podendo haver distinção entre credores da Fazenda Pública amparados por sentenças judiciais e credores amparados por sentenças arbitrais. Conclui-se que a condenação em honorários de sucumbência somente tem cabimento se houver previsão na convenção de arbitragem, no termo de arbitragem ou no regulamento da câmara arbitral escolhida pelas partes, enquanto o ressarcimento de honorários contratuais depende de pedido da parte nas suas alegações iniciais. Verifica-se que a arbitragem pode ser empregada para dirimir conflitos oriundos de contratações licitadas por meio da modalidade pregão. Conclui-se que o árbitro não está adstrito à aplicação mecânica de precedentes judiciais vinculantes, podendo superá-los, desde que fundamentadamente. Conclui-se, ao final, inexistir óbice à utilização da arbitragem para dirimir conflitos envolvendo o crédito tributário. Os métodos de pesquisa utilizados foram a revisão de literatura e a pesquisa jurisprudencial.

Palavras-chave: Arbitragem. Administração Pública. Contrato administrativo. Licitação.

ABSTRACT

MOURA, Allan Vinicius de. **Arbitration involving the Public Administration**. 2024. 183 f. Dissertation (Master in Law) - Pontifical Catholic University, São Paulo, 2024.

This dissertation aims to resolve controversial issues in arbitration, which the Public Administration is part of. The specific objectives are to verify if the principle of unavailability of the public interest prevents the use of arbitration; to study the theories explaining the concept of available property rights; examine whether the appointment of arbitrators and the choice of arbitration chambers by the Public Administration should be the subject to the bidding or the process of unlawful bidding; examine whether the execution of arbitral sort that order of the Treasury to pay a certain amount must be submitted to the regime of precatory; check what kind of arbitration should be adopted by the Public Administration, institutional or ad hoc; investigate the appropriateness of reports on contractual and succumbing legal fees in the arbitration process; investigate whether arbitration can be used to settle disputes arising from the hiring of common goods or services by means of the negotiated procedure; examine whether the arbitrators should apply the binding judicial precedents provided for in the Code of Civil Procedure; verify which party must bear the costs and expenses for the initiation of arbitration proceedings; to investigate the possibility of submitting tax disputes to arbitration. The results show that the principle of unavailability of the public interest is consistent with the concept of available property rights, not preventing the Public Administration to use arbitration jurisdiction to resolve its conflicts. It is concluded that the choice of arbitrators and arbitration chambers by the Public Administration is not subject to bidding, nor to the procedure of unenforceability of bidding. It is demonstrated that compliance with arbitral awards that condemn the Treasury to pay a certain amount must be submitted to the regime of precatory or small value requisitions, depending on the value of the conviction, there can be no distinction between creditors of the Public Treasury supported by judicial decisions and creditors supported by arbitral awards. It is concluded that the sentence in arbitration fees is only valid if there is provision in the arbitration agreement, the arbitration term or the rules of the arbitration chamber chosen by the parties, while the compensation of contractual fees depends on the party's request in its opening arguments. It appears that arbitration can be used to resolve conflicts arising from contracts bid through the trading mode. It is concluded that the arbitrator is not subject to the mechanical application of binding judicial precedents, and can overcome them, provided they are reasoned. It is concluded, in the end, there is no obstacle to the use of arbitration to resolve conflicts involving tax credit. The research methods used were literature review and jurisprudential research.

Keywords: Arbitration. Public Administration. Administrative contract. Bidding.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 NOÇÕES GERAIS SOBRE ARBITRAGEM	11
2.1 Conceito de arbitragem	11
2.2 Arbitrabilidade subjetiva e arbitrabilidade objetiva	12
2.3 Diferença entre cláusula arbitral, compromisso arbitral e convenção de arbitragem	18
2.4 Da autonomia da cláusula arbitral em relação ao contrato	21
2.5 Diferença entre arbitragem institucional e arbitragem <i>ad hoc</i>	25
2.6 Da escolha dos árbitros	26
3 DA ARBITRAGEM ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	32
3.1 Da ausência de incompatibilidade entre o princípio da indisponibilidade do interesse público e os direitos patrimoniais disponíveis	32
3.2 Direitos patrimoniais disponíveis	35
3.2.1 Critério da distinção entre interesses públicos primários e interesses públicos secundários	36
3.2.2 Critério da distinção entre atos de império e atos de gestão	37
3.2.3 Critério da ordem pública	43
3.2.4 Critério da transacionabilidade do direito	45
3.2.5 Critério da possibilidade de alienação ou de renúncia do direito	46
3.2.6 Critério da dispensabilidade da apreciação judicial	47
3.2.7 Critério da contratualização do direito	48
3.2.8 Análise crítica acerca dos direitos patrimoniais disponíveis para fins de arbitragem nas contratações administrativas	49
3.3 Vedação à arbitragem por equidade	55
3.4 Preferência pela arbitragem institucional	56
3.5 Impossibilidade de escolha do direito material aplicável	59
3.6 Possibilidade de negociação das regras processuais	59
3.7 Idioma: língua portuguesa	60
3.8 Sede da arbitragem	61
3.9 Publicidade do procedimento	63
3.10 Da escolha de árbitros pela Administração Pública e a inexigibilidade de licitação	66

3.11 Escolha de câmaras arbitrais pela Administração Pública e o procedimento auxiliar de credenciamento previsto na Lei nº 14.133/21.....	85
3.12 A falta de previsão no edital de licitação e no contrato não impede a Administração de firmar compromisso arbitral	93
3.13 Do prazo para prolação da sentença arbitral	96
3.14 O cumprimento de sentença arbitral condenatória e o regime dos precatórios à luz dos princípios constitucionais da legalidade, da isonomia e da supremacia do interesse público	98
3.15 Honorários advocatícios sucumbenciais e contratuais na arbitragem	112
3.16 Da utilização da arbitragem para dirimir conflitos resultantes de contratações de bens e serviços comuns licitáveis por meio da modalidade pregão	124
3.17 Da vinculação do árbitro aos precedentes judiciais vinculantes e o princípio da legalidade: abordagem pragmática	131
3.18 Despesas na arbitragem	156
3.19 Arbitragem em matéria tributária	160
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS	169
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	179

1 INTRODUÇÃO

A arbitragem envolvendo o Poder Público sempre foi objeto de ceticismo no âmbito da Administração Pública.

A Lei da Arbitragem (Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996) não previu, de forma expressa, a possibilidade de a Administração Pública submeter-se à arbitragem.

Não obstante, foram aprovadas leis setoriais esparsas autorizando a solução extrajudicial de conflitos em setores específicos da Administração Pública.

A título de exemplo, em 1997, foi promulgada a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, tornando obrigatória, nos contratos de concessão de serviços de telecomunicações, a previsão de cláusula que disponha sobre o modo para solução extrajudicial de divergências contratuais, conforme inciso XV do art. 93¹ da Lei nº 9.472/1997.

Nessa mesma trilha, foi promulgada a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, que dispõe sobre a política energética nacional, prevendo, no seu art. 43, inciso X², que os contratos de concessão para exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural devem conter cláusula que disponha sobre a solução de controvérsias relativas ao contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional.

Em 2001, foi promulgada a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, que dispõe sobre a ordenação dos transportes aquaviário e terrestre, prevendo, no art. 35, inciso XVI³, que os contratos de concessão de serviços de transporte rodoviário ou aquaviário devem conter cláusula que disponha sobre a solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, incluindo a conciliação e a arbitragem.

¹ Art. 93. O contrato de concessão indicará:

[...]

XV - o foro e o modo para solução extrajudicial das divergências contratuais.

² Art. 43. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais:

[...]

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

³ Art. 35. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais, ressalvado o disposto em legislação específica, as relativas a:

[...]

XVI – regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem;

Em 2004, foi promulgada a Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que dispõe sobre as parcerias público-privadas, a qual prevê, no artigo 11, inciso III⁴, que os contratos de parceria público-privada podem prever o emprego de mecanismos privados de solução de conflitos, incluindo a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa.

Em 2005, foi alterada a Lei Geral das Concessões, Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, prevendo a possibilidade de emprego de mecanismos privados de solução de controvérsias relativas a contratos de concessão, incluindo a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos do seu art. 23-A⁵.

Em 2015, para eliminar qualquer dúvida que ainda restasse sobre a possibilidade de submissão da Administração Pública à arbitragem, a Lei nº 13.129/2015 incluiu o § 1º no art. 1º da nº 9.307/96 (Lei da Arbitragem), autorizando, finalmente, a utilização da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis no âmbito da Administração Pública direta e indireta em geral.

Porém, como conciliar a prática da arbitragem na Administração Pública com o princípio da indisponibilidade do interesse público? Se o interesse público é indisponível, poderia a Administração Pública valer-se da arbitragem?

Havendo cláusula compromissória em contrato administrativo, o contratado pode pleitear, no juízo arbitral, eventual invalidação da sanção de declaração de inidoneidade para licitar e contratar que lhe tenha sido imposta pela Administração?

Não bastasse isso, a Administração pode indicar árbitro de sua confiança e escolher determinada câmara arbitral para administrar o procedimento arbitral sem que eles sejam selecionados mediante prévio processo licitatório?

O árbitro tem o dever de observar os precedentes judiciais vinculantes previstos no art. 927 do Código de Processo Civil de 2015?

E mais: as sentenças arbitrais que condenam a Fazenda Pública a pagar quantia certa devem ser submetidas ao regime dos precatórios?

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

[...]

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

⁵ Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. (incluído pela Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005)

Acerca dos honorários advocatícios sucumbenciais, são eles devidos nas arbitragens envolvendo a Administração Pública?

Essas e outras questões serão dirimidas no decorrer deste estudo.

O objetivo geral da pesquisa é examinar as principais questões controvertidas na arbitragem envolvendo a Administração Pública.

Os objetivos específicos a serem alcançados são os seguintes:

- a) verificar se o princípio da indisponibilidade do interesse público impede a utilização da arbitragem pela Administração Pública;
- b) estudar as teorias que explicam o conceito de direitos patrimoniais disponíveis;
- c) analisar o campo da arbitrabilidade objetiva nos conflitos oriundos de contratações administrativas;
- d) averiguar se a indicação de árbitros e a escolha de câmaras arbitrais pela Administração Pública devem ocorrer mediante prévio processo licitatório ou mediante inexigibilidade de licitação;
- e) examinar se as sentenças arbitrais que condenam a Fazenda Pública a pagar quantia certa devem submeter-se ao regime dos precatórios e ao procedimento das requisições de pequeno valor à luz dos princípios constitucionais da supremacia do interesse público, da isonomia e da legalidade;
- f) analisar se a sentença arbitral pode condenar a parte sucumbente a pagar honorários advocatícios sucumbenciais, independentemente de previsão na convenção de arbitragem;
- g) investigar se a sentença arbitral pode determinar o ressarcimento de honorários advocatícios contratuais;
- h) verificar qual tipo de arbitragem deve ser adotada pela Administração Pública: arbitragem institucional ou arbitragem *ad hoc*;
- i) esclarecer se o árbitro tem a obrigação de aplicar os precedentes judiciais vinculantes previstos no Código de Processo Civil ou se pode superá-los independentemente de ter havido superação de entendimento no tribunal que editou o precedente;
- j) examinar se a arbitragem pode ser utilizada para dirimir conflitos oriundos de contratações que envolvam o fornecimento de bens e serviços comuns licitáveis por meio da modalidade pregão;
- k) verificar qual parte deve arcar com as custas e despesas para início do processo arbitral;

- I) averiguar se é possível a arbitragem no âmbito do Direito Tributário para dirimir controvérsias entre a Administração Tributária e contribuintes, bem como verificar se o crédito tributário é um direito disponível ou indisponível.

A importância da presente dissertação justifica-se no fato de que, além de trazer respostas para questões relevantes nas arbitragens envolvendo a Administração Pública, à luz da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/21), contribuirá para a ampliação da utilização da arbitragem como método alternativo de solução de controvérsias no âmbito da Administração Pública.

Para tanto, esta dissertação divide-se em duas partes: um capítulo introdutório para tratar de noções gerais em matéria de arbitragem, tais como conceito de arbitragem, diferença entre arbitragem *ad hoc* e arbitragem institucional, diferença entre arbitrabilidade objetiva e arbitrabilidade subjetiva, diferença entre cláusula arbitral, compromisso arbitral e convenção de arbitragem, autonomia da cláusula arbitral e processo de escolha de árbitros; e outro capítulo para cuidar dos objetivos específicos que esta dissertação propõe alcançar.

2 NOÇÕES GERAIS SOBRE ARBITRAGEM

2.1 Conceito de arbitragem

Arbitragem é um método alternativo de solução de controvérsias, privado e adversarial, em que as partes, de comum acordo, delegam a um árbitro ou a um colegiado de árbitros a solução de um litígio mediante a prolação de sentença, que terá os mesmos efeitos de uma sentença proferida pelo Poder Judiciário. Em poucas palavras, arbitragem é uma forma de jurisdição privada.

Nesse mesmo sentido, convém trazer a definição de Francisco José Cahali:

A arbitragem, ao lado da jurisdição estatal, representa uma forma heterocompositiva de solução de conflitos. As partes capazes, de comum acordo, diante de um litígio, ou por meio de uma convenção, estabelecem que um terceiro, ou colegiado, terá poderes para solucionar a controvérsia, sem a intervenção estatal, sendo que a decisão terá a mesma eficácia de uma sentença judicial.

Daí porque se falar em mecanismo privado de resolução de litígios, ou meio alternativo de solução de controvérsia, ou, ainda, método extrajudicial de solução de conflitos (Mesc).⁶

Luiz Antônio Scavone Júnior conceitua arbitragem da seguinte forma:

A arbitragem pode ser definida, assim, como o meio privado e alternativo de solução de conflitos decorrentes de direitos patrimoniais e disponíveis por meio do árbitro, normalmente um especialista na matéria controvertida, que apresentará uma sentença arbitral que constitui título executivo judicial.⁷

Luís Felipe Salomão e Rodrigo Fux, em artigo publicado na Revista Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal, definem arbitragem como “[...] método heterocompositivo de solução de controvérsias, no qual terceiro imparcial, nomeado pelas partes no gozo de autonomia privada, decide o conflito vivenciado pelos sujeitos”.⁸

⁶ CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação, conciliação, tribunal multiportas. 9. ed. rev., ampl., e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 123.

⁷ SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antônio. **Manual de arbitragem**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 17.

⁸ SALOMÃO, Luís Felipe; FUX, Rodrigo. Arbitragem e precedentes: possível vinculação do árbitro e mecanismos de controle. **Revista CEJ**, Brasília, ano XXIV, n. 80, p. 7-20, jul./dez. 2020. Disponível em: <<https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/2600/2469>>. Acesso em: 16.01.2024. p. 8.

2.2 Arbitrabilidade subjetiva e arbitrabilidade objetiva

A arbitrabilidade subjetiva diz respeito a quem pode submeter-se à arbitragem. Em outras palavras, a arbitrabilidade subjetiva é a capacidade de ser parte em um processo arbitral. Nos termos do art. 1º da Lei nº 9.307/96, somente podem optar pela arbitragem as *peessoas capazes de contratar*.

Cabe analisar, aqui, se a capacidade para contratar é a capacidade de direito ou a capacidade de fato.

Com efeito, a capacidade de direito é inerente a qualquer pessoa, bastando o mero nascimento com vida para que a pessoa seja capaz de ser titular de direitos e de deveres na esfera civil, nos termos dos artigos 1º e 2º do Código Civil:

Art. 1º Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.

Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

No caso de pessoas jurídicas, a sua existência legal inicia-se com a inscrição de seus atos constitutivos no registro competente, nos termos do art. 45 do Código Civil, a saber:

Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.

O registro competente para inscrição de pessoas jurídicas de direito privado varia conforme a espécie de pessoa jurídica: nas Juntas Comerciais, são realizados os registros de sociedades empresárias⁹ e de cooperativas¹⁰; no Registro Civil de Pessoas Jurídicas¹¹, são realizados os registros de sociedades simples, de associações, de fundações, de organizações religiosas e de partidos políticos. Somente após o registro de seus atos constitutivos é que as pessoas jurídicas de direito privado adquirem personalidade.

Portanto, consideram-se *peessoas capazes de contratar* as pessoas naturais e as pessoas jurídicas. Quanto aos entes despersonalizados – condomínios, por

⁹ Vide art. 1.150 do Código Civil.

¹⁰ Vide alínea “a” do inciso II do art. 32 da Lei nº 8.934/1994.

¹¹ Vide art. 114 da Lei nº 6.015/1973, combinado com o art. 1.150 do Código Civil.

exemplo –, prevalece o entendimento de que tais entes também possuem capacidade para firmar convenções arbitrais, conforme afirma Francisco José Cahali:

Sob outra ótica, mesmo sendo entes despersonalizados, massa falida, espólio e condomínios (de edifícios), podem ser partes em procedimentos arbitrais, pois têm capacidade de contratar, e assim, de ser parte e de estar em juízo.¹²

Por outro lado, a capacidade de fato é a aptidão para a prática, por si só, dos atos da vida civil, sem necessidade de representação ou de assistência. A capacidade civil de fato adquire-se com a maioridade ou com a emancipação.

Nessa sorte de ideias, uma pessoa absoluta ou relativamente incapaz, devidamente representada ou assistida por um representante legal ou por um curador, pode firmar convenção de arbitragem?

Para Luiz Antônio Scavone Júnior, o art. 1º da Lei nº 9.307/96 refere-se à capacidade de direito, de modo que até mesmo os incapazes (arts. 4º e 5º do Código Civil) podem figurar em cláusulas ou compromissos arbitrais, desde que devidamente representados ou assistidos, conforme demonstram as seguintes passagens extraídas de sua obra:

Isto porque estamos no campo da capacidade de gozo dos direitos (capacidade de direito) e não do seu exercício pessoal (capacidade de fato), que depende da inexistência de incapacidades absolutas ou relativas, tal qual delineadas no Código Civil.

O que se quer afirmar, diferentemente do que pensam alguns autores, é que as pessoas podem ser representadas ou assistidas na convenção de arbitragem, desde que respeitados os limites decorrentes da matéria, que deve versar sobre direitos patrimoniais disponíveis.

Assim, com respeito a posições em sentido contrário, nada obsta que, circunscritos aos limites de mera administração impostos à representação, tutela e curatela,²⁰ os pais, tutores ou curadores possam representar ou assistir os incapazes, firmando cláusulas ou compromissos arbitrais que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis desses mesmos incapazes.¹³

Em sentido contrário, Francisco José Cahali entende que os incapazes não podem submeter-se à arbitragem em razão da indisponibilidade dos direitos de que são titulares. Veja-se:

¹² CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação, conciliação, tribunal multiportas. 9. ed. rev., ampl., e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 141.

¹³ SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antônio. **Manual de arbitragem**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 21.

Assim, a convenção arbitral envolvendo menor relativamente incapaz, mesmo assistido pelos pais, tem restrição, pois os direitos em questão são indisponíveis. E mesmo no caso de contratos que envolvam a mera administração, embora permitidos sem autorização judicial aos incapazes assistidos ou representados, o óbice à utilização da arbitragem surge em razão da necessária participação do Ministério Público no processo (art. 178, II, do CPC/2015).¹⁴

No que se refere à Administração Pública, a redação do art. 1º da Lei de Arbitragem, que é a redação original vigente desde a data da publicação da lei, já seria suficiente para permitir que a Administração Pública se submetesse à arbitragem, já que também é uma pessoa (jurídica) capaz de contratar. Porém, o ceticismo dos órgãos de controle externo, baseado no princípio de legalidade estrita, impediu o avanço da arbitragem na Administração Pública por quase duas décadas após a promulgação da Lei nº 9.307/96, salvo exceções expressamente previstas na legislação setorial, como é o caso, por exemplo, do art. 23-A¹⁵ da Lei nº 8.987/95 (Lei Geral das Concessões), inserido pela Lei nº 11.196/2005.

Foi somente em 2015, com a aprovação da Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015, que a Lei nº 9.307/96 foi finalmente alterada para permitir que a Administração Pública direta e indireta pudesse submeter-se à arbitragem, conforme § 1º do art. 1º da Lei nº 9.307/96: “§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

A arbitrabilidade objetiva, por sua vez, diz respeito à matéria passível de ser submetida à arbitragem. De acordo com o art. 1º da Lei nº 9.307/96, somente podem ser objeto de arbitragem matérias que envolvam *direitos patrimoniais disponíveis*.

Embora a lei não contemple o conceito de *direitos patrimoniais disponíveis*, pode-se afirmar, *grosso modo*, que os direitos patrimoniais são aqueles suscetíveis de avaliação pecuniária, enquanto os direitos disponíveis são aqueles passíveis de alienação.

Os direitos indisponíveis, por sua vez, são aqueles que não podem ser objeto de transação, alienação ou renúncia.

Sob essa perspectiva, os conflitos envolvendo direitos extrapatrimoniais não podem ser dirimidos por meio da arbitragem. São exemplos de direitos

¹⁴ CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação, conciliação, tribunal multiportas. 9. ed. rev., ampl., e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 142.

¹⁵ Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996.

extrapatrimoniais os direitos de personalidade (direito à vida, à honra, à imagem) e os direitos de estado (filiação, poder familiar, estado civil).

Todavia, é preciso esclarecer que, embora os direitos de personalidade, em si, sejam inalienáveis e inestimáveis, é possível quantificar-se o valor da indenização decorrente de eventual violação desses direitos. Dessa forma, a indenização por dano moral decorrente da violação do direito à honra, por exemplo, pode ser submetida à arbitragem.

Conforme ensina João Pedro Accioly, “[...] reflexos patrimoniais e disponíveis de direitos extrapatrimoniais ou mesmo indisponíveis poderão ser apreciados em sede arbitral”.¹⁶

Nesse mesmo sentido, é a lição de Luiz Antônio Scavone Júnior:

Nessa medida, a afronta aos direitos indisponíveis, a exemplo dos direitos da personalidade, como é cediço, são indenizáveis e, quanto a essa indenização, cabe a arbitragem, tal qual delineada na Lei 9.307/1996.

Por exemplo: ninguém pode transacionar, abrindo mão do seu direito à honra, que é um direito da personalidade.

Contudo, a afronta à honra da pessoa gera o direito de receber indenização por danos morais.

Assim, diante da afronta ao seu direito, nada obsta que, através de compromisso arbitral com o ofensor, o valor da reparação seja arbitrado nos termos da Lei 9.307/1996.

Nesse contexto, o árbitro não pode decidir se a pessoa tem ou não o direito à honra, vez que este direito é indisponível.

Porém, nada obsta que decida acerca do fato que enseja a afronta ao direito à honra e quanto à liquidação dessa afronta.¹⁷

No que se refere à arbitrabilidade objetiva em contratos administrativos, segundo entendimento doutrinário, as matérias relativas às prerrogativas da Administração (previstas, atualmente, no art. 104¹⁸ da Lei nº 14.133/21), não podem

¹⁶ ACCIOLY, João Pedro. Arbitrabilidade objetiva em conflitos com a administração pública. **Revista Brasileira de Arbitragem**, São Paulo, v. 17, n. 65, p. 7-41, jan./mar. 2020, p. 10.

¹⁷ SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antônio. **Manual de arbitragem**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 22.

¹⁸ Art. 104. O regime jurídico dos contratos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, as prerrogativas de:

I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

II - extinguir-los, unilateralmente, nos casos especificados nesta Lei;

III - fiscalizar sua execução;

IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;

V - ocupar provisoriamente bens móveis e imóveis e utilizar pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato nas hipóteses de:

a) risco à prestação de serviços essenciais;

b) necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, inclusive após extinção do contrato.

ser objeto de arbitragem, pois são direitos indisponíveis; no entanto, as repercussões econômico-financeiras desses atos podem ser discutidas na jurisdição arbitral. Nesse sentido, confira-se a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

[...] Não pode um tribunal de arbitragem decidir sobre as prerrogativas do artigo 58 da Lei 8.666 (alteração unilateral, rescisão unilateral, aplicação de penalidade etc). Mas pode decidir sobre os efeitos patrimoniais decorrentes do uso de prerrogativas próprias do poder público, como as de alterar e rescindir unilateralmente os contratos, que podem provocar o desequilíbrio econômico-financeiro. São aspectos que se incluem no conceito de direitos patrimoniais disponíveis, não porque a administração pública possa abrir mão de seus direitos, mas porque se trata de direitos passíveis de valoração econômica.¹⁹

De acordo com esse entendimento, não cabe ao árbitro decidir, por exemplo, se a Administração pode ou não pode extinguir unilateralmente determinado contrato por razões de interesse público, se a Administração pode ou não pode fiscalizar determinado contrato, ou se a Administração pode ou não pode aplicar a sanção de inidoneidade para licitar.

Gustavo Henrique Carvalho Schiefler também entende que as prerrogativas da Administração previstas no art. 58 da revogada Lei nº 8.666/93 – correspondente ao art. 104 da Lei nº 14.133/21 – constituem direitos indisponíveis e, por esse motivo, não podem ser objeto de arbitragem, pois são direitos insuscetíveis de renúncia, alienação ou transferência. Para referido autor, os conflitos que envolvam as sanções de advertência, de suspensão temporária do direito de licitar ou de contratar com a Administração e de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública não podem ser submetidos à arbitragem, pois tais sanções não possuem conteúdo patrimonial, não afetando o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Segundo referido autor, somente as controvérsias que envolvam a aplicação da penalidade de multa podem ser objeto de arbitragem, dado o seu caráter patrimonial. Para comprovar essas asserções, seguem as palavras de Gustavo Henrique Carvalho Schiefler:

Dito de outra forma, as prerrogativas protetivas do interesse público, que também são conhecidas como “cláusulas exorbitantes” e estão previstas no art. 58 da Lei nº 8.666/93, formalizam, no contrato administrativo, direitos

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. As possibilidades de arbitragem em contratos administrativos. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-set-24/interesse-publico-possibilidades-arbitragem-contratos-administrativos2/#author>>. Acesso em: 3 abr. 2024.

indisponíveis da Administração Pública, que não podem ser renunciados, alienados ou transferidos por seus representantes e, por consequência, não podem ser objeto de arbitragem.

[...]

Com exceção da aplicação de multa contratual, que, embora seja uma prerrogativa administrativa, não é plena, pois depende de previsão contratual, os litígios relacionados às demais penalidades administrativas não podem ser objeto de arbitragem. Assim, por exemplo, um eventual conflito sobre a aplicação da penalidade administrativa que embarga a participação do particular em futuras licitações públicas e contratos administrativos (incs. III e IV do art. 87 da Lei nº 8.666/93 e art. 7º da Lei nº 10.520/02, por exemplo), por mais que sejam direitos previstos no contrato, não constituem direitos patrimoniais, tampouco direitos disponíveis.

Sendo assim, a aplicação das sanções administrativas previstas nos incs. I, III e IV do art. 87 da Lei nº 8.666/93 e no art. 7º da Lei nº 10.520/02 não afeta o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, tampouco qualquer outro direito patrimonial disponível inserido no contrato – e, portanto, a aplicação da penalidade, ou mesmo seus efeitos, não poderá ser objeto de arbitragem.

[...]

Portanto, no âmbito das penalidades aplicáveis no âmbito dos contratos administrativos, a multa contratual representa a única categoria de litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. [...] ²⁰

No tocante às prerrogativas da Administração de alterar e de extinguir contratos administrativos de forma unilateral, Gustavo Henrique Carvalho Schiefler entende que, embora sejam direitos indisponíveis, os reflexos econômico-financeiros desses atos, podem ser objeto de arbitragem.²¹

Dessa forma, segundo entendimento doutrinário acima exposto, se a alteração unilateral do contrato levada a efeito pela Administração causar prejuízos econômicos ao contratado, este poderá pleitear o direito à indenização perante a jurisdição arbitral, mas não poderá pleitear o desfazimento do ato na via arbitral.

No âmbito das desapropriações, a propósito, o direito do ente expropriante de desapropriar não pode ser objeto de arbitragem, porquanto indisponível, mas a discussão relativa ao valor a ser pago a título de indenização pode ser dirimida na jurisdição arbitral.

O estudo da arbitrabilidade objetiva nos conflitos envolvendo a Administração Pública será aprofundado na subseção 3.2 desta dissertação.

²⁰ SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. Arbitragem nos contratos administrativos e o critério para identificação dos litígios que envolvem direitos patrimoniais disponíveis. **Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)**, Curitiba: Zênite, n. 272, p. 989-995, out. 2016.

²¹ Idem, 2016.

2.3 Diferença entre cláusula arbitral, compromisso arbitral e convenção de arbitragem

Convenção de arbitragem é gênero, do qual são espécies a cláusula arbitral (ou cláusula compromissória) e o compromisso arbitral.

A cláusula arbitral é aquela em que as partes, de comum acordo, elegem a jurisdição arbitral como forma de solução de eventuais controvérsias que surgirem durante a execução de determinado contrato entre elas celebrado. A cláusula arbitral deve constar em documento escrito, podendo ser inserida no próprio instrumento contratual celebrado pelas partes ou em documento apartado, desde que reportado a determinado contrato. Para mais clareza, cumpre transcrever o art. 4º, *caput* e §1º, da Lei nº 9.307/96:

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

§ 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

O compromisso arbitral, por outro lado, é aquele em que as partes decidem, de comum acordo, submeter a solução de determinada controvérsia já existente à arbitragem, podendo ser celebrado judicialmente, por termo nos autos (durante o curso de uma demanda judicial), ou extrajudicialmente, desde que, nesse caso, seja celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público. Nesse sentido, dispõe o art. 9º, *caput* e §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.307/96:

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

§ 1º O compromisso arbitral judicial celebrar-se-á por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda.

§ 2º O compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público.

Em suma, a cláusula arbitral é um acordo em que as partes comprometem-se a submeter à arbitragem futuros conflitos que advierem de determinado contrato, enquanto o compromisso arbitral é um acordo, judicial ou extrajudicial, em que as

partes optam por submeter à jurisdição arbitral um conflito já existente entre elas, de origem contratual ou extracontratual.

A existência de cláusula arbitral ou de compromisso arbitral é causa de extinção do processo sem julgamento de mérito caso uma das partes resolva ajuizar ação judicial e a parte contrária argua, em preliminar de contestação, a existência de convenção arbitral, nos termos do art. 337, inciso X, do Código de Processo Civil. A ausência de alegação da existência de convenção de arbitragem em sede de contestação importa renúncia à jurisdição arbitral, nos termos do § 6º do art. 337 do Código de Processo Civil.

Em última análise, é importante discorrer sobre a distinção doutrinária entre cláusula arbitral vazia e cláusula arbitral cheia.

Cláusula arbitral vazia é aquela que não possui todos os elementos necessários à imediata instauração de procedimento arbitral quando, eventualmente, algum conflito surgir entre as partes, necessitando, portanto, da celebração de compromisso arbitral, por mútuo acordo, ou de ajuizamento de ação judicial para suprir as omissões, hipótese em que a sentença judicial valerá como compromisso arbitral.

Em se tratando de cláusula arbitral vazia, a parte interessada em instituir a arbitragem deverá, primeiramente, convocar a parte contrária, extrajudicialmente, para, em dia, hora e local certos, firmar compromisso arbitral. Não comparecendo a parte convocada ou, comparecendo, recusar-se a firmar o compromisso arbitral, poderá a parte interessada em instituir a arbitragem ajuizar ação judicial para essa finalidade. É o que dispõe o art. 6º, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 9.307/96:

Art. 6º Não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral.

Parágrafo único. Não comparecendo a parte convocada ou, comparecendo, recusar-se a firmar o compromisso arbitral, poderá a outra parte propor a demanda de que trata o art. 7º desta Lei, perante o órgão do Poder Judiciário a que, originariamente, tocara o julgamento da causa.

Ajuizada ação judicial para suprir as lacunas da cláusula arbitral, o procedimento judicial seguirá o disposto nos §§ 1º a 7º do art. 7º da Lei nº 9.307/96, a saber:

Art. 7º Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.

§ 1º O autor indicará, com precisão, o objeto da arbitragem, instruindo o pedido com o documento que contiver a cláusula compromissória.

§ 2º Comparecendo as partes à audiência, o juiz tentará, previamente, a conciliação acerca do litígio. Não obtendo sucesso, tentará o juiz conduzir as partes à celebração, de comum acordo, do compromisso arbitral.

§ 3º Não concordando as partes sobre os termos do compromisso, decidirá o juiz, após ouvir o réu, sobre seu conteúdo, na própria audiência ou no prazo de dez dias, respeitadas as disposições da cláusula compromissória e atendendo ao disposto nos arts. 10 e 21, § 2º, desta Lei.

§ 4º Se a cláusula compromissória nada dispuser sobre a nomeação de árbitros, caberá ao juiz, ouvidas as partes, estatuir a respeito, podendo nomear árbitro único para a solução do litígio.

§ 5º A ausência do autor, sem justo motivo, à audiência designada para a lavratura do compromisso arbitral, importará a extinção do processo sem julgamento de mérito.

§ 6º Não comparecendo o réu à audiência, caberá ao juiz, ouvido o autor, estatuir a respeito do conteúdo do compromisso, nomeando árbitro único.

§ 7º A sentença que julgar procedente o pedido valerá como compromisso arbitral.

Portanto, a cláusula arbitral vazia não é inválida, nem obstaculiza a jurisdição arbitral, mas dependerá de posterior preenchimento das suas lacunas, mediante celebração de compromisso arbitral pelas partes ou mediante sentença judicial, caso não haja acordo. Exemplo de cláusula arbitral vazia é aquela que simplesmente dispõe que eventuais controvérsias oriundas de determinado contrato serão submetidas à arbitragem, sem conter a indicação de árbitro ou de câmara arbitral.

Acerca da cláusula arbitral vazia, cumpre transcrever o ensinamento de Francisco José Cahali:

Também chamada de cláusula em *branco*, como o próprio nome sugere, a previsão da arbitragem desta forma traz uma lacuna quanto à forma de instauração do procedimento arbitral, que deverá ser suprida por compromisso arbitral quando do surgimento do conflito, celebrado pelas partes diretamente, ou por intermédio do Judiciário.²²

A cláusula arbitral cheia, por outro lado, é aquela que possui todos os elementos necessários ao início imediato de procedimento arbitral quando este se fizer necessário, sem que haja necessidade de prévia celebração de compromisso arbitral ou de ajuizamento de ação judicial para essa finalidade.

²² CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação, conciliação, tribunal multiportas. 9. ed. rev., ampl., e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 182.

Caso a cláusula arbitral indique determinada câmara arbitral para administrar o procedimento, a cláusula será considerada cheia, pois os regulamentos das câmaras arbitrais geralmente contêm toda a disciplina necessária para viabilizar a instauração do procedimento arbitral, conforme explica Francisco José Cahali: “Indicando as partes a instituição para administrar a arbitragem, nada mais será necessário prever, pois o regulamento da entidade certamente contém todas as regras e providências a serem adotadas pelas partes [...]”.²³

Ademais, também é possível existir cláusula cheia na arbitragem *ad hoc*, desde que a cláusula contenha os elementos necessários à imediata instauração de procedimento arbitral sem necessitar de celebração de compromisso arbitral ou de ação judicial para essa finalidade. Dessa forma, se a cláusula arbitral indicar os elementos mínimos previstos no art. 10²⁴ da Lei nº 9.307/96, tais como o local em que será proferida a sentença arbitral, a matéria que será submetida à arbitragem, a qualificação das partes e a indicação do árbitro ou dos membros do tribunal arbitral e de seus substitutos²⁵ para casos de recusa, suspeição e impedimento, a cláusula poderá ser considerada cheia, pois eventuais questões que necessitem ser explicitadas poderão ser resolvidas após a instituição da arbitragem, por iniciativa do árbitro ou do tribunal arbitral, mediante adendo assinado por todos, na forma do § 1º do art. 19 da Lei nº 9.307/97.

2.4 Da autonomia da cláusula arbitral em relação ao contrato

A cláusula arbitral é autônoma em relação ao contrato em que esteja inserida, de modo que eventual nulidade do contrato não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula arbitral. Nesse sentido, dispõe o art. 8º da Lei nº 9.307/96: “Art. 8º A

²³ CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação, conciliação, tribunal multiportas. 9. ed. rev., ampl., e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 179.

²⁴ Art. 10. Constará, obrigatoriamente, do compromisso arbitral:

I - o nome, profissão, estado civil e domicílio das partes;

II - o nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros;

III - a matéria que será objeto da arbitragem; e

IV - o lugar em que será proferida a sentença arbitral.

²⁵ Não havendo indicação de árbitro substituto na cláusula arbitral, as partes deverão ajuizar ação judicial para nomeação de substituto, caso não o escolham de comum acordo, nos termos do § 2º do art. 16 e do § 1º do art. 20 da Lei nº 9.307/96. Porém, o compromisso arbitral será extinto se as partes tiverem declarado, expressamente, na convenção de arbitragem, não aceitar substituto, conforme dispõe o inciso I do art. 12 e § 2º do art. 16 da Lei nº 9.307/96.

cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserida, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória”.

Dessa forma, mesmo que o contrato seja nulo, a cláusula arbitral permanecerá válida, cabendo ao juízo arbitral decidir, de ofício ou por provocação das partes, sobre a existência, sobre a validade e sobre eficácia de contrato que contenha cláusula arbitral, nos termos do parágrafo único²⁶ do art. 8º da Lei nº 9.307/96. Nesse sentido, confirmam-se os seguintes acórdãos do Superior Tribunal de Justiça:

CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO ARBITRAL E ÓRGÃO JURISDICIONAL ESTATAL. CONHECIMENTO. ARBITRAGEM. NATUREZA JURISDICIONAL. MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITO. DEVER DO ESTADO. PRINCÍPIO DA COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA. PRECEDÊNCIA DO JUÍZO ARBITRAL EM RELAÇÃO À JURISDIÇÃO ESTATAL. CONTROLE JUDICIAL A POSTERIORI. CONVIVÊNCIA HARMÔNICA ENTRE O DIREITO PATRIMONIAL DISPONÍVEL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O INTERESSE PÚBLICO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA JULGADO PROCEDENTE.

[...]

IX - A jurisdição arbitral precede a jurisdição estatal, incumbindo àquela deliberar sobre os limites de suas atribuições, previamente a qualquer outro órgão julgador (princípio da competência-competência), bem como sobre as questões relativas à existência, à validade e à eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória (arts. 8º e 20, da Lei n. 9.307/96, com a redação dada pela Lei n. 13.129/15).

[...]

XIII - Prematura abertura da instância judicial em descompasso com o disposto no art. 3º, § 2º, do CPC/2015 e os termos da Convenção Arbitral.

XIV - Conflito de competência conhecido e julgado procedente, para declarar competente o Tribunal Arbitral da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional. Agravos regimentais da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis e do Estado do Espírito Santo prejudicados.²⁷

RECURSOS ESPECIAIS. AÇÃO DE COBRANÇA. DISCUSSÃO QUANTO AO CRITÉRIO DE REMUNERAÇÃO PELOS SERVIÇOS DE EMPREITADA, PARA A CONSTRUÇÃO DE USINAS HIDRELÉTRICAS. ALEGAÇÃO DE NULIDADE OU DE INEXISTÊNCIA DE CONTRATO ESCRITO, ASSINADO PELAS PARTES, NO QUAL CONTÉM CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA ARBITRAL, SOB O ARGUMENTO DE QUE NÃO TERIA SIDO OBSERVADA A AUTONOMIA DA VONTADE DAS PARTES EXARADA EM CONTRATO VERBAL ANTERIOR, POR MEIO DE CONTATO TELEFÔNICO. DESPOJAMENTO DA JURISDIÇÃO ARBITRAL. IMPOSSIBILIDADE. AUTONOMIA ENTRE O AJUSTE CONTRATUAL E A CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM NELE INSERTA. OBSERVÂNCIA. NECESSIDADE. CONTRATO DE EMPREITADA QUE NÃO PODE SER QUALIFICADO

²⁶ Art. 8º [...]

Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.

²⁷ STJ – CC nº 139.519 – Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho – Órgão julgador: Primeira Seção – Votação por maioria – Data do julgamento: 11 out. 2017.

COMO DE "ADESÃO", A TODA EVIDÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE COMPROMISSO ARBITRAL PATOLÓGICO, A AUTORIZAR O AFASTAMENTO IMEDIATO DA COMPETÊNCIA DA JURISDIÇÃO ARBITRAL. RECONHECIMENTO. RECURSOS ESPECIAIS PROVIDOS.

[...]

2. Como método alternativo de solução de litígios, o estabelecimento da convenção de arbitragem produz, de imediato, dois efeitos bem definidos. O primeiro, positivo, consiste na submissão das partes à via arbitral, para solver eventuais controvérsias advindas da relação contratual subjacente (em se tratando de cláusula compromissória). O segundo, negativo, refere-se à subtração do Poder Judiciário em conhecer do conflito de interesses que as partes, com esteio no princípio da autonomia da vontade, tenham reservado ao julgamento dos árbitros.

3. Justamente para dar concretude a tais efeitos, a lei de regência confere ao Juízo arbitral a medida de competência mínima, veiculada no princípio da Kompetenz-Kompetenz, cabendo-lhe, assim, deliberar sobre a sua própria competência, precedentemente a qualquer outro órgão julgador, imiscuindo-se, para tal fim, sobre as questões relativas à existência, à validade e à eficácia da convenção da arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.

3.1 Por expressa disposição legal (art. 8º, caput, da Lei n. 9.307/1996), a cláusula compromissória, por meio da qual as partes convencionam submeter eventuais e futuros litígios à arbitragem, é autônoma no tocante à relação contratual subjacente. Desse modo, o exame acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem não se confunde com o do contrato a que se relaciona. Por consectário, eventual nulidade, ou mesmo inexistência jurídica, do contrato principal não tem nenhuma repercussão na convenção de arbitragem.

3.2 Ressai, com absoluta clareza, que a pretendida declaração de nulidade ou de inexistência da cláusula contratual que estabeleceu o critério de remuneração do serviço de empreitada ou, a esse propósito, do próprio contrato escrito (no qual incluída a cláusula compromissória arbitral), é matéria a ser conhecida e julgada, por imposição legal, precedentemente, pelo Tribunal arbitral. Sem nenhum respaldo legal, assim, supor que a simples alegação de nulidade (ou mesmo de inexistência jurídica) do contrato principal teria o condão, per si, de afastar a convenção de arbitragem nele inserto, tal como reconhecido pelo Tribunal de origem.

4. Não se olvida, tampouco se dissuade de doutrina especializada, assim como da jurisprudência desta Corte de Justiça, que admite, excepcionalmente e em tese, que o Juízo estatal, instado naturalmente para tanto, reconheça a inexistência, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem sempre que o vício que a inquina revelar-se, em princípio, clarividente (encerrando, assim, verdadeira cláusula compromissória arbitral patológica).

4.1 Na hipótese dos autos, todavia, a convenção arbitral ajustada pelas partes, por meio da cláusula compromissória (cheia) inserta no contrato de empreitada estabelecido entre as partes - devidamente referenciada na sentença extintiva -, não guarda, em si, nenhum vício detectável à primeira vista, passível de reconhecimento, de imediato, pelo Poder Judiciário.

[...] ²⁸

Portanto, não cabe ao Poder Judiciário decidir sobre a nulidade do contrato que contenha cláusula arbitral, mas sim ao juízo arbitral, salvo nos casos de flagrante ilegalidade ou clarividente inexistência, nulidade ou ineficácia da própria cláusula

²⁸ STJ – REsp nº 1.699.855 – Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze – Órgão julgador: Terceira Turma – Votação unânime – Data do julgamento: 1º jun. 2021.

arbitral, como ocorre, por exemplo, nas cláusulas arbitrais inseridas em contratos de adesão sem o necessário destaque em negrito, com assinatura específica ou visto específico para a cláusula arbitral, nos termos do art. 4º, § 2º, da Lei nº 9.307/96²⁹, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a saber:

AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. CONTRATO DE ADESÃO. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. REQUISITOS DE VALIDADE (ART. 4º, § 2º, DA LEI Nº 9.307/96). ILEGALIDADE EVIDENTE. ANÁLISE PELO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO JUÍZO ESTATAL. PRECEDENTES DESTA CORTE. SÚMULA 83 DO STJ.

1. O entendimento adotado pelo Tribunal de origem está em harmonia com a jurisprudência desta Corte Superior, no sentido de que "cabe ao Poder Judiciário, nos casos em que prima facie é identificado um compromisso arbitral 'patológico', i.e., claramente ilegal, declarar a nulidade dessa cláusula" (REsp 1.803.752/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 4/2/2020, DJe 24/4/2020).

2. "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida" (Súmula 83/STJ).

3. Nos casos de contrato de adesão, o "magistrado pode analisar a alegação de ineficácia da cláusula compromissória por descumprimento da formalidade do art. 4º, § 2º, da Lei n. 9.307/1996, independentemente do estado do procedimento arbitral. Precedente:

REsp 1.602.076/SP, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/9/2016, DJe 30/9/2016" (AgInt no AgInt no REsp 1.431.391/SP, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 20/4/2020, DJe 24/4/2020).

4. Agravo interno a que se nega provimento.³⁰

AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. ATRASO NA ENTREGA DA OBRA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INEXISTÊNCIA. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. CONTRATO DE ADESÃO. INOBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 4º, § 2º, da LEI 9.307/96. EXAME DA VALIDADE PELO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. FORTUITO EXTERNO. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. SÚMULA 7/STJ. JUROS DE MORA. TAXA SELIC. IMPOSSIBILIDADE. PACTUAÇÃO CONTRATUAL.

[...]

3. O juiz pode examinar a alegação de nulidade da cláusula arbitral por descumprimento dos requisitos previstos no art. 4º, § 2º, da LEI 9.307/96, sem que isso implique violação ao princípio da Kompetenz-kompetenz. Precedentes.

[...]

7. Agravo interno não provido.³¹

²⁹ Art. 4º [...]

§ 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

³⁰ STJ – AgInt no AREsp nº 2.024.123 – Rel. Min. Maria Isabel Gallotti – Órgão julgador: Quarta Turma – Votação unânime – Data do julgamento: 28 nov. 2022.

³¹ STJ – AgInt nos EDcl no REsp nº 1.983.934 – Rel. Min. Nancy Andrighi – Órgão julgador: Terceira Turma – Votação unânime – Data do julgamento: 20 jun. 2022.

Segundo Gustavo Henrique Justino de Oliveira, os contratos administrativos são típicos contratos de adesão, devendo o edital de licitação respeitar as disposições do § 2º do art. 4º da Lei nº 9.307/96.³²

Isso posto, de acordo com o princípio da competência-competência (kompetenz-kompetenz), o juízo arbitral possui prioridade em relação ao Poder Judiciário para decidir sobre a existência, a validade e a eficácia tanto da convenção de arbitragem quanto do contrato que contenha cláusula compromissória. Somente em situações excepcionais, como nos casos de convenções arbitrais claramente ilegais, é que o Poder Judiciário poderá preceder o juízo arbitral.

2.5 Diferença entre arbitragem institucional e arbitragem *ad hoc*

A arbitragem institucional é aquela em que as partes, de comum acordo, delegam a uma instituição de arbitragem, também denominada de câmara arbitral, a administração do procedimento. A atribuição da câmara arbitral está circunscrita à prática de atos de secretaria, tais como arquivo de documentos, disponibilização de espaço físico para realização de audiências, envio de correspondências, elaboração de atas de reuniões etc.

A câmara arbitral não se confunde com o árbitro, nem tampouco com o tribunal arbitral (colegiado de árbitros). A natureza da atividade desempenhada por uma câmara arbitral é administrativa, e não jurisdicional. Quem tem competência para exercer atividade jurisdicional é o árbitro ou o colegiado de árbitros (tribunal arbitral), e não a câmara arbitral. Portanto, não compete à câmara arbitral a tarefa de julgar a lide.

A vantagem da arbitragem institucional é que as partes contam com a infraestrutura física e administrativa da câmara arbitral, ao contrário da arbitragem *ad hoc*. Além disso, as câmaras arbitrais possuem regulamentos próprios destinados a disciplinar o procedimento arbitral, de modo que as partes não precisam desgastar-se no sentido de alcançar acordo quanto às regras que nortearão o procedimento, pois o procedimento já estará predefinido no regulamento da instituição, ao qual as partes

³² OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. A arbitragem e as parcerias público-privadas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 241, p. 241-271, jul./set. 2005. Disponível em: <<https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/43372/44675>>. Acesso em: 7 mai. 2024, p. 250 e 264.

aderem no ato da sua escolha. As câmaras arbitrais também disponibilizam listas de árbitros para escolha das partes.

Por outro lado, na arbitragem *ad hoc*, também denominada de arbitragem avulsa, não há câmara arbitral para cuidar de assuntos administrativos de secretaria. Nesse caso, o árbitro ou o tribunal arbitral, além de exercerem atividade jurisdicional, acabam concentrando atividades administrativas de secretaria. Além disso, as partes terão de entrar em acordo a respeito das regras procedimentais. Não havendo acordo entre as partes acerca do procedimento a ser seguido, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral disciplinar o procedimento, conforme dispõe o parágrafo primeiro³³ do art. 21 da Lei nº 9.307/96. Não bastasse isso, na arbitragem *ad hoc*, as partes, por seus próprios meios, terão de encontrar local apropriado para realização de audiências, já que não contarão com a infraestrutura física, nem com a comodidade das instalações de uma câmara arbitral.

É importante deixar claro que somente haverá arbitragem institucional se as partes, de comum acordo, elegerem uma câmara arbitral, seja na cláusula arbitral, seja no compromisso arbitral. No silêncio das partes, a arbitragem será *ad hoc*.

2.6 Da escolha dos árbitros

O árbitro deve ser escolhido, de comum acordo, pelas partes.

Qualquer pessoa capaz pode ser árbitra, desde que possua a confiança das partes, nos termos do art. 13 da Lei nº 9.307/96, a saber: “Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes”.

A Lei nº 9.307/96 não exige formação específica para ser árbitro, mas as partes podem, de comum acordo, estabelecer requisitos para indicação de árbitros, como, por exemplo, formação acadêmica em determinada área do conhecimento, conforme faculta o § 3º do art. 9.307/96, nestes termos: “§ 3º As partes poderão, de comum acordo, estabelecer o processo de escolha dos árbitros, ou adotar as regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada”.

³³ Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.

§ 1º Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo.

Não havendo acordo entre as partes acerca da escolha do árbitro e sendo a arbitragem institucional, os regulamentos das câmaras arbitrais geralmente preveem a solução para esse impasse; porém, tratando-se de arbitragem *ad hoc*, a divergência somente poderá ser dirimida pelo Poder Judiciário, por meio da ação prevista no art. 7º da Lei nº 9.307/96.

As partes também podem, de comum acordo, criar um colegiado de árbitros para decidir a demanda, também denominado de tribunal arbitral, que deverá ser composto sempre por número ímpar, ou seja, 3 (três) árbitros, no mínimo, nos termos do § 1º do art. 13 da Lei nº 9.307/96, que assim dispõe: “§ 1º As partes nomearão um ou mais árbitros, sempre em número ímpar, podendo nomear, também, os respectivos suplentes”.

Decerto que a opção por árbitro único torna os custos da arbitragem menores, já que os árbitros são remunerados por honorários pagos pelas partes, conforme critérios previstos no compromisso arbitral ou na cláusula compromissória.

Não obstante, caso as partes optem pela constituição de um tribunal arbitral (colegiado de árbitros), é comum que cada parte indique um árbitro de sua confiança. Nesse caso, havendo número par, os dois árbitros indicados pelas partes têm autorização legal para, desde logo, nomear o terceiro árbitro, conforme dispõe a primeira parte do § 2º do art. 13 da Lei nº 9.307/96. Não havendo acordo entre os árbitros nomeados pelas partes quanto à escolha do terceiro árbitro, as partes requererão ao Poder Judiciário a nomeação do terceiro árbitro, nos termos da segunda parte do § 2º do art. 13 da Lei nº 9.307/96, *in verbis*:

Art. 13. [...]

§ 2º Quando as partes nomearem árbitros em número par, estes estão autorizados, desde logo, a nomear mais um árbitro. Não havendo acordo, requererão as partes ao órgão do Poder Judiciário a que tocara, originariamente, o julgamento da causa a nomeação do árbitro, aplicável, no que couber, o procedimento previsto no art. 7º desta Lei.

Caso as partes optem pela arbitragem institucional, as câmaras arbitrais oferecem listas de árbitros para escolha das partes. Nesse caso, o processo de escolha dos árbitros seguirá a regra prevista no regulamento da câmara arbitral escolhida, podendo as partes, de comum acordo, afastar a aplicação de dispositivo de regulamento institucional que limite a escolha do árbitro único, coárbitro ou presidente do tribunal à respectiva lista de árbitros, autorizado o controle da escolha

pelos órgãos competentes da instituição, sendo que, nos casos de impasse e arbitragem multiparte, deverá ser observado o que dispuser o regulamento aplicável, conforme dispõem os §§ 3º e § 4º do art. 13 da Lei nº 9.307/96.³⁴

Uma vez feita a indicação ou as indicações (no caso de tribunal arbitral), os árbitros indicados têm o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência, nos termos do § 1º do art. 14 da Lei nº 9.307/96: “§ 1º As pessoas indicadas para funcionar como árbitro têm o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência”.

Convém ressaltar, por oportuno, que os árbitros estão sujeitos às hipóteses de suspeição e de impedimento previstas no Código de Processo Civil aplicáveis aos juízes, conforme o disposto no art. 14 da Lei nº 9.307/96, *in verbis*:

Art. 14. Estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil.

Aceita a indicação pelo árbitro, quando único, ou por todos os árbitros, quando se tratar de tribunal arbitral, a arbitragem considera-se instituída, conforme dispõe o 19 da Lei nº 9.307/96: “Art. 19. Considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários”.

As partes poderão apresentar arguição de suspeição ou de impedimento do árbitro ou dos árbitros após a instituição da arbitragem, que se perfaz quando o árbitro ou os árbitros aceitarem a nomeação.

Após a instituição da arbitragem, o momento adequado para apresentação da arguição de suspeição ou de impedimento é na primeira oportunidade em que couber à parte manifestar-se, sob pena de preclusão, conforme art. 20³⁵ da Lei nº 9.307/96.

³⁴ Art. 13 [...]

§ 3º As partes poderão, de comum acordo, estabelecer o processo de escolha dos árbitros, ou adotar as regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada.

§ 4º As partes, de comum acordo, poderão afastar a aplicação de dispositivo do regulamento do órgão arbitral institucional ou entidade especializada que limite a escolha do árbitro único, coárbitro ou presidente do tribunal à respectiva lista de árbitros, autorizado o controle da escolha pelos órgãos competentes da instituição, sendo que, nos casos de impasse e arbitragem multiparte, deverá ser observado o que dispuser o regulamento aplicável.

³⁵ Art. 20. A parte que pretender arguir questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, bem como nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem.

Após esse momento, a parte ainda poderá arguir suspeição ou impedimento do árbitro, mas terá de demonstrar que os motivos que ensejam a recusa do árbitro são supervenientes à instituição da arbitragem ou que só tomou conhecimento dos motivos após a instituição da arbitragem.

Ademais, em caso de tribunal arbitral, convém esclarecer que a arguição de impedimento ou de suspeição de coárbitro indicado por uma das partes deve ser apresentada pela parte que não o tiver indicado, pois se presume que a parte que o tiver indicado já tenha diligenciado acerca de sua imparcialidade antes de promover a nomeação. Além disso, não é possível que a parte apresente impugnação à nomeação do árbitro alegando simplesmente falta de confiança, a despeito da redação do art. 13 da Lei nº 9.307/96 no sentido de que o árbitro “tenha a confiança das partes”, pois a *confiança das partes* está circunscrita ao âmbito contratual, e não ao âmbito processual, conforme ensina Rafael Alves:

Nesse particular, o requisito da confiança nos árbitros estabelecido pela lei brasileira, conforme o artigo 13, caput, da Lei 9.307/96, não chega ao ponto de permitir que uma das partes simplesmente solicite a exclusão do árbitro nomeado pela contraparte de forma imotivada, sem justa causa. Pelo contrário, a lei brasileira de arbitragem estabelece que tal pedido imotivado de exclusão, simplesmente com base em suposta “perda de confiança” (subjetiva), é inadmissível, na medida em que a referida lei estabelece os parâmetros específicos (objetivos) para uma impugnação no caso de suspeição ou impedimento de árbitros. Esta parece ter sido uma das razões que levou parte da doutrina a buscar dissociar o tema da imparcialidade do árbitro (de natureza processual) do tema da confiança das partes no árbitro (de natureza contratual).³⁶

A arguição de suspeição ou de impedimento de árbitro deve ser apresentada diretamente ao árbitro ou ao presidente do tribunal arbitral acompanhada das provas pertinentes, nos termos do art. 15³⁷ da Lei nº 9.307/96.

O julgamento da arguição de suspeição/impedimento caberá ao próprio árbitro, quando único, ou ao tribunal arbitral. Embora o art. 15 da Lei nº 9.307/96 disponha que a recusa do árbitro deva ser dirigida ao presidente do tribunal arbitral, o julgamento da arguição caberá ao colegiado, e não ao presidente. Todavia, convém

³⁶ ALVES, Rafael. Flexibilidade do procedimento arbitral e perda de direitos: decadência, preclusão e renúncia no contexto da arbitragem. In: MACHADO FILHO, José Augusto Bitencourt *et al.* (org.). **Arbitragem e processo**: homenagem ao prof. Carlos Alberto Carmona. São Paulo: Quartier Latim, 2022, p. 432.

³⁷ Art. 15. A parte interessada em arguir a recusa do árbitro apresentará, nos termos do art. 20, a respectiva exceção, diretamente ao árbitro ou ao presidente do tribunal arbitral, deduzindo suas razões e apresentando as provas pertinentes.

ressaltar que os regulamentos de algumas câmaras arbitrais atribuem o julgamento da arguição de suspeição/impedimento a outros árbitros da própria instituição. A título de exemplo, confira-se o item 7.3 do Regulamento de Arbitragem da Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem da CIESP/FIESP:

7.3. Arguido o impedimento ou a suspeição do árbitro, a qualquer tempo, será concedido prazo para que o árbitro impugnado manifeste-se, bem como as partes, se assim desejarem. A matéria será decidida por um comitê formado por 03 (três) integrantes do Quadro de Árbitros da Câmara, designado pelo Presidente da Câmara.³⁸

Se a arguição de impedimento ou de suspeição for acolhida, o árbitro suspeito/impedido deverá ser substituído pelo seu suplente previsto no compromisso arbitral, se houver, conforme art. 16³⁹ da Lei nº 9.307/96. Não havendo suplente previsto no compromisso arbitral, a indicação de substituto obedecerá aos mesmos critérios que foram adotados para indicação do árbitro suspeito ou impedido, inclusive no que se refere à arguição de impedimento e suspeição. Se a arbitragem for avulsa e as partes não chegarem a um acordo sobre a indicação de árbitro substituto, a parte interessada deverá ajuizar a demanda prevista no art. 7º da Lei nº 9.307/96 para que o Poder Judiciário nomeie um árbitro substituto.

Se a arguição de impedimento ou de suspeição for rejeitada pelo árbitro ou pelo tribunal arbitral, a arbitragem prosseguirá normalmente, pois não há previsão de recurso contra essa decisão. Nesse caso, a parte que se sentir prejudicada poderá ajuizar ação de declaração de nulidade de sentença arbitral, com fundamento no inciso VIII do art. 32 da Lei nº 9.307/96, por violação do dever de imparcialidade do árbitro, previsto no § 2º do art. 21 da Lei nº 9.307/96. A ação de declaração de nulidade de sentença arbitral deve ser proposta no prazo de até 90 (noventa) dias após o recebimento da notificação da respectiva sentença, parcial ou final, ou da decisão do pedido de esclarecimentos, nos termos do art. 33, *caput* e § 1º, da Lei nº 9307/96. Eis a redação dos aludidos dispositivos legais:

³⁸ Disponível em: <<https://www.camaradearbitragemsp.com.br/pt/arbitragem/regulamento.html>>. Acesso em: 3 dez. 2023.

³⁹ Art. 16. Se o árbitro escusar-se antes da aceitação da nomeação, ou, após a aceitação, vier a falecer, tornar-se impossibilitado para o exercício da função, ou for recusado, assumirá seu lugar o substituto indicado no compromisso, se houver.

Art. 21. [...]

[...]

§ 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

Art. 32. É nula a sentença arbitral se:

[...]

VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.

Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei.

§ 1º A demanda para a declaração de nulidade da sentença arbitral, parcial ou final, seguirá as regras do procedimento comum, previstas na Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), e deverá ser proposta no prazo de até 90 (noventa) dias após o recebimento da notificação da respectiva sentença, parcial ou final, ou da decisão do pedido de esclarecimentos.

Por fim, é preciso ressaltar que o árbitro é juiz de fato e de direito, sendo equiparado a funcionário público para fins penais durante o exercício de suas funções, nos termos dos artigos 17⁴⁰ e 18⁴¹ da Lei nº 9.307/96.

⁴⁰ Art. 17. Os árbitros, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, ficam equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos da legislação penal.

⁴¹ 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.

3 DA ARBITRAGEM ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

3.1 Da ausência de incompatibilidade entre o princípio da indisponibilidade do interesse público e os direitos patrimoniais disponíveis

O regime jurídico administrativo está alicerçado sob dois princípios basilares, considerados por Celso Antônio Bandeira de Mello “pedras de toque” do Direito Administrativo, a saber: a indisponibilidade do interesse público e a supremacia do interesse público sobre o privado.⁴²

Para os fins desta subseção, cumpre reproduzir o conceito de indisponibilidade do interesse público dado por Celso Antônio Bandeira de Mello:

58. A indisponibilidade dos interesses públicos significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público –, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que predispuer a *intentio legis*.⁴³

O princípio da indisponibilidade do interesse público não é incompatível com a disponibilidade de direitos patrimoniais. Em outras palavras, o princípio da indisponibilidade do interesse público não tem o condão de converter todos os direitos de titularidade do Estado em direitos indisponíveis. A indisponibilidade do interesse público significa que o agente público, no exercício da função administrativa, não tem a faculdade de satisfazer ou não o interesse público, mas sim o dever de tutelar o interesse público. Nessa linha de raciocínio, se a disposição de direitos for a decisão que melhor atender ao interesse público, a Administração terá o dever de dispor de seus direitos.

Nesse mesmo sentido, transcrevem-se, abaixo, os trechos de interesse extraídos do voto condutor proferido pelo Ministro Luiz Fux, em 2008, em sede de mandado de segurança, em que se discutia, à luz do princípio da indisponibilidade do interesse público, a possibilidade de inserção de cláusula arbitral em contrato administrativo de arrendamento celebrado por sociedade de economia mista:

⁴² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 55-56.

⁴³ Ibidem, 2015, p. 76.

Todavia, não se deve confundir os conceitos de indisponibilidade do interesse público e disponibilidade de direitos patrimoniais.

[...]

Nestes termos, resta afirmar que a arbitragem se presta a dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, o que não significa dizer disponibilidade do interesse público, pois não há qualquer relação entre disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade de interesse público.

[...]

Sob esse enfoque, saliente-se que dentre os diversos atos praticados pela Administração, para a realização do interesse público primário, destacam-se aqueles em que se dispõe de determinados direitos patrimoniais, pragmáticos, cuja disponibilidade, em nome do bem coletivo, justifica a convenção da cláusula de arbitragem em sede de contrato administrativo.⁴⁴

Dessa forma, se a submissão da solução do conflito à arbitragem for a decisão que melhor satisfizer o interesse público, o administrador público não terá a faculdade de optar pela arbitragem, mas sim o dever.

Além disso, ao optar pela arbitragem, a Administração Pública não está renunciando a direitos, nem dispondo de direitos, pois a arbitragem não é um método de solução amigável de divergências, em que a Administração abdica de direitos materiais em troca de concessões recíprocas. Ao contrário, a arbitragem é um método adversarial de solução de controvérsias, tal como uma ação judicial.

Nessa sorte de ideias, vale transcrever o escólio Rafael Munhoz de Mello:

[...] Ao contratar, celebrar acordos ou pactuar transações a Administração Pública está dispondo de direitos de sua titularidade, o que não lhe autoriza, por óbvio, a dispor do interesse público em qualquer desses casos. Bem ao contrário, ela só pode dispor de seus direitos para melhor atender ao interesse público.

Se a Administração pode contratar, celebrar acordos e transações, pode também submeter-se à arbitragem para compor litígios que tenham por objeto direitos patrimoniais disponíveis de sua titularidade, que admitiriam solução extrajudicial amigável mesmo que não houvesse convenção de arbitragem. Ora, se o litígio pode ser solucionado pelas próprias partes, mediante transação, nada justifica que não possam elas acordar que o litígio será submetido à arbitragem.

Ao recorrer à arbitragem para solucionar litígios que tenham por objeto direitos patrimoniais disponíveis, a Administração Pública não está dispondo do interesse público, e muito menos renunciando ao seu atendimento. Sob o ponto de vista material, a atividade desenvolvida por

um juiz estatal em nada difere da desempenhada por um árbitro: ambos vão compor uma lide aplicando o direito positivo com observância das garantias inerentes ao devido processo legal - os árbitros não decidem por roleta-russa, como lembra Eduardo Talamini. Longe de desatender ao interesse público, a escolha pelo juízo arbitral pode justamente melhor satisfazê-lo, permitindo que especialistas de notória reputação na matéria em litígio solucionem a controvérsia com muito maior celeridade. É incompreensível que se

⁴⁴ STJ – MS nº 11.308 – Rel. Min. Luiz Fux – Órgão julgador: Primeira Seção – Votação unânime – Data do julgamento: 9 abr. 2008.

considere compatível com o interesse público obrigar a Administração Pública a recorrer, em todo e qualquer conflito de que seja parte, ao Poder Judiciário, condenando-a a aguardar por vários anos, às vezes décadas, pela composição de um litígio de interesse de toda a coletividade.⁴⁵

O princípio da indisponibilidade do interesse público convive harmonicamente com a disponibilidade de direitos pela Administração Pública, não impedindo o acesso da Administração Pública à via arbitral, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, nestes termos:

CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO ARBITRAL E ÓRGÃO JURISDICIONAL ESTATAL. CONHECIMENTO. ARBITRAGEM. NATUREZA JURISDICIONAL. MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITO. DEVER DO ESTADO. PRINCÍPIO DA COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA. PRECEDÊNCIA DO JUÍZO ARBITRAL EM RELAÇÃO À JURISDIÇÃO ESTATAL. CONTROLE JUDICIAL A POSTERIORI. CONVIVÊNCIA HARMÔNICA ENTRE O DIREITO PATRIMONIAL DISPONÍVEL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O INTERESSE PÚBLICO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA JULGADO PROCEDENTE.

[...]

X - Convivência harmônica do direito patrimonial disponível da Administração Pública com o princípio da indisponibilidade do interesse público. A Administração Pública, ao recorrer à arbitragem para solucionar litígios que tenham por objeto direitos patrimoniais disponíveis, atende ao interesse público, preservando a boa-fé dos atos praticados pela Administração Pública, em homenagem ao princípio da segurança jurídica.

[...]

XIV - Conflito de competência conhecido e julgado procedente, para declarar competente o Tribunal Arbitral da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional. Agravos regimentais da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis e do Estado do Espírito Santo prejudicados.⁴⁶

Em suma, a arbitragem não é incompatível com o princípio da indisponibilidade do interesse público. Em muitas situações, o interesse público será mais bem tutelado se a Administração optar por soluções extrajudiciais de conflitos. Compactuando com a mesma opinião, seguem as palavras de Bruno Lopes Megna:

Conforme já exaustivamente demonstrado, a Administração Pública pode optar por quaisquer das formas de solução de conflitos disponíveis no *sistema multiportas*. Sua submissão aos princípios da legalidade, da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público não impede o exercício desta opção e, ao contrário, impõe que o método mais adequado

⁴⁵ MELLO, Rafael Munhoz de. Arbitragem e administração pública. **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná**, Curitiba, n. 6, p. 47-81, 2015. Disponível em: <<https://www.pge.pr.gov.br/Pagina/Revista-Juridica-da-Procuradoria-Geral-do-Estado-Edicao-2015>>. Acesso em: 12 set. 2023.

⁴⁶ STJ – CC nº 139.519 – Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho – Órgão julgador: Primeira Seção – Votação por maioria – Data do julgamento: 11 out. 2017.

para cada caso seja escolhido. O interesse público está em adotar o método mais eficaz para o caso concreto.⁴⁷

Destarte, atualmente, está superada a suposta incompatibilidade entre direitos patrimoniais disponíveis e o princípio da indisponibilidade do interesse público.

3.2 Direitos patrimoniais disponíveis

Com o advento da Lei nº 13.129/2015, superou-se o impasse acerca da possibilidade de submissão da Administração Pública à arbitragem (arbitrabilidade subjetiva).

No entanto, o foco das discussões passou a ser o objeto da arbitragem (arbitrabilidade objetiva). Assim, a expressão *direitos patrimoniais disponíveis* passou a ocupar o centro das discussões.

Com efeito, o elevado grau de indeterminação da expressão *direitos patrimoniais disponíveis*, prevista no art. 1º da Lei nº 9.307/96, torna inviável a enumeração desses direitos.

Diante da impossibilidade de enumeração desses direitos, a doutrina apresenta variadas teorias para explicá-los.

Eugênia Cristina Cleto Marolla aponta a existência de, pelo menos, seis critérios doutrinários diferentes para explicar o conceito de *direitos patrimoniais disponíveis* no âmbito do Direito Público, a saber:

A doutrina tenta auxiliar na tarefa de precisar a disponibilidade no âmbito do direito público, apresentando alguns critérios. É possível apontar pelo menos seis modos distintos de delimitação do conceito de disponibilidade do direito controvertido: 1) dos interesses públicos primários e secundários; 2) dos atos de império e de gestão, 3) da ordem pública, 4) dos passíveis de transação, 5) dos que podem ser alienados ou renunciados, 6) dos direitos em relação aos quais não há proibição a que se reconheça, de maneira espontânea, que não se tem razão, sem o recurso à jurisdição.⁴⁸

⁴⁷ MEGNA, Bruno Lopes. **Arbitragem e administração pública**: fundamentos teóricos e soluções práticas. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 239.

⁴⁸ MAROLLA, Eugênia Cristina Cleto. **Arbitragem e os contratos da Administração Pública**. 2015. 203 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2015, p. 91.

Além desses seis critérios mencionados por Eugênia Cristina Cleto Marolla, convém acrescentar mais um critério, mencionado por João Pedro Accioly: o da contratualização do direito controvertido.⁴⁹

Isso posto, discorrer-se-á, doravante, sobre cada um desses sete critérios.

3.2.1 Critério da distinção entre interesses públicos primários e interesses públicos secundários

A corrente doutrinária que adota o critério da distinção entre interesses públicos primários e interesses públicos secundários considera indisponíveis apenas o primeiro grupo.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, somente os interesses primários são considerados interesses públicos propriamente ditos; os interesses secundários não são interesses públicos. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, o interesse público propriamente dito corresponde à dimensão pública dos interesses individuais. Os interesses secundários, por outro lado, são os interesses particulares do Estado, que só dizem respeito ao próprio Estado, enquanto pessoa jurídica. Um exemplo citado por Celso Antônio Bandeira de Mello bem ilustra essa distinção: nas desapropriações, o interesse da Administração de pagar indenizações abaixo do valor justo é considerado um interesse secundário, ao passo que o direito do particular de receber justa indenização, previsto no inciso XXIV do art. 5º da Constituição Federal, é considerado interesse primário.⁵⁰

É possível que, em determinados casos, o interesse secundário coincida com o interesse público primário.

Porém, esse critério de distinção entre interesses primários e interesses secundários é incapaz de definir o conceito de direitos patrimoniais disponíveis para fins de arbitragem. Ora, o direito do particular de receber justa indenização nas desapropriações, por exemplo, embora seja considerado interesse público primário por Celso Antônio Bandeira de Mello, é, por outro lado, direito disponível para fins de arbitragem, nos termos do art. 10-B do Decreto-Lei nº 3.365/1941. Isso demonstra a

⁴⁹ ACCIOLY, João Pedro. Arbitrabilidade objetiva em conflitos com a administração pública. **Revista Brasileira de Arbitragem**, São Paulo, v. 17, n. 65, p. 7-41, jan./mar. 2020.

⁵⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 66, 67, 69.

fragilidade desse critério para definir se um direito é disponível ou não. Nesse mesmo sentido, aduz Eugênia Cristina Cleto Marolla:

Esse critério, embora difundido, não se mostra apto para definir a disponibilidade de direitos no que concerne aos litígios arbitráveis, pois não existe regra absoluta que determine que todos os interesses primários são indisponíveis, ou que todos os secundários são disponíveis. A arrecadação de tributos, indicada pela doutrina como exemplo típico de interesse público secundário é, em regra, indisponível. De outro lado, o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados pela Administração Pública, que a maior parte da doutrina costuma apontar como direito patrimonial disponível, suscetível de arbitragem, é considerado por Celso Antônio Bandeira de Mello como interesse público primário.⁵¹

João Pedro Accioly também dirige críticas à utilização desse critério para delimitar a matéria arbitrável, conforme demonstra o seguinte trecho:

Se a distinção entre interesse público primário e secundário já parece anacrônica e imprecisa, dada a relação de imanente instrumentalidade entre eles, a sua impropriedade para determinar quais controvérsias podem ser submetidas à arbitragem parece ainda mais clara: a indisponibilidade, na acepção mais adequada do termo para o direito administrativo, atinge tanto interesses públicos primários quanto secundários.⁵²

Portanto, conclui-se que o critério da distinção entre interesses públicos primários e interesses públicos secundários, para fins de definição da arbitralidade objetiva, não possui boa aceitação doutrinária.

3.2.2 Critério da distinção entre atos de império e atos de gestão

Quanto ao critério da distinção entre atos de império e atos de gestão, cumpre definir, primeiramente, o conceito de cada um desses dois tipos de atos.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, os atos de império são aqueles praticados com prerrogativas de autoridade, ou seja, são atos impostos unilateralmente pela Administração com supremacia sobre o particular, enquanto os atos de gestão são aqueles praticados em condições de igualdade com o particular

⁵¹ MAROLLA, Eugênia Cristina Cleto. **Arbitragem e os contratos da Administração Pública**. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2015, p. 92.

⁵² ACCIOLY, João Pedro. Arbitralidade objetiva em conflitos com a administração pública. **Revista Brasileira de Arbitragem**, São Paulo, v. 17, n. 65, p. 7-41, jan./mar. 2020, p. 15.

ou aqueles praticados para conservação do patrimônio público ou para gestão dos seus serviços.⁵³

Celso Antônio Bandeira de Mello apresenta os seguintes exemplos para distinguir atos de império e atos de gestão: ordem de interdição de estabelecimento (ato de império), compra e venda de um bem (ato de gestão).⁵⁴

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, a distinção entre atos de império e atos de gestão entrou em declínio, pois perdeu sua principal finalidade: afastar a responsabilidade do Estado pela prática dos atos de império.

Conforme explica Eugênia Cristina Cleto Marolla, a distinção entre atos de império e atos de gestão era utilizada no passado para afastar a responsabilidade do Estado pela prática dos atos de império, mas, a partir do momento em que a responsabilidade do Estado passou a ser objetiva, a distinção entre atos de império e atos de gestão caiu em desuso.⁵⁵

Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara, embora considerem vetusta a distinção entre atos de império e atos de gestão, afirmam que somente os atos de gestão podem ser objeto de arbitragem. De acordo com referidos autores, os atos de império seriam interesses indisponíveis.⁵⁶

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, embora também considere anacrônica a distinção entre atos de império e atos de gestão, vale-se dessa distinção para separar quais atos não podem ser objeto de arbitragem e quais atos podem ser objeto de arbitragem.

Visto o mesmo argumento sob outro ângulo, pode-se partir da distinção entre atos de império e atos de gestão. Os primeiros são praticados pelo poder público como autoridade, como ente que atua em nome do Estado. As decisões sobre desapropriação, tombamento, servidão administrativa, por exemplo, não podem ser objeto de apreciação por árbitro. Mas os efeitos patrimoniais dessas decisões podem, porque são passíveis de valoração econômica. [...]

Já os atos de gestão são praticados pelo poder público sem as prerrogativas próprias de autoridade, tal como ocorre com os contratos de direito privado

⁵³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 33 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 505 e 1491.

⁵⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 437.

⁵⁵ MAROLLA, Eugênia Cristina Cleto. **Arbitragem e os contratos da Administração Pública**. 2015. 203 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2015, p. 93.

⁵⁶ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 248, p. 117-126, 2008. Disponível em: <<https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/41529/40879>>. Acesso em: 24 fev. 2024, p. 121.

celebrados pela Administração Pública, como compra e venda, locação, permuta etc. Os conflitos surgidos podem ser decididos pela via da arbitragem.⁵⁷

Postas essas considerações, pode-se afirmar que a distinção entre atos de império e atos de gestão, conquanto ultrapassada para fins de definição da responsabilidade civil do Estado⁵⁸ e para fins de delimitação do regime jurídico aplicável⁵⁹ (de direito público ou de direito privado), pode ser aproveitada, com certa reserva⁶⁰ (*cum grano salis*), para definir quais atos constituem prerrogativas de autoridade. Isso porque, quando um ato constituir prerrogativa da Administração como autoridade (ato de império), ele será, em tese, indisponível, não podendo ser objeto de arbitragem, com exceção, é claro, dos reflexos econômico-financeiros advindos da prática desse ato de império.

Nessa linha de raciocínio, o direito da Administração de desapropriar determinada área para fins de utilidade pública é exemplo típico de uma prerrogativa

⁵⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 33 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 1928.

⁵⁸ Nesse sentido, segue o ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello: “Esta velha distinção [entre atos de império e atos de gestão] está em desuso desde o final do século passado por imprecisa, inexata e haver perdido sua função primordial (excluir responsabilidade do Estado pela prática dos primeiros e admiti-la para os segundos). De acordo com a antiga concepção, só os primeiros seriam verdadeiramente atos administrativos. Tal distinção foi aqui mencionada apenas porque, às vezes, anacronicamente e - é claro - com resultados errôneos, doutrina e jurisprudência pátrias invocam-na para separar atos administrativos de atos de Direito Privado da Administração ou de suas entidades auxiliares que têm personalidade de Direito Privado”. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 437)

⁵⁹ Atualmente, até mesmo os contratos regidos por normas de direito privado (contratos de seguro e contratos de locação de imóveis, por exemplo) sofrem, de certa forma, os influxos do regime jurídico de direito público. Os princípios da indisponibilidade do interesse público e da supremacia do interesse público sobre o particular incidem sobre todas as relações em que a Administração está presente, em maior ou menor grau. Daí o anacronismo da distinção entre atos de império e atos de gestão para fins de definição do regime jurídico aplicável. De acordo com essa distinção, o regime jurídico de direito público seria aplicável aos atos de império, enquanto o regime jurídico de direito privado seria aplicável aos atos de gestão. Porém, tal distinção não faz mais sentido na atualidade, conforme explica Ricardo Marcondes Martins: “[...] sempre que a Administração Pública estiver direta ou indiretamente presente numa relação jurídica, esta será regida pelo Direito Administrativo [...]. Noutras palavras: mesmo quando a Administração submete-se a regras do Código Civil, sofre o influxo dos princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade do interesse público”. (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; MARTINS, Ricardo Marcondes. Ato administrativo e Procedimento Administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). **Tratado de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2022. v. 5. Edição do Kindle, p. 3809-3820)

⁶⁰ Afirma-se aqui que a aplicação do critério da distinção entre atos de gestão e atos de império deve ocorrer “com certa reserva” porque, atualmente, conforme será visto na subseção 3.2.8, a legislação passou a admitir a celebração de acordos com particulares para eliminar irregularidades ou para afastar ou atenuar penalidades, como, por exemplo, o art. 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942) e o art. 17 da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), que admite a celebração de acordos de leniência para afastar ou atenuar a aplicação de sanções a pessoas jurídicas pela prática de ilícitos previstos na Lei de Licitações.

de autoridade, imposta de forma unilateral. A corroborar essa tese, confira-se a redação do art. 7º do Decreto-Lei nº 3.365/1941, alterada pela Lei nº 14.620/2023:

Art. 7º Declarada a utilidade pública, ficam as autoridades administrativas do expropriante ou seus representantes autorizados a ingressar nas áreas compreendidas na declaração, inclusive para realizar inspeções e levantamentos de campo, podendo recorrer, em caso de resistência, ao auxílio de força policial.

O direito de desapropriar é, portanto, uma prerrogativa de autoridade, indisponível. Afinal, até mesmo ao Poder Judiciário é vedado, nas ações de desapropriação, decidir se se verificam ou não as hipóteses de utilidade pública, conforme previsto no art. 9º do Decreto-Lei nº 3.365/1941: “Art. 9º Ao Poder Judiciário é vedado, no processo de desapropriação, decidir se se verificam ou não os casos de utilidade pública”.

Porém, o valor a ser pago a título de indenização admite negociação entre as partes, na forma do art. 10-A, *caput* e § 2º, do Decreto-Lei nº 3.365/1941⁶¹, sendo considerado, portanto, um direito patrimonial disponível. Dessa forma, a arbitragem pode ser utilizada para dirimir controvérsias relativas à indenização nas desapropriações. A propósito, o Decreto-Lei nº 3.365/1941 foi alterado pela Lei nº 13.867/2019, a fim de facultar ao particular a opção pela mediação ou pela via arbitral ao ser notificado pelo expropriante com a oferta do valor da indenização, conforme dispõe art. 10-B do Decreto-Lei nº 3.365/1941:

Art. 10-B. Feita a opção pela mediação ou pela via arbitral, o particular indicará um dos órgãos ou instituições especializados em mediação ou arbitragem previamente cadastrados pelo órgão responsável pela desapropriação.

Diante do exposto, não cabe ao árbitro fazer incursão no mérito das razões que justificam a desapropriação para o fim de desfazê-la, mas pode o árbitro, por outro lado, decidir sobre o valor da indenização a ser pago ao expropriado.

No campo das concessões públicas, o Poder Concedente detém a prerrogativa de declarar a caducidade da concessão nas hipóteses previstas no § 1º

⁶¹ Art. 10-A. O poder público deverá notificar o proprietário e apresentar-lhe oferta de indenização.
[...]

§ 2º Aceita a oferta e realizado o pagamento, será lavrado acordo, o qual será título hábil para a transcrição no registro de imóveis.

do art. 38 da Lei nº 8.987/95⁶². Nesse caso, sempre que houver inexecução total ou parcial do contrato, o Poder Concedente poderá declarar, mediante decreto, a caducidade da concessão, desde que assegurada a ampla defesa e desde que a concessionária não tenha corrigido as falhas e as transgressões no prazo que lhe tenha sido conferido pelo Poder Concedente (§§ 2º e 3º do art. 38⁶³ da Lei nº 8.987/95).

Segundo Bárbara Bianca Sena, embora o árbitro não possa declarar a caducidade de contratos de concessão, pode, todavia, julgar questões patrimoniais oriundas da declaração de caducidade, como, por exemplo, indenizações decorrentes de extinção prematura de concessões. Nesse caso, as divergências relativas aos bens reversíveis⁶⁴ podem ser submetidas à arbitragem.⁶⁵

Por outro lado, na hipótese de rescisão contratual por iniciativa da concessionária – que é cabível quando houver descumprimento de normas contratuais pelo Poder Concedente –, faz-se necessário o ajuizamento de ação

⁶² Art. 38. A inexecução total ou parcial do contrato acarretará, a critério do poder concedente, a declaração de caducidade da concessão ou a aplicação das sanções contratuais, respeitadas as disposições deste artigo, do art. 27, e as normas convencionadas entre as partes.

§ 1º A caducidade da concessão poderá ser declarada pelo poder concedente quando:

I - o serviço estiver sendo prestado de forma inadequada ou deficiente, tendo por base as normas, critérios, indicadores e parâmetros definidores da qualidade do serviço;

II - a concessionária descumprir cláusulas contratuais ou disposições legais ou regulamentares concernentes à concessão;

III - a concessionária paralisar o serviço ou concorrer para tanto, ressalvadas as hipóteses decorrentes de caso fortuito ou força maior;

IV - a concessionária perder as condições econômicas, técnicas ou operacionais para manter a adequada prestação do serviço concedido;

V - a concessionária não cumprir as penalidades impostas por infrações, nos devidos prazos;

VI - a concessionária não atender a intimação do poder concedente no sentido de regularizar a prestação do serviço; e

VII - a concessionária não atender a intimação do poder concedente para, em 180 (cento e oitenta) dias, apresentar a documentação relativa a regularidade fiscal, no curso da concessão, na forma do art. 29 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

⁶³ Art. 38. [...]

[...]

§ 2º A declaração de caducidade da concessão deverá ser precedida da verificação da inadimplência da concessionária em processo administrativo, assegurado o direito de ampla defesa.

§ 3º Não será instaurado processo administrativo de inadimplência antes de comunicados à concessionária, detalhadamente, os descumprimentos contratuais referidos no § 1º deste artigo, dando-lhe um prazo para corrigir as falhas e transgressões apontadas e para o enquadramento, nos termos contratuais.

⁶⁴ A respeito dos bens reversíveis, dispõe o § 1º do art. 35 da Lei nº 8.987/95: “§ 1º Extinta a concessão, retornam ao poder concedente todos os bens reversíveis, direitos e privilégios transferidos ao concessionário conforme previsto no edital e estabelecido no contrato”.

⁶⁵ SENA, Bárbara Bianca. Arbitrabilidade objetiva em contratos administrativos complexos. **Revista Caderno Virtual**, Brasília: Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), v. 1, n. 55, set./dez. 2022. Disponível em:

<<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/6819>>. Acesso em: 8 mar. 2024.

judicial para essa finalidade, nos termos do parágrafo único⁶⁶ do art. 39 da Lei nº 8.987/95. Nesse caso, não pode a concessionária paralisar ou interromper a prestação dos serviços enquanto não ocorrer o trânsito em julgado da ação judicial.

Segundo Bárbara Bianca Sena, o art. 39, parágrafo único, da Lei nº 8.987/95, ao exigir a propositura de ação judicial para rescisão contratual por iniciativa da concessionária, excluiu a possibilidade de submissão dessa demanda à apreciação da jurisdição arbitral.⁶⁷

No tocante aos atos de gestão, embora muitos desses atos possam ser submetidos à arbitragem, alguns deles escapam dessa possibilidade, seja por não possuírem conteúdo patrimonial economicamente aferível, seja por não existir margem para negociação. Nessa toada, convém transcrever a opinião de Bruno Lopes Megna:

[...] Há atos de gestão que evidentemente não poderiam ser objeto de arbitragem, pois vinculados a um só resultado possível, sem margem para que a Administração dele “disponha” para atingir outro resultado (e.g. nomeação dos aprovados em concurso público em ordem de classificação).⁶⁸

Enfim, o critério da distinção entre atos de império e atos de gestão pode ser utilizado, com parcimônia, para definir os limites da arbitrabilidade objetiva.

Afirma-se, entretanto, que a utilização desse critério deve ocorrer *com parcimônia* porque, atualmente, conforme será visto na subseção 3.2.8, a legislação autoriza a Administração Pública a celebrar acordos com particulares, como, por exemplo, o acordo de leniência com pessoas jurídicas responsáveis pela prática de ilícitos previstos na Lei de Licitações (Lei nº 14.133/21), a fim de isentar ou de atenuar as sanções administrativas previstas na Lei de Licitações, conforme dispõe o art. 17 da Lei nº 12.846/2013. Além disso, se os atos de império somente puderem ser anulados pelo Poder Judiciário, a Administração Pública estará potencialmente sujeita

⁶⁶ Art. 39. O contrato de concessão poderá ser rescindido por iniciativa da concessionária, no caso de descumprimento das normas contratuais pelo poder concedente, mediante ação judicial especialmente intentada para esse fim.

Parágrafo único. Na hipótese prevista no caput deste artigo, os serviços prestados pela concessionária não poderão ser interrompidos ou paralisados, até a decisão judicial transitada em julgado.

⁶⁷ SENA, Bárbara Bianca. Arbitrabilidade objetiva em contratos administrativos complexos. **Revista Caderno Virtual**, Brasília: Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), v. 1, n. 55, set./dez. 2022. Disponível em:

<<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/6819>>. Acesso em: 8 mar. 2024.

⁶⁸ MEGNA, Bruno Lopes. **Arbitragem e Administração Pública**: o processo arbitral devido e adequado ao regime jurídico administrativo. 363 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 151.

a decisões contraditórias, como, por exemplo, a condenação a pagar indenização ao particular em sede arbitral em decorrência de um ato de império ilegal e, ao mesmo tempo, a improcedência de ação anulatória desse mesmo ato de império na jurisdição estatal, conforme será demonstrado na subseção 3.2.8.

3.2.3 Critério da ordem pública

Quanto à utilização da ordem pública como critério norteador da arbitralidade objetiva, há quem entenda que questões de ordem pública não possam ser objeto de arbitragem. Nesse sentido, afirma Eugênia Cristina Cleto Marolla:

Ademais, embora não seja possível o emprego da arbitragem para resolver questões de ordem pública, admite-se sua utilização quando o conflito versar exclusivamente sobre aspectos patrimoniais decorrentes de direitos protegidos pela ordem pública.⁶⁹

Contudo, apenas aprioristicamente seria possível afirmar que matéria de ordem pública não pode ser submetida à arbitragem. Isso porque há diversas matérias que, mesmo sendo de ordem pública, podem ser decididas pelo juízo arbitral.

As hipóteses de nulidade absoluta de um negócio jurídico (art. 166 do Código Civil), por exemplo, embora sejam consideradas de ordem pública⁷⁰, podem ser apreciadas em sede arbitral. Corrobora esse raciocínio o parágrafo único⁷¹ do art. 8º da Lei nº 9.307/96, ao dispor que caberá ao árbitro decidir, de ofício ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, de validade e da eficácia do contrato que contenha cláusula compromissória.

A prescrição, por exemplo, pode ser apreciada pelo árbitro, malgrado seja matéria de ordem pública⁷².

⁶⁹ MAROLLA, Eugênia Cristina Cleto. **Arbitragem e os contratos da Administração Pública**. 2015. 203 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2015, p. 94-95.

⁷⁰ Nesse sentido, afirma Flávio Tartuce: “[...] as nulidades absolutas, por envolverem ordem pública, podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir (art. 168 do CC)”. (TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Lei de Introdução e Parte Geral**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 395)

⁷¹ Art. 8º [...]

Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.

⁷² A prescrição constitui matéria cognoscível de ofício ou a requerimento das partes em qualquer grau de jurisdição, nos termos do art. 193 do Código Civil e do inciso II do art. 487 do Código de Processo Civil. O Superior Tribunal de Justiça considera a prescrição matéria de ordem pública. Nesse sentido,

O Código de Defesa do Consumidor, a propósito, veicula normas de ordem pública, conforme art. 1º da Lei nº 8.078/1990⁷³, mas isso não impede que um conflito envolvendo relação de consumo seja objeto de arbitragem, desde que não haja violação do inciso VII⁷⁴ do art. 51 da Lei nº 8.078/1990, nem violação do parágrafo segundo⁷⁵ do art. 4º da Lei nº 9.307/96.⁷⁶

É certo, por outro lado, que há determinadas matérias de ordem pública que não podem ser objeto de arbitragem, por exemplo: direitos de personalidade⁷⁷⁻⁷⁸ (vida, honra, nome, imagem) e questões de estado⁷⁹ e de filiação. Porém, isso não faz com que todas as questões de ordem pública sejam insuscetíveis de arbitragem.

Para Ruy Rosado de Aguiar Júnior, é de ordem pública a matéria inderrogável pela vontade das partes e passível de ser reconhecida de ofício pelo juiz, podendo ser de natureza constitucional, processual ou material. Segundo referido jurista, o árbitro não está impedido de apreciar questões de ordem pública, exceto quando a matéria versar sobre direito indisponível. Nesse sentido, transcrevem-se os seguintes trechos extraídos de artigo de sua autoria:

confiram-se os seguintes precedentes: Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.749.206 (data do julgamento: 21.05.2019), Ação Rescisória nº 5133 (data do julgamento: 27.09.2023) e Agravo Interno no Recurso Especial nº 2.080.347 (data do julgamento: 18.03.2024).

⁷³ Art. 1º O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.

⁷⁴ Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

[...]

VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem;

⁷⁵ Art. 4º [...]

§ 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

⁷⁶ Diante de um conflito já deflagrado, consumidor e fornecedor podem celebrar, de comum acordo, compromisso arbitral. Nesse caso, não há nulidade da convenção de arbitragem, pois a arbitragem não é imposta ao consumidor. Sobre essa matéria, o Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou da seguinte forma: “O art. 51, VII, do CDC limita-se a vedar a adoção prévia e compulsória da arbitragem, no momento da celebração do contrato, mas não impede que, posteriormente, diante de eventual litígio, havendo consenso entre as partes (em especial a aquiescência do consumidor), seja instaurado o procedimento arbitral”. (STJ – REsp nº 1.628.819 – Rel. Min. Nancy Adrighi – Terceira Turma – Data do julgamento: 27.02.2018)

⁷⁷ Os direitos de personalidade estão previstos nos artigos 11 a 21 do Código Civil.

⁷⁸ Porém, conforme estudado na subseção 2.2 desta dissertação, a indenização decorrente da violação dos direitos de personalidade pode ser submetida à arbitragem.

⁷⁹ Embora uma ação de divórcio não possa ser submetida à arbitragem, pode o juízo arbitral decidir sobre a partilha dos bens do casal. Afinal, o patrimônio do casal constitui direito disponível; o estado civil, não.

26. [...] O cerne do conceito de ordem pública está na inderrogabilidade ou na indisponibilidade da lei ou do direito pela parte, com a presença do interesse público predominante.

Assim, a) seriam questões de ordem pública aquelas que versam sobre regras inderrogáveis pelas partes; b) indo um pouco adiante, poderia dizer que são inderrogáveis as normas cuja proteção deve ser feita de ofício pelo juiz, independentemente de manifestação das partes.

27. Em resumo, posso dizer que é de ordem pública a questão que versa sobre matéria inderrogável e inafastável pelas partes, em razão do interesse público prevalente que nela se expressa, reconhecível do ofício pelo juiz.

[...]

33. O árbitro não está proibido de conhecer questões de ordem pública. Está proibido de versar sobre direito indisponível.⁸⁰

Diante do exposto, a ordem pública não pode ser utilizada como critério para definir a matéria insuscetível de apreciação em sede arbitral. O elevado grau de abstração e de indeterminação dessa expressão impossibilita sua utilização para definir os limites da arbitrabilidade objetiva. Conforme aduz Ruy Rosado de Aguiar Júnior – ao referir-se à ordem pública –, “[s]ua natureza é a de uma cláusula geral, difícil de dizer em que ela consiste e como atua sobre o processo de arbitragem”.⁸¹

3.2.4 Critério da transacionabilidade do direito

No que se refere ao critério da transacionabilidade do direito como condição de arbitrabilidade objetiva, parte-se do pressuposto de que somente as matérias passíveis de transação podem ser objeto de arbitragem.

João Pedro Accioly, porém, é contrário à utilização do critério da transacionabilidade do direito para definir o campo da arbitrabilidade objetiva. Segundo referido jurista, a disponibilidade do direito para fins de arbitrabilidade objetiva não depende da possibilidade de haver concessões mútuas entre as partes, mas sim da possibilidade de contratualização do direito controvertido, sendo a transação apenas uma espécie de contrato que pode ser entabulado pelas partes. Confira-se:

⁸⁰ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Arbitragem, os precedentes e a ordem pública. In: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Doutrina:** edição comemorativa 30 anos do STJ. Brasília, p. 193-224, mai. 2019. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/Dout30anos/article/view/3790/3909>>. Acesso em: 20 abr. 2024, p. 204 e 207.

⁸¹ Ibidem, p. 201.

[...] Do ponto de vista conceitual, a transação exige *concessões mútuas* sobre o direito material alegado pelas partes de controvérsia já instaurada ou em potencial.

Como se verá nos tópicos seguintes, a disponibilidade que se exige para a afirmação da arbitralidade de uma controvérsia deve ser lida como a possibilidade de contratualização do direito controvertido. Basta que qualquer disposição negocial daquele direito seja possível para que a arbitragem seja cabível.

Não se exige que haja ou possa haver as concessões mútuas que informam o instituto da transação. A disponibilidade estará caracterizada sempre que *qualquer contrato – a transação é apenas uma dentre tantas espécies contratuais* – possa ser encerrado pelas partes.⁸²

Além disso, transação e arbitragem não possuem a mesma natureza jurídica.

A transação possui natureza contratual, enquanto a arbitragem possui natureza jurisdicional. A transação é um método de autocomposição, em que as partes, mediante concessões recíprocas, previnem litígios futuros ou põem fim a um litígio já instaurado, nos termos do art. 840⁸³ do Código Civil. A arbitragem, por outro lado, é um método de heterocomposição, em que as partes entregam a solução da controvérsia a um árbitro, não havendo, portanto, transação sobre o direito controvertido.

3.2.5 Critério da possibilidade de alienação ou de renúncia do direito

Quanto ao critério que utiliza a possibilidade de alienação ou de renúncia do direito como condição de arbitralidade, tal critério coincide com o da disponibilidade do direito, previsto no art. 1º da Lei nº 9.307/96, que assim estatui: “Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

Segundo Eugênia Cristina Cleto Marolla, entende-se por direito disponível aquele suscetível de alienação, transmissão ou renúncia.⁸⁴

Porém, conforme afirma referida autora, é preciso cautela ao aplicar o critério da disponibilidade do direito no âmbito do direito público, pois a Administração Pública não possui liberdade plena para dispor dos bens públicos. Para mais clareza, cumpre transcrever o seguinte trecho de sua obra:

⁸² ACCIOLY, João Pedro. Arbitralidade objetiva em conflitos com a administração pública. **Revista Brasileira de Arbitragem**, São Paulo, v. 17, n. 65, p. 7-41, jan./mar. 2020, p. 18.

⁸³ Art. 840. É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas.

⁸⁴ MAROLLA, Eugênia Cristina Cleto. **Arbitragem e os contratos da Administração Pública**. 203 f. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2015, p. 97.

No entanto, é preciso cuidado ao analisar tal possibilidade sob o ponto de vista do direito público. Como anteriormente ressaltado, a Administração Pública não é proprietária dos bens públicos, tampouco possui liberdade para deles dispor. A vontade que rege o direito privado é substituída pela legalidade no âmbito do direito público, fazendo com que o agir administrativo seja pautado pela lei. A possibilidade de disposição de bens e direitos é restrita e regulada, tanto no que tange ao conteúdo quanto em relação à forma, pela lei. Nesse sentido, não é possível falar em livre e ampla disposição para alienar ou renunciar a um bem no âmbito do direito público.⁸⁵

Dessa forma, o regime aplicável à disponibilidade de direitos no âmbito do Direito Privado não se compatibiliza com o regime de disponibilidade de direitos no âmbito do Direito Público. Com efeito, o agente público não tem a livre disposição dos direitos de titularidade do Estado. O agente público não pode, de forma desmotivada, renunciar a um direito ou alienar gratuitamente bens do Estado. No entanto, embora não possa o agente público livremente renunciar a um direito que pertença ao Estado, pode o agente público, por exemplo, firmar acordos com particulares para pagamento de indenizações que sejam devidas pelo Estado ou, então, doar imóveis para realização de programas habitacionais.

Se o critério da possibilidade de alienação ou de renúncia do direito fosse suficiente para definir os contornos da arbitrabilidade objetiva nas arbitragens envolvendo a Administração Pública, não haveria essa variedade de interpretações para a expressão *direitos patrimoniais disponíveis*, de modo que toda essa celeuma simplesmente inexistiria.

Portanto, o critério da possibilidade de alienação ou de renúncia do direito não se adapta perfeitamente ao Direito Público.

3.2.6 Critério da dispensabilidade da apreciação judicial

Segundo esse critério, todo conflito que puder ser resolvido diretamente pelas partes, sem a necessidade de intervenção do Poder Judiciário, considera-se arbitrável. A contrário senso, aqueles conflitos que, por força de lei, tiverem de ser dirimidos necessariamente pelo Poder Judiciário são insuscetíveis de arbitragem.

⁸⁵ MAROLLA, Eugênia Cristina Cleto. **Arbitragem e os contratos da Administração Pública**. 2015. 203 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2015, p. 97-98.

Porém, não se pode olvidar que muitas questões que seriam inarbitráveis podem ser solucionadas diretamente pela Administração sem necessidade de invocação da tutela jurisdicional do Estado. Por exemplo, a aplicação da sanção de impedimento de licitar e contratar, prevista no inciso III do art. 156 da Lei nº 14.133/21, não pode ser objeto de arbitragem, conforme entendimento doutrinário, visto que se considera prerrogativa da Administração (inciso IV do art. 104 da Lei nº 14.133/21), mas pode ser cancelada pela própria Administração em sede recursal, na forma art. 166 da Lei nº 14.133/21, cujo parágrafo único⁸⁶ admite, inclusive, juízo de retratação pela autoridade que tiver aplicado a sanção. Nesse sentido, convém transcrever o escólio de João Pedro Accioly:

O critério legal não foi o da disponibilidade da “pretensão de tutela judicial”; a lei exige que o direito controvertido seja patrimonial e disponível para que possa ser arbitrável.

[...] É que, em muitos casos, a afirmação, a solução de conflitos e, às vezes, mesmo o *enforcement* de direitos incontractualizáveis não se processam obrigatoriamente perante o Poder Judiciário, sendo levados a cabo direta e unilateralmente pela Administração, que é também competente para responder extrajudicialmente às irresignações suscitadas pelo administrado.⁸⁷

Ademais, o critério da dispensabilidade da apreciação judicial não foi o critério adotado pelo art. 1º da Lei nº 9.307/96. Se fosse vontade do legislador adotar o critério prescindibilidade da apreciação judicial, teria dito isso expressamente.

3.2.7 Critério da contratualização do direito

Por meio desse critério, sempre que determinado direito controvertido puder ser objeto de negócio jurídico, admitir-se-á sua submissão à arbitragem. É o que afirma João Pedro Accioly:

Finalmente, parte da literatura advoga – e esta parece ser a melhor solução – que os direitos disponíveis da Administração devam ser entendidos como aqueles passíveis de contratualização. Sempre que a Administração puder

⁸⁶ Art. 166. Da aplicação das sanções previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 156 desta Lei caberá recurso no prazo de 15 (quinze) dias úteis, contado da data da intimação.

Parágrafo único. O recurso de que trata o caput deste artigo será dirigido à autoridade que tiver proferido a decisão recorrida, que, se não a reconsiderar no prazo de 5 (cinco) dias úteis, encaminhará o recurso com sua motivação à autoridade superior, a qual deverá proferir sua decisão no prazo máximo de 20 (vinte) dias úteis, contado do recebimento dos autos.

⁸⁷ ACCIOLY, João Pedro. Arbitrabilidade objetiva em conflitos com a administração pública. **Revista Brasileira de Arbitragem**, São Paulo, v. 17, n. 65, p. 7-41, jan./mar. 2020, p. 20.

firmar um negócio jurídico sobre determinado direito, os conflitos a ele referentes poderão ser resolvidos por arbitragem.⁸⁸

Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara consideram direitos patrimoniais disponíveis aqueles suscetíveis de negociação ou de contratação pelas partes, nestes termos:

[...] Numa palavra, a lei limitou a aplicação do procedimento arbitral às questões referentes a direito (ou interesse) passível de contratação. Para evitar confusão terminológica – que propicie um falso embate em face do princípio da indisponibilidade do interesse público –, passaremos a designar este requisito como a existência de um direito negociável.⁸⁹

Portanto, para os autores supracitados, direitos disponíveis para fins de arbitragem devem ser aqueles passíveis de contratualização.

Com base nesse entendimento, uma indenização decorrente de um acidente de trânsito envolvendo veículo oficial, por exemplo, embora não possua origem contratual, admite a celebração de transação (negócio jurídico) entre as partes para pôr fim à controvérsia. Partindo-se dessas premissas, seria possível a celebração de compromisso arbitral para solucionar esse conflito na jurisdição arbitral, pois o direito controvertido – indenização decorrente de ato ilícito extracontratual – admite contratualização.

O critério da contratualização é o que melhor define direito disponível. Dessa forma, sempre que um direito puder ser objeto de acordo de vontades (contrato), será considerado disponível para fins da Lei de Arbitragem.

3.2.8 Análise crítica acerca dos direitos patrimoniais disponíveis para fins de arbitragem nas contratações administrativas

A legislação não prevê rol taxativo de direitos patrimoniais disponíveis, mas apenas exemplificativo. A propósito, o parágrafo único do art. 151 da Lei nº 14.133/21 (Nova Lei de Licitações) menciona, a título meramente exemplificativo, que a arbitragem poderá ser utilizada para dirimir questões relativas ao restabelecimento de

⁸⁸ ACCIOLY, João Pedro. Arbitrabilidade objetiva em conflitos com a administração pública. **Revista Brasileira de Arbitragem**, São Paulo, v. 17, n. 65, p. 7-41, jan./mar. 2020, p. 20.

⁸⁹ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 248, p. 117-126, 2008. Disponível em: <<https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/41529/40879>>. Acesso em: 24 fev. 2024, p. 120.

equilíbrio econômico-financeiro, ao inadimplemento de obrigações contratuais e ao cálculo de indenizações. Eis a redação do aludido dispositivo legal:

Art. 151. Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem.

Parágrafo único. Será aplicado o disposto no caput deste artigo às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações.

O Decreto nº 10.025/2019, que dispõe sobre a arbitragem para dirimir litígios que envolvam a Administração Pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, também fixa rol meramente exemplificativo de direitos patrimoniais disponíveis, conforme parágrafo único do art. 2º, nestes termos:

Art. 2º Poderão ser submetidas à arbitragem as controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis.

Parágrafo único. Para fins do disposto neste Decreto, consideram-se controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis, entre outras:

- I - as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos;
- II - o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de parceria; e
- III - o inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes, incluídas a incidência das suas penalidades e o seu cálculo.

No âmbito dos contratos administrativos, consideram-se indisponíveis as prerrogativas da Administração previstas no art. 104⁹⁰ da Lei nº 14.133/21, conforme entendimento doutrinário exposto na subseção 2.2 desta dissertação.

⁹⁰ Art. 104. O regime jurídico dos contratos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, as prerrogativas de:

- I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;
- II - extingui-los, unilateralmente, nos casos especificados nesta Lei;
- III - fiscalizar sua execução;
- IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;
- V - ocupar provisoriamente bens móveis e imóveis e utilizar pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato nas hipóteses de:
 - a) risco à prestação de serviços essenciais;
 - b) necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, inclusive após extinção do contrato.

Nessa ordem de ideias, é indisponível, por exemplo, o direito da Administração de fiscalizar a execução contratual e de aplicar sanções. Dito de outro modo, a Administração não pode abdicar do seu direito de fiscalizar o contrato e de aplicar sanções em caso de descumprimento de obrigações contratuais. Trata-se, portanto, de um direito irrenunciável. Logo, não pode o árbitro impedir o exercício desse direito pela Administração.

Da mesma forma, é indisponível o direito de rescindir ou de alterar unilateralmente contratos administrativos pela Administração Pública. Porém, as indenizações decorrentes de prejuízos econômico-financeiros auferidos pelo contratado, em razão de extinções ou de alterações unilaterais efetivadas pela Administração, podem ser pleiteadas na jurisdição arbitral. Portanto, de acordo com o entendimento doutrinário, o árbitro não pode anular ato administrativo que tenha extinguido ou alterado unilateralmente determinado contrato administrativo, mas pode condenar a Administração a pagar indenização em caso de extinções ou alterações contratuais ilegais.

Esse entendimento, a propósito, é referendado pela literatura jurídica:

[...] Mesmo partindo da premissa de que as cláusulas exorbitantes são negocialmente insuprimíveis, é preciso admitir a arbitrabilidade dos seus reflexos pecuniários. Ou seja, embora não possa o particular contratado anular a decisão administrativa de rescindir ou modificar o pacto perante o tribunal arbitral, pode ele buscar obter ou majorar justa compensação financeira em face dela.⁹¹

Ocorre que a evolução legislativa da consensualidade no âmbito da Administração Pública vem ampliando a possibilidade de celebração de acordos envolvendo direitos que, pela doutrina tradicional, são considerados indisponíveis. Por exemplo, o art. 17 da Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) admite a celebração de acordo de leniência entre a Administração Pública e a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei nº 14.133/21, a fim de isentar ou de atenuar as sanções previstas na Lei de Licitações. A propósito, confira-se a redação do art. 17 da Lei nº 12.846/2013:

Art. 17. A administração pública poderá também celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei nº

⁹¹ ACCIOLY, João Pedro. Arbitrabilidade objetiva em conflitos com a administração pública. **Revista Brasileira de Arbitragem**, São Paulo, v. 17, n. 65, p. 7-41, jan./mar. 2020, p. 25.

8.666, de 21 de junho de 1993, com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus arts. 86 a 88.⁹²

Portanto, o art. 17 da Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) permite que a Administração celebre acordo com o contratado tendo por objeto as sanções previstas na Lei de Licitações, seja para atenuá-las, seja para afastá-las, desde que observadas as condições e os requisitos previstos no *caput* e no § 1º do art. 16 da referida lei, a saber:

Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte:

I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e

II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

§ 1º O acordo de que trata o *caput* somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito;

II - a pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo;

III - a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

É importante ressaltar que a celebração do acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado, nos termos do § 3º do art. 16 da Lei nº 12.846/2013.

Nessa linha de raciocínio, se as sanções aplicadas pela Administração, no âmbito das contratações administrativas, podem ser objeto de acordo de leniência, qual razão impede a Administração de celebrar convenção arbitral para submeter à jurisdição arbitral conflitos que versem sobre anulação de sanções de impedimento ou de declaração de inidoneidade para licitar e contratar, previstas nos incisos III e IV do art. 156 da Lei nº 14.133/21?

⁹² Embora o art. 17 da Lei nº 12.846/2013 faça remissão à Lei nº 8.666/93, atualmente revogada, é preciso esclarecer que o art. 189 da Lei nº 14.133/21 determina que a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos aplique-se a todas as hipóteses em que a legislação esparsa fizer referência à Lei nº 8.666/93. Eis a redação do art. 189 da Lei nº 14.133/21: “Art. 189. Aplica-se esta Lei às hipóteses previstas na legislação que façam referência expressa à Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, à Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e aos arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011”.

Além do art. 17 da Lei Anticorrupção, convém mencionar, também, o art. 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942), inserido pela Lei nº 13.655/2018, que assim dispõe:

Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

§ 1º O compromisso referido no caput deste artigo: (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais; (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

II – (VETADO); (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral; (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

§ 2º (VETADO). (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Referido dispositivo legal pode ser aplicado a uma generalidade de situações, pois não restringiu a possibilidade de celebração de acordos a uma determinada espécie de processo administrativo.

Logo, a possibilidade de celebração de acordos, com fundamento no art. 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, pode ocorrer no âmbito de diversas espécies de processo administrativo: processo administrativo sancionatório, processo administrativo de outorga de licença, processo administrativo de controle, entre outros. Nesse diapasão, segue a opinião de Thiago Marrara:

Apesar desses fatores, não há como se afastar a conclusão de que o compromisso assentado no art. 26 [da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro] tem utilidades amplíssimas, a começar pelo campo do direito sancionador, que, embora não previsto explicitamente, resta embutido nos comandos legais. Mas não é só: o grande avanço do art. 26 se revela na consagração da possibilidade de ajustamentos comportamentais envolvendo a administração pública em todos os tipos de processo administrativo, atingindo até mesmo processos que, no geral, não eram objeto de atenção dos estudiosos da concertação administrativa, como os processos declaratórios e processos seletivos.

[...]

[...] Partindo dessa premissa, para superar os conflitos, em qualquer tipo de processo (não apenas nos sancionadores), a administração poderá realizar o

ajustamento entre os envolvidos para encontrar uma solução pacificadora e consensual entre todos.⁹³

Diante desse arcabouço legislativo, não faz mais sentido, atualmente, impedir o acesso da Administração Pública à jurisdição arbitral para dirimir conflitos que envolvam, por exemplo, a aplicação das sanções de impedimento de licitar e contratar e de declaração de inidoneidade para licitar e contratar.

Além disso, embora a maioria das obras pesquisadas perfilhe a tese de que somente as repercussões econômico-financeiras dos atos praticados no exercício das prerrogativas da Administração é que possam ser apreciadas em sede de arbitragem, a adoção desse entendimento pode ocasionar resultados incompatíveis entre si.

Imagine-se, por exemplo, a hipótese de a Administração ser condenada, na jurisdição arbitral, a pagar indenização ao contratado em razão de a sanção de inidoneidade para licitar e contratar ser considerada ilegal pelo tribunal arbitral e, passados alguns meses, sobrevir sentença judicial julgando improcedente pedido de anulação de sanção de inidoneidade para licitar e contratar por não ter havido violação do ordenamento jurídico.

Nessa linha de raciocínio, pergunta-se: por que motivo a anulação de uma sanção contratual ilegal não pode ser objeto de arbitragem se as partes assim convencionarem? Haveria algum prejuízo ou subversão a algum valor constitucionalmente protegido?

O argumento de que a justiça estatal melhor tutelaria o interesse público só faz depreciar a imparcialidade da justiça estatal.

Diante do exposto, para solucionar essa rebordosa jurídica, propõe-se que os poderes extroversos da Administração somente possam ser considerados indisponíveis se abstratamente considerados. Por exemplo, o direito *in abstracto* da Administração de fiscalizar contratos administrativos e de aplicar sanções, em si, não tem conteúdo patrimonial, além de ser, em regra, indisponível. Por esse motivo, não pode ser objeto de arbitragem, pois não se trata de *direito patrimonial disponível*.

No entanto, se o contratado entender que uma sanção foi-lhe imposta ilegalmente, não há razão plausível que impeça seu acesso à jurisdição arbitral para

⁹³ MARRARA, Thiago. Compromissos como técnica de administração consensual: breves comentários ao art. 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 283, n. 1, p. 131-157, jan./abr. 2024. Disponível em: <<https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/90692/85527>>. Acesso em: 28 abr. 2024, p. 142-144.

pedir a anulação dessa sanção, desde que, é claro, exista convenção de arbitragem entre as partes.

Afinal, quando a violação de um direito causar prejuízo patrimonial⁹⁴ a outrem, posto que ilícito, a anulação do ato ilícito deve ser possível na jurisdição arbitral, ainda que o ato a ser invalidado constitua uma prerrogativa da Administração, exceto se a violação do direito não tiver causado nenhum prejuízo à parte contrária, hipótese em que inexistirá interesse de agir, seja na justiça estatal, seja na jurisdição arbitral.

Portanto, o posicionamento aqui adotado é no sentido de que a anulação de sanções contratuais e de extinções ou de modificações contratuais unilaterais pode ser pleiteada na jurisdição arbitral, desde que, é claro, exista convenção de arbitragem entre as partes.

3.3 Vedação à arbitragem por equidade

O art. 2º da Lei nº 9.307/96 faculta às partes a escolha do critério de julgamento: de direito ou de equidade.⁹⁵

Na arbitragem de direito, o árbitro deve utilizar as regras previstas na legislação brasileira para julgar o caso concreto, enquanto na arbitragem por equidade o árbitro não está adstrito às regras previstas na legislação, podendo decidir de acordo com o que reputar mais justo para o caso concreto. Em outras palavras, ao receber o consentimento das partes para decidir por equidade, o árbitro está autorizado a afastar-se dos critérios previstos na legislação para solucionar a lide.

Nessa sorte de ideias, convém transcrever o conceito de equidade extraído da obra de Silvio de Salvo Venosa:

Equidade é uma forma de manifestação de justiça que tem o condão de atenuar a rudeza de uma regra jurídica. [...]
Na realidade, o conceito de equidade não se afasta do conteúdo do próprio Direito, pois, enquanto o Direito regula a sociedade com normas gerais do justo e equitativo, a equidade procura adaptar essas normas a um caso concreto.
[...]

⁹⁴ Por exemplo, a aplicação da sanção de declaração de inidoneidade para licitar e contratar acarreta prejuízos ao contratado, pois ficará impedido de participar de licitações e de contratar com a Administração Pública de três a seis anos, nos termos do § 5º do art. 156 da Lei nº 14.133/21.

⁹⁵ Confira-se a redação do *caput* do art. 2º da Lei nº 9.307/96: “Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes”.

A equidade é não só abrandamento de uma norma em um caso concreto, como também sentimento que brota do âmago do julgador. [...] ⁹⁶

Na jurisdição estatal, por outro lado, o juiz somente poderá decidir por equidade nos casos em que a lei assim o permitir, conforme parágrafo único ⁹⁷ do art. 140 do Código de Processo Civil.

Dessa forma, enquanto, na arbitragem, o julgamento por equidade depende de prévia autorização das partes; no processo civil, o julgamento por equidade depende de prévia autorização legal.

Ocorre que, sendo parte a Administração Pública, o parágrafo terceiro ⁹⁸ do art. 2º da Lei nº 9.307/96 veda expressamente a adoção da arbitragem por equidade.

3.4 Preferência pela arbitragem institucional

A Lei nº 9.307/96 não obriga a Administração Pública a utilizar a arbitragem institucional. É a regulamentação setorial que prevê que a Administração deve preferir a arbitragem institucional à arbitragem *ad hoc*. A título de exemplo, confira-se o disposto no art. 3º, inciso V e § 3º, do Decreto Federal nº 10.025, de 20 de setembro de 2019, que dispõe sobre a arbitragem para dirimir litígios que envolvam a Administração Pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário:

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

[...]

V - a arbitragem será, preferencialmente, institucional;

[...]

§ 3º Observado o disposto no inciso V do caput, será admitida a opção pela arbitragem *ad hoc*, desde que devidamente justificada.

Observe-se que a opção pela arbitragem *ad hoc* não é vedada pelo Decreto nº 10.025/2019, mas requer a apresentação de justificativas que motivem a escolha. Isso porque, na arbitragem *ad hoc*, não haverá uma instituição que ficará responsável

⁹⁶ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 43-44.

⁹⁷ Art. 140. [...] Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.

⁹⁸ Art. 2º [...] § 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.

pela disponibilização de espaço para realização de audiências, guarda de documentos ou envio de correspondências, por exemplo.

Além disso, na arbitragem *ad hoc*, a inexistência de regulamento sobre o procedimento arbitral obriga as partes a disciplinarem, de comum acordo, as regras procedimentais, facultando-se às partes optarem pelo regulamento de uma determinada câmara arbitral. Não havendo acordo prévio quanto ao procedimento a ser seguido, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo, conforme prevê o parágrafo primeiro⁹⁹ do art. 21 da Lei nº 9.307/96. O inconveniente de os árbitros disciplinarem o procedimento é que as partes não terão controle sobre o que vier a ser estabelecido pelo árbitro ou pelo tribunal arbitral. Por outro lado, na arbitragem institucional, as partes podem optar pelo regulamento da câmara arbitral escolhida, conhecendo, de antemão, o procedimento a ser seguido em caso de eventual litígio. Outra vantagem da arbitragem institucional é que, geralmente, os regulamentos de câmaras arbitrais preveem regras para substituição de árbitros em caso escusa do árbitro antes da aceitação de sua nomeação ou recusa do árbitro por uma das partes, nos termos do parágrafo primeiro¹⁰⁰ do art. 16 da Lei nº 9.307/96.

Decerto que a arbitragem *ad hoc* possui custos menores do que a arbitragem institucional, mas, nesse caso, o baixo custo pode tornar-se diretamente proporcional à queda na eficiência, prejudicando o interesse público envolvido. De todo modo, nos casos em que a matéria controvertida seja unicamente de direito, as partes estejam concordes quanto à escolha do árbitro ou do tribunal arbitral, não haja necessidade de produção de provas periciais e testemunhais, nem necessidade de serviços substanciosos de secretaria, a arbitragem *ad hoc* talvez possa apresentar-se mais vantajosa do que a arbitragem institucional; todavia, a opção pela arbitragem *ad hoc* deve ser precedida de justificativa que demonstre as razões pelas quais não se optou pela arbitragem institucional. Para robustecer essas afirmações, segue o escólio de Carlos Alberto Carmona:

⁹⁹ Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.

§ 1º Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo.

¹⁰⁰ Art. 16. Se o árbitro escusar-se antes da aceitação da nomeação, ou, após a aceitação, vier a falecer, tornar-se impossibilitado para o exercício da função, ou for recusado, assumirá seu lugar o substituto indicado no compromisso, se houver.

§ 1º Não havendo substituto indicado para o árbitro, aplicar-se-ão as regras do órgão arbitral institucional ou entidade especializada, se as partes as tiverem invocado na convenção de arbitragem.

É preciso ressaltar, porém, que nada impede que o Estado utilize a arbitragem *ad hoc*, o que pode significar uma considerável economia de recursos. Não havendo a intervenção de órgão arbitral institucional, é natural que os custos da arbitragem diminuam, mas haverá sempre o inconveniente da falta de estrutura de amparo (tudo terá que ser organizado pelos próprios árbitros), da carência de parâmetros para a fixação de honorários dos árbitros, da ausência de órgão administrador para resolver as questões ligadas a suspeições e impedimentos e, ainda, da falta de um regulamento específico para estabelecer o procedimento a ser seguido pelas partes. Estas questões, porém, podem ser perfeitamente dimensionadas em uma cláusula compromissória bem redigida: os contratantes podem escolher, de antemão, certas instalações que serão utilizadas para a realização dos atos da arbitragem (instalações cedidas por algum órgão da administração ou desde logo identificados para evitar divergências futuras); as partes podem prever, desde logo, o apontamento de um secretário para o tribunal arbitral, que será responsável para a organização dos atos do processo; os honorários dos árbitros podem, desde logo, ser fixados na cláusula arbitral (ou, pelo menos, um parâmetro para a sua fixação); as partes podem escolher um regulamento já existente (de alguma câmara institucional) que se adapte bem a uma arbitragem *ad hoc* ou podem escolher as regras da Uncitral (ou, ainda, podem optar por criar as regras para o caso concreto, o que é mais difícil). Vale lembrar que, se não quiserem se reportar a regra alguma, caberá ao tribunal arbitral criar um procedimento para o caso concreto (esta, talvez, seja a pior opção, pois pode ensejar alguma surpresa, especialmente para quem não estiver habituado - e preparado - para atuar no processo arbitral). [...]

Mas se o Estado não estiver preparado para organizar uma arbitragem *ad hoc*, a escolha da arbitragem institucional será de rigor (e, naturalmente, criará maior facilidade na eventualidade de disputas).¹⁰¹

Nos procedimentos arbitrais em que a Administração Pública do Estado de São Paulo e suas autarquias sejam parte, a arbitragem deve ser preferencialmente institucional, podendo ser utilizada a arbitragem *ad hoc*, desde que de forma justificada, nos termos do art. 3º do Decreto Estadual nº 64.356/2019, a saber:

Artigo 3º - A arbitragem será preferencialmente institucional, podendo, justificadamente, ser constituída arbitragem “ad hoc”.

Parágrafo único - Compete à autoridade responsável pela assinatura do instrumento obrigacional ou ao órgão colegiado competente, conforme o caso, apresentar a justificativa a que se refere o “caput” deste artigo, devendo ser ouvida a Procuradoria Geral do Estado.

¹⁰¹ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e administração pública – primeiras reflexões sobre a arbitragem envolvendo a administração pública. **Revista Brasileira de Arbitragem**. Ano XIII, n. 51, p. 7-21, jul-set. 2016, São Paulo, p. 9-10. Disponível em: <https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4232072/mod_resource/content/1/Carmona%20-%20Arbitragem%20e%20Administra%C3%A7%C3%A3o%20P%C3%BAblica.pdf>. Acesso em: 27 out. 2023.

Como se pode notar, os regulamentos dos entes federativos geralmente preveem a necessidade de justificativa apenas quando houver opção pela arbitragem *ad hoc*.

Porém, a necessidade de justificar a escolha do tipo de arbitragem deve ocorrer até mesmo quando houver opção pela arbitragem institucional. O princípio da motivação impõe o dever de justificar a escolha em qualquer hipótese. Isso porque os elevados custos de uma arbitragem institucional necessitam ser justificados. O dever de dar transparência aos motivos determinantes do ato não pode ser excepcionado apenas quando houver opção pela arbitragem institucional. Dessa forma, a Administração deve justificar por qual motivo optou pela arbitragem institucional em vez da arbitragem *ad hoc*.

Enfim, são as circunstâncias do caso concreto que irão indicar qual a melhor opção para a Administração Pública: arbitragem institucional ou arbitragem *ad hoc*. Em ambos os casos, a opção deve ser devidamente justificada.

3.5 Impossibilidade de escolha do direito material aplicável

Na arbitragem entre particulares, as partes podem escolher livremente as regras de direito material que serão aplicadas à solução da controvérsia, desde que não violem os bons costumes e a ordem pública, nos termos do parágrafo primeiro¹⁰² do art. 2º da Lei nº 9.307/96.

Porém, quando a Administração Pública for parte em processo arbitral, não haverá a possibilidade de as partes escolherem livremente o direito material aplicável ao caso concreto, pois a Administração Pública está adstrita ao princípio da legalidade.

3.6 Possibilidade de negociação das regras processuais

No que se refere ao procedimento a ser seguido na arbitragem, a Administração tem liberdade para negociar as regras inerentes à organização da arbitragem. Afinal, se um dos objetivos do processo arbitral é garantir a celeridade, seria um contrassenso optar-se pela arbitragem para submeter-se às mesmas regras

¹⁰² Art. 2º [...] § 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

do Código de Processo Civil. Certamente, a aplicação integral das regras do Código de Processo Civil ao processo arbitral não atenderia ao interesse público. Nesse sentido, segue o escólio de Bruno Lopes Megna:

Como se disse, arbitragem e processo judicial não são métodos redundantes. Por isso, na arbitragem, não se cogita da aplicação do Código de Processo Civil. Do contrário, haveria 'verdadeira contradição em termos: se as partes optaram por um sistema diferente (arbitragem) não faz sentido a tentativa de usar mecanismos de outro sistema (o processual estatal)'[...]'.¹⁰³

Porém, caso as partes queiram optar pela aplicação de determinadas regras previstas no Código de Processo Civil, devem deixar essa intenção expressa na convenção de arbitragem ou no termo de arbitragem para que o árbitro ou o tribunal arbitral vinculem-se ao que estiver previsto nesses instrumentos. Isso porque, de acordo com o art. 21 da Lei nº 9.307/96, a arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido na convenção arbitral celebrada pelas partes, as quais podem, ainda, adotar as regras de determinada câmara arbitral ou delegar ao árbitro ou ao tribunal arbitral a atribuição de disciplinar o procedimento. Porém, inexistindo procedimento previamente estabelecido no regulamento da instituição arbitral escolhida ou na convenção arbitral celebrada pelas partes, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo, nos termos do parágrafo único¹⁰⁴ do art. 21 da Lei nº 9.307/96.

3.7 Idioma: língua portuguesa

A utilização da língua portuguesa na arbitragem envolvendo a Administração Pública não está prevista na Lei nº 9.307/96, mas decorre do princípio da transparência.

Diversas leis setoriais preveem a obrigatoriedade do emprego da língua portuguesa na arbitragem administrativa, como, por exemplo, o inciso III¹⁰⁵ do art. 11

¹⁰³ MEGNA, Bruno Lopes. **Arbitragem e administração pública**: fundamentos teóricos e soluções práticas. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 237-238.

¹⁰⁴ Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.

§ 1º Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo.

¹⁰⁵ Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever:

da Lei nº 11.079/04 (Lei das Parcerias Público-Privadas) e o art. 23-A¹⁰⁶ da Lei nº 8.987/95 (Lei Geral das Concessões).

3.8 Sede da arbitragem

O dever de realização da arbitragem em território nacional decorre da legislação setorial, pois a Lei nº 9.307/96 não impôs essa obrigação, deixando a critério das partes a escolha da sede da arbitragem, nos termos inciso IV¹⁰⁷ do art. 10.

Segundo João Luiz Lessa de Azevedo Neto, o local escolhido pelas partes para proferimento da sentença arbitral é o que define a sede da arbitragem.¹⁰⁸

Entre as leis setoriais que definem o território brasileiro como sede da arbitragem nas causas em que a Administração Pública seja parte, podem-se citar a Lei das Parcerias Público-Privadas (art. 11, inciso III, da Lei nº 11.079/04) e a Lei Geral das Concessões (art. 23-A da Lei nº 8.987/95).

A definição do território brasileiro como sede da arbitragem tem sua importância, porquanto a lei processual aplicável à arbitragem será a lei da sede da arbitragem, quando não houver estipulação em contrário na convenção de arbitragem ou no regulamento da câmara arbitral escolhida pelas partes. Além disso, a autoridade judiciária competente para conhecer de eventual ação anulatória de sentença arbitral também será a da sede da arbitragem. Para corroborar esse raciocínio, cumpre reproduzir o artigo V, 1, alínea “e”, e o artigo VI do Decreto nº 4.311, de 23 de julho

[...]

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

¹⁰⁶ Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. (incluído pela Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005)

¹⁰⁷ Art. 10. Constará, obrigatoriamente, do compromisso arbitral:

[...]

IV - o lugar em que será proferida a sentença arbitral.

¹⁰⁸ Para mais clareza, cumpre transcrever o seguinte trecho extraído da dissertação de mestrado de autoria de João Luiz Lessa de Azevedo Neto: “É preciso esclarecer o que se entende por sede. Expressões como ‘local da arbitragem’, ‘sede’, ‘local de proferimento da sentença arbitral’, ‘assento da arbitragem’, ‘lugar da arbitragem’ são nomenclaturas diferentes para um mesmo instituto jurídico. [...]”. (AZEVEDO NETO, João Luiz Lessa de. **A relação entre arbitragem e poder judiciário na definição da competência do árbitro**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Pernambuco, 2015. Disponível em: <<https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/15676>>. Acesso em: 30 mar. 2024, p. 37)

de 2002, que promulgou a Convenção Internacional sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras:

Artigo V

1. O reconhecimento e a execução de uma sentença poderão ser indeferidos, a pedido da parte contra a qual ela é invocada, unicamente se esta parte fornecer, à autoridade competente onde se tenciona o reconhecimento e a execução, prova de que:

[...]

e) a sentença ainda não se tornou obrigatória para as partes ou foi anulada ou suspensa por autoridade competente do país em que, ou conforme a lei do qual, a sentença tenha sido proferida.

[...]

Artigo VI

Caso a anulação ou a suspensão da sentença tenha sido solicitada à autoridade competente mencionada no Artigo V, 1. (e), a autoridade perante a qual a sentença está sendo invocada poderá, se assim julgar cabível, adiar a decisão quanto a execução da sentença e poderá, igualmente, a pedido da parte que reivindica a execução da sentença, ordenar que a outra parte forneça garantias apropriadas.

Nesse mesmo diapasão, transcrevem-se os comentários de João Luiz Lessa de Azevedo Neto, *in verbis*:

É recomendável que as partes cuidadosamente ponderem sobre qual será a sede da arbitragem, pois de tal escolha advém consequências importantes. A definição da sede da arbitragem servirá para definir qual legislação de arbitragem se aplicará ao caso (*lex arbitrii*) – ao menos na falta de escolha das partes sobre essa questão –, qual Poder Judiciário poderá conhecer de uma ação anulatória de sentença arbitral, qual será o Judiciário mais próximo para a prática de atos de apoio ao processo e qual poderá, em dado momento, conhecer e decidir sobre a competência do árbitro.

[...]

[...] Entretanto, a escolha da sede define regras processuais aplicáveis na omissão da convenção de arbitragem e do regulamento, na hipótese de arbitragem institucional ou ad hoc que adote um regulamento como o da UNCITRAL, por exemplo.¹⁰⁹

Há, ainda, outra vantagem existente na definição do território brasileiro como sede da arbitragem: desnecessidade de homologação de sentença arbitral pelo Superior Tribunal de Justiça para que seja reconhecida e executada no Brasil. Isso porque as sentenças arbitrais proferidas fora do território brasileiro devem ser

¹⁰⁹ AZEVEDO NETO, João Luiz Lessa de. **A relação entre arbitragem e poder judiciário na definição da competência do árbitro**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Pernambuco, 2015. Disponível em: <<https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/15676>>. Acesso em: 30 mar. 2024, p. 39-40.

previamente homologadas pelo Superior Tribunal de Justiça para que possam ser cumpridas no Brasil, nos termos dos artigos 34¹¹⁰ e 35¹¹¹ da Lei nº 9.307/96.

3.9 Publicidade do procedimento

Na arbitragem entre particulares, embora o sigilo do procedimento arbitral não esteja expressamente previsto na Lei nº 9.307/96, os árbitros têm o dever de discrição, conforme previsto no parágrafo sexto¹¹² do art.13 da Lei nº 9.307/96.

Por força do dever de discrição, o árbitro não pode comentar, nem divulgar informações sobre os processos em que atua.

Segundo Francisco José Cahali, caso as partes queiram assegurar o sigilo no procedimento arbitral, devem escolher uma câmara arbitral cujo regulamento contenha a previsão de sigilo ou, então, restringir a publicidade do procedimento na convenção de arbitragem firmada entre as partes, ou seja, as partes podem pactuar o sigilo do procedimento na cláusula arbitral ou no compromisso arbitral. Isso porque, segundo Francisco José Cahali, a confidencialidade do procedimento não se confunde com o dever de discrição do árbitro: a confidencialidade do procedimento não tem previsão na Lei de Arbitragem, enquanto o dever de discrição do árbitro possui previsão no § 6º do art. 13 da Lei nº 9.307/96. Para mais clareza, cumpre reproduzir os seguintes trechos da obra de Cahali:

A confidencialidade [...] não é determinada em lei, e, para ser obtida, depende da vontade das partes expressa na convenção ou na indicação de entidade arbitral com indicação de sigilo em seu regulamento (e a maioria assim estabelece). [...]

Porém, mesmo sem confidencialidade, o árbitro deve ser discreto quanto a tudo que soube pela sua atuação no procedimento, impondo-lhe abster-se de propagar ou mesmo comentar os fatos, provas, detalhes, particularidades e intimidade do procedimento.

Ou seja, confidencialidade não se confunde com discrição. A primeira impõe o total silêncio sobre o procedimento, inclusive nome dos envolvidos. Já por discreto, entende-se o comportamento reservado do árbitro de evitar

¹¹⁰ Art. 34. A sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos desta Lei.

Parágrafo único. Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional.

¹¹¹ Art. 35. Para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Superior Tribunal de Justiça

¹¹² Art. 13. [...] § 6º No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição.

comentários sobre os conflitos a ele submetidos, mantendo-se comedido, com reserva ou prudência quanto a informações obtidas.

[...]

Porém, convém deixar claro que o sigilo no procedimento não está previsto em lei.

[...]

Assim, querendo as partes sigilo no procedimento, devem eleger instituição cujo regulamento contenha esta previsão, ou estabelecer a restrição à publicidade na convenção arbitral (cláusula ou compromisso).¹¹³

A corroborar esse raciocínio, o inciso IV do art. 189 do Código de Processo Civil prevê que tramitam em segredo de justiça os atos processuais que versem sobre arbitragem, desde que as partes tenham estipulado a confidencialidade do procedimento arbitral na convenção de arbitragem. Eis a redação do aludido dispositivo legal:

Art. 189. Os atos processuais são públicos, todavia tramitam em segredo de justiça os processos:

[...]

IV - que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo.

No entanto, convém advertir que o que foi dito acima refere-se à arbitragem entre particulares, uma vez que, quando a Administração Pública for parte no processo arbitral, não haverá sigilo, devendo o processo pautar-se pela publicidade, por força do parágrafo terceiro¹¹⁴ do art. 2º da Lei nº 9.307/96, incluído pela Lei nº 13.129/2015.

Porém, nos casos em que houver alguma hipótese de sigilo legalmente estabelecida, a parte pode requerer a decretação de sigilo sobre determinado documento juntado aos autos, cabendo ao árbitro decidir a respeito. Exemplos de sigilos legais: sigilo bancário (Lei Complementar nº 105/2001), segredo industrial (art. 206 da Lei nº 9.279/1996), informações consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade e do Estado (art. 23 da Lei nº 12.527/2011). Nesse sentido, dispõe o inciso IV do art. 3º do Decreto nº 10.025/2019, que disciplina a arbitragem para dirimir conflitos que envolvam a Administração Pública Federal nos setores de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário, aeroportuário e no setor portuário:

¹¹³ CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação, conciliação, tribunal multiportas. 9. ed. rev., ampl., e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 242 e 312.

¹¹⁴ Art. 2º [...] § 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.

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

[...]

IV - as informações sobre o processo de arbitragem serão públicas, ressalvadas aquelas necessárias à preservação de segredo industrial ou comercial e aquelas consideradas sigilosas pela legislação brasileira;

Acerca da competência do árbitro para decidir sobre questões relativas a sigilo legal, cumpre transcrever a opinião de Bruno Lopes Megna:

A questão ganha complexidade se houver dúvida sobre a competência do árbitro para decidir sobre aquela matéria: publicidade do sigilo bancário, por exemplo, deve ser decidida pelos árbitros ou pelo Judiciário?

Não há por que excluir esta hipótese dos princípios da competência-competência e da impugnação exclusivamente *a posteriori* da decisão arbitral. Tendo em vista que cabe ao árbitro decidir sobre existência, validade e eficácia da decisão arbitral (art. 8º, parágrafo único, da Lei nº 9.307/1996), caberá a ele decidir também sobre essa questão. É princípio da arbitragem a confiança no árbitro (art. 13 da Lei nº 9.307/1996), de modo que não se deve presumir que ele será negligente com os interesses em jogo. [...]¹¹⁵

Nos processos judiciais eletrônicos, por exemplo, quando a parte requerer a juntada de algum documento que ela considere sigiloso, o documento permanecerá, a pedido da parte, sob sigilo até que o juiz da causa decida em sentido contrário, de ofício ou a requerimento da parte contrária, conforme *caput* e §§ 1º e 2º do art. 28 da Resolução nº 185, de 18 de dezembro de 2013, do Conselho Nacional de Justiça, que instituiu o Sistema Processo Judicial Eletrônico, a saber:

Art. 28. Na propositura da ação, o autor poderá requerer segredo de justiça para os autos processuais ou sigilo para um ou mais documentos ou arquivos do processo, através de indicação em campo próprio.

§ 1º Em toda e qualquer petição poderá ser requerido sigilo para esta ou para documento ou arquivo a ela vinculado.

§ 2º Requerido o segredo de justiça ou sigilo de documento ou arquivo, este permanecerá sigiloso até que o magistrado da causa decida em sentido contrário, de ofício ou a requerimento da parte contrária.

Dessa forma, não se vislumbra óbice à adoção, nos processos arbitrais em que a Administração Pública figure como parte, dos mesmos critérios previstos no dispositivo normativo acima transcrito.

¹¹⁵ MEGNA, Bruno Lopes. **Arbitragem e administração pública**: fundamentos teóricos e soluções práticas. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 314.

3.10 Da escolha de árbitros pela Administração Pública e a inexigibilidade de licitação

A primeira dúvida que emerge a respeito da escolha de árbitros e de câmaras arbitrais pela Administração Pública diz respeito ao dever de licitar. Nessa linha de raciocínio, surge a seguinte indagação: como realizar a indicação de árbitros sem desrespeitar os princípios da isonomia e da impessoalidade?

Pois bem. Uma das principais características da arbitragem é que os árbitros devem possuir a confiança das partes, nos termos do art. 13 da Lei nº 9.307/96. Tal peculiaridade, por si só, já afastaria o dever de licitar, pois a abertura de procedimento licitatório admitiria ampla participação de interessados, o que inviabilizaria a escolha do árbitro pelo critério da confiança.

Segundo Francisco José Cahali, “a confiança no talento, atributos pessoais e intelectuais, dedicação, e conhecimento específico do árbitro sobre o objeto do conflito, têm impacto direto na segurança do sistema [...]”.¹¹⁶

Para Bruno Lopes Megna, a escolha de árbitros pela Administração não configura nem sequer hipótese de inexigibilidade de licitação nos moldes previstos na Lei de Licitações, mas afastamento integral das regras previstas na Lei de Licitações, porque a inexigibilidade de licitação prevista na Lei de Licitações destina-se à realização de negócios jurídicos bilaterais envolvendo a Administração Pública e o contratado, e não à realização de negócios jurídicos plurilaterais, que envolvam a Administração, árbitros e demais partes. Para corroborar tais afirmações, convém transcrever os seguintes trechos extraídos da obra de Bruno Lopes Megna:

O primeiro motivo para o descabimento do procedimento licitatório é o de que a legislação geral de licitações e contratações públicas (Lei nº 8.666/1993) delimita sua aplicação aos casos de *contratos administrativos pertinentes a obras, serviços*; dos serviços, este contrato apenas se enquadraria na categoria *trabalhos técnicos-profissionais*, porém, dos trabalhos enumerados na lei, em nenhuma deles se pode encaixar o de árbitro – nem mesmo no de *assessoramento jurídico*, pois o árbitro não assessora, julga. O segundo motivo é o de que esta lei, ao enumerar tais serviços, deixa expresso que se refere a “atividade destinada a obter determinada *utilidade de interesse* para a Administração”, indicando que o dispositivo trata de negócios jurídicos bilaterais sinalagmáticos, caracterizados pela presença de interesses recíprocos e contrapostos, e não de negócios jurídicos plurilaterais, nos quais se pode enquadrar a convenção arbitral. [...]

¹¹⁶ CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação, conciliação, tribunal multiportas. 9. ed. ver., ampl., e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 219.

Ou seja: o caso não seria nem de dispensa nem de *inexigibilidade* no sentido tipificado pela Lei nº 8.666/93, mas de *não-incidência destas regras licitatórias*.¹¹⁷

Ademais, o processo de escolha de árbitro único ou de tribunal arbitral (colegiado de árbitros) não se dá de forma unilateral pela Administra Pública.

Quando se tratar de árbitro único, a escolha do árbitro depende de comum acordo entre as partes, o que inviabiliza a realização de licitação.

Da mesma forma, quando se tratar de tribunal arbitral, é comum que a constituição do painel arbitral obedeça ao disposto no § 4º do art. 13 da Lei nº 9.307/96¹¹⁸, segundo o qual cada parte deve escolher um árbitro de sua confiança, e os dois árbitros escolhidos pelas partes elegem o terceiro membro, que será o presidente do tribunal arbitral. Não havendo acordo acerca da escolha do terceiro árbitro, as partes devem requerer ao Poder Judiciário a sua nomeação, conforme dispõe o § 2º do art. 13 da Lei nº 9.307/96¹¹⁹.

Por todos esses motivos, o processo de escolha de árbitros previsto na Lei nº 9.307/96 é incompatível com a realização de licitação.

Rafael Carvalho Rezende Oliveira, após ressaltar as inconveniências de realização de processo licitatório para escolha de árbitros, conclui que a contratação de árbitros constitui hipótese de inexigibilidade de licitação, conforme demonstram os seguintes trechos:

Na hipótese de arbitragem submetida à análise de árbitro monocrático, a manifestação de vontade do Poder Público não seria suficiente, pois dependeria da concordância da outra parte. Ou seja: o Poder Público e a sociedade empresária, que estão em conflito, contrariam o árbitro. Não se trata, portanto, de contrato tipicamente administrativo, mas de contrato celebrado pelo Poder Público e a sociedade empresária interessada, de um lado, e o árbitro, como contratado, de outro lado.

Em relação à arbitragem submetida ao colegiado arbitral, a Administração Pública não tem o poder de estabelecer, isoladamente, todos os aspectos do objeto contratado. Isto porque a escolha do presidente do colegiado arbitral será realizada, normalmente, pelos dois árbitros indicados, cada um, pelas partes interessadas.

¹¹⁷ MEGNA, Bruno Lopes. **Arbitragem e administração pública**: fundamentos teóricos e soluções práticas. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 218-220.

¹¹⁸ Art. 13 [...]

§ 4º Sendo nomeados vários árbitros, estes, por maioria, elegerão o presidente do tribunal arbitral. Não havendo consenso, será designado presidente o mais idoso.

¹¹⁹ Art. 13 [...]

§ 2º Quando as partes nomearem árbitros em número par, estes estão autorizados, desde logo, a nomear mais um árbitro. Não havendo acordo, requererão as partes ao órgão do Poder Judiciário a que tocaria, originariamente, o julgamento da causa a nomeação do árbitro, aplicável, no que couber, o procedimento previsto no art. 7º desta Lei.

Em qualquer caso, a licitação seria inconveniente para o atendimento célere e eficiente do interesse público. [...]

[...]

As contratações dos árbitros e das câmaras arbitrais, em síntese, não se submetem à licitação, em razão da inexigibilidade de licitação que encontra fundamento no art. 25, caput e inciso II, da Lei 8.666/1993.^[50] Aliás, o art. 154 da Lei 14.133/2021 (nova Lei de Licitações) reforça a tese da inexigibilidade de licitação ao dispor que o processo de escolha dos árbitros, dos colegiados arbitrais e dos comitês de resolução de disputas observará critérios isonômicos, técnicos e transparentes.¹²⁰

Vitor Luz Moreira e Brunno Luz Moreira também apontam a incompatibilidade do processo licitatório com o procedimento arbitral, seja para escolha de árbitros, seja para escolha de câmaras arbitrais, sugerindo, como solução, o credenciamento, que, segundo referidos autores, constitui hipótese de inexigibilidade de licitação, *in verbis*:

Naturalmente, não se pode cogitar que a adoção de uma licitação contribuiria com a celeridade, flexibilidade e informalidade do procedimento arbitral. Pelo contrário, sua rigorosa e necessária sequência de atos administrativos, torná-lo-ia flagrantemente mais complexo, moroso, protocolar e rígido, sendo assim totalmente incompatível com a via arbitral.

[...]

Desse modo, em harmonia quanto ao exposto, é de suma importância destacar que ambos o Decreto da União nº 10.025/2019 e a Lei Federal nº 13.448/2017 utilizaram-se do termo “credenciamento”, que, no direito administrativo, representa um instrumento de inexigibilidade de licitação, quando não se fala em licitação uma vez que os credenciados serão contratados nos termos propostos pelo órgão.

Isto posto, conclui-se que a adoção do processo de licitação para escolha do(s) árbitro(s) e da Câmara Arbitral não atende às motivações da escolha pela arbitragem, pela incompatibilidade com o interesse das partes.¹²¹

No que se refere à inexigibilidade de licitação, é preciso ressaltar que as hipóteses previstas nos incisos I a V do art. 74 da Lei nº 14.133/21 são consideradas *numerus apertus*, admitindo-se outras hipóteses de inexigibilidade de licitação decorrentes de inviabilidade de competição, com fundamento no *caput* do referido dispositivo legal, que assim dispõe:

Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de:

I - aquisição de materiais, de equipamentos ou de gêneros ou contratação de serviços que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos;

¹²⁰ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Arbitragem nas contratações públicas**. 2022. Disponível em: <<https://ronnycharles.com.br/arbitragem-nas-contratacoes-publicas/>>. Acesso em: 26 fev. 2024.

¹²¹ MOREIRA, Brunno Luz; MOREIRA, Vitor Luz. Desafios da arbitragem no âmbito da Administração Pública. In: MACHADO FILHO, José Augusto Bitencourt *et al.* (org.). **Arbitragem e processo: homenagem ao Prof. Carlos Alberto Carmona**. São Paulo: Quartier Latim, v. 2, 2022, p. 719-720.

II - contratação de profissional do setor artístico, diretamente ou por meio de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública;

III - contratação dos seguintes serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação:

- a) estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos ou projetos executivos;
- b) pareceres, perícias e avaliações em geral;
- c) assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;
- d) fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;
- e) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;
- f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;
- g) restauração de obras de arte e de bens de valor histórico;
- h) controles de qualidade e tecnológico, análises, testes e ensaios de campo e laboratoriais, instrumentação e monitoramento de parâmetros específicos de obras e do meio ambiente e demais serviços de engenharia que se enquadrem no disposto neste inciso;

IV - objetos que devam ou possam ser contratados por meio de credenciamento;

V - aquisição ou locação de imóvel cujas características de instalações e de localização tornem necessária sua escolha.

Conforme entendimento doutrinário, a ausência de critérios objetivos que permitam comparar diferentes propostas considera-se fator preponderante para caracterizar a inviabilidade de competição na contratação de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual. É o que afirma Marçal Justen Filho: “A expressão ‘inviabilidade de competição’ indica situações em que não se encontram presentes os pressupostos para a escolha objetiva da proposta mais vantajosa”.¹²²

Marçal Justen Filho cita, ainda, a contratação de serviços advocatícios pela Administração Pública como exemplo de impossibilidade de definição objetiva da prestação a ser executada, a justificar a inviabilidade de competição, *in verbis*:

Essa incerteza deriva basicamente da natureza subjetiva da avaliação, eis que a natureza da prestação envolve fatores intelectuais, artísticos, criativos e assim por diante. Não há critério objetivo de julgamento para escolher o melhor. Quando não houver critério objetivo de julgamento, a competição perde o sentido.

[...]

Outra hipótese inconfundível, ainda que semelhante, abrange contratações em que o particular assume obrigação cujo conteúdo somente se definirá ao longo da própria execução. [...]

Suponha-se um processo judicial de grande relevo, tendo como ré uma pessoa integrante da Administração Pública. [...]

Não é possível determinar, por exemplo, que o advogado deverá opor exceção de suspeição do julgador, nem que deverá pedir a palavra para esclarecimentos durante o julgamento em Tribunal.

¹²² JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**: Lei 14133/21. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 959.

Nem poderá estabelecer que as petições escritas deverão apresentar um número mínimo de páginas.

[...] Somente se pode estabelecer que o contratado deverá exercitar sua profissão do melhor modo possível – o que significa não apenas a observância a regras técnicas objetivas, mas, também, variações subjetivas impossíveis de padronização.¹²³

Compartilhando a mesma opinião, seguem os comentários de Paulo Henrique Triandafelides Capelotto e de Raphael Leandro Silva:

De mais a mais, é imperioso acrescentar que a ausência de objetividade na seleção do objeto é circunstância que reforça a ideia de inviabilidade de competição, e, portanto, permite a contratação direta, por inexigibilidade. A ausência de objetiva se verifica quando se demonstra impossível estabelecer critérios eminentemente objetivos – que seriam levados em consideração para uma contratação por meio de uma licitação ordinária –, mas que se mostram inviáveis de elencar em determinadas contratações. Isto é, as características personalíssimas de quem entregará a solução não podem ser comparadas com a de eventuais outros fornecedores, tampouco estabelecidas objetivamente, não sendo possível aferir que é o melhor para a entrega.¹²⁴

Para Joel de Menezes Niebuhr, se o serviço de natureza intelectual for prestado de maneira subjetiva, não haverá critérios objetivos que permitam o seu julgamento, tornando inviável a competição, já que toda licitação deve ser julgada mediante critérios objetivamente definidos no edital de licitação. Veja-se:

Ora, a licitação pública serve para tratar com igualdade os possíveis interessados nos contratos da Administração Pública. Para tratá-los com igualdade e, em virtude disso, para que seja minimamente útil a licitação pública, é essencial que se antevejam critérios objetivos para comparar um a outro. Se o critério é subjetivo, então os interessados não são tratados com igualdade, dado que a disputa vai se resolver pelo sabor do julgador. Nesses casos, o interessado preterido não tem em que se amparar para exigir tratamento igualitário, mormente porque, insista-se, o critério determinante é a livre vontade do julgador. Vale aquilo que aprecia o julgador, sem que se possa cogitar de igualdade, ao menos num plano objetivo, que se pretende aportar com a licitação pública. Se os serviços versados no inciso III do artigo 74 da Lei n. 14.133/2021 são prestados com características subjetivas, por dedução, são julgados de modo subjetivo, afastando realmente a objetividade, com ela, a competitividade e, enfim a licitação pública, fundamentando a inexigibilidade.¹²⁵

¹²³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**: Lei 14133/21. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 960-961.

¹²⁴ CAPELOTTO, Paulo Henrique Triandafelides; SILVA, Raphael Leandro. Artigo 74. In: POZZO, Augusto Neves; CAMMAROSANO, Márcio; ZOCKUN, Maurício. **Lei de licitações e Contratos Administrativos Comentada**: Lei 14.133/21. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 378.

¹²⁵ NIEBUHR, Joel de Menezes et al. (coord). **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 2. ed. Curitiba: Zênite, 2021, p. 46-47.

É preciso ressaltar, ainda, que, diferentemente do inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93¹²⁶, que exigia a singularidade do objeto para caracterização da inviabilidade de competição na contratação de serviços técnicos profissionais especializados, o inciso III do art. 74 da Lei nº 14.133/21¹²⁷ não faz menção à singularidade do objeto como requisito para a inviabilidade de competição.

Marçal Justen Filho aduz que, ao deixar de prever a singularidade do objeto como condição para a inviabilidade de competição, o art. 74 da Lei nº 14.133/21 passou a dar maior relevância à notória especialização do contratado para configuração da inviabilidade de competição. Nesse sentido, segue o escólio de Marçal Justen Filho:

A notória especialização adquiriu maior relevância normativa em vista da solução adotada pela Lei 14.133/2021, a qual não mais alude a objeto singular. Por isso, a notória especialização – um atributo subjetivo do contratado – torna-se um critério para determinar os pressupostos de configuração da inviabilidade de competição.

A complexidade do objeto a ser executado exige que somente pessoas de alta qualificação sejam escolhidas pela Administração. Para evitar o despropósito de contratação de pessoa não qualificadas para execução de serviços de natureza singular, a lei exigiu o preenchimento do requisito da *notória especialização*.¹²⁸

A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça já decidiu, em sede de habeas corpus, que o requisito da singularidade do objeto foi suprimido pelo legislador no inciso III do art. 74 da Lei nº 14.133/21, devendo ser demonstradas, para fins de inexigibilidade de licitação, a notória especialização do contratado e a natureza intelectual do serviço, conforme a seguinte ementa:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PENAL. ART. 89 DA LEI N. 8.666/1993. AÇÃO PENAL. PREFEITO MUNICIPAL. CONTRATAÇÃO DIRETA DE ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA. REQUISITO DE SINGULARIDADE DO SERVIÇO SUPRIMIDO PELA LEI N. 14.133/2021. CARÁTER INTELECTUAL DO TRABALHO ADVOCATÍCIO. PARECER

¹²⁶ Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

[...]

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

¹²⁷ Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de:

[...]

III - contratação dos seguintes serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação:

¹²⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**: Lei 14133/21. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 985.

JURÍDICO FAVORÁVEL. AUSÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO E DE EFETIVO PREJUÍZO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

1. A consumação do crime descrito no art. 89 da Lei n. 8.666/1993, agora disposto no art. 337-E do CP (Lei n. 14.133/2021), exige a demonstração do dolo específico de causar dano ao erário, bem como efetivo prejuízo aos cofres públicos.
2. O crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993 é norma penal em branco, cujo preceito primário depende da complementação e integração das normas que dispõem sobre hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitações, agora previstas na nova Lei de Licitações (Lei n. 14.133/2021).
3. Dado o princípio da tipicidade estrita, se o objeto a ser contratado estiver entre as hipóteses de dispensa ou de inexigibilidade de licitação, não há falar em crime, por atipicidade da conduta.
4. Conforme disposto no art. 74, III, da Lei n. 14.133/2021 e no art. 3º-A do Estatuto da Advocacia, o requisito da singularidade do serviço advocatício foi suprimido pelo legislador, devendo ser demonstrada a notória especialização do agente contratado e a natureza intelectual do trabalho a ser prestado.
5. A mera existência de corpo jurídico próprio, por si só, não inviabiliza a contratação de advogado externo para a prestação de serviço específico para o ente público.
6. Ausentes o dolo específico e o efetivo prejuízo aos cofres públicos, impõe-se a absolvição do paciente da prática prevista no art. 89 da Lei n. 8.666/1993.
7. Agravo regimental desprovido. ¹²⁹

No entanto, com todo respeito àqueles que entendem de forma contrária, a falta de menção à *singularidade* do objeto no art. 74 da Lei nº 14.133/21 não significa que o mero enquadramento do serviço no inciso III do art. 74 da Lei nº 14.133/21 e a demonstração da notória especialização do contratado sejam suficientes para caracterização da inviabilidade de competição. É preciso ter cautela ao interpretar o inciso III do art. 74 da Lei 14.133/21.

Segundo Marçal Justen Filho, a inviabilidade de competição decorre de circunstâncias específicas relativas não só ao serviço a ser prestado como também às necessidades diferenciadas da Administração, conforme demonstram os seguintes trechos extraídos de sua obra:

29) A Lei 14.133/2021 e a ausência de alusão ao objeto singular

A eliminação da exigência de objeto singular, solução consagrada na Lei 14.133/2021, não pode ser interpretada na acepção da viabilidade de contratação por inexigibilidade de licitação de todo e qualquer serviço referido no elenco do inc. III do art. 74 da Lei 14.133/2021.

29.1) A prevalência do caput do art. 74

O art. 74 estabelece que a inexigibilidade de licitação se configura nas hipóteses em que houver inviabilidade de competição. [...] É incabível interpretar a questão dissociando a qualificação geral e ampla do *caput* do art. 74 e reputando que todo e qualquer serviço referido no inc. III poderia ser contratado por inexigibilidade de licitação, sem se cogitar da previsão da inviabilidade de competição.

¹²⁹ STJ – AgRg no HC nº 669.347 – Rel. Min. Jesuíno Rissato – Órgão julgador: Quinta Turma – Votação por maioria – Data do julgamento: 13 dez. 2021.

29.2) Ainda as necessidades diferenciadas da Administração

A eliminação da referência a 'objeto singular' não implica negar a relevância das necessidades diferenciadas da Administração. [...] Não se trata de ignorar a alteração redacional adotada pela Lei 14.133/2021, mas reconhecer que a inviabilidade de competição decorre de circunstâncias específicas e diferenciadas. Tais circunstâncias não se encontram apenas na prestação a ser executada, mas se relacionam com a necessidades diferenciadas da Administração.

[...]

[...] A simples inclusão do serviço no elenco do inc. III do art. 74 não significa a autorização para a contratação direta.¹³⁰

A Advocacia Geral da União, ao exarar parecer sobre a desnecessidade de singularidade para contratação de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual à luz da Lei nº 14.133/21, concluiu que, embora a comprovação da singularidade não seja mais exigida pela Lei nº 14.133/21, deve o gestor público motivar a decisão que considerar inexigível a licitação, demonstrando que o grau de confiança depositado em determinado profissional, em razão de sua notória especialização, é superior ao dos demais profissionais do ramo, de modo que somente o serviço por ele prestado é capaz de atender ao interesse público, tornando a realização de licitação inadequada à obtenção da proposta mais vantajosa. Para mais clareza, convém reproduzir os seguintes trechos extraídos do parecer da Advocacia Geral da União:

39. É justamente porque o profissional é diferenciado, possui capacidade técnica superior e comprovada para a execução do objeto, que se justifica a sua contratação direta, por inexigibilidade de licitação. Na hipótese, o legislador considera que a capacitação extraordinária do profissional, que ultrapassa o conhecimento médio dos profissionais de sua área, é razão suficiente para justificar a sua contratação direta. É o que está expressamente disposto no art. 74, § 3º, da Lei nº 14.133/21, que considera de notória especialização o profissional “cujo conceito no campo de sua especialidade [...] permita inferir que o seu trabalho é essencial e reconhecidamente adequado à plena satisfação do objeto do contrato.”

40. Na hipótese, deverá o administrador demonstrar que a abertura de certame licitatório importará em inaceitável prejuízo ao interesse público [...].

41. Desse modo, a comprovação da singularidade do serviço, sob a égide da Lei nº 14.133/21, não é mais exigível. Em seu lugar, imputa-se ao gestor público o dever de motivar sua decisão na comprovação da confiança que tem no prestador de serviço por ela escolhido, medida que também encontra fundamento na Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro, cujo art. 20 estabelece: [...]

42. Entretanto, não se pode tampouco chegar à conclusão de que serviços técnicos profissionais especializados serão sempre contratados por inexigibilidade de licitação desde que realizada a contratação com profissional de notória especialização.

¹³⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**: Lei 14133/21. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 984.

43. Deve-se ressaltar que, ainda que a Lei nº 14.133/21 não exija comprovação de singularidade do objeto, não basta demonstrar que os serviços sejam técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual e que o profissional ou empresa a serem contratados possuam notória especialização (requisitos próprios do III do art. 74). Além dos requisitos próprios de cada hipótese de inexigibilidade admitida nos diversos incisos do art. 74, há que se comprovar sempre o cumprimento do requisito geral que permite a contratação direta por inexigibilidade de licitação, qual seja, a inviabilidade de competição. Assim está previsto no caput do art. 74: é inexigível a licitação quando inviável a competição.

44. Segundo disposto no art. 11 da Lei nº 14.133/21, além da garantia do tratamento isonômico entre os eventuais interessados, a licitação destina-se à obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração. Vantajosidade não se confunde com menor preço, mas com obtenção do bem ou serviço que melhor satisfaça o interesse da Administração. Conforme bem observa Marçal Justen Filho,[11] há situações, por ausência de critérios objetivos para escolha do licitante vencedor, ou, ainda, por ausência de definição objetiva do próprio serviço que será executado, em que a licitação não se apresenta como procedimento apto a satisfazer o interesse da Administração em obter o melhor serviço. Conforme resume Ronny Charles,[12] a inexigibilidade de licitação é cabível “naquelas hipóteses em que a disputa é inútil ou prejudicial ao atendimento da pretensão contratual, pelo confronto e contradição com aquilo que a justifica (o interesse público). Nestas hipóteses, diante da inaptidão para obter a finalidade a qual se destina (garantir a obtenção da proposta mais vantajosa), a licitação perde a sua própria razão de ser.

45. Portanto, somente se admite a contratação direta por inexigibilidade de licitação prevista no inciso III do art. 74 da Lei nº 14.133/21 quando devidamente justificado pelo órgão licitante que a realização da licitação será inadequada para obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração.

46. Rememora-se que a Lei nº 14.133/21 elenca diversos princípios que devem ser observados em sua aplicação, notadamente os princípios da impessoalidade, da moralidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa e da motivação. Constata-se, dessa forma, que a escolha do notório especialista não ficará adstrita ao arbítrio do gestor público. A motivação para sua escolha será indispensável e, para tanto, a confiança depositada no prestador de serviço torna-se de extrema relevância.

47. Não se fala, portanto, em singularidade do serviço, na medida em que tantos outros profissionais poderiam prestá-lo, mas na exigência de comprovação de que, por força da confiança depositada em determinado prestador de serviço, apenas ele está apto a atender os anseios do ente público.

[...]

50. Em todos os casos listados no dispositivo, somente a Administração, na pessoa do agente administrativo responsável pela contratação, pode dizer que aquele serviço é adequado, capaz de atender ao interesse público, na medida em que deposita no prestador de serviço nível de confiança superior aos demais prestadores de serviço. Para tanto, faz-se indispensável comprovar, no bojo do processo de contratação direta, a notória especialização do profissional ou empresa. A definição de notória especialização é dada pelo art. 6º, XIX, da lei, nos seguintes termos: [...]

[...]

53. Indispensável, de igual forma, é a juntada aos autos de justificativa do preço da contratação. Ainda que a escolha do prestador de serviço insira-se no âmbito da competência discricionária do administrador público, é seu dever, na realização de qualquer tipo de contratação direta, contratar com preços adequados à realidade do mercado, evitando-se propostas cujos preços possam representar contrariedade aos princípios estampados na lei geral de licitações e contratos, notadamente os da probidade administrativa,

da eficácia, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade e da economicidade.¹³¹

Portanto, são as circunstâncias do caso concreto que irão revelar se determinado profissional é o único que detém elevado grau de confiança da Administração, em razão da sua notória especialização, tornando o processo licitatório inviável.

Não é possível fixar, de antemão, quais hipóteses configurariam a inviabilidade de licitação ou quais objetos admitiriam a contratação direta com base no *caput* do art. 74 da Lei nº 14.133/21. O que a Administração deve demonstrar, além da notória especialização¹³², é que a realização de licitação comprometerá a perfeita execução do objeto caso o profissional de interesse da Administração não seja contratado.

Deve-se dar importância, nesse caso, às peculiaridades do caso concreto. São as circunstâncias fáticas que irão nortear o agente público a decidir sobre qual regra deverá ser aplicada: licitação ou inexigibilidade de licitação. A decisão será tomada após a necessária ponderação entre os princípios incidentes no caso concreto. Nessa sorte de ideias, devem-se resgatar as lições de teoria do ato administrativo de Ricardo Marcondes Martins:

Ao examinar o procedimento de decisão administrativa (Cap. I-8), afirmou-se que a primeira etapa é a consideração das circunstâncias fáticas; a segunda é a apuração dos princípios incidentes; e a terceira, do peso de cada princípio. O motivo, portanto, é apurado logo na primeira fase do procedimento de decisão administrativa.

[...]

[...] O agente deve apurar se os fatos reais adéquam-se ao suporte fático de uma regra abstrata. Apurado que sim, deve o agente atentar para os outros princípios incidentes no caso, efetuar uma ponderação entre eles e apurar se a regra é ou não afastada. [...]

Cresce, portanto, extraordinariamente a importância das circunstâncias fáticas para a edição do ato administrativo. Como evidenciado, elas são importantes não apenas para a identificação da regra abstrata. É o exame do caso concreto que indicará, segundo o Direito, qual princípio deve ser concretizado pela Administração; qual o meio dessa concretização; se deve ser aplicada ou afastada determinada regra abstrata. As circunstâncias

¹³¹ BRASIL. Advocacia Geral da União. **Parecer nº 00001/2023/CNLCA/CGU/AGU**. Brasília: AGU, 27 abr. 2023.

¹³² Nesse sentido, dispõe o § 3º do art. 74 da Lei nº 14.133/21: “§ 3º Para fins do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se de notória especialização o profissional ou a empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e reconhecidamente adequado à plena satisfação do objeto do contrato”.

fáticas, portanto, são o ponto de partida da ponderação: a decisão administrativa não pode ser tomada sem considerar o caso concreto.¹³³

Com base nessas premissas, a escolha de árbitros pela Administração Pública poderia, aprioristicamente, enquadrar-se como hipótese de inexigibilidade de licitação, pois se trata de contratação de serviço técnico especializado de natureza predominantemente intelectual, baseada na confiança depositada pela Administração em determinado profissional detentor de notória especialização, cujo serviço a ser prestado é insuscetível de avaliação por meio de critérios objetivos. Além disso, o fato de a contratação de árbitros não estar arrolada nas hipóteses do inciso III¹³⁴ do art. 74 da Lei nº 14.133/21 não constituiria impedimento à inexigibilidade de licitação, porque o *caput* do art. 74 da Lei nº 14.133/21 tem caráter meramente exemplificativo, conforme afirma Joel de Menezes Niebuhr:

O *caput* do artigo 74 da Lei n. 14.133/2021 prescreve que 'é inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial: [...]'. Salieta-se que as hipóteses de inexigibilidade listadas no *caput* do artigo 74 da Lei n. 14.133/2021 são apenas exemplificativas, pois a licitação pública é inexigível sempre que se estiver diante de inviabilidade de competição, conforme prescreve o próprio dispositivo legal. Portanto, além dos incisos arrolados no artigo em tela, percebe-se existirem outras situações que poderiam implicar inexigibilidade. Sempre que se constatar a impossibilidade de se realizar licitação pública decorrente de inviabilidade de competição, está-se diante de caso de inexigibilidade, independentemente de qualquer previsão legal. [...]¹³⁵

Entretanto, com todo respeito àqueles que entendem que a escolha de árbitros constitui hipótese de inexigibilidade de licitação, convém discordar desse

¹³³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; MARTINS, Ricardo Marcondes. Ato administrativo e Procedimento Administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). Tratado de Direito Administrativo. 3. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2022. v. 5. Edição do Kindle, p. 6247-6256.

¹³⁴ Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de:

[...]

III - contratação dos seguintes serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação:

- a) estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos ou projetos executivos;
- b) pareceres, perícias e avaliações em geral;
- c) assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;
- d) fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;
- e) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;
- f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;
- g) restauração de obras de arte e de bens de valor histórico;
- h) controles de qualidade e tecnológico, análises, testes e ensaios de campo e laboratoriais, instrumentação e monitoramento de parâmetros específicos de obras e do meio ambiente e demais serviços de engenharia que se enquadrem no disposto neste inciso;

¹³⁵ NIEBUHR, Joel de Menezes et al. (coord). **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 2. ed. Curitiba: Zênite, 2021, p. 37.

entendimento. Isso porque, ao enquadrar-se a escolha de árbitros como hipótese de inexigibilidade de licitação, atraindo-se, conseqüentemente, o regime jurídico da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021), que é incompatível com a natureza do processo de escolha de árbitros previsto na Lei nº 9.307/96, pois o procedimento para contratação direta por meio de inexigibilidade de licitação é norteado por regras e formalidades específicas que não se coadunam com o procedimento de escolha de árbitros.

Com efeito, para que um contrato possa ser celebrado mediante inexigibilidade de licitação, há diversos atos que o precedem. O art. 72 da Lei nº 14.133/21 especifica quais atos devem ser praticados antes da celebração do contrato, nestes termos:

Art. 72. O processo de contratação direta, que compreende os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação, deverá ser instruído com os seguintes documentos:

I - documento de formalização de demanda e, se for o caso, estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo;

II - estimativa de despesa, que deverá ser calculada na forma estabelecida no art. 23 desta Lei;

III - parecer jurídico e pareceres técnicos, se for o caso, que demonstrem o atendimento dos requisitos exigidos;

IV - demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido;

V - comprovação de que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária;

VI - razão da escolha do contratado;

VII - justificativa de preço;

VIII - autorização da autoridade competente.

Se a Administração tomar a iniciativa de instituir uma arbitragem *ad hoc*, por exemplo, para dirimir controvérsia surgida em contrato administrativo com cláusula arbitral vazia, deverá convocar a parte contrária, na forma do art. 6º da Lei nº 9.307/96, para celebrar compromisso arbitral.

Ocorre que, antes de convocar a parte contrária, a Administração deverá elaborar estudo técnico preliminar, nos termos do § 1º do art. 18 da Lei nº 14.133/21, a fim de evidenciar o problema a ser resolvido e a sua melhor solução, de modo a permitir a avaliação da viabilidade técnica e econômica da contratação. Porém, a elaboração de estudo técnico preliminar é uma providência que atrasaria a abertura de processo arbitral, comprometendo a sua celeridade, que é uma das características mais altaneiras da arbitragem.

Pois bem. Comparecendo a parte contrária para celebrar compromisso arbitral, as partes deverão entrar em acordo caso desejem escolher árbitro único. Se não houver acordo a respeito da escolha de árbitro, a Administração deverá ajuizar a demanda judicial prevista no art. 7º da Lei nº 9.307/96. Nesse caso, a contratação não se dará por inexigibilidade de licitação, mas por imposição judicial, demonstrando a incompatibilidade do processo de inexigibilidade de licitação com o procedimento de escolha de árbitro.

No entanto, havendo acordo a respeito da escolha de árbitro único, a Administração deverá, antes de nomeá-lo, solicitar que apresente orçamento contendo o valor dos honorários para juntá-lo aos autos do processo de contratação direta, a fim de demonstrar, no termo de referência, que o preço a ser praticado pelo pretendo árbitro está compatível com o valor de mercado apurado pela Administração durante a elaboração do estudo técnico preliminar, já que a estimativa do valor da contratação e a justificativa do preço, nas contratações diretas, são requisitos que devem constar no estudo técnico preliminar (inciso VI do § 1º do art. 18 da Lei nº 14.133/21), no termo de referência (alínea “i”, inciso XXIII, art. 6º, Lei nº 14.133/21), bem como no processo de contratação direta (inciso VII do art. 72 da Lei nº 14.133/21). Nesse caso, se o valor dos honorários do árbitro escolhido pelas partes estiver acima do valor estimado pela Administração no estudo técnico preliminar, a Administração não poderá contratar esse profissional, sob pena de a contratação ser considerada irregular pelo tribunal de contas competente, o que demonstra, mais uma vez, a incompatibilidade do processo de inexigibilidade de licitação com o procedimento de escolha de árbitros. Afinal, o fato de a licitação ser inexigível não exime a Administração de realizar pesquisa de mercado para justificar o preço a ser praticado pelo futuro contratado, conforme ensina Luiz Cláudio Chaves, em artigo publicado na Revista do Tribunal de Contas da União, a saber:

Como em qualquer contratação, a inexigibilidade de licitação também exigirá ações de planejamento econômico da administração contratante.

[...]

Nos casos de inexigibilidade de licitação, a escolha do executor é direta e discricionária; ora em razão de não haver outros competidores aptos a disputar a oportunidade de negócio (fornecedor exclusivo), ora porque, a despeito de haver vários possíveis executores, não é possível estabelecer, entre eles, critérios objetivos de comparação de propostas (serviços singulares e profissionais do setor artístico). Não seria admissível, entretanto, que um dado executor, valendo-se de ser único no mercado, ou de deter a confiança pessoal do contratante, elevar arbitrariamente seus preços,

tornando a Administração refém da sua atividade, alvitando ganhos que em condições normais de mercado não seria possível obter. Sendo assim, a pesquisa de mercado nessas contratações, além do dever de planejamento ínsito da atividade administrativa, visa verificar se o preço proposto pelo escolhido está de acordo com o mercado, isto é, se é compatível, aproximado com o preço praticado pelos seus pares. [...] ¹³⁶

A pesquisa de preços pode ser realizada por meio da utilização de diversas fontes, tais como apresentação de orçamentos por, no mínimo, três profissionais do ramo, consulta de preços praticados em contratações similares feitas pela Administração Pública, consulta ao banco de preços do Portal Nacional de Contratações Públicas, consulta à base nacional de notas fiscais eletrônicas, consulta de sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo ou, não sendo possível estimar o valor da contratação por meio dos critérios anteriores, poderá a pesquisa de preços ser realizada por meio da demonstração de que o preço a ser praticado pelo pretenso contratado está compatível com os preços por ele praticados em outras contratações da mesma espécie, conforme dispõe o § 4º do art. 23 da Lei nº 14.133/21¹³⁷; porém, o dever de descrição do árbitro impede que ele comprove o preço praticado em outras arbitragens identificando as partes dos processos em que ele atuou.

Além disso, se o árbitro possuir certidão positiva de débitos fiscais de imposto de renda, por exemplo, não poderá ser contratado pela Administração, nos termos do art. 193¹³⁸ do Código Tributário Nacional, o que demonstra, novamente, que o regime jurídico da inexigibilidade de licitação é permeado de formalidades que obstem a celeridade do processo arbitral.

¹³⁶ CHAVES, Luiz Cláudio. Um estudo completo sobre a hipótese de inexigibilidade de licitação para contratação de serviços técnicos especializados. **Revista do Tribunal de Contas da União**, Brasília, v.50, n. 143, p. 4-31, jan./jun. 2019. Disponível em: <<https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/issue/view/88>>. Acesso em: 21 fev. 2024, p. 26.

¹³⁷ Art. 23. [...]

§ 4º Nas contratações diretas por inexigibilidade ou por dispensa, quando não for possível estimar o valor do objeto na forma estabelecida nos §§ 1º, 2º e 3º deste artigo, o contratado deverá comprovar previamente que os preços estão em conformidade com os praticados em contratações semelhantes de objetos de mesma natureza, por meio da apresentação de notas fiscais emitidas para outros contratantes no período de até 1 (um) ano anterior à data da contratação pela Administração, ou por outro meio idôneo.

¹³⁸ Art. 193. Salvo quando expressamente autorizado por lei, nenhum departamento da administração pública da União, dos Estados, do Distrito Federal, ou dos Municípios, ou sua autarquia, celebrará contrato ou aceitará proposta em concorrência pública sem que o contratante ou proponente faça prova da quitação de todos os tributos devidos à Fazenda Pública interessada, relativos à atividade em cujo exercício contrata ou concorre.

Não obstante, não havendo restrições fiscais que impeçam a contratação do árbitro e estando o valor orçado pelo árbitro compatível com o valor de mercado apurado pela Administração, o processo de contratação direta será encaminhado ao órgão de assessoramento jurídico para emissão de parecer, juntamente com os demais documentos previstos nos incisos I a VII do art. 72 da Lei nº 14.133/21.

Aprovada a contratação pelo órgão de assessoramento jurídico e autorizada a contratação pela autoridade competente, a Administração então poderá nomear o árbitro. Ocorre que, se o árbitro escusar-se antes da aceitação da sua nomeação, todo o procedimento que a Administração realizou para fins de sua contratação restará inócuo, demonstrando a impertinência do processo de inexigibilidade de licitação para escolha de árbitros. Afinal, o árbitro tem o dever de escusar-se caso haja qualquer fator que possa comprometer sua imparcialidade e independência, nos termos do § 1º do art. 14 da Lei nº 9.307/96, como, por exemplo, eventual conflito de interesses.

Não bastasse isso, o regime jurídico da Lei de Licitações e Contratos Administrativos exige que a Administração celebre contrato administrativo com o contratado, que deverá conter as cláusulas do art. 92 da Lei nº 14.133/21. Porém, se o árbitro celebrar contrato administrativo com a Administração, com cláusulas que especifiquem penalidades a serem aplicadas ao contratado e prerrogativas da Administração, a imparcialidade e a independência do árbitro poderão restar comprometidas, conforme advertem Carmen Tiburcio e Thiago Magalhães Pires:

Os árbitros não são, nem podem ser considerados, "prestadores de serviços" da Administração. A equidistância que o tribunal arbitral deve guardar em relação às partes torna inviável que seus membros tenham um vínculo direto (e econômico) com uma delas, o que poria em risco a imparcialidade e a independência que se espera do tribunal (art. 13, § 6.º, da Lei 9.307/1996). A situação de um árbitro "contratado" beiraria a suspeição, como provável "interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes" (art. 135, V, do CPC c/c art. 14 da Lei 9.307/1996). Por força do princípio do devido processo legal (art. 5.º, LIV, da CF/1988), além de ser, é preciso que o julgador pareça imparcial; qualquer dúvida razoável sobre a legitimidade do procedimento põe em risco a validade da sentença e a própria pacificação do conflito.

Em segundo lugar, as normas de contratação administrativa preveem uma série de prerrogativas em favor do Estado que, se aplicadas à arbitragem, produziriam resultados aberrantes. Como não "presta serviço" para o Poder Público, mas antes dirime um conflito em caráter supra partes, o tribunal arbitral (e o próprio procedimento) não pode(m) estar sujeito(s) às cláusulas exorbitantes veiculadas em contratos da Administração. Além de ser surreal pensar, e.g., no aumento unilateral do compromisso arbitral, o princípio do devido processo legal impõe a paridade de armas entre as partes, não se tolerando que um dos lados do conflito tenha qualquer tipo de ascendência sobre a condução da arbitragem. Quem quer que sejam os litigantes,

quaisquer poderes e direitos que um dos lados tenha, o outro também deve ter.¹³⁹

A questão torna-se ainda mais complexa na hipótese de nomeação de tribunal arbitral, pois cada parte deve indicar um árbitro de sua confiança. Nesse caso, se fosse aplicado o regime jurídico da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (nº 14.133/21), não poderia a Administração celebrar contrato administrativo com o árbitro indicado pela parte contrária sem antes submetê-lo ao processo de inexigibilidade de licitação previsto no art. 72 da Lei nº 14.133/21, o que seria incompatível com o processo de escolha de árbitros, pois a Administração não pode exercer ingerência sobre a escolha do árbitro pela parte contrária. Além disso, o presidente do tribunal arbitral deve ser escolhido, de comum acordo, pelos árbitros indicados pelas partes, nos termos do § 2º do art. 13 da Lei nº 9.307/96, de modo que seria impossível submeter a escolha do terceiro membro do tribunal arbitral ao processo de inexigibilidade de licitação.

Não se pode olvidar, também, que cada parte pode apresentar exceção de suspeição ou de impedimento do árbitro indicado pela parte contrária, nos termos do art. 15 da Lei nº 9.307/96. Caso acolhida a arguição de suspeição ou de impedimento, o árbitro deve ser substituído, e a Administração é obrigada a iniciar novo processo de inexigibilidade de licitação para escolha de um substituto. Dessa forma, somente seria possível celebrar contrato administrativo com os árbitros após a superação da fase de arguição de suspeição/impedimento e após a aceitação da nomeação pelos árbitros. Ocorre que, nos termos do art. 19 da Lei nº 9.307/96, a arbitragem considera-se instituída após a aceitação da nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos os árbitros, se forem vários. Nesse caso, ocorreria uma situação teratológica: a Administração somente convocaria os árbitros para assinarem contrato administrativo após iniciada a prestação dos serviços, o que demonstra, definitivamente, que o processo arbitral não se harmoniza com o regime jurídico da Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

¹³⁹ 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, abr. 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.254.21.PDF>. Acesso em: 26 fev. 2024.

Segundo Vitor Luz Moreira e Brunno Luz Moreira, o processo de escolha de árbitros não se caracteriza como um contrato administrativo típico, conforme demonstram os seguintes trechos:

A corroborar, há ainda os casos em que se adota um árbitro monocrático, em que é necessária a escolha conjunta com a sociedade empresária que contratou com a Administração. Nas demais situações, o Poder Público depende indiretamente da parte contrária para formação do Tribunal Arbitral, uma vez que não possui o controle da eleição tanto do árbitro indicado pela parte contrária, quanto da escolha do Presidente do Tribunal, que costumeiramente é indicado pelos dois árbitros escolhidos pelas partes. Portanto, independentemente da quantidade de árbitros, não se trata de um contrato administrativo típico.¹⁴⁰

E mais: admitindo-se a hipótese de inexigibilidade de licitação para contratação de tribunal arbitral, o contrato administrativo deverá ser assinado por todos os árbitros, pela Administração e pela parte contrária, ou seja, o contrato administrativo seria uma espécie de contrato plurilateral, o que não se compatibilizaria com a bilateralidade contratual prevista na Lei nº 14.133/21, pois o regime jurídico da Lei nº 14.133/21 é voltado para contratos em que figurem, de um lado, a Administração Pública, como contratante, e, de outro lado, o particular contratado, que prestará serviços ou fornecerá bens à Administração. Um contrato administrativo para prestação de serviços de arbitragem deveria ser assinado pela Administração Pública, pela parte adversa e pelos membros do tribunal arbitral em polos contratuais distintos, uma vez que a parte adversária não está sujeita ao mesmo regime de direito público que a Administração, não podendo ocupar o mesmo polo contratual. Por exemplo, à parte adversária não se aplicariam as prerrogativas contratuais previstas no art. 104 da Lei nº 14.133/21. Ademais, os árbitros não são obrigados a assinar um contrato administrativo elaborado unilateralmente pela Administração caso não concordem com o seu teor, pois não participaram voluntariamente de nenhum processo licitatório nem assinaram, previamente, nenhum contrato preliminar comprometendo-se a celebrar futuro contrato administrativo. Portanto, árbitros, parte contrária e Administração estariam sujeitos a obrigações e a regimes contratuais distintos, cuja disciplina não se encontra prevista na Lei nº 14.133/21.

¹⁴⁰ MOREIRA, Vitor Luz; MOREIRA, Brunno Luz. Desafios da arbitragem no âmbito da Administração Pública. In: MACHADO FILHO, José Augusto Bitencourt et al. (org.). **Arbitragem e processo: homenagem ao Prof. Carlos Alberto Carmona**. São Paulo: Quartier Latim, v. 2, 2022, p. 719.

Diante disso, conclui-se que o processo de inexigibilidade de licitação possui particularidades que, além de serem incompatíveis com o procedimento de escolha de árbitros, comprometem a celeridade do processo arbitral.

A Portaria Normativa nº 42, de 7 de março de 2022, da Advocacia Geral da União, estabelece critérios para escolha de árbitros em processos arbitrais em que a União seja parte. Os requisitos para escolha de árbitros estão previstos no artigo 2º da aludida portaria, nestes termos:

Art. 2º São requisitos para a escolha de árbitros, sem prejuízo de outros previstos em legislação específica:

I - estar no gozo de sua plena capacidade civil;

II - deter a confiança das partes;

III - deter conhecimento compatível com a natureza do contrato e do litígio;

IV - não ter, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, as relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil;

V - não incidir em situações de conflito de interesses reconhecidas em diretrizes internacionalmente aceitas ou nas regras da instituição arbitral escolhida; e

VI - não ser ocupante de cargo das carreiras jurídicas da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria-Geral Federal e da Procuradoria-Geral do Banco Central, nos termos da Orientação Normativa AGU nº 57, de 29 de agosto de 2019.

§ 1º Para o cumprimento do requisito previsto no inciso III do caput, serão considerados os seguintes critérios:

I - a formação profissional;

II - a área de especialidade;

III - a nacionalidade; e

IV - o idioma.

§ 2º O Núcleo Especializado em Arbitragem da Advocacia-Geral da União, unidade responsável pela escolha dos árbitros a que se refere esta Portaria Normativa, poderá, sem prejuízo do incisos dispostos no caput, considerar os seguintes critérios adicionais:

I - a disponibilidade;

II - as experiências pretéritas como árbitro;

III - o número de indicações para árbitro pela União; e

IV - o perfil do indicado como árbitro pela contraparte.

Como se pode notar, a Portaria nº 42/2022 da Advocacia Geral da União não prevê a realização de processo licitatório para escolha de árbitros nem tampouco a abertura de processo de inexigibilidade de licitação.

Por fim, é preciso ressaltar que o art. 154¹⁴¹ da Lei nº 14.133/21, ao estabelecer que a escolha de árbitros deve obedecer a critérios isonômicos, atentou contra o espírito da Lei nº 9.307/96, que preconiza a confiança das partes no árbitro a

¹⁴¹ Art. 154. O processo de escolha dos árbitros, dos colegiados arbitrais e dos comitês de resolução de disputas observará critérios isonômicos, técnicos e transparentes.

ser escolhido, conforme art. 13 da Lei nº 9.307/96, que assim dispõe: “Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes”.

Ora, não há como estabelecer critérios isonômicos e impessoais se a escolha de árbitro depender da confiança da parte que o escolhe. Além disso, se as partes desejarem nomear árbitro único para julgamento do litígio, a escolha do árbitro dependerá de mútuo acordo, sendo impossível estabelecer critérios isonômicos para escolha de árbitro único, pois a Administração dependerá da concordância da parte contrária, sem a qual não se dará início ao processo arbitral. A Lei nº 9.307/96 privilegia a autonomia da vontade das partes no que se refere à escolha de árbitros. Não bastasse isso, no caso de nomeação de tribunal arbitral para julgamento do litígio, a Administração não terá controle sobre a nomeação do árbitro a ser escolhido pela parte adversa, nem tampouco sobre o terceiro membro do painel arbitral, que será escolhido pelos dois árbitros nomeados pelas partes, não havendo, portanto, como exigir critérios isonômicos para a escolha do terceiro árbitro.

Portanto, a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos não deveria ter-se imiscuído nesse assunto, pois, ao exigir critérios isonômicos para escolha de árbitros, desnaturou o regime de escolha de árbitros previsto na Lei nº 9.307/96, baseado que é na confiança da parte no árbitro a ser escolhido. Ora, o fator *confiança* é imanente à pessoalidade da escolha. Logo, o requisito da *confiança no árbitro* é incompatível com a impessoalidade (isonomia) na sua escolha.

Em suma, é preciso compreender que o regime jurídico da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/21) e o regime jurídico da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96) são inconciliáveis, ou seja, são sistemas disjuntos.

Diante das diversas incompatibilidades acima apontadas, o fundamento para afastar a aplicação da Lei de Licitações e Contratos Administrativos ao processo de escolha de árbitros encontra-se na própria Lei nº 14.133/21, mais especificamente no inciso II¹⁴² do art. 3º, segundo o qual não se subordinam ao regime da Lei nº 14.133/21 as contratações sujeitas a normas previstas em legislação própria. Com base nesse raciocínio, pode-se concluir que a escolha de árbitros está sujeita às normas previstas em legislação própria, a saber: Lei nº 9.307/96.

¹⁴² Art. 3º Não se subordinam ao regime desta Lei:

[...]

II - contratações sujeitas a normas previstas em legislação própria.

No entanto, as razões da escolha do árbitro devem ser justificadas, por escrito, pela autoridade competente. O princípio da motivação exige que o agente administrativo demonstre os critérios que nortearam a escolha, os quais poderão ser objeto de controle à luz dos princípios constitucionais da moralidade, da razoabilidade, da economicidade e do interesse público.

A incidência dos princípios constitucionais obriga a Administração Pública a averiguar a vida pregressa da pessoa a ser escolhida como árbitra, não podendo a escolha recair, por exemplo, sobre pessoa condenada por crime de corrupção passiva cometido em processo arbitral, sob pena de violação do princípio da moralidade. Da mesma forma, os princípios da razoabilidade e da moralidade exigem que o árbitro a ser escolhido possua atributos que justifiquem a sua indicação, mesmo que a Lei nº 9.307/96 não exija qualificação mínima para o exercício da função de árbitro. Além disso, a Administração não pode escolher árbitros ou câmaras arbitrais que cobrem valores exorbitantes a título de honorários e de taxas administrativas, acima da média de mercado, sob pena de violação do princípio da economicidade.

3.11 Escolha de câmaras arbitrais pela Administração Pública e o procedimento auxiliar de credenciamento previsto na Lei nº 14.133/21

No que se refere à escolha de câmaras arbitrais, embora existam inúmeras instituições aptas a prestar serviços para a Administração Pública, há um fator que inviabiliza a realização de processo licitatório para contratação de câmara arbitral: o lapso temporal necessário à realização de um processo licitatório.

Uma vez recebida a convocação para instituição de arbitragem, a Administração Pública não terá tempo hábil para abertura de processo licitatório, sob pena de comprometer a celeridade do processo arbitral. Por outro lado, ainda que a Administração optasse por realizar processo licitatório previamente ao surgimento de eventuais controvérsias, haveria o risco de nenhum conflito surgir durante a vigência do contrato com a câmara arbitral vencedora do certame.

Não bastasse isso, inúmeros fatores diferenciam uma câmara arbitral de outra, a começar pela infraestrutura (espaço físico para realização de audiências, arquivo, secretaria, quadro de pessoal etc.). Ademais, cada câmara possui seu próprio regulamento, com regras próprias, como, por exemplo, as que disponham sobre a escolha de árbitros em caso de impasse entre as partes, as que disponham sobre a

indicação de presidente do tribunal arbitral, as que disponham sobre procedimento, entre outras regras. Cada câmara possui, também, sua própria lista de árbitros e sua própria tabela de custas.

Em suma, a singularidade de cada câmara arbitral torna inviável a competição entre elas. No mesmo sentido, segue a opinião de Bruno Lopes Megna:

Por outro lado, se considerado que a escolha da Câmara influencia também na escolha do procedimento a ser seguido – lembrando que algumas câmaras reservam os direitos autorais sobre o seu uso –, bem como que nesses regulamentos há regras que influenciam diretamente na relação processual – e.g., a indicação de terceiro árbitro, a apreciação das impugnações dos árbitros, a concessão de medidas de urgência, entre outras –, percebe-se que o elemento de confiança também deverá estar presente nessa relação, pois, realmente, relevar a qualidade e reputação da câmara m prol do preço poderia levar a uma *corrida ao fundo do poço*.

[...]

A posição aqui adotada é a de que se deve aplicar à contratação da câmara de arbitragem a mesma solução dada anteriormente ao árbitro, ou seja: tendo em vista que, a rigor, não se enquadra nem na *espécie* “dispensa”, nem na *espécie* “inexigibilidade”, trata-se de caso de *simples não incidência das regras licitatórias tipificadas na Lei nº 8.666/1993, cujo racional do gênero “contratação direta”, porém, por coincidência de razão jurídica, deve ser aplicado por analogia ao caso da contratação da câmara arbitral* (hipótese esta não tipificada na Lei nº 8.666/1993 e em nenhuma outra). A rigor, a contratação será, sim, ser direta, por indicação discricionária da autoridade competente, sem que isso atraia o regime procedimental tipificado pela Lei nº 8.666/1993 para as hipóteses de dispensa ou inexigibilidade.

Em todo caso, não há dúvida que a contratação será direta, sem licitação.¹⁴³

Carlos Alberto Carmona também entende ser inviável a realização de licitação para escolha de câmaras arbitrais, nestes termos:

A escolha da entidade arbitral que deverá administrar a arbitragem, portanto, deverá ser feita, de antemão, na cláusula compromissória. Não pode haver surpresa nem manipulação na escolha da câmara. E também não haverá licitação entre as entidades que ofereçam o serviço. Não há como comparar duas entidades distintas, já que estarão em jogo critérios muito diferentes: serviços oferecidos, preços, qualidade das instalações, regulamento, existência ou não de lista de árbitros, experiência anterior na solução de determinadas questões, entre tantos outros. Trata-se de caso típico em que a dispensa de licitação se impõe.¹⁴⁴

¹⁴³ MEGNA, Bruno Lopes. **Arbitragem e administração pública**: fundamentos teóricos e soluções práticas. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 225 e 228.

¹⁴⁴ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e administração pública – primeiras reflexões sobre a arbitragem envolvendo a administração pública. **Revista Brasileira de Arbitragem**. Ano XIII, n. 51, p. 7-21, jul-set. 2016, São Paulo, p. 11. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4232072/mod_resource/content/1/Carmona%20-%20Arbitragem%20e%20Administra%C3%A7%C3%A3o%20P%C3%BAblica.pdf>. Acesso em: 27 out. 2023.

O Decreto Federal nº 10.025, de 20 de setembro de 2019¹⁴⁵, prevê que a escolha da câmara de arbitragem para administrar o procedimento arbitral dar-se-á entre as câmaras arbitrais previamente credenciadas perante a Advocacia Geral da União, podendo a convenção de arbitragem atribuir a escolha da câmara ao contratado. Nessa sorte de ideias, eis a redação dos artigos 10 e 11 do Decreto Federal nº 10.025/2019:

Art. 10. O credenciamento da câmara arbitral será realizado pela Advocacia-Geral da União e dependerá do atendimento aos seguintes requisitos mínimos:

I - estar em funcionamento regular como câmara arbitral há, no mínimo, três anos;

II - ter reconhecidas idoneidade, competência e experiência na condução de procedimentos arbitrais; e

III - possuir regulamento próprio, disponível em língua portuguesa.

§ 1º O credenciamento de que trata o **caput** consiste em cadastro das câmaras arbitrais para eventual indicação futura em convenções de arbitragem e não caracteriza vínculo contratual entre o Poder Público e as câmaras arbitrais credenciadas.

§ 2º A Advocacia-Geral da União disciplinará a forma de comprovação dos requisitos estabelecidos no **caput** e poderá estabelecer outros para o credenciamento das câmaras arbitrais.

Art. 11. A convenção de arbitragem poderá estipular que a indicação da câmara arbitral que administrará o procedimento arbitral será feita pelo contratado, dentre as câmaras credenciadas na forma prevista no art. 10.

§ 1º A administração pública federal poderá, no prazo de quinze dias, manifestar objeção à câmara escolhida, hipótese em que a parte que solicitou a instauração da arbitragem indicará outra câmara credenciada, no prazo de quinze dias, contado da data da comunicação da objeção.

§ 2º A indicação da câmara arbitral escolhida e a sua eventual objeção serão feitas por correspondência dirigida à outra parte, ainda que a cláusula compromissória estabeleça que esta escolha será promovida logo após a celebração do contrato de parceria.

§ 3º A câmara arbitral indicada poderá ser substituída antes do início da arbitragem, desde que com a anuência de ambas as partes, independentemente da celebração de termo aditivo ao contrato de parceria.

Note-se, portanto, que o Decreto Federal nº 10.025/2019 não submete a escolha de câmara arbitral a procedimento licitatório. Dessa forma, qualquer câmara arbitral que cumpra os requisitos mínimos previstos no referido decreto pode credenciar-se perante a Advocacia Geral da União e, eventualmente, ser escolhida para prestar serviços.

O Decreto Estadual nº 64.356, de 31 de julho de 2019, que dispõe sobre o uso da arbitragem para resolução de conflitos em que a Administração Pública direta

¹⁴⁵ Dispõe sobre a arbitragem para dirimir litígios que envolvam a administração pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário.

do Estado de São Paulo e suas autarquias sejam parte, prevê que, quando não houver indicação de câmara arbitral na convenção de arbitragem, caberá ao requerente da arbitragem, no momento da apresentação do seu pleito, escolher a câmara arbitral que administrará o procedimento, dentre as câmaras cadastradas na Procuradoria Geral do Estado, conforme art. 7º do referido Decreto, *in verbis*:

Artigo 7º - Quando não houver indicação da câmara arbitral no instrumento obrigacional, caberá ao requerente da arbitragem escolher, no momento da apresentação de seu pleito, a câmara arbitral encarregada de administrar a arbitragem, dentre as cadastradas na forma da Seção V deste decreto.

Os requisitos para cadastramento de câmaras arbitrais estão descritos no art. 15 do Decreto Estadual nº 64.356/2019, a saber:

Artigo 15 - Poderá ser incluída no cadastro da Procuradoria Geral do Estado a câmara arbitral, nacional ou estrangeira, que atender ao menos aos seguintes requisitos:

- I - apresentar espaço disponível para a realização de audiências e serviços de secretariado, sem custo adicional às partes, na cidade sede da arbitragem;
- II - estar regularmente constituída há, pelo menos, cinco anos;
- III - atender aos requisitos legais para recebimento de pagamento pela Administração Pública;
- IV - possuir reconhecida idoneidade, competência e experiência na administração de procedimentos arbitrais com a Administração Pública.

Parágrafo único - O Procurador Geral do Estado poderá, mediante resolução, estabelecer critérios adicionais para o cadastramento de câmaras arbitrais, considerando a experiência decorrente de procedimentos arbitrais enfrentados, e criar mecanismo de avaliação e exclusão do cadastro.

Com efeito, ao prever que a câmara arbitral deva ter *competência*, o inciso IV do art. 15 do Decreto Estadual nº 64.356/2019 e o inciso II do art. 10 do Decreto Federal nº 10.025/2019 estabelecem critério subjetivo para fins de cadastramento de câmaras arbitrais.

Além disso, a exigência de que a câmara arbitral esteja constituída há, no mínimo, 5 (cinco) anos e que possua experiência na administração de procedimentos arbitrais com a Administração Pública, prevista no Decreto Estadual nº 64.356/2019, constitui fator restritivo e desarrazoado.

Ora, câmaras arbitrais com experiência em procedimentos arbitrais entre particulares também têm plenas condições de prestar o mesmo serviço quando uma das partes for a Administração Pública, pois as bases do processo arbitral previstas na Lei nº 9.307/96 são as mesmas, independentemente da parte litigante (particular ou Administração Pública), com uma única diferença para as instituições que atuam

nesse ramo: as arbitragens envolvendo a Administração Pública serão sempre de direito e respeitarão o princípio da publicidade (§ 3º, art. 2º, Lei nº 9.307/96).

É preciso analisar, ademais, se o credenciamento de câmaras arbitrais pode enquadrar-se em alguma das hipóteses de credenciamento previstas no art. 79 da Lei nº 14.133/21, que assim dispõe:

Art. 79. O credenciamento poderá ser usado nas seguintes hipóteses de contratação:

I - paralela e não excludente: caso em que é viável e vantajosa para a Administração a realização de contratações simultâneas em condições padronizadas;

II - com seleção a critério de terceiros: caso em que a seleção do contratado está a cargo do beneficiário direto da prestação;

III - em mercados fluidos: caso em que a flutuação constante do valor da prestação e das condições de contratação inviabiliza a seleção de agente por meio de processo de licitação.

Com exceção de Bruno Lopes Megna, acima citado, boa parte da doutrina entende que o credenciamento de câmaras arbitrais constitui hipótese de inexigibilidade de licitação. Nesse sentido, segue a opinião de Vitor Luz Moreira e Brunno Luz Moreira:

Desse modo, em harmonia quanto ao exposto, é de suma importância destacar que ambos o Decreto da União nº 10.025/2019 e a Lei Federal nº 13.448/2017 utilizaram-se do termo “credenciamento”, que, no direito administrativo, representa um instrumento de inexigibilidade de licitação, quando não se fala em licitação uma vez que os credenciados serão contratados nos termos propostos pelo órgão.¹⁴⁶

Nessa mesma linha de inteligência, Rafael Carvalho Rezende Oliveira também perfilha a tese de que a escolha de câmaras arbitrais dá-se mediante inexigibilidade de licitação, por meio da utilização do credenciamento, com fundamento no inciso IV do art. 74 da Lei nº 14.133/21, conforme demonstram os trechos abaixo reproduzidos:

As contratações dos árbitros e das câmaras arbitrais, em síntese, não se submetem à licitação, em razão da inexigibilidade de licitação que encontra fundamento no art. 25, caput e inciso II, da Lei 8.666/1993. Aliás, o art. 154 da Lei 14.133/2021 (nova Lei de Licitações) reforça a tese da inexigibilidade de licitação ao dispor que o processo de escolha dos árbitros, dos colegiados arbitrais e dos comitês de resolução de disputas observará critérios isonômicos, técnicos e transparentes.

¹⁴⁶ MOREIRA, Vitor Luz; MOREIRA, Brunno Luz. Desafios da arbitragem no âmbito da Administração Pública. In: MACHADO FILHO, José Augusto Bitencourt *et al.* (org.). **Arbitragem e processo**: homenagem ao Prof. Carlos Alberto Carmona. São Paulo: Quartier Latim, v. 2, 2022, p. 720.

É recomendável, nesse cenário, a utilização do credenciamento (ou cadastramento) por parte da Administração Pública. Após o cumprimento dos requisitos básicos e proporcionais, fixados pela Administração, todas as instituições arbitrais poderiam realizar o credenciamento perante o Poder Público. Nesse caso, a escolha da instituição arbitral credenciada seria realizada, em cada caso, pelo particular interessado na resolução da disputa. Lembre-se que o credenciamento não pressupõe a realização de licitação (art. 25, caput, da Lei 8.666/1993 e art. 74, IV, da Lei 14.133/2021). A partir de condições previamente estipuladas por regulamento do Poder Público para o exercício de determinada atividade, todos os interessados que preencherem as respectivas condições serão credenciados e poderão prestar os serviços. Não há, portanto, competição entre interessados para a escolha de um único vencedor.¹⁴⁷

O conceito de credenciamento encontra-se previsto no inciso XLIII do art. 6º da Lei nº 14.133/21:

Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:

[...]

XLIII - credenciamento: processo administrativo de chamamento público em que a Administração Pública convoca interessados em prestar serviços ou fornecer bens para que, preenchidos os requisitos necessários, se credenciem no órgão ou na entidade para executar o objeto quando convocados;

Embora o credenciamento não estivesse previsto na Lei nº 8.666/93, foi largamente utilizado durante a sua vigência. As contratações davam-se com fundamento na inviabilidade de competição prevista no *caput* do art. 25 da Lei nº 8.666/93. A Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, portanto, apenas positivou um procedimento que já era praticado antes do seu advento.

Na Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, a contratação de credenciados enquadra-se como hipótese de inexigibilidade de licitação, conforme inciso IV do art. 74 da Lei nº 14.133/21.¹⁴⁸

Cumprе esclarecer, ademais, que credenciamento não se confunde com contratação. O fornecedor credenciado somente será convocado para contratação quando houver necessidade. Uma vez convocado, será obrigado a contratar com a Administração, sob pena de sofrer as sanções previstas na Lei nº 14.133/21 e no edital de chamamento.

¹⁴⁷ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Arbitragem nas contratações públicas**. 2022. Disponível em: <<https://ronnycharles.com.br/arbitragem-nas-contratacoes-publicas/>>. Acesso em: 26 fev. 2024.

¹⁴⁸ Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de:

[...]

IV - objetos que devam ou possam ser contratados por meio de credenciamento;

O requerimento de credenciamento pode ser feito a qualquer momento pelo interessado em fornecer bens ou prestar serviços à Administração. Para tanto, a Administração deve divulgar edital de chamamento e mantê-lo permanentemente à disposição do público, de modo a permitir o cadastramento de quaisquer interessados a qualquer momento. Ou seja, o edital não pode fixar prazo para requerimento de credenciamento, devendo permanecer permanentemente aberto à realização de novos credenciamentos.

Com relação à primeira hipótese de credenciamento (inciso I), embora a lei refira-se a contratações paralelas e não excludentes, o edital de chamamento para credenciamento deve prever critérios objetivos de distribuição equitativa de demanda. Dessa forma, toda vez que a Administração necessitar contratar o mesmo serviço não será possível escolher sempre o mesmo prestador, conforme prevê o inciso II do parágrafo único do art. 79 da Lei nº 14.133/21, nestes termos:

Art. 79. O credenciamento poderá ser usado nas seguintes hipóteses de contratação:

[...]

Parágrafo único. Os procedimentos de credenciamento serão definidos em regulamento, observadas as seguintes regras:

[...]

II - na hipótese do inciso I do **caput** deste artigo, quando o objeto não permitir a contratação imediata e simultânea de todos os credenciados, deverão ser adotados critérios objetivos de distribuição da demanda;

Como a escolha de câmara arbitral depende, em regra, de comum acordo entre as partes, não é possível estabelecer critérios equitativos de distribuição de demandas entre as câmaras arbitrais credenciadas, o que torna inaplicável o inciso I do parágrafo único do art. 79 da Lei nº 14.133/21. Além disso, o art. 7º do Decreto Estadual nº 64.356/2019, ao prever que, quando não houver indicação de câmara arbitral no instrumento obrigacional, caberá ao requerente da arbitragem escolher a câmara arbitral, no momento da apresentação de seu pleito, dentre as câmaras arbitrais cadastradas, faz com que o procedimento de escolha de câmara arbitral seja incompatível com o procedimento de cadastramento previsto no inciso I do art. 79 da Lei nº 14.133/21, que exige distribuição equitativa da demanda, não podendo sujeitar-se à livre escolha. Há, ainda, outro fator que impossibilita o rodízio entre câmaras arbitrais credenciadas: a confiança das partes no(s) árbitro(s) a ser(em) escolhido(s), nos termos do art. 13 da Lei nº 9.307/96. Com efeito, as câmaras arbitrais possuem listas próprias de árbitros. Por esse motivo, a escolha da câmara arbitral depende,

também, da confiança que as partes depositam no(s) árbitro(s) a ser(em) escolhido(s), o que impossibilita a realização de rodízio entre as câmaras arbitrais credenciadas. A Lei nº 9.307/96, no que se refere à escolha de árbitros e de câmaras arbitrais, preconiza a autonomia da vontade das partes e a confiança das partes no(s) árbitro(s) a ser(em) escolhido(s).

Com relação à hipótese de credenciamento prevista no inciso II do art. 79 da Lei 14.133/21 (seleção do contratado a critério de terceiros), não haveria, aparentemente, incompatibilidade desse procedimento de credenciamento com o procedimento de escolha de câmaras arbitrais, desde que a Administração deixasse a escolha da câmara arbitral a critério exclusivo da parte contrária.

Porém, todas as hipóteses de credenciamento previstas no art. 79 da Lei nº 14.133/21 destinam-se à celebração de contratos entre a Administração e o credenciado. Na hipótese prevista no inciso II do art. 79 da Lei nº 14.133/21, a propósito, embora o particular seja beneficiário direto da prestação, não é o particular quem contrata o credenciado, mas sim a Administração. O particular é apenas beneficiário direto da prestação. Referido inciso não inclui a Administração como beneficiária direta da prestação. Ocorre que, em se tratando de câmaras arbitrais, a Administração também é beneficiária direta da prestação, e o contrato a ser celebrado envolve a Administração Pública e o particular (parte adversa) de um lado e, de outro lado, a câmara arbitral.

Não bastasse isso, nas hipóteses de credenciamento previstas nos incisos I e II do art. 79 da Lei nº 14.133/21, o edital de chamamento publicado pela Administração deve definir o valor que será pago em caso de contratação. Dessa forma, as câmaras arbitrais credenciadas não poderiam praticar os preços previstos nos seus regulamentos, devendo sujeitar-se aos valores fixados pela Administração no edital de chamamento. Todavia, não é possível afirmar se as câmaras arbitrais que praticam, em seus regulamentos, preços superiores aos ofertados pela Administração interessar-se-iam em credenciar-se.

Por fim, a hipótese de credenciamento prevista no inciso III do art. 79 da Lei nº 14.133/21 (mercados fluidos) não se compatibiliza com o procedimento de escolha de câmaras arbitrais, pois os preços praticados pelas câmaras arbitrais não oscilam a todo momento. Cada câmara possui preços tabelados, que não flutuam num curto espaço de tempo.

Diante do exposto, a hipótese que mais se aproxima do credenciamento de câmaras arbitrais é a do inciso II do art. 79 da Lei nº 14.133/21 (seleção do contratado a critério de terceiros), mas uma linha tênue separa os dois regimes.

Em primeiro lugar, Administração teria que deixar a escolha da câmara arbitral a critério da parte com quem irá litigar, ou seja, a Administração não poderia, no edital de licitação, definir a câmara arbitral. A cláusula arbitral apenas poderia dispor que a arbitragem será institucional, cabendo ao particular a escolha da câmara arbitral entre aquelas credenciadas.

Em segundo lugar, na hipótese de credenciamento do inciso II do art. 79 da Lei nº 14.133/21, o particular é o beneficiário direto da prestação, ao passo que, no credenciamento de câmaras arbitrais, os beneficiários da prestação são a Administração e o particular.

Em terceiro lugar, as câmaras arbitrais não poderiam praticar os preços previstos nas suas tabelas de despesas e honorários, devendo sujeitar-se aos preços impostos unilateralmente pela Administração.

Em quarto lugar, a celebração de um contrato administrativo, com cláusulas que estabeleçam prerrogativas para a Administração e penalidades para o contratado, infirmaria a imparcialidade das câmaras arbitrais.

Portanto, no que se refere à escolha de árbitros e de câmaras arbitrais é preciso compreender que a Lei de Licitações e Contratos Administrativos e a Lei de Arbitragem são regimes jurídicos disjuntos, inconciliáveis.

3.12 A falta de previsão no edital de licitação e no contrato não impede a Administração de firmar compromisso arbitral

A depender do objeto em disputa e do valor da licitação, a presença de cláusula arbitral no edital de licitação pode implicar restrição ao caráter competitivo do certame em razão dos custos elevados da arbitragem.

Imagine-se uma licitação para aquisição de material de expediente com valor estimado de cem mil reais. A presença de cláusula arbitral, nesse caso, pode desestimular a participação de interessados, sobretudo de microempresas e de empresas de pequeno porte, em razão dos custos elevados de um procedimento arbitral.

Porém, em licitações para concessão de serviço público ou para celebração de parcerias público-privadas, a ausência de cláusula arbitral no edital de licitação pode ocasionar o desinteresse de grandes grupos empresariais, sobretudo de empresas estrangeiras, devido a diversos fatores, entre os quais está a morosidade da jurisdição estatal. Além disso, os litígios resultantes de contratos dessas espécies, que geralmente envolvem alta complexidade tecnológica, são julgados, na jurisdição estatal, por juízes de direito, que não possuem conhecimento técnico na área conflituosa. Dessa forma, a resolução de controvérsias por meio da jurisdição arbitral pode apresentar-se mais atrativa para empresas interessadas em participar de licitações dessa envergadura em razão da possibilidade de indicação de árbitros com formação técnica específica para julgar a demanda.

A falta de previsão de cláusula arbitral no edital de licitação influencia os valores ofertados nas propostas de preços, pois os licitantes deixam de levar em consideração os riscos de um processo arbitral, não computando os seus custos nos preços propostos. Porém, nada impede que, mesmo diante da falta de cláusula arbitral no edital de licitação, as partes resolvam firmar compromisso arbitral para solução de determinada controvérsia surgida após a assinatura do contrato. Essa possibilidade está prevista no art. 153¹⁴⁹ da Lei nº 14.133/21, que faculta a celebração de termo aditivo para permitir a adoção de meios alternativos de resolução de controvérsias.

Dessa forma, a previsão editalícia de cláusula arbitral é recomendável, mas não é obrigatória. Nesse mesmo sentido, seguem os comentários de Bruno Lopes Megna:

De fato, entende-se que a previsão no edital ou em qualquer outro documento do processo de contratação não é *obrigatória*, mas é *adequada*.

[...]

[...] é *adequada*, porque confere segurança jurídica e – ao contrário da afirmação do Superior Tribunal de Justiça – tem, sim, relevância para o candidato à licitação. Não só no caso de *ausência* da cláusula arbitral, mas, sobretudo, no caso de *presença* da cláusula arbitral.

Com efeito, do ponto de vista imediato, é recorrente a percepção de que a opção pela arbitragem nem sempre é vantajosa para o candidato da licitação [...]. Logo, se a Administração entende imprescindível a opção pela arbitragem em determinado contrato, é importante que o deixe claro desde logo, pois não é certo que a parte vencedora da licitação concordará, depois da adjudicação do resultado, com a celebração da convenção arbitral.

[...]

Nestes termos, não se pode dizer que é irrelevante a previsão da arbitragem no edital de licitação, na medida em que ela influencia a conduta dos

¹⁴⁹ Art. 153. Os contratos poderão ser aditados para permitir a adoção dos meios alternativos de resolução de controvérsias.

possíveis candidatos, os quais podem ser incentivados ou desincentivados a contratar, de acordo com sua análise econômica sobre o papel da arbitragem naquela relação contratual com a Administração Pública. Deixar de prever a arbitragem pode, sim, alterar os concorrentes da licitação, bem como os preços que propõem.

[...]

Embora *adequada*, não se pode afirmar que seja *obrigatória* a previsão editalícia da convenção arbitral – exceção feita à expressa previsão legislativa para o setor pretroleiro, de transporte de gás e de transporte aquaviário e terrestre –, pois não é lícito presumir que a ausência de menção a um método (e.g., negociação, mediação, arbitragem, judicialização etc.) signifique a impossibilidade de solucionar conflitos por ele. Ao contrário, o que se presume é que o sistema *multiportas* sempre terá tais portas abertas enquanto, por consenso das partes, não sejam expressamente fechadas (e.g., efeito negativo da convenção arbitral em relação ao processo estatal). Nesse sentido, o Conselho da Justiça Federal aprovou enunciado (nº 2), na sua I Jornada Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, em que reconhece que “ainda que não haja cláusula compromissória, a Administração Pública poderá celebrar compromisso arbitral”.¹⁵⁰

Portanto, a posterior celebração de compromisso arbitral, durante a execução contratual, a despeito da inexistência de cláusula arbitral no edital de licitação e no contrato administrativo, não prejudica os licitantes que foram derrotados na proposta de preços, pois os custos de um processo arbitral superam os custos de um processo judicial.

O que pode caracterizar fraude à igualdade de condições no processo licitatório é, justamente, o inverso: o posterior aditamento contratual para excluir a cláusula arbitral e viabilizar a solução da controvérsia perante a justiça estatal. Nesse caso, os órgãos controladores podem concluir que a previsão de cláusula arbitral na minuta de contrato anexa ao edital de licitação teve o potencial de restringir o caráter competitivo do certame.

Convém advertir, ademais, que a inserção de cláusulas, em editais de licitação, que restrinjam ou que frustrem o caráter competitivo do certame incidem na vedação prevista na alínea “a” do inciso I do art. 9º da Lei nº 14.133/21¹⁵¹, podendo caracterizar o crime previsto no art. 337-F¹⁵² do Código Penal, caso demonstrado o

¹⁵⁰ MEGNA, Bruno Lopes. **Arbitragem e administração pública**: fundamentos teóricos e soluções práticas. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 196-197.

¹⁵¹ Art. 9º É vedado ao agente público designado para atuar na área de licitações e contratos, ressalvados os casos previstos em lei:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos que praticar, situações que:

a) comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do processo licitatório, inclusive nos casos de participação de sociedades cooperativas;

¹⁵² Art. 337-F. Frustrar ou fraudar, com o intuito de obter para si ou para outrem vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, o caráter competitivo do processo licitatório:

Pena - reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa.

elemento anímico consistente no intuito de obter para si ou para outrem vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação.

3.13 Do prazo para prolação da sentença arbitral

A celeridade do processo arbitral resulta, principalmente, de três fatores, a saber: a possibilidade de as partes disciplinarem o procedimento a ser seguido, a irrecorribilidade da sentença arbitral e a possibilidade de as partes estipularem prazo para prolação da sentença.

A possibilidade de as partes disciplinarem o rito procedimental a ser seguido na arbitragem está prevista no art. 21, *caput* e parágrafo primeiro, da Lei nº 9.307/96, que assim dispõe:

Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.

§ 1º Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo.

De acordo com o dispositivo legal acima citado, o procedimento arbitral será definido pelas partes, de comum acordo, na convenção de arbitragem, podendo as partes reportar-se às regras procedimentais previstas no regulamento de determinada câmara arbitral. Não havendo previsão do procedimento na convenção de arbitragem nem remissão ao regulamento de alguma câmara arbitral, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo.

A irrecorribilidade da sentença arbitral decorre do disposto nos artigos 18 e 29 da Lei nº 9.307/96, segundo os quais, proferida a sentença arbitral, dá-se por finda a arbitragem, não ficando sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário, nestes termos:

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.

Art. 29. Proferida a sentença arbitral, dá-se por finda a arbitragem, devendo o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, enviar cópia da decisão às partes, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, ou, ainda, entregando-a diretamente às partes, mediante recibo.

Quanto ao prazo para prolação da sentença arbitral, é preciso ressaltar que, na ausência de convenção das partes acerca do prazo para prolação de sentença, ele será de 6 (seis) meses, contado da data da instituição da arbitragem ou da data da substituição do árbitro, nos termos do 23 da Lei nº 9.307/96, que assim dispõe:

Art. 23. A sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Nada tendo sido convencionado, o prazo para a apresentação da sentença é de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro.

No entanto, podem as partes e os árbitros, de comum acordo, prorrogar o prazo para proferir sentença, conforme faculta o § 2º do art. 23 da Lei nº 9.307/96, nestes termos: “§ 2º As partes e os árbitros, de comum acordo, poderão prorrogar o prazo para proferir a sentença final”.

A regulamentação setorial também prevê prazos diferenciados para prolação da sentença arbitral, como, por exemplo, o art. 8º, inciso II e parágrafo único, do Decreto Federal nº 10.025/2019, o qual fixa prazo máximo de 24 (vinte e quatro) meses, contado da data de celebração do termo de arbitragem, admitida uma única prorrogação por acordo entre as partes, desde que o período total não exceda 48 (quarenta e oito) meses, nestes termos:

Art. 8º No procedimento arbitral, deverão ser observados os seguintes prazos:

II - o prazo máximo de vinte e quatro meses para a apresentação da sentença arbitral, contado da data de celebração do termo de arbitragem.

Parágrafo único. O prazo a que se refere o inciso II do caput poderá ser prorrogado uma vez, desde que seja estabelecido acordo entre as partes e que o período não exceda quarenta e oito meses.

Portanto, o prazo para prolação de sentença arbitral pode ser definido pelas partes na convenção de arbitragem, conforme faculta o inciso III¹⁵³ do art. 11 da Lei nº 9.307/96, devendo o árbitro, ou o tribunal arbitral, respeitar esse prazo. Uma vez expirado o prazo para proferimento da sentença arbitral, caberá à parte interessada notificar o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, concedendo-lhe prazo de dez dias para a prolação e apresentação da sentença arbitral, findo o qual sem a

¹⁵³ Art. 11. Poderá, ainda, o compromisso arbitral conter:

[...]

III - o prazo para apresentação da sentença arbitral;

apresentação da sentença, considerar-se-á extinto o compromisso arbitral, nos termos do inciso III¹⁵⁴ do art. 12 da Lei nº 9.307/96. A sentença arbitral proferida fora do prazo considera-se nula, nos termos do inciso VII¹⁵⁵ do art. 32 da Lei nº 9.307/96, desde que respeitado o disposto no inciso III do art. 12 da Lei nº 9.307/96.

3.14 O cumprimento de sentença arbitral condenatória e o regime dos precatórios à luz dos princípios constitucionais da legalidade, da isonomia e da supremacia do interesse público

O cumprimento de sentenças que condenam a Fazenda Pública a pagar quantia certa sujeita-se ao procedimento previsto nos artigos 534 e 535 do Código de Processo Civil.

Basicamente, a fase processual de cumprimento de sentença que condena a Fazenda Pública a pagar quantia certa desdobra-se em dois atos: o primeiro ato é o requerimento do exequente (arts. 513, § 1º, e 534 do CPC/15); o segundo ato é a impugnação à execução pela Fazenda Pública (art. 535 do CPC/15).

Não impugnada a execução ou rejeitadas as arguições da Fazenda Pública, inicia-se a fase administrativa de cumprimento da sentença, mediante a expedição de precatório, por meio do presidente do respectivo tribunal, ou mediante a expedição de requisição de pequeno valor, por meio de ordem do juiz competente, se se tratar de obrigação de pequeno valor, nos termos do § 3º do art. 535 do CPC/15, que assim dispõe:

Art. 535. [...]

[...]

§ 3º Não impugnada a execução ou rejeitadas as arguições da executada:

I - expedir-se-á, por intermédio do presidente do tribunal competente, precatório em favor do exequente, observando-se o disposto na Constituição Federal;

II - por ordem do juiz, dirigida à autoridade na pessoa de quem o ente público foi citado para o processo, o pagamento de obrigação de pequeno valor será realizado no prazo de 2 (dois) meses contado da entrega da requisição,

¹⁵⁴ Art. 12. Extingue-se o compromisso arbitral:

[...]

III - tendo expirado o prazo a que se refere o art. 11, inciso III, desde que a parte interessada tenha notificado o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, concedendo-lhe o prazo de dez dias para a prolação e apresentação da sentença arbitral.

¹⁵⁵ Art. 32. É nula a sentença arbitral se:

[...]

VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e

mediante depósito na agência de banco oficial mais próxima da residência do exequente.

O processamento de precatório, conquanto compita ao Poder Judiciário, possui natureza administrativa, conforme demonstra o seguinte acórdão do Supremo Tribunal Federal:

Reclamação - Ordem de sequestro de verbas públicas - Trânsito em julgado não caracterizado - ofensa ao entendimento firmado na ADI nº 1.662/SP.

1. Natureza administrativa das decisões da presidência dos Tribunais no cumprimento dos precatórios judiciais, caráter que se estende também às decisões colegiadas dos recursos internos contra elas interpostos. Não há que se falar em trânsito em julgado, pois esse pressupõe decisão proferida por órgão do Poder Judiciário no exercício de sua função jurisdicional.

2. O vencimento de prazo legal para pagamento de precatório não é motivo suficiente para dar ensejo ao sequestro de verbas públicas, uma vez que não se equipara à preterição da ordem de precedência.

3. Reclamação procedente, agravos regimentais prejudicados.¹⁵⁶

Devido à natureza administrativa das decisões proferidas no processamento de precatórios, o Supremo Tribunal Federal aprovou a Súmula 733, que assim dispõe: “Não cabe recurso extraordinário contra decisão proferida no processamento de precatórios”.

O processamento de precatório tem início com a expedição de ofício precatório pelo juiz da execução ao tribunal ao qual esteja vinculado, nos termos do art. 5º da Resolução nº 303, de 18 de dezembro de 2019:

Art. 5º O ofício precatório será expedido pelo juízo da execução ao tribunal, de forma padronizada e contendo elementos que permitam aferir o momento de sua apresentação, recebendo numeração única própria, conforme disciplina a Resolução do CNJ no 65/2008.

A Fazenda Pública é obrigada a incluir, no projeto de lei orçamentária, dotação específica para pagamento dos precatórios apresentados até o dia dois de abril, os quais devem ser pagos até o final do exercício seguinte ao do exercício de sua apresentação, nos termos do § 5º do art. 100 da Constituição Federal:

Art. 100. [...]

[...]

§ 5º É obrigatória a inclusão no orçamento das entidades de direito público de verba necessária ao pagamento de seus débitos oriundos de sentenças

¹⁵⁶ STF – Reclamação nº 2425 – Rel. Min. Dias Toffoli – Plenário – Votação por maioria – Data do julgamento: 6 mar. 2013.

transitadas em julgado constantes de precatórios judiciais apresentados até 2 de abril, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 114, de 2021)

Os ofícios precatórios recebidos pelo tribunal competente até o dia 2 de abril devem ser comunicados pelo tribunal à Fazenda Pública devedora até o dia 31 de maio do mesmo exercício, a fim de que o Poder Executivo possa consignar dotação suficiente no projeto de lei orçamentária a ser proposto, conforme prevê o § 1º do art. 15¹⁵⁷ da Resolução nº 303, de 18 de dezembro de 2019, do Conselho Nacional de Justiça. A propositura do projeto de lei orçamentária anual é de iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo, nos termos do inciso III do art. 165 da Constituição Federal. O prazo para propositura do projeto de lei orçamentária varia conforme cada ente federativo. No âmbito federal, o Poder Executivo tem até o dia 31 de agosto para propor o projeto de lei orçamentária anual que vigorará no exercício subsequente, nos termos do inciso III¹⁵⁸ do § 2º do art. 35 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

Os pagamentos devem ocorrer de acordo com a ordem cronológica de apresentação dos precatórios, nos termos do art. 100¹⁵⁹ da Constituição Federal. Considera-se como data de apresentação do precatório a data do recebimento do ofício precatório pelo tribunal ao qual se vincula o juízo da execução, conforme dispõem o inciso VII do art. 2º e o § 1º do art. 12 da Resolução nº 303, de 18 de dezembro de 2019, do Conselho Nacional de Justiça, a saber:

¹⁵⁷ Art. 15. Para efeito do disposto no § 5º do art. 100 da Constituição Federal, considera-se momento de requisição do precatório, para aqueles apresentados ao tribunal entre 3 de abril do ano anterior e 2 de abril do ano de elaboração da proposta orçamentária, a data de 2 de abril. (redação dada pela Resolução n. 448, de 25.3.2022)

§ 1º O tribunal deverá comunicar à entidade devedora até 31 de maio de cada ano, exceto em caso de regulamentação diversa por lei específica, por ofício eletrônico, ou meio equivalente, os precatórios apresentados até 2 de abril, com seu valor atualizado na forma desta Resolução, visando à inclusão na proposta orçamentária do exercício subsequente. (redação dada pela Resolução n. 482, de 19.12.2022)

¹⁵⁸ Art. 35. [...]

§ 2º Até a entrada em vigor da lei complementar a que se refere o art. 165, § 9º, I e II, serão obedecidas as seguintes normas:

[...]

III - o projeto de lei orçamentária da União será encaminhado até quatro meses antes do encerramento do exercício financeiro e devolvido para sanção até o encerramento da sessão legislativa.

¹⁵⁹ Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

Art. 2º Para os fins desta Resolução:

[...]

VII – momento de apresentação do precatório é o recebimento do ofício precatório perante o tribunal ao qual se vincula o juízo da execução; (redação dada pela Resolução n. 482, de 19.12.2022)

Art. 12. O precatório, de acordo com o momento de sua apresentação, tomará lugar na ordem cronológica de pagamentos, instituída, por exercício, pela entidade devedora.

§ 1º Para efeito do disposto no *caput* do art. 100 da Constituição Federal, considera-se como momento de apresentação do precatório o do recebimento do ofício perante o tribunal ao qual se vincula o juízo da execução.

As requisições de pequeno valor, por outro lado, seguem rito simplificado, dispensando a expedição de precatório. Nesse caso, cabe a cada ente federativo definir, por meio de lei, o limite de valor para fins de requisição de pequeno valor, nos termos do § 3º do art. 100 da Constituição Federal:

Art. 100. [...]

[...]

§ 3º O disposto no *caput* deste artigo relativamente à expedição de precatórios não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em leis como de pequeno valor que as Fazendas referidas devam fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

Enquanto não forem editadas, pelos entes da Federação, as respectivas leis definidoras dos limites para requisição de pequeno valor, serão consideradas obrigações de pequeno valor os valores iguais ou inferiores aos limites previstos no art. 87 do ADCT, a saber:

Art. 87. Para efeito do que dispõem o § 3º do art. 100 da Constituição Federal e o art. 78 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias serão considerados de pequeno valor, até que se dê a publicação oficial das respectivas leis definidoras pelos entes da Federação, observado o disposto no § 4º do art. 100 da Constituição Federal, os débitos ou obrigações consignados em precatório judiciário, que tenham valor igual ou inferior a: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 37, de 2002)

I - quarenta salários-mínimos, perante a Fazenda dos Estados e do Distrito Federal; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 37, de 2002)

II - trinta salários-mínimos, perante a Fazenda dos Municípios. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 37, de 2002)

Parágrafo único. Se o valor da execução ultrapassar o estabelecido neste artigo, o pagamento far-se-á, sempre, por meio de precatório, sendo facultada à parte exequente a renúncia ao crédito do valor excedente, para que possa optar pelo pagamento do saldo sem o precatório, da forma prevista no § 3º do art. 100. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 37, de 2002)

Portanto, o Código de Processo Civil e a Constituição Federal preveem dois regimes de pagamento para débitos da Fazenda Pública oriundos de sentenças condenatórias por quantia certa: o regime dos precatórios e o regime das requisições de pequeno valor.

A dúvida consiste em saber se as sentenças arbitrais também estariam sujeitas ao regime dos precatórios e ao regime das requisições de pequeno valor.

Para Bruno Lopes Megna, a sentença arbitral que condena a Fazenda Pública a pagar quantia certa deve submeter-se ao regime dos precatórios, da mesma forma que a sentença judicial, com fundamento no art. 31 da Lei nº 9.307/96, segundo o qual a sentença arbitral produz os mesmos efeitos de uma sentença judicial proferida pelo Poder Judiciário, não se justificando tratar de forma diferenciada um credor amparado por sentença arbitral e um credor amparado por sentença judicial, sob pena de violação ao princípio da isonomia. Confira-se:

É inadmissível, porém, equiparar sentença arbitral e obrigação negocial. O primeiro motivo é a *isonomia*: nada justificaria quitar o credor de sentença arbitral antes do credor de sentença judicial. Ambos optaram por método *jurisdicional, heterocompositivo e adjudicativo* [...].

O segundo motivo é que esta interpretação só seria possível se admitida a natureza exclusivamente contratual da arbitragem, que não condiz com a posição jurídica que a arbitragem ocupa no ordenamento brasileiro [...].

O terceiro motivo se extrai da lei, segundo a qual “a sentença arbitral produz os *mesmos efeitos* da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário” (art. 31 da Lei nº 9.307/1996; art. 515, VII, do CPC/2015). [...]

A quarta razão é a *legalidade orçamentária*: as obrigações negociais só são contraídas na medida em que já existe dotação orçamentária para fazer-lhes frente. A obrigação contida na sentença arbitral não decorre de um prévio consentimento da Administração, a respeito do qual se tenha feito reserva orçamentária.

Finalmente, a quinta razão é a *soberania financeira* do Estado, que estaria ameaçada caso admitido um instrumento que pudesse subtrair quantias do erário à revelia da programação orçamentária – o que não é autorizado nem para os juízes que fazem parte do próprio Estado.

[...]

Não se pode dar interpretação literal à expressão *sentença judiciária*. Evidentemente, aqui, “o texto constitucional emprega o vocábulo *sentença* no sentido genérico de *decisão judicial*”, sob pena de se excluir deste conceito os *acórdãos*. Pelo mesmo motivo, se a sentença arbitral tem efeitos jurídicos de *sentença judiciária* definitiva, tampouco se deve excluí-la deste conceito.

[...]

Dessa forma, conclui-se que a sentença arbitral condenatória de obrigação de pagar deverá ser cumprida por meio de precatório, sob pena de violação à regra da impessoalidade – por dar tratamento privilegiado aos credores de sentença arbitral em relação aos credores de sentença judicial, que estão em

situação de igualdade – e à legalidade orçamentária – por afrontar a prévia programação legislativa das finanças públicas.¹⁶⁰

Compartilhando a mesma opinião, seguem os trechos de autoria de Vitor Luz Moreira e Brunno Luz Moreira:

Finalmente, também é possível entender que a condenação pecuniária contra a Administração Pública deve ser requerida perante o Poder Judiciário. Isto porque a sentença arbitral é considerada título executivo judicial, segundo o art. 31 da Lei nº 9.307/9632 e o art. 515, VII, do Código de Processo Civil, devendo assim seguir a regra constitucional imposta pelo art. 100. Este entendimento visa garantir a isonomia, a impessoalidade, e a moralidade ao evitar a criação de uma classe de credores com preferência, sem previsão legal. Desta forma, ficaria obrigado o particular a seguir o regime de precatórios ou RPV.¹⁶¹

Corroborando esse entendimento, confira-se a seguinte ementa de acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Execução de honorários advocatícios. Fixação em sentenças arbitrais. Ajuizamento de embargos à execução. Expedição de Precatório do valor incontroverso. Cabimento. Recurso provido.¹⁶²

Portanto, não há razão para excluir as sentenças arbitrais do regime dos precatórios por dois motivos, a seguir delineados.

Em primeiro lugar, as sentenças arbitrais possuem os mesmos efeitos que as sentenças proferidas pelo Poder Judiciário, nos termos do art. 31 da Lei nº 9.307/96, constituindo títulos executivo judiciais, nos termos do inciso VII do art. 515 do CPC/15.

Em segundo lugar, embora apenas as *sentenças judiciais* subsumam-se na regra dos precatórios prevista no art. 100 da Constituição Federal, não se pode utilizar apenas o método da subsunção como único critério de aplicação do Direito.

De acordo com o método da subsunção, todos os fatos que se enquadrem na hipótese abstratamente prevista em lei são por ela regidos; por outro lado, os fatos que não se enquadrem na moldura legal, estão excluídos do âmbito de sua incidência.

¹⁶⁰ MEGNA, Bruno Lopes. **Arbitragem e administração pública**: fundamentos teóricos e soluções práticas. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 285-288.

¹⁶¹ MOREIRA, Brunno Luz; MOREIRA, Vitor Luz. Desafios da arbitragem no âmbito da Administração Pública. In: MACHADO FILHO, José Augusto Bitencourt et al. (org.). **Arbitragem e processo**: homenagem ao Prof. Carlos Alberto Carmona. São Paulo: Quartier Latim, v. 2, 2022, p. 725.

¹⁶² TJSP – Agravo de instrumento nº 2083276-70.2015.8.26.0000 – Rel. Des. Borelli Thomaz – Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público – Votação unânime – Data do julgamento: 22.7.2015.

Percebe-se, portanto, que o método da subsunção utiliza o silogismo-dedutivo clássico.

A subsunção é um método lógico-dedutivo que se restringe a aplicar uma premissa maior (lei) a uma premissa menor (fatos), sem levar em consideração as consequências e sem analisar os aspectos sociais, políticos, científicos ou econômicos.

Entretanto, o Direito não mais se resume à mera aplicação mecânica da lei, baseada no silogismo-dedutivo, típico do positivismo jurídico, conforme explica Leonard Ziesemer Schmitz:

Primeiramente, e como decorrência do modelo constitucional por nós adotado, é imprescindível abandonar e superar de uma vez por todas a ideia de que o ato de julgar consistiria em um silogismo, onde a premissa maior (a lei) e a premissa menor (os fatos) seriam “encaixados” subsuntivamente. Essa concepção é ultrapassada e presa a um paradigma positivista que há muitas décadas deixou de ser utilizado em outros ordenamentos, muito embora no Brasil ainda persista.¹⁶³

A crise da subsunção, como método de aplicação do Direito, também é abordada por Ricardo Marcondes Martins, em obra coordenada pela administrativista Maria Sylvia Zanella Di Pietro, de onde se extraem as razões históricas dessa crise, nestes termos:

Até o final da segunda guerra mundial prevalecia o entendimento de que o Direito era formado apenas por regras jurídicas, em que na hipótese descreve-se um fato mais ou menos preciso e no consequente prevê-se a instituição da relação jurídica entre duas situações jurídicas. A aplicação das normas abstratas, segundo o entendimento corrente, dava-se apenas pela subsunção. Trata-se de uma operação de encaixe dos fatos do mundo fenomênico à descrição da hipótese normativa. Diante da identificação entre o fato concreto e a descrição hipotética, efetua-se o encaixe do fato à hipótese, ou seja, a subsunção. Trata-se de uma operação de encaixe dos fatos do mundo fenomênico à descrição da hipótese normativa. Diante da identificação entre o fato concreto e a descrição hipotética, efetua-se o encaixe do fato à hipótese, ou seja, a subsunção. [...]

Com o fim da segunda guerra mundial e a derrocada do Estado nazista essa compreensão do Direito entrou em crise. Os nazistas, levados a julgamento, reiteradamente invocaram o cumprimento da lei em defesa das barbáries cometidas.

[...]

O princípio da legalidade, inicialmente, restringia a função administrativa à mera executora dos comandos legais. [...] Ao longo dos anos percebeu-se que cumprir os comandos do Legislador de modo automático, sem atentar para as particularidades do caso concreto, leva a injustiças atrozes. A compreensão da legalidade sofreu, principalmente após o ocaso do Estado

¹⁶³ SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Fundamentando decisões com outras decisões. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (coord.). **Procedimento Comum**. 2. ed. rev. e atual. v.2. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 604.

nazista, com o desenvolvimento do chamado neoconstitucionalismo, uma profunda revisão.¹⁶⁴

Atualmente, a admissão dos princípios como espécie de norma jurídica fez surgir a necessidade de *ponderação* entre os princípios colidentes. Dito de outro modo, enquanto o conflito entre regras resolve-se por meio dos critérios da cronologia (lei posterior revoga lei anterior), da hierarquia (lei hierarquicamente superior torna inválida lei hierarquicamente inferior) e da especialidade (lei especial prevalece sobre lei geral), a colisão entre princípios resolve-se pelo critério da *ponderação*, que é um mecanismo de *sopesamento* de princípios, segundo o qual o princípio que possuir maior peso diante de um caso concreto afastará a incidência do princípio que possuir menor peso, sem que haja a eliminação do princípio de menor peso do ordenamento jurídico, ou seja, o princípio de menor peso continuará a existir no mundo jurídico, mas não terá aplicação naquele caso concreto.

Acerca do método da ponderação de princípios, faz-se necessário reproduzir os seguintes trechos extraídos da obra de Ricardo Marcondes Martins:

Por força da obra de Ronald Dworkin e de Robert Alexy, adentrou-se na terceira fase do conceito de princípio jurídico. Nesta, as normas jurídicas são divididas em dois grandes grupos: regras jurídicas [...] e princípios jurídicos [...]. Princípios, ao contrário das regras, possuem uma dimensão de peso ou importância [...]. Regras são normas que determinam uma subsunção e princípios são normas que determinam uma ponderação. Ponderação é a técnica de aplicação do direito mediante o sopeso de valores jurídicos (princípios), tendo em vista as circunstâncias fáticas, e definição, a partir do sopeso, do valor a ser concretizado e do meio de concretização.

[...]

As normas jurídicas, portanto, dividem-se em regras e princípios. [...] Sempre que uma regra é elaborada, seja abstrata ou concreta, geral ou individual, incide o princípio jurídico impondo ao editor o dever de efetuar uma ponderação entre os princípios relacionados ao caso, de apurar o peso de cada um deles e de considerar o princípio incidente, na medida do peso apurado, no conteúdo da regra editada. [...]

[...]

Conforme afirmado, regras são normas que determinam uma subsunção e princípios são normas que determinam uma ponderação.¹⁶⁵

Toda regra representa a concretização de um princípio, mas nem todo princípio possui uma regra que o concretize. No caso das sentenças arbitrais que condenam a Fazenda Pública a pagar quantia certa, não há regra que determine a

¹⁶⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; MARTINS, Ricardo Marcondes. Ato administrativo e procedimento administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). **Tratado de Direito Administrativo**. Edição do Kindle. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. V. 5. p. 840-847 e 1224.

¹⁶⁵ Ibidem, 2022, p. 882-935.

sua submissão ao regime dos precatórios. No caso das sentenças judiciais, todavia, há regra expressa determinando sua submissão ao regime dos precatórios: art. 100 da Constituição Federal. O princípio constitucional que dá primazia à aplicação da regra descrita no art. 100 da Constituição Federal às sentenças judiciais é o princípio da legalidade. Partindo-se desse raciocínio, as sentenças arbitrais, por estarem excluídas da hipótese de incidência descrita no art. 100 da Constituição Federal, não se sujeitariam ao regime dos precatórios.

No entanto, o princípio da isonomia proíbe que haja tratamento desigual entre credores da Fazenda Pública amparados por sentenças arbitrais e credores da Fazenda Pública amparados por sentenças judiciais. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, “o princípio da isonomia ou igualdade dos administrados em face da Administração firma a tese de que esta não pode desenvolver qualquer espécie de favoritismo ou desvalia em proveito ou detrimento de alguém”.¹⁶⁶

Tem-se, então, a colisão entre os princípios da legalidade e da isonomia, a ser dirimida por meio da ponderação entre os princípios colidentes.

A ponderação, como método de solução de colisão entre princípios, é norteada pelos seguintes critérios: da proporcionalidade (em sentido amplo) e da razoabilidade. A análise da proporcionalidade em sentido amplo compreende três fases consecutivas: exame de adequação, exame da necessidade e exame da proporcionalidade em sentido estrito. Nessa ordem de ideias, somente se avança para fase seguinte se, na fase anterior, a aplicação do princípio em exame restar favorável.

Na fase da adequação, examina-se se a medida de concretização de determinado princípio é adequada ao fim que se pretende alcançar. Cada princípio depende de um meio de concretização para alcançar uma determinada finalidade. No presente caso, o meio para concretização do princípio da isonomia é a aplicação do regime dos precatórios às sentenças arbitrais. Se esse meio for considerado adequado ao fim a que se destina (satisfação do credor da Fazenda Pública), supera-se a primeira fase (adequação da medida), passando-se à segunda fase: exame da necessidade da medida. Antes, porém, cumpre transcrever o conceito de *medida necessária* para Ricardo Marcondes Martins:

¹⁶⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 86.

Se a medida for considerada adequada, ou seja, se superado o exame da adequação, passa-se ao exame da necessidade. E o que é uma medida necessária? É a que restrinja em menor intensidade os princípios constitucionais, dentre as medidas igualmente idôneas a contribuir para alcançar o fim imediato pretendido. Impõem-se aqui dois exames: apurar se existem outras medidas igualmente idôneas a fomentar o fim pretendido (eficiência das medidas); caso existam, se dentre elas há alguma que restrinja em menor intensidade o princípio constitucional contrariado pela medida examinada (grau de restrição das medidas). Eficiente é, pois, a medida que restrinja em menor intensidade os princípios constitucionais (mandados de otimização) dentre as igualmente eficientes.¹⁶⁷

Nessa sorte de ideias, convém analisar se as demais medidas existentes para o alcance do fim pretendido (satisfação do crédito do credor da Fazenda Pública) são igualmente idôneas, bem como se elas restringem em menor intensidade os princípios constitucionais incidentes no caso concreto.

Pois bem, se se adotar o procedimento de cumprimento de sentença aplicável aos particulares, previsto nos artigos 520 a 527 do CPC/15, haverá violação do princípio da supremacia do interesse público, pois os bens públicos são impenhoráveis, não estando sujeitos a atos de constrição para satisfação do crédito exequendo, nos termos do art. 100 do Código Civil, do art. 832 do Código de Processo Civil e dos artigos 183, § 3º, e 191, parágrafo único, da Constituição Federal. Dessa forma, o procedimento de cumprimento de sentença previsto nos artigos 520 a 527 do CPC/15 é inapropriado quando a parte executada for a Fazenda Pública. Além disso, se fosse admitido o sequestro de rendas públicas sem prévia submissão ao regime dos precatórios, haveria o risco de comprometimento da continuidade de serviços públicos essenciais, pois a Administração Pública seria surpreendida a todo momento pelo bloqueio de vultosas quantias, sem que houvesse prévia dotação orçamentária para seu custeio. Nesse caso, também ocorreria a vulneração do princípio da supremacia do interesse público.

O princípio da supremacia do interesse público, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, “proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último”.¹⁶⁸

¹⁶⁷ MARTINS, Ricardo Marcondes. Proporcionalidade e boa administração. **Revista Internacional de Direito Público – RIDP**, Belo Horizonte, ano 2, n. 02, p. 935, jan./jun. 2017.

¹⁶⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 70.

“Essa supremacia do interesse público é o motivo da desigualdade jurídica entre a Administração e os administrados [...]”, afirma Hely Lopes Meirelles.¹⁶⁹

Dessa forma, não havendo outra medida idônea que agrida em menor intensidade o princípio da supremacia do interesse público, tem-se que a submissão das sentenças arbitrais ao regime dos precatórios é a única medida necessária.

Diante do exposto, o princípio da isonomia possui peso maior do que o princípio da legalidade, fazendo com que o regime dos precatórios também seja aplicável às sentenças arbitrais.

Partindo-se desse mesmo raciocínio, as sentenças arbitrais que se enquadrarem no conceito de *pequeno valor* estão sujeitas ao regime das requisições de pequeno valor. Para corroborar essa asserção, cumpre transcrever o art. 15 do Decreto Federal nº 10.025/2019:

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.

§ 1º Na hipótese de que trata o caput, compete à parte vencedora iniciar o cumprimento da sentença perante o juízo competente.

No caso de acordos realizados durante a fase de execução de sentença arbitral ou de sentença jurisdicional estatal, Bruno Lopes Megna entende possível excluí-los do regime dos precatórios, desde que haja lei autorizando o pagamento, nos termos do art. 97, § 8º, III, do ADCT, e desde que haja dotação orçamentária. Confira-se:

[...] Assim, mesmo *depois de proferida a sentença arbitral*, alcançado acordo que se prove mais vantajoso para a Administração, é possível pactuá-lo e excluí-lo da regra dos precatórios, desde que haja lei autorizativa para a hipótese – e essa lei não precisa se referir expressamente à sentença arbitral, bastando que se refira a decisão de natureza jurisdicional –, além, claro, da devida dotação orçamentária (pressuposto para pactuação do acordo).¹⁷⁰

Caso o acordo seja celebrado antes da sentença arbitral, não há óbice legal que impeça o pagamento espontâneo imediato, fora do regime dos precatórios,

¹⁶⁹ MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 42 ed. atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 114.

¹⁷⁰ MEGNA, Bruno Lopes. **Arbitragem e administração pública**: fundamentos teóricos e soluções práticas. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 290.

bastando apenas prévia dotação orçamentária, não sendo necessária prévia autorização legislativa específica. Porém, caso o acordo seja homologado por sentença arbitral e a Fazenda Pública não cumpra voluntariamente o acordo, a execução do acordo seguirá obrigatoriamente o regime dos precatórios. Essa é a opinião de Bruno Lopes Megna:

Com mais razão, *antes da sentença arbitral*, é plenamente possível celebrar acordo com a Administração em sede arbitral. Essa hipótese não só é possível como é incentivada pela lei, tanto no processo arbitral, como no processo judicial.

Neste caso, porém, não é preciso autorização legislativa específica, já que não concorre com a situação de reserva legal [...].

Tampouco é possível exigir *vantajosidade* nos mesmos termos que os acima apontados, pois ainda não existe a sentença arbitral que serviria de paradigma para o acordo. O caso entra, portanto, no âmbito das negociações administrativas em geral, que sempre puderam ocorrer e efetivamente ocorriam, bastando a prévia dotação orçamentária e, claro, a observância de todas as demais pertinentes à atuação administrativa (moralidade, eficiência, publicidade etc.).

Por isso é que, com ainda mais razão, não será o caso de seguir o regime dos precatórios, já que se tratará de *obrigação negocial*, e não de *obrigação jurisdicionalmente imposta*.¹⁷¹

Ressalte-se, porém, que, caso *homologado o acordo por sentença arbitral*, este se travestirá de título executivo judicial (art. 28 da Lei nº 9.307/1996; art. 515, II, do CPC/2015) e, dessa forma, deverá, sim, seguir o regime de precatórios [...].¹⁷²

Afinal, a própria lei incentiva a realização de acordos antes da sentença, seja na arbitragem (art. 21, § 4º, da Lei nº 9.307/96), seja na jurisdição estatal (art. 139, inciso V, CPC/15).

As únicas sentenças condenatórias que admitem cumprimento voluntário pela Fazenda Pública são as que condenam em obrigação de fazer, não fazer e de dar coisa certa. Porém, não havendo cumprimento voluntário das obrigações de fazer, não fazer ou de dar coisa certa, o credor deverá ajuizar ação judicial para cumprimento forçado da sentença arbitral.

Em última análise, cumpre analisar se as sociedades de economia e as empresas públicas também se sujeitam ao regime dos precatórios.

Pois bem, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que o regime dos precatórios é aplicável às sociedades de economia mista e às empresas públicas que prestem serviços públicos essenciais de saneamento básico, desde que o capital social dessas

¹⁷¹ MEGNA, Bruno Lopes. **Arbitragem e administração pública**: fundamentos teóricos e soluções práticas. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 290-291.

¹⁷² Ibid., p. 291.

empresas seja majoritariamente público e o serviço seja prestado em regime de exclusividade e sem intuito de lucro, conforme demonstra o seguinte aresto:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. COMPANHIA ESTADUAL DE SANEAMENTO BÁSICO. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL. EXECUÇÃO PELO REGIME DE PRECATÓRIOS. 1. Embora, em regra, as empresas estatais estejam submetidas ao regime das pessoas jurídicas de direito privado, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que “entidade que presta serviços públicos essenciais de saneamento básico, sem que tenha ficado demonstrado nos autos se tratar de sociedade de economia mista ou empresa pública que competiria com pessoas jurídicas privadas ou que teria por objetivo primordial acumular patrimônio e distribuir lucros. Nessa hipótese, aplica-se o regime de precatórios” (RE 592.004, Rel. Min. Joaquim Barbosa). 2. É aplicável às companhias estaduais de saneamento básico o regime de pagamento por precatório (art. 100 da Constituição), nas hipóteses em que o capital social seja majoritariamente público e o serviço seja prestado em regime de exclusividade e sem intuito de lucro. 3. Provimento do agravo regimental e do recurso extraordinário. ¹⁷³

Nessa mesma linha de raciocínio, o Supremo Tribunal Federal decidiu que as execuções de sentenças contra a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (EBCT) seguem o regime dos precatórios. Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o § 1º do art. 173¹⁷⁴ da Constituição Federal, que submete as empresas públicas e sociedades de economia mista que explorem atividade econômica ao regime próprio das empresas privadas, não se aplica à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, pois a EBCT presta serviço público em regime de monopólio, não explorando atividade econômica em regime concorrencial. Além disso, o art. 12¹⁷⁵ do

¹⁷³ STF – AgRg no RE nº 627.242 – Redator Min. Roberto Barroso – Primeira Turma – Votação por maioria – Data do julgamento: 2.5.2017.

¹⁷⁴ Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

¹⁷⁵ Art. 12 - A ECT gozará de isenção de direitos de importação de materiais e equipamentos destinados aos seus serviços, dos privilégios concedidos à Fazenda Pública, quer em relação a imunidade

Decreto-Lei nº 509/69 estendeu à EBCT os mesmos privilégios conferidos à Fazenda Pública, entre os quais o da impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços, o que impossibilita a aplicação do regime geral de cumprimento de sentença prevista nos artigos 520 a 527 do Código de Processo Civil, pois é juridicamente impossível realizar a expropriação de bens impenhoráveis, sendo, portanto, inaplicável o art. 824 e seguintes do Código de Processo Civil. De acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o art. 12 do Decreto-Lei nº 509/69 foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, conforme demonstram os arestos abaixo:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT. IMPENHORABILIDADE DOS BENS. EXECUÇÃO FISCAL. OBSERVÂNCIA DO REGIME DE PRECATÓRIOS. COMPETÊNCIA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

1. Os bens, as rendas e os serviços da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos são impenhoráveis, e a execução deve observar o regime de precatórios.

2. Nas comarcas onde não há Vara da Justiça Federal, os Juízes Estaduais são competentes para apreciar a execução fiscal.¹⁷⁶

1. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos: execução (CF, art. 100; C.Pr.Civil, arts. 730 e 731): recepção pela Constituição de 1988 do art. 12 do Decreto-Lei 509/69, que estendeu à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos os privilégios conferidos à Fazenda Pública, dentre eles o da impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços, devendo a execução fazer-se mediante precatório, sob pena de vulneração do disposto no artigo 100 da Constituição da República: precedente¹⁷⁷

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. IMPENHORABILIDADE DE SEUS BENS, RENDAS E SERVIÇOS. RECEPÇÃO DO ARTIGO 12 DO DECRETO-LEI Nº 509/69. EXECUÇÃO. OBSERVÂNCIA DO REGIME DE PRECATÓRIO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. À empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, pessoa jurídica equiparada à Fazenda Pública, é aplicável o privilégio da impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços. Recepção do artigo 12 do Decreto-lei nº 509/69 e não-incidência da restrição contida no artigo 173, § 1º, da Constituição Federal, que submete a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias.

2. Empresa pública que não exerce atividade econômica e presta serviço público da competência da União Federal e por ela mantido. Execução. Observância ao regime de precatório, sob pena de vulneração do disposto no

tributária, direta ou indireta, impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços, quer no concernente a foro, prazos e custas processuais.

¹⁷⁶ STF – RE nº 393.032 – Rel. Min. Carmen Lúcia – Primeira Turma – Votação unânime – Data do julgamento: 27.10.2009.

¹⁷⁷ STF – AgRg no AI nº 243.250 – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – Votação unânime – Data do julgamento: 10.2.2004.

artigo 100 da Constituição Federal. Recurso extraordinário conhecido e provido.¹⁷⁸

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal já decidiu, em regime de repercussão geral, que as sociedades de economia mista que exercem atividade econômica em regime de livre concorrência não se sujeitam ao regime dos precatórios, conforme tese firmada no tema 253, a saber: “Sociedades de economia mista que desenvolvem atividade econômica em regime concorrencial não se beneficiam do regime de precatórios, previsto no art. 100 da Constituição da República”.

Por oportuno, convém transcrever a ementa do acórdão do Supremo Tribunal Federal que deu origem ao tema 253:

FINANCEIRO. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. PAGAMENTO DE VALORES POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL. INAPLICABILIDADE DO REGIME DE PRECATÓRIO. ART. 100 DA CONSTITUIÇÃO. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. MATÉRIA CONSTITUCIONAL CUJA REPERCUSSÃO GERAL FOI RECONHECIDA. Os privilégios da Fazenda Pública são inextensíveis às sociedades de economia mista que executam atividades em regime de concorrência ou que tenham como objetivo distribuir lucros aos seus acionistas. Portanto, a empresa Centrais Elétricas do Norte do Brasil S.A. - Eletronorte não pode se beneficiar do sistema de pagamento por precatório de dívidas decorrentes de decisões judiciais (art. 100 da Constituição). Recurso extraordinário ao qual se nega provimento.¹⁷⁹

Dessa forma, é preciso distinguir entre empresas públicas e sociedades de economia mista que exploram atividade econômica em regime concorrencial e empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos. O regime dos precatórios não beneficia aquelas que exploram atividade econômica em regime concorrencial, mas apenas as que prestam serviços públicos.

3.15 Honorários advocatícios sucumbenciais e contratuais na arbitragem

A condenação da parte vencida em honorários de sucumbência é uma criação do Código de Processo Civil. A Lei nº 9.307/96, além de não dispor sobre honorários advocatícios sucumbenciais, não determina a aplicação supletiva do Código de Processo Civil à arbitragem – com exceção dos artigos 14, 33, § 3º, 36 e 37 da Lei nº

¹⁷⁸ STF – RE nº 225.011 – Redator Min. Maurício Corrêa – Plenário – Votação por maioria – Data do julgamento: 16.11.2000

¹⁷⁹ STF – RE nº 599.628 – Redator. Min. Joaquim Barbosa – Plenário – Votação por maioria – Data do julgamento: 25.5. 2011.

9.307/96 –, de modo que não cabe, *a priori*, a condenação em honorários sucumbenciais no processo arbitral. Além disso, as partes não são obrigadas a constituir advogado para representá-las no processo arbitral, pois o § 3º do art. 21 da Lei nº 9.307/96, ao dispor que as partes *poderão* postular por intermédio de advogado, deixou clara a facultatividade da contratação de advogado, o que corrobora a tese da inexistência de honorários sucumbenciais em sede arbitral. Nesse sentido, seguem os comentários de Francisco José Cahali:

Em nosso entender, são descabidos honorários de sucumbência na arbitragem. Esta criação de nosso sistema e de poucos outros é reservada à jurisdição estatal, pois sua previsão está no Código de Processo Civil, inaplicável no juízo arbitral.

Quando a Lei regulamenta a responsabilidade pelas custas e despesas, refere-se aos custos gerais do procedimento (administrativos, honorários de árbitros e gastos diversos com audiências, diligências etc.). E nem se teria razão para incluir a honorária de advogado, pois este profissional sequer é necessário na arbitragem; além do que os honorários advocatícios de sucumbência, pela sua natureza, não se confundem com “custas e despesas”.¹⁸⁰

Embora os honorários de sucumbência não estejam previstos na Lei nº 9.307/96, há quem sustente que o juízo arbitral deve condenar a parte vencida a pagar honorários de sucumbência, ainda que a convenção de arbitragem e o termo de arbitragem nada disponham a esse respeito. Essa é a opinião de Carlos Alberto Carmona, *in verbis*:

No plano arbitral não existe regra acerca da limitação ou da incidência de verba honorária decorrente da sucumbência. Muitos – como eu – entendem que mesmo sem que haja pedido expresso (ou menção expressa na convenção de arbitragem ou no termo de arbitragem) acerca da fixação de verbas advocatícias decorrentes da sucumbência, o tribunal arbitral deverá fixá-las. Em outras palavras, em minha visão, se as partes não excluírem a incidência de verba honorária de sucumbência, os árbitros a fixarão em sua decisão.¹⁸¹

Por outro lado, pactuando as partes, no termo de arbitragem ou na convenção de arbitragem, que deverão ser aplicadas, supletivamente, as disposições do Código

¹⁸⁰ CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação, conciliação, tribunal multiportas. 9. ed.rev., ampl., e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 311.

¹⁸¹ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e administração pública – primeiras reflexões sobre a arbitragem envolvendo a administração pública. **Revista Brasileira de Arbitragem**. Ano XIII, n. 51, p. 7-21, jul-set. 2016, São Paulo, p. 16, Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4232072/mod_resource/content/1/Carmona%20-%20Arbitragem%20e%20Administra%C3%A7%C3%A3o%20P%C3%BAblica.pdf>. Acesso em: 27 out. 2023.

de Processo Civil acerca dos honorários de sucumbência, prevalecerá o que for pactuado entre as partes. Da mesma forma, se o regulamento da câmara arbitral escolhida pelas partes prever o pagamento de honorários sucumbenciais pela parte vencida, aplicar-se-á o regulamento da instituição arbitral.

Ocorre que, no regime do Código de Processo Civil, os honorários sucumbenciais constituem direito pessoal do advogado da parte vencedora em face da parte vencida. Dessa forma, não poderá o advogado da parte vencedora exigir o pagamento dos honorários sucumbenciais no juízo arbitral, pois entre ele e a parte vencida não existirá convenção de arbitragem. Afinal, a resolução de controvérsias por meio da arbitragem depende de prévio acordo entre as partes, nos termos do art. 3º da Lei nº 9.307/96. Diante disso, ainda que haja previsão de honorários de advogado sucumbenciais no termo de arbitragem ou na convenção arbitral firmada entre as partes vencedora e vencida, haverá óbice à submissão de eventual controvérsia relativa a honorários sucumbenciais à arbitragem em razão da inexistência de compromisso arbitral entre o advogado da parte vencedora e a parte vencida, salvo se estes (advogado da parte vencedora e parte vencida), de comum acordo, firmarem compromisso arbitral para submeter a solução da controvérsia à arbitragem; porém, como a sentença arbitral é considerada título executivo judicial, nos termos do art. 31¹⁸² da Lei nº 9.307/96, cumulado com os arts. 515, inciso VII¹⁸³, e 516, inciso III¹⁸⁴, do Código de Processo Civil, o cumprimento forçado da obrigação de pagar honorários sucumbenciais deve ocorrer, obrigatoriamente, na justiça estatal, já que o juízo arbitral não detém competência para a prática de atos coercitivos ou expropriatórios.

Com relação aos honorários contratuais – que são aqueles pagos pela parte ao advogado por ela contratado –, ainda que não haja previsão na convenção arbitral, no termo de arbitragem ou no regulamento da câmara arbitral, cada parte pode pedir, nas alegações iniciais a serem apresentadas ao juízo arbitral, o ressarcimento dos

¹⁸² Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

¹⁸³ Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título:

[...]

VII – a sentença arbitral;

¹⁸⁴ Art. 516. O cumprimento da sentença efetuar-se-á perante:

[...]

III - o juízo cível competente, quando se tratar de sentença penal condenatória, de sentença arbitral, de sentença estrangeira ou de acórdão proferido pelo Tribunal Marítimo.

honorários convencionais em caso de êxito na demanda, pois tal pretensão possui natureza indenizatória, desde que, é claro, a parte que pedir o ressarcimento dessa despesa tenha contratado advogado para defendê-la.

Portanto, o regime jurídico dos honorários contratuais é diverso do regime jurídico dos honorários sucumbenciais. Os honorários contratuais possuem natureza de direito material, estando previstos nos artigos 389¹⁸⁵, 395¹⁸⁶ e 404¹⁸⁷ do Código Civil, enquanto os honorários sucumbenciais possuem caráter processual e estão previstos no art. 85 do Código de Processo Civil. O ressarcimento dos honorários contratuais constitui direito da parte vencedora, ao passo que os honorários sucumbenciais constituem direito do advogado da parte vencedora, possuindo natureza remuneratória. Nessa linha de raciocínio, convém transcrever os ensinamentos de Francisco José Cahali:

A seu turno, o reembolso de honorários contratuais se contém no direito material da parte de recomposição do seu prejuízo, previsto, por exemplo, em diversas passagens do Código Civil. Pode-se também com facilidade considerar esta verba na amplitude das “despesas com a arbitragem” indicadas na Lei (art. 27). [...]

[...]

De outra parte, quanto ao reembolso dos honorários contratuais, estes representam direito material da parte, na amplitude de uma pretensão de natureza indenizatória, previsto em diversos artigos do Código Civil, como já referido. Assim, deve ser apresentado como pedido próprio e independente da parte, ao lado dos demais pedidos, caso contrário nada será devido a este título. [...] ¹⁸⁸

Para ilustrar como a questão relativa a honorários de advogado (sucumbenciais e contratuais) vem sendo resolvida na prática arbitral, convém trazer à baila dois casos concretos decididos por tribunais arbitrais distintos.

No Caso Proteus, disponível no sítio eletrônico do Governo Federal, o procedimento arbitral teve por escopo dirimir controvérsia oriunda de contratação de produtor independente de energia, celebrada em 29 de janeiro de 2002, entre

¹⁸⁵ Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

¹⁸⁶ Art. 395. Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

¹⁸⁷ Art. 404. As perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional.

¹⁸⁸ CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação, conciliação, tribunal multiportas. 9. ed. rev., ampl., e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 310-311.

Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial (CBEE), empresa pública criada pelo Decreto nº 3.900, de 29 de agosto de 2001, e extinta em 2006, na qualidade de contratante, e Proteus Power Brasil Ltda. (produtora independente de energia), na qualidade de contratada.

No aditamento e consolidação do termo de arbitragem, as partes, de comum acordo, afastaram a possibilidade de a sentença arbitral fixar a responsabilidade por honorários advocatícios contratuais, mas divergiram quanto à incidência de honorários advocatícios sucumbenciais, deixando que a questão fosse dirimida pelo tribunal arbitral no momento oportuno, conforme demonstram os itens 13.2 e 13.3 do aditamento e consolidação do termo de arbitragem¹⁸⁹, a saber:

13.2 O Tribunal Arbitral disciplinará, quando da prolação de sentença arbitral, a respeito da alocação das custas e despesas do procedimento de acordo com a sucumbência. A sentença arbitral não fixará responsabilidade por honorários advocatícios contratuais nem pelo reembolso de despesas com assistentes técnicos e contratação de pareceres jurídicos.

13.3 As PARTES divergem sobre a incidência de honorários de sucumbência. O tema será objeto das manifestações das PARTES previstas no cronograma e de decisão do Tribunal Arbitral em momento oportuno.

Ao julgar improcedente os pedidos formulados pela Proteus, o tribunal arbitral condenou-a ao pagamento de honorários sucumbenciais em favor dos advogados da União Federal, sucessora da Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial. Ao fixar o valor dos honorários sucumbenciais, o tribunal arbitral entendeu serem inaplicáveis os critérios previstos no art. 85 do Código de Processo Civil, mas levou em consideração critérios como o zelo, o desempenho profissional, a natureza da demanda, a importância e a complexidade da causa, conforme demonstram os seguintes trechos extraídos da sentença arbitral:

[413] Diante de todo o exposto, o Tribunal Arbitral julga improcedentes os pedidos de PROTEUS, restando prejudicada a análise dos pontos controvertidos que seriam objeto de eventual segunda etapa do procedimento arbitral (indenização por danos emergentes e lucros cessantes).

XII.SUCUMBÊNCIA

[...]

[415] Considerando o princípio da causalidade e o integral indeferimento dos pedidos de PROTEUS, entende o Tribunal Arbitral que PROTEUS deverá arcar com a integralidade das custas e despesas do procedimento. Tendo PROTEUS adiantado a integralidade das custas e despesas, inexistem valores a serem ressarcidos à UNIÃO FEDERAL.

¹⁸⁹ Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/arquivos/caso_proteus_-_termo_de_arbitragem.pdf>. Acesso em: 29.10.2023.

[416] Quando da instauração da arbitragem, ambas as PARTES formularam pedido de condenação da contraparte ao pagamento de honorários sucumbenciais. Diante da divergência entre as PARTES acerca da incidência de honorários de sucumbência no momento da assinatura do Aditamento do Termo de Arbitragem, restou consignado no item 13.3234 do referido aditamento que o tema seria objeto de manifestações das PARTES e de posterior decisão do Tribunal Arbitral.

[417] Nas manifestações posteriores, as PARTES mantiveram seus pedidos, tendo a UNIÃO FEDERAL requerido que os honorários sucumbenciais fossem limitados aos parâmetros do art. 85, §3º, do CPC, em aplicação analógica ao estabelecido no Decreto nº 10.025/2019.235

[418] Tendo ambas as PARTES requerido a condenação da respectiva contraparte ao pagamento de honorários sucumbenciais e inexistindo vedação a esse respeito, o Tribunal Arbitral entende que os honorários sucumbenciais são devidos. Diante do integral indeferimento dos pedidos formulados por PROTEUS – mas tendo-se em conta a suspensão do procedimento por anos em razão da contestação da jurisdição arbitral perante o Poder Judiciário por CBEE/ UNIÃO FEDERAL (a final julgada improcedente) – o Tribunal Arbitral condena PROTEUS ao pagamento de R\$ 1.500.000,00 em favor dos patronos da UNIÃO FEDERAL. A alentada verba honorária fixada, que está dentro dos limites do art. 85 do CPC, como pleiteado pela própria UNIÃO FEDERAL, leva em conta o trabalho dos advogados e a dificuldade da causa, ancorando-se no princípio da causalidade, mas também levando em conta a extremada duração do processo causada pela parte que, a final, sagrou-se vencedora.

[419] Apesar de o Código de Processo Civil não ser aplicável ao presente caso, o Tribunal Arbitral ressalta que o valor dos honorários advocatícios não extrapolou os limites do art. 85 do CPC que, se fosse aplicado literalmente, geraria verba honorária de R\$ 10.799.115,78, totalmente incompatível com a realidade destes autos. Mas ainda que fosse o caso de aplicação literal e direta do dispositivo em questão, deveria ser levado em consideração que a anormal duração deste processo deveu-se exclusivamente às preliminares de jurisdição arguidas por CBEE, preliminares estas repelidas – depois de longo processamento, com interposição de recursos – pelo Poder Judiciário. O resultado a que se chegaria, portanto, seria equivalente.

[420] O Tribunal Arbitral ressalta que a não aplicação dos parâmetros constantes do art. 85 do Código de Processo Civil não caracteriza julgamento por equidade, na medida em que as PARTES não acordaram em aplicar o Código de Processo Civil, ainda que subsidiariamente, ao presente procedimento arbitral. Daí porque o Tribunal Arbitral fixou o valor dos honorários com fundamento em princípios processuais (avaliando ainda o zelo e desempenho profissional, a natureza da demanda e a importância e complexidade da causa), estes sim aplicáveis ao caso concreto.¹⁹⁰

Em outro caso, oriundo de contrato de concessão de transporte coletivo de passageiros, firmado entre o Município de São Paulo e a empresa Ambiental Transportes Urbanos S.A., o tribunal arbitral não acolheu o pedido de condenação em honorários sucumbenciais, seguindo o entendimento doutrinário majoritário no sentido de que as disposições acerca dos honorários advocatícios sucumbenciais previstas

¹⁹⁰ Procedimento Arbitral FGV 01/2003 – Partes: Proteus Power Brasil Ltda (Requerente) e União Federal (Requerida) – Tribunal Arbitral: Carlos Alberto Carmona (Presidente), Juarez Freitas (coárbitro) e Sérgio Antônio Silva Guerra (coárbitro) – Data da sentença: 20.07.2022. Disponível em: <<https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/arquivos/fgv-01-2003-2022-07-20-sentenca-arbitral.pdf>>. Acesso em: 29.10.2023.

no Código de Processo Civil não se aplicam automaticamente à arbitragem, exceto se houver acordo entre as partes na convenção arbitral ou no termo de arbitragem ou se houver previsão de honorários sucumbenciais no regulamento da câmara arbitral escolhida pelas partes. Nesse sentido, confirmam-se os seguintes trechos da sentença arbitral:

216. O segundo ponto é o atinente aos honorários advocatícios.

217. O Código de Processo Civil (CPC) tem um sistema peculiar de condenação da parte derrotada ao pagamento de honorários advocatícios em favor do patrono da parte vencedora (art. 85). O art. 23 da Lei 8.906/1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil – EOAB) prevê que tais honorários pertencem ao advogado, não à parte. Esse sistema não é comum na experiência internacional, na qual se prevê com mais frequência o ressarcimento à parte vencedora de um valor razoável correspondente às despesas com a defesa do seu direito.

218. A experiência peculiar brasileira tem provocado amplo debate sobre a aplicação do sistema do CPC à arbitragem. Há poucos defensores da posição de que a condenação em honorários de sucumbência diretamente em favor dos patronos da parte vencedora se estende à arbitragem por força de lei, sem avença expressa das partes nesse sentido. A visão amplamente majoritária é que o regime do CPC não se aplica de modo automático na arbitragem, exigindo pacto das partes. Segundo esta visão majoritária, não havendo acordo específico, caberá aplicar as regras gerais da Lei de Arbitragem e do regulamento eventualmente escolhido pelas partes para definir os termos do ressarcimento por honorários advocatícios como um dos elementos das despesas da arbitragem.

219. No caso em exame, não há previsão expressa de honorários advocatícios de sucumbência na convenção de arbitragem nem no Termo de Arbitragem. As Partes também divergem quanto a esse ponto, uma vez que a Ambiental formula pleito de condenação em honorários em favor de seus advogados e o Município pleiteia o reconhecimento do descabimento de honorários advocatícios de sucumbência e, apenas de modo sucessivo, a condenação em honorários também em favor de seus patronos, observado neste caso o art. 85, § 3º, do CPC.

220. O Tribunal Arbitral, por maioria de votos, vencido o Árbitro Regis Fernandes de Oliveira, adota a visão doutrinária prevalecente para considerar incabível a condenação em honorários advocatícios de sucumbência em face da inexistência de acordo entre as Partes para a sua aplicação neste procedimento arbitral. O Tribunal Arbitral também afasta desde já a possibilidade de ressarcimento de honorários advocatícios contratuais, uma vez que nenhuma das Partes pleiteou tal ressarcimento, restringindo seus pedidos principais ou sucessivos a honorários advocatícios de sucumbência na forma do art. 85 do CPC. O Tribunal Arbitral esclarece que, caso haja acordo expresse (negócio processual) entre as Partes em sentido diverso ao longo do prosseguimento da arbitragem, a sentença arbitral final o levará em consideração.

[...]

5 DISPOSITIVO

221. Diante dos fundamentos detalhados nos tópicos anteriores e na forma do item 9.2(6) do Termo de Arbitragem, tendo em vista ainda o poder conferido pelas Partes ao Tribunal Arbitral para proferir sentenças parciais, conforme o item 9.10 do Termo de Arbitragem e o art. 23, §1º da Lei de Arbitragem, o Tribunal Arbitral, por maioria de votos ou por unanimidade, conforme indicado na declaração de voto do Árbitro Regis Fernandes de Oliveira que é incluída como Anexo e parte integrante desta sentença,

mediante SEGUNDA SENTENÇA PARCIAL, decide:

[...]

f) DEFINIR, em julgamento de parcial improcedência do pedido constante do item 5.4 (l) do Termo de Arbitragem e de procedência do pedido principal constante do item 5.6 (f) do Termo de Arbitragem, que na sentença arbitral final não serão fixados honorários advocatícios de sucumbência em favor dos Patronos de qualquer das Partes nem será determinado o ressarcimento de honorários advocatícios contratuais como parte das despesas da arbitragem;¹⁹¹

Nas arbitragens para dirimir litígios que envolvam a Administração Pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, o § 6º do art. 9º do Decreto Federal nº 10.025/2019 dispõe que, na hipótese de condenação em honorários advocatícios, deverão ser observadas as disposições do art. 85 do Código de Processo Civil, excluindo-se o ressarcimento de honorários advocatícios contratuais, nestes termos:

Art. 9º [...]

[...]

§ 6º Na hipótese de condenação em honorários advocatícios, serão observadas as regras estabelecidas no art. 85 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil, excluído o ressarcimento, por quaisquer das partes, de honorários contratuais.

De modo semelhante, o Decreto Estadual nº 64.356, de 31 de julho de 2019, que disciplina o uso da arbitragem para resolução de conflitos em que a Administração Pública direta do Estado de São Paulo e autarquias estaduais sejam parte, exige que as convenções arbitrais prevejam, ao mesmo tempo, a aplicação, por analogia, do regime de honorários sucumbenciais previsto no Código de Processo Civil e a proibição de ressarcimento de honorários contratuais, nos termos do item 7 do § 1º do art. 4º do Decreto Estadual nº 64.356/2019 , que assim dispõe:

Artigo 4º - A Procuradoria Geral do Estado será responsável pela redação das convenções de arbitragem a serem utilizadas pela Administração Pública direta e suas autarquias.

§ 1º - As convenções de arbitragem deverão conter os seguintes elementos:

[...]

7. a vedação de condenação da parte vencida ao ressarcimento dos honorários advocatícios contratuais da parte vencedora, aplicando-se por

¹⁹¹ Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC) – Procedimento Arbitral nº 41/2019/SEC7 – Partes: Ambiental Transportes Urbanos SA (Requerente) vs. Município de São Paulo (Requerido) – Tribunal Arbitral: Cesar Augusto Guimarães Pereira (Presidente) Cristina Margarete Wagner Mastrobuono (Coárbitra) e Regis Fernandes de Oliveira (Coárbitro) – Data da Sentença Arbitral: 19.07.2021. Disponível em: <[https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/procuradoria_geral/segunda%20sentenca%20parcial\(1\).pdf](https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/procuradoria_geral/segunda%20sentenca%20parcial(1).pdf)>. Acesso em 31/10/2023.

analogia o regime de sucumbência do Código de Processo Civil (Lei federal nº 13.105, de 16 de março de 2015).

A doutrina diverge acerca do enquadramento dos honorários contratuais como despesas na arbitragem. Francisco José Cahali¹⁹² entende que os honorários contratuais enquadram-se no conceito de *despesas*, previsto no art. 27 da Lei nº 9.307/96, que assim dispõe:

Art. 27. A sentença arbitral decidirá sobre a responsabilidade das partes acerca das custas e despesas com a arbitragem, bem como sobre verba decorrente de litigância de má-fé, se for o caso, respeitadas as disposições da convenção de arbitragem, se houver.

Ricardo de Carvalho Aprigliano e Flávio Luiz Yarshell, por outro lado, entendem que os honorários contratuais não fazem parte das despesas com arbitragem, previstas no art. 27 da Lei nº 9.307/96, de modo que, não havendo pedido expresso de condenação em honorários contratuais, a sentença arbitral não poderá incluir, a título de despesas com arbitragem, o valor dos honorários contratuais na condenação.¹⁹³

Na esfera judicial, o Superior Tribunal de Justiça possui decisões conflitantes acerca da possibilidade de ressarcimento de honorários convencionais. Nessa sorte de ideias, há decisões do Superior Tribunal de Justiça entendendo que os artigos 389, 395 e 404 do Código Civil autorizam o pedido de ressarcimento de honorários convencionais quando a parte vencedora da demanda tiver contratado advogado para patrociná-la em juízo. Ao mesmo tempo, há decisões que entendem não ser possível pedido de indenização de honorários convencionais, sob o argumento de que o valor gasto com a contratação de advogado para ajuizamento de ação, por si só, não constitui ilícito passível de indenização. Para demonstrar essa dubiedade de

¹⁹² CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação, conciliação, tribunal multiportas. 9. ed. rev., ampl., e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 310.

¹⁹³ Para mais clareza, cumpre transcrever a opinião dos aludidos autores: “[...] Outros, e nos incluímos entre eles, consideram que o reembolso de honorários contratuais pode ser objeto de pedido próprio das partes, com fundamento nas regras do Código Civil e no princípio geral de reparação integral dos danos, e que tal rubrica não integra as custas e despesas do art. 27 da Lei de Arbitragem. Por essa razão, sem que haja pedido expresso da parte, o Tribunal Arbitral não poderá incluir tais verbas entre aquelas reembolsáveis, como resultado do julgamento do mérito da causa.” (APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; YARSHELL, Flávio Luiz. Honorários de sucumbência e honorários contratuais em arbitragem. In: MACHADO FILHO, José Augusto Bitencourt et al. (org.). **Arbitragem e processo**: homenagem ao prof. Carlos Alberto Carmona. São Paulo: Quartier Latim, 2022, p. 445)

entendimento existente no Superior Tribunal de Justiça, cumpre transcrever a ementa de dois acórdãos em sentidos diametralmente opostos:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. VALORES DESPENDIDOS A TÍTULO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS. PERDAS E DANOS. PRINCÍPIO DA RESTITUIÇÃO INTEGRAL.

1. Aquele que deu causa ao processo deve restituir os valores despendidos pela outra parte com os honorários contratuais, que integram o valor devido a título de perdas e danos, nos termos dos arts. 389, 395 e 404 do CC/02.
2. Recurso especial a que se nega provimento.¹⁹⁴

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. HONORÁRIOS CONTRATUAIS. NÃO CABIMENTO. DECISÃO MANTIDA.

1. Esta Corte possui entendimento firmado no sentido de que os custos decorrentes da contratação de advogado para ajuizamento de ação, por si só, não constituem ilícito capaz de ensejar danos materiais indenizáveis. Precedentes da Segunda Seção.
2. Agravo regimental desprovido.¹⁹⁵

Recentemente, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu que os honorários de advogado previstos nos artigos 389, 395 e 404 do Código Civil referem-se aos honorários contratuais pagos para adoção de providências extrajudiciais decorrentes do inadimplemento, e não aos honorários contratuais pagos para atuação do advogado em juízo. Confira-se:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSO CIVIL (CPC/2015). AÇÃO DE DESPEJO. ALEGADO ERRO MATERIAL NA CONDENAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. INCLUSÃO DE HONORÁRIOS CONTRATUAIS. IMPOSSIBILIDADE DE COBRANÇA EM CASO DE ATUAÇÃO EM JUÍZO. PRECEDENTES. SÚMULA N. 83/STJ. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. A orientação jurisprudencial da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, sedimentada por ocasião do julgamento dos EREsp 1.155.527/MG, (Rel. Ministro Sidnei Beneti, DJe 28/6/2012), é no sentido de que apenas os honorários contratuais pagos para a adoção de providências extrajudiciais decorrentes do inadimplemento são compreendidos pelo termo "honorários de advogado" previsto pelos arts. 389, 395 e 404 do Código Civil, excluindo-se os honorários contratados para a atuação judicial.
2. Agravo interno desprovido.¹⁹⁶

¹⁹⁴ STJ – REsp nº 1.134.725 – Rel. Min. Nancy Andrighi – Órgão julgador: Terceira Turma – Votação unânime – Data do julgamento: 14.06.2011.

¹⁹⁵ STJ - AgRg no AREsp nº 477.296 – Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira – Órgão julgador: Quarta Turma – Votação unânime – Data do julgamento: 16.12.2014.

¹⁹⁶ STJ – AgInt no AREsp nº 2.482.522 – Rel. Marco Aurélio Bellizze – Órgão julgador: Terceira Turma – Votação unânime – Data do julgamento: 15.04.2024.

Postas tais considerações, conclui-se que os honorários advocatícios de sucumbência constituem uma peculiaridade do processo civil estatal, inaplicável na jurisdição arbitral caso a convenção de arbitragem, o termo de arbitragem e o regulamento da câmara arbitral sejam omissos a respeito da incidência de honorários advocatícios sucumbenciais. Primeiro, porque a representação por advogado não é obrigatória no processo arbitral, mas facultativa. Segundo, porque a Lei de Arbitragem não determina a incidência de honorários sucumbenciais no processo arbitral.

Dessa forma, a sentença arbitral somente pode condenar a parte vencida a pagar honorários de sucumbência ao advogado da parte vencedora se essa possibilidade estiver prevista no regulamento da câmara arbitral escolhida pelas partes ou se as partes tiverem admitido, expressamente, na convenção de arbitragem ou no termo de arbitragem, a fixação de honorários advocatícios de sucumbência por ocasião do julgamento da demanda.

A faculdade de as partes previrem a responsabilidade pelo pagamento de honorários sucumbenciais na convenção de arbitragem ou no termo de arbitragem está prevista no inciso V do artigo 11 da Lei nº 9.307/96¹⁹⁷, ao referir-se, de forma genérica, a *honorários*, sem distinguir entre honorários de advogado, honorários de assistentes técnicos, honorários de peritos etc.

Quanto aos honorários advocatícios convencionais, o posicionamento aqui adotado é no sentido de que cabe às partes pleitear o ressarcimento dessas verbas nas suas alegações iniciais, ainda que inexistir previsão acerca do ressarcimento de honorários contratuais na convenção de arbitragem ou no termo de arbitragem, exceto se as partes, de comum acordo, afastarem a possibilidade de ressarcimento de honorários contratuais na convenção de arbitragem ou no termo de arbitragem. Isso porque, apesar das decisões do Superior Tribunal de Justiça que negam direito ao reembolso de honorários contratuais pagos para atuação de advogado em juízo, os artigos 389, 395 e 404 do Código Civil não distinguem entre honorários advocatícios pagos para atuação judicial do advogado e honorários advocatícios pagos para atuação extrajudicial.

¹⁹⁷ Art. 11. Poderá, ainda, o compromisso arbitral conter:

[...]

V - a declaração da responsabilidade pelo pagamento dos honorários e das despesas com a arbitragem; e

Ademais, se os honorários advocatícios contratuais não puderem ser indenizados, a parte vencedora da demanda jamais logrará recompor integralmente os prejuízos que auferiu em decorrência do ato ilícito praticado pela parte contrária. Deve-se dar primazia, nesse caso, ao princípio da reparação integral.

Todavia, a questão torna-se complexa quando a parte vencedora da demanda for a Administração Pública, pois os advogados públicos não são remunerados por meio de honorários contratuais. O vínculo jurídico entre a Administração Pública e seus advogados pode ser de natureza estatutária ou de natureza trabalhista, a depender do regime jurídico a que estiverem adstritos – regime jurídico estatutário ou regime jurídico celetista –, inexistindo, portanto, contrato de prestação de serviços entre o advogado público e a Administração. Diante do exposto, de que forma a Administração Pública pode pleitear o ressarcimento de honorários convencionais?

Pois bem, o ordenamento jurídico veda o enriquecimento sem causa. Nesse sentido, dispõe o art. 844 do Código Civil: “Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”.

Além da Administração Pública, há pessoas jurídicas de direito privado que também criam departamento jurídico próprio, mediante a contratação de advogados empregados.

Quem contrata advogados assalariados (empregados ou servidores públicos), para atuar no foro em geral (em todas as causas em que o contratante venha a ser parte), não pode receber tratamento desigual em relação àquele que opta por contratar advogado autônomo ou escritório de advocacia mediante pagamento de honorários. Afinal, a contratação de advogados assalariados também implica custos elevados, envolvendo encargos sociais, encargos previdenciários, encargos tributários, encargos trabalhistas, despesas com manutenção de estrutura física, *inter alia*.

Diante da dificuldade de mensuração do valor dos honorários contratuais nesses casos, propõem-se as seguintes soluções:

- a) arbitramento de honorários convencionais: quando a apuração do valor dos honorários convencionais depender de produção de prova, cuja realização seja

demorada ou excessivamente onerosa, à semelhança do que dispõem o inciso II¹⁹⁸ do art. 491 e o inciso I¹⁹⁹ do art. 509 do Código de Processo Civil; ou

- b) aplicação das tabelas de honorários fixadas pelos Conselhos Seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil.

Em suma, havendo pedido da parte vencedora de reembolso de honorários advocatícios contratuais nas suas alegações iniciais, deverá a sentença arbitral dispor sobre a responsabilidade pelo ressarcimento de honorários advocatícios contratuais, desde que não tenha havido renúncia expressa das partes ao ressarcimento de honorários contratuais na convenção arbitral ou no termo de arbitragem.

3.16 Da utilização da arbitragem para dirimir conflitos resultantes de contratações de bens e serviços comuns licitáveis por meio da modalidade pregão

Consideram-se *comuns* os bens e os serviços cujos padrões de desempenho e de qualidade possam ser objetivamente definidos no edital de licitação por meio de especificações usuais de mercado, conforme conceito previsto no inciso XIII do art. 6º da Lei nº 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações), a saber:

Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:

[...]

XIII - bens e serviços comuns: aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade podem ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado;

Geralmente, os bens e os serviços comuns possuem características padronizadas, podendo ser encontrados a qualquer tempo em um mercado próprio.

¹⁹⁸ Art. 491. Na ação relativa à obrigação de pagar quantia, ainda que formulado pedido genérico, a decisão definirá desde logo a extensão da obrigação, o índice de correção monetária, a taxa de juros, o termo inicial de ambos e a periodicidade da capitalização dos juros, se for o caso, salvo quando:

[...]

II - a apuração do valor devido depender da produção de prova de realização demorada ou excessivamente dispendiosa, assim reconhecida na sentença.

¹⁹⁹ Art. 509. Quando a sentença condenar ao pagamento de quantia ilíquida, proceder-se-á à sua liquidação, a requerimento do credor ou do devedor:

I - por arbitramento, quando determinado pela sentença, convencionado pelas partes ou exigido pela natureza do objeto da liquidação;

Segundo Marçal Justen Filho, “[...] objeto comum é aquele disponível no mercado, que não apresenta variações significativas de qualidade”.²⁰⁰

Além disso, os bens comuns podem ser facilmente substituídos por outros da mesma espécie, não importando quem seja o seu fabricante. Essa substituição dá-se sem alteração de qualidade e de desempenho do produto.

Porém, a fungibilidade e a facilidade de encontrar um produto no mercado não são requisitos imprescindíveis para que ele seja considerado comum. Isso porque, mesmo que o produto inexista no mercado, ele pode ser considerado comum, contanto que possa ser objetivamente descrito no edital de licitação. Nessa ordem de ideias, ainda que o fabricante tenha de criar um produto que se adapte às exigências específicas de determinado comprador, é possível considerá-lo bem comum, desde que qualquer fornecedor do ramo possa fabricá-lo apenas com base nas especificações definidas objetivamente no edital de licitação.

No que se refere à complexidade do objeto, o art. 29 da Lei nº 14.133/21 não prevê a complexidade do objeto como critério norteador da escolha da modalidade licitatória. Veja-se:

Art. 29. A concorrência e o pregão seguem o rito procedimental comum a que se refere o art. 17 desta Lei, adotando-se o pregão sempre que o objeto possuir padrões de desempenho e qualidade que possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado.

Dessa forma, a complexidade do objeto não afasta a possibilidade de manejo do pregão, desde que o objeto licitado possa ser objetivamente definido no edital de licitação mediante especificações usuais de mercado. Uma aeronave, por exemplo, pode ser considerada bem comum, licitável por meio da modalidade pregão, desde que seus padrões de desempenho e de qualidade possam ser objetivamente definidos no edital de licitação mediante especificações usuais adotadas no mercado aeronáutico, conforme já decidiu o Tribunal de Contas da União:

6. Considero aplicável a modalidade pregão adotada para a aquisição em tela, uma vez que não vislumbro, no caso concreto, infringência ao disposto no art. 1º da Lei nº 10.520/2002, e nem prejuízos ao resultado do certame decorrentes do uso do pregão. A aeronave licitada é um bem cujos padrões de desempenho e qualidade foram objetivamente definidos pelo edital mediante especificações usuais adotadas no mercado aeronáutico, ou seja,

²⁰⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**: Lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 443.

são inteligíveis a todos os licitantes que possuem condições de fornecer o referido bem e estejam interessados em participar do certame. Assim, para os fins previstos na lei, a aeronave em tela pode ser considerada um bem comum.

7. A unidade técnica, ao defender o entendimento de que a regularidade da utilização da modalidade pregão para a compra de aeronaves não é uma regra geral, transcreveu excerto do voto condutor do Acórdão 2406/2006-TCU-Plenário (item 19.2 do relatório precedente). Concordo que a utilização de pregão para a aquisição de objetos da espécie precisa ser cuidadosamente avaliada pela Administração e deve obedecer aos ditames da lei e regulamento aplicáveis a essa modalidade. No entanto, é fato que o pregão é cada vez mais utilizado para as contratações de bens e serviços pelo Poder Público, pelas vantagens intrínsecas do modelo. Nesse sentido, observo que o autor do mencionado voto, Ministro Marcus Vilela, assinalou que pregões para a aquisição de aeronaves já foram realizados por outros órgãos, cujos bons resultados demonstraram a viabilidade do procedimento. Naquela oportunidade discutia-se o Pregão Presencial nº 21/2006, promovido pela Coordenação-Geral de Logística do Ministério da Justiça, para aquisição de 28 aeronaves, dentre elas 16 helicópteros.

8. Desse modo, entendo que possam ser acolhidas as razões de justificativa apresentadas pelos responsáveis e considerar regular a realização do Pregão nº 540/2004.²⁰¹

Segundo a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, não é o grau de complexidade do objeto que define se um bem ou um serviço podem ser considerados comuns ou não. Com base nesse entendimento, o Plenário do Tribunal de Contas da União admitiu a possibilidade de adoção da modalidade pregão para contratação de serviços de elaboração de estudo de impacto ambiental, conforme demonstram os seguintes trechos extraídos do Acórdão nº 1.039/2010 (Plenário):

Em resposta, entre outros argumentos, a CDRJ afirmou estar disponível “imensa quantidade” de informações e de dados históricos que facilitariam a elaboração do EIA/Rima, além de ser aplicável a Instrução Técnica n.º 034/2009 do Instituto Estadual do Ambiente do Estado do Rio de Janeiro (Inea), o qual definiria o objeto e o detalhamento de estudos e de relatórios de impacto ambiental.

Tais fatos seriam suficientes para caracterizar um ambiente de mercado em que é desejável a realização de pregão para a contratação de serviços. Em assim sendo, independentemente de se tratar ou não de serviço de engenharia complexo, conforme alegado pelo representante, o objeto do certame em análise se incluiria no grupo de serviços considerados comuns, requisito necessário para a contratação via pregão. Isto, porque não é o grau de complexidade do objeto ou a área do conhecimento necessário para produzi-lo que definem se um bem ou um serviço podem ou não ser considerado comum. Para isto, necessário sim haver a possibilidade de que, uma vez descrito, o objeto seja identificável, pelos potenciais prestadores do serviço e pelo contratante, e ainda que este seja ofertado no mercado com características que não variem muito conforme o fornecedor.

No entanto, ainda ausentes dos autos evidências do que a CDRJ afirmara, determinei fosse ouvido o Inea, em especial, sobre a suficiência dos dados

²⁰¹ TCU – Acórdão nº 157/2008 – Rel. Min. Raimundo Carreiro – Órgão julgador: Plenário – Data da sessão: 13 fev. 2008.

que a Companhia mencionou, e ainda sobre a existência de métodos padronizados para a realização de levantamento complementar de dados eventualmente necessário.

Foi então entrevistado o Coordenador de Avaliação dos EIA/RIMA no Inea, [...] que, em suma, confirmou as informações fornecidas pela CDRJ, afirmando não haver dificuldades para que a empresa responsável pelo serviço venha a obter os dados necessários para a execução do contrato que será firmado.

Concluiu, então, pela improcedência da representação tratada nestes autos, não restando impedimento para que seja contratada a empresa vencedora do certame.²⁰²

De acordo com o entendimento da Advocacia Geral da União, os conflitos oriundos de contratações de bens e serviços comuns, que são aquelas contratações que possuem objetos e procedimentos padronizados, licitáveis por meio da modalidade pregão, são incompatíveis com a arbitragem, pois a impossibilidade de interposição de recursos contra as sentenças arbitrais daria ensejo a decisões díspares, prejudicando a padronização dessas contratações sob os mais diversos aspectos, a saber: objeto, procedimento, minutas de editais e de contratos, sanções etc.

Para a Advocacia Geral da União, a arbitragem deve ser reservada apenas aos contratos de alta complexidade técnica, os quais, pela própria natureza, admitem soluções técnicas específicas para problemas complexos, como é o caso dos contratos regidos pela Lei das Concessões (Lei nº 8.987/95) e pela Lei das Parcerias Público-Privadas (Lei nº 11.079/04).

Portanto, para a Advocacia Geral da União, as controvérsias resultantes de contratações de bens e serviços comuns devem ser submetidas ao Poder Judiciário, conforme demonstram os seguintes trechos extraídos do parecer nº 00007/2022/ADVNEA/NEA/CGU/AGU:

46. A partir da experiência já conhecida nas arbitragens envolvendo a Administração Pública dos diversos entes da federação, pode-se afirmar que a celeridade obtida por meio da ausência de recursos – e outras características da jurisdição arbitral – se adequa fundamentalmente para contratos celebrados pela Administração Pública, nas modalidades de concessão e PPP, bem como para empreendimentos na área de infraestruturas públicas em geral e para contratos de alta complexidade técnica. É importante ressaltar que cada contrato merece uma análise concreta, mas, em geral, nesses tipos de contratações, eventuais conflitos surgidos não podem se alongar por longos anos, sob pena de gerar prejuízo à prestação do serviço ou à operação da infraestrutura ou até inibir investimento considerados prioritários.

²⁰² TCU – Acórdão nº 1.039/2010 – Rel. Min. Raimundo Carreiro – Órgão julgador: Plenário – Data da sessão: 12 mai. 2010.

47. De outra parte, em contratações de bens e serviços comuns – como se verá adiante – que demandam processos padronizados, por ex., a impossibilidade de interpor recursos contra a sentença arbitral pode ensejar mais desvantagens que vantagens, pois a consequência direta da irrecorribilidade é a ausência da previsibilidade e da uniformidade das decisões proferidas.

48. Dito de outro modo, em contratações estandardizadas, o que se almeja – com base do princípio da segurança jurídica – é a adoção de decisões jurisdicionais de forma igualmente padronizadas, o que só é possível alcançar com a revisão jurisprudencial a partir da métrica dos órgãos recursais, como ocorre na jurisdição estatal. Nesses casos, a irrecorribilidade do laudo arbitral pode ser incompatível com a necessidade de uniformização de entendimentos jurídicos sobre temas semelhantes e repetitivos presentes na dinâmica da Administração Pública.

49. Considerando as ponderações apresentadas, é certo que a arbitragem não serve para a resolução de controvérsias para todo e qualquer tipo de contrato ou até litígio contratual público. [...]

50. A simples disponibilidade do direito – critério geral que permite os particulares se valerem da arbitragem como resolução de conflitos –, por si só, não será suficiente para delimitar as matérias passíveis de arbitragem no âmbito da Administração Pública. Caberá ao administrador avaliar, com base nas características do procedimento, os parâmetros definidos como essenciais para a celebração de convenção arbitral de acordo com a complexidade e especificidades do caso.

[...]

86. Pois bem, com relação ao pregão, pode-se dizer que a padronização abrange todos os seus aspectos: o objeto licitado, o rito procedimental, as minutas previamente elaboradas pela assessoria jurídica[35], as sanções a serem aplicadas, etc.

[...]

107. Assim, deve-se analisar qual o sentido, o conteúdo e o alcance do artigo 151 da Lei nº 14.133/2021.

108. Desta forma, em que pese o dispositivo aparentemente estar aberto à utilização em qualquer hipótese de contratação, relativamente às contratações de bens e serviços comuns, há que se analisar todo o contexto em que se apresenta o instituto da arbitragem.

109. Como já foi dito, quando se trata de arbitragem, busca-se, em princípio, uma solução técnica e específica para problemas complexos que não encontram paralelo ou similaridade com outros casos. Assim, a arbitragem envolve situações não padronizadas, cujos aspectos demandam uma análise singularizada.

[...]

111. Vê-se, desta forma, que a arbitragem é instituto antitético ao da padronização, uniformização e estandardização. [...]

[...]

113. Como já mencionado, a arbitragem busca a singularização, ao passo que as contratações de bens e serviços comuns visam exatamente ao oposto: a padronização dos procedimentos e soluções que envolvem tais objetos.

[...]

115. O princípio da padronização a que alude o dispositivo não é apenas com relação às aquisições em si, mas congrega todos os procedimentos, inclusive os decisórios, que circundam as contratações de bens e serviços comuns.

116. Assim, a padronização almejada diz respeito a todos os aspectos desse tipo de contratação, já que – como visto – não é desejável que os contratos rotineiros da Administração Pública recebam tratamentos díspares.

[...]

118. O mesmo entendimento se aplica à contratação de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão-de-obra – os denominados contratos de terceirização –, em que a necessidade de observância de ritos e decisões uniformes é ainda mais premente.

[...]

122. Daí porque a discricionariedade prevista na norma do artigo 151 da Lei 14.133/2021 deixa de existir nos casos em que as contratações versarem sobre bens e serviços comuns, sendo inaplicável, em regra, o uso da arbitragem nessas hipóteses.

[...]

134. Pois bem, retornando ao caso sub examine, a interpretação sistemática nos leva à conclusão de que contratações oriundas da modalidade pregão não podem, em regra, submeter-se à arbitragem, independentemente da lide envolvida.

135. E isso porque, conforme buscamos demonstrar, os princípios da padronização e da economicidade admitem, como única solução, a utilização da via judicial para resolução das contendas surgidas em tais contratos.

136. Logo, ainda que a demanda verse sobre reequilíbrio econômico-financeiro, o contrato de serviço de limpeza não poderá conter cláusula compromissória, assim como não será possível a celebração do compromisso arbitral quanto a conflitos relacionados a esse tipo de ajuste.

137. Outrossim, e por decorrência de todo o exposto, os contratos oriundos da modalidade pregão não poderão ser aditados para incluir a adoção a arbitragem como meio de resolução de controvérsias, como preconiza o art. 153[46] da Lei 14.133/2021.

[...]

140. Ante todo o exposto, conclui-se que:

a) a Lei 14.133/2021, nos artigos 151 a 154, possibilitou a adoção dos meios alternativos de resolução de controvérsia aos contratos administrativos sob sua regência;

b) a opção pela arbitragem não está prevista na norma como obrigatória, mas como uma faculdade para a Administração, e não serve para resolução de controvérsias para todo e qualquer tipo de contrato ou até litígio contratual público;

c) busca-se com a arbitragem uma solução técnica e específica para problemas complexos que não encontram paralelo ou similaridade com outros casos. Assim, a arbitragem envolve situações não padronizadas, cujos aspectos demandam uma análise singularizada;

d) nas contratações de bens e serviços comuns, a arbitragem apresenta-se um instituto antitético ao da padronização, uniformização e standardização, não cabendo, em regra, para contratações de bens e serviços comuns, incluídos os contratos de terceirização;

e) caberá ao administrador avaliar, com base nas características do procedimento, os parâmetros definidos como essenciais para a celebração de convenção de arbitragem de acordo com a complexidade e especificidades do caso que demandariam celeridade e alta expertise por parte dos julgadores, sem contar a necessidade de esclarecer o motivo de um perito judicial não atender essa demanda de alta expertise; e

f) a justificativa para a adoção da arbitragem é sempre necessária e a opção do administrador pelo instituto só será válida e legítima quando atender ao interesse público em termos de custos, benefícios, competências e outros fatores relevantes que podem influenciar na decisão do gestor.²⁰³

No entanto, com o devido respeito ao entendimento firmado pela Advocacia Geral da União, não se pode impedir, de forma geral e absoluta, a utilização da arbitragem nas contratações de bens e serviços comuns.

²⁰³ BRASIL. Advocacia Geral da União. Parecer nº 00007/2022/ADVNEA/NEA/CGU/AGU. Brasília: AGU, 30 jun.2022. Disponível em: <http://www.sef.eb.mil.br/images/2022/Setembro/Parecer_00007-2022-ADVNEA-NEA-CGU-AGU.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2023.

Explica-se.

Conforme visto acima, a complexidade técnica do objeto licitado não afasta a possibilidade de adoção do pregão. Dessa forma, objetos de alta complexidade técnica podem ser considerados comuns, desde que possam ser objetivamente definidos no edital de licitação. A baixa complexidade técnica do objeto, portanto, não é requisito essencial para que a Administração possa optar pela modalidade pregão, conforme jurisprudência do Tribunal de Contas da União.

Nessa linha de raciocínio, ainda que inexista cláusula compromissória no contrato administrativo, as partes podem, durante a execução contratual, celebrar compromisso arbitral para dirimir eventuais conflitos que versem, por exemplo, sobre repactuação de custos de mão de obra ou sobre reequilíbrio econômico-financeiro em contratos de serviços comuns de execução continuada, desde que a opção pela arbitragem seja vantajosa para as partes. Isso porque a demora de um processo judicial, nesses casos, pode ocasionar a formação de passivos trabalhistas vultosos e a consequente falência do contratado ou, então, atrasar a restituição de valores pagos indevidamente ao contratado pela Administração. Dessa forma, a solução de controvérsias por meio da arbitragem em casos específicos envolvendo objetos licitáveis por meio da modalidade pregão, desde que devidamente justificada a vantajosidade da opção, não prejudica a padronização dessas contratações, pois a sentença arbitral tem seus efeitos circunscritos aos casos específicos submetidos à jurisdição arbitral, não atingindo as demais contratações da mesma espécie. Diante do exposto, havendo demonstração da vantajosidade da arbitragem, ainda que o conflito verse sobre contratação de bem ou serviço comum, haverá, necessariamente, interesse público a justificar a adoção da jurisdição arbitral.

Ademais, as arbitragens envolvendo a Administração Pública devem ser, necessariamente, de direito. Por esse motivo, os árbitros têm o dever de levar em consideração os precedentes judiciais vinculantes invocados pelas partes, seja para acolhê-los, seja para repeli-los, desde que, em cada caso, fundamentem a decisão, sob pena de posterior anulação da sentença arbitral pelo Poder Judiciário, com fundamento no art. 32, inciso III, da Lei nº 9.307/96, por violação do dever de fundamentação previsto no art. 26 da Lei nº 9.307/96, conforme será demonstrado na próxima subseção.

Assim, caso haja entendimento jurisprudencial padronizado por meio de precedentes judiciais vinculantes previstos no art. 927 do Código de Processo Civil, o

árbitro ou o tribunal arbitral deverão aplicar esses precedentes ou justificar eventual superação (overruling) ou distinção (distinguishing), assim como agem os juízes do Poder Judiciário, que também podem deixar de aplicar os precedentes judiciais vinculantes caso demonstrem a existência de superação de entendimento ou de distinção de caso, nos termos do inciso VI do § 1º do art. 489 do Código de Processo Civil, inexistindo, portanto, risco à padronização de entendimentos jurídicos.

3.17 Da vinculação do árbitro aos precedentes judiciais vinculantes e o princípio da legalidade: abordagem pragmática

O Código de Processo Civil de 2015 criou um microssistema de precedentes vinculantes, conforme lista prevista no art. 927, nestes termos:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:
 I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
 II - os enunciados de súmula vinculante;
 III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
 IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
 V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Em diversos dispositivos do Código de Processo Civil, há mecanismos destinados a assegurar a observância desses precedentes em maior ou menor grau.

No art. 311, inciso II, do Código de Processo Civil, por exemplo, está previsto que o deferimento da tutela de evidência ocorrerá independentemente da demonstração do perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, desde que as alegações de fato sejam comprovadas documentalmente e haja tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante. Veja-se:

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:
 [...]
 II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

A expressão “julgamento de casos repetitivos” abrange tanto a decisão proferida em incidente de resolução de demandas repetitivas quanto a decisão proferida em recurso especial e extraordinário repetitivos, conforme art. 928, que assim dispõe:

Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em:
I - incidente de resolução de demandas repetitivas;
II - recursos especial e extraordinário repetitivos.
Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual.

Ademais, nas causas que dispensem a fase instrutória, os incisos II e III do art. 332 do Código de Processo Civil autorizam, independentemente da citação do réu, a improcedência liminar do pedido que contrariar súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, súmula de Tribunal de Justiça sobre direito local, acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos e entendimento firmado em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

O § 4º do art. 496 do Código de Processo Civil dispensa a remessa necessária quando a sentença desfavorável à Fazenda Pública estiver fundada em súmula de tribunal superior, em acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos, em entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência e em entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.

O art. 521, inciso IV, do Código de Processo Civil dispensa caução para cumprimento provisório de sentença quando a sentença a ser provisoriamente cumprida estiver em consonância com súmula de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em conformidade com acórdão proferido no julgamento de casos repetitivos.

O art. 932, incisos IV e V, do Código de Processo Civil autoriza o julgamento monocrático pelo relator para negar ou dar provimento a recurso quando o recurso ou a decisão recorrida, respectivamente, forem contrários a entendimento firmado em sede de incidente de assunção de competência, em sede de incidente de resolução

de demandas repetitivas, em acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos, em súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em súmula do próprio tribunal.

Tem-se, ainda, o parágrafo único do art. 949 do Código de Processo Civil, que dispensa os órgãos fracionários dos tribunais de submeterem o incidente de arguição de inconstitucionalidade ao plenário ou ao órgão especial do tribunal ao qual estejam vinculados quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

E mais: os incisos III e IV do art. 988 do Código de Processo Civil preveem o cabimento de reclamação para garantir a observância de súmula vinculante, de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas e de acórdão proferido em julgamento de incidente de assunção de competência. Quanto aos acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal com repercussão geral reconhecida e aos acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, o inciso II do § 5º do art. 988 do Código de Processo Civil autoriza a propositura de reclamação para garantir a observância desses precedentes, desde que sejam esgotadas as instâncias ordinárias.

Não bastasse isso, o inciso I e II do parágrafo único art. 1.022, cumulado com o art. 489, § 1º, inciso VI, do Código de Processo Civil, consideram omissa a decisão que deixar de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento, bem como a decisão que deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção do caso sob julgamento ou a superação do entendimento.

Desse modo, as decisões judiciais devem justificar eventual distanciamento de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, em razão do dever de motivação das decisões judiciais, nos termos do inciso VI²⁰⁴ do § 1º do art. 489 do Código de Processo Civil.

²⁰⁴ Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

[...]

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

Porém, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o dever de o juiz fundamentar a não aplicação de súmula ou de precedente, previsto no inciso VI do § 1º do art. 489 do CPC, abrange apenas as súmulas e os precedentes vinculantes, e não as súmulas e os precedentes meramente persuasivos. Nesse sentido, confirmam-se os seguintes arestos:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE DIVÓRCIO E PARTILHA DE BENS. DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO. ART. 489, §1º, VI, DO CPC/15. INOBSERVÂNCIA DE SÚMULA, JURISPRUDÊNCIA OU PRECEDENTE CONDICIONADA À DEMONSTRAÇÃO DE DISTINÇÃO OU SUPERAÇÃO. APLICABILIDADES ÀS SÚMULAS E PRECEDENTES VINCULANTES, MAS NÃO ÀS SÚMULAS E PRECEDENTES PERSUASIVOS. [...]

1- Ação ajuizada em 28/09/2007. Recurso especial interposto em 13/02/2017 e atribuído à Relatora em 09/08/2017.

2- Os propósitos recursais consistem em definir: (i) se o dever de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, previsto no art. 489, §1º, VI, do CPC/15, abrange também o dever de seguir julgado proferido por Tribunal de 2º grau distinto daquele a que o julgador está vinculado; (ii) se o valor existente em previdência complementar privada aberta na modalidade VGBL deve ser partilhado por ocasião da dissolução do vínculo conjugal; (iii) se a apresentação de declaração de imposto de renda com informação incorreta tipifica litigância de má-fé; (iv) se é possível partilhar valor existente em conta bancária alegadamente em nome de terceiro.

3- A regra do art. 489, §1º, VI, do CPC/15, segundo a qual o juiz, para deixar de aplicar enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, deve demonstrar a existência de distinção ou de superação, somente se aplica às súmulas ou precedentes vinculantes, mas não às súmulas e aos precedentes apenas persuasivos, como, por exemplo, os acórdãos proferidos por Tribunais de 2º grau distintos daquele a que o julgador está vinculado.[...] ²⁰⁵

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. ART. 489, §1º, VI, DO CPC. OBRIGATORIEDADE RELACIONADA A SÚMULAS E PRECEDENTES VINCULANTES.

[...]

2. O "art. 489, §1º, VI, do CPC/15, possui, em sua essência, uma indissociável relação com o sistema de precedentes tonificado pela nova legislação processual, razão pela qual a interpretação sobre o conteúdo e a abrangência daquele dispositivo deve levar em consideração que o dever de fundamentação analítica do julgador, no que se refere à obrigatoriedade de demonstrar a existência de distinção ou de superação, limita-se às súmulas e aos precedentes de natureza vinculante, mas não às súmulas e aos precedentes apenas persuasivos" (AgInt no AREsp 1843196/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 22/09/2021).

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

[...]

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

²⁰⁵ STJ – Resp nº 1.698.774 – Rel. Min. Nancy Andrighi – Órgão julgador: Terceira Turma – Votação unânime – Data do julgamento: 1º set. 2020.

3. "Com exceção dos precedentes vinculantes previstos no rol do art. 927 do CPC, inexistente obrigação do julgador em analisar e afastar todos os precedentes, acórdãos e sentenças, suscitados pelas partes" (AgInt no AREsp 1427771/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 27/06/2019).

4. Agravo interno não provido.²⁰⁶

Postas essas considerações, há quem sustente que os precedentes judiciais vinculantes tornaram-se verdadeiras fontes formais primárias do direito, devendo, por conseguinte, ser observados pelos árbitros, conforme explica Sidnei Amendoeira Júnior.:

Entendemos que os precedentes são fontes do direito. Aliás, sempre foram (ainda que secundária). O que irá variar, portanto, é o grau de vinculação que esses precedentes, enquanto fontes do direito, impõem ao julgador, já que o artigo 927 do CPC, como dito, reúne diversos institutos diferentes, com naturezas jurídicas distintas sob uma mesma rubrica.

Os árbitros, em uma arbitragem de direito e não de equidade (art. 2º da LArb) devem sim observar, tanto quanto um juiz ou Tribunal, os precedentes judiciais. É esperado, inclusive, que os árbitros o façam, na medida que os precedentes judiciais, integram o Direito, sendo fonte do Direito.²⁰⁷

Para referido autor, somente os precedentes judiciais de eficácia *forte* podem ser considerados fontes formais primárias do Direito, mas a sua não aplicação pelo árbitro ou sua aplicação de forma incorreta não autorizam a anulação da sentença arbitral pelo Poder Judiciário, porque o *error in judicando* não constitui hipótese de anulação da sentença arbitral.

Mas existem precedentes que são fontes primárias do Direito e precedentes que não são, que vinculam e que não vinculam. Assim, são fontes primárias do Direito e devem ser observados pelos árbitros aqueles denominados pela doutrina como de vinculação forte, obrigatórios ou de eficácia legislativa, como a *ratio decidendi* oriunda das súmulas, vinculantes ou não. Já os demais "precedentes", por serem meramente persuasivos não.

[...]

Se esse precedente for de eficácia fraca, ou seja, meramente persuasivo, entendemos que não seria possível anular a sentença arbitral, sob qualquer argumento, a sentença arbitral, já que nem juízes e nem árbitros estariam vinculados a este tipo de precedentes.

Da mesma forma, tratando-se de um precedente de eficácia média, ou seja, que gere simplificação procedimental – e aqui podemos citar o disposto nos artigos 311, inciso II, 932, incisos IV e V, 1.030, inciso I, alíneas "a" e "b" – isso simplesmente não se aplicaria a arbitragem, uma vez que o

²⁰⁶ STJ – AgInt. no AREsp nº 1.907.813 – Rel. Min. Luis Felipe Salomão – Órgão julgador: Quarta Turma – Votação por unanimidade – Data do julgamento: 13 dez. 2021.

²⁰⁷ AMEIDOEIRA JÚNIOR, Sidnei. Precedentes na arbitragem. In: MACHADO FILHO, José Augusto Bitencourt et. al. (org.). **Arbitragem e processo**: homenagem ao Prof. Carlos Alberto Carmona. São Paulo: Quartier Latim, v. 2, 2022, p. 625.

procedimento arbitral seguirá o quanto determinado pelas partes e pelas regras da câmara escolhida, quando for o caso.

Por fim, então, somente os precedentes de eficácia forte seriam de fato vinculantes aos árbitros e aqui entendemos que o fato de eventualmente deixarem de ser aplicados geraria a mesmíssima consequência de um árbitro aplicar de forma incorreta ou deixar de aplicar uma determinada lei: tratar-se-á de mero erro *in judicando* que não pode sujeitar a sentença arbitral a futura anulação pelo Poder Judiciário.

[...]

Para nós, os precedentes judiciais vinculantes, de eficácia forte como dito acima, devem sim ser aplicados pelos árbitros em arbitragens de direito porque são fontes formais e primárias do Direito.²⁰⁸

Parte da literatura jurídica considera que o árbitro está adstrito aos precedentes judiciais vinculantes caso a arbitragem seja de direito e as partes escolham o direito brasileiro para dirimir a controvérsia. Para essa corrente doutrinária, a inobservância dos precedentes judiciais vinculantes pode acarretar a nulidade da sentença arbitral, visto que proferida fora dos limites da convenção de arbitragem, nos termos do inciso IV²⁰⁹ do art. 32 da Lei nº 9.307/96. Nesse sentido, prelecionam Flávio Couto Bernardes e Suélen Marine Silva:

Seguindo esse raciocínio, no tocante ao uso dos precedentes judiciais, a decisão arbitral somente será passível de nulidade se for decidida fora dos limites da convenção arbitral. Conforme já mencionado, o árbitro se vincula aos precedentes para prolatar sentença, pois se encontra adstrito à convenção de arbitragem que contém as regras e a legislação que serão utilizadas na arbitragem. Se a convenção de arbitragem nada falar sobre o uso do CPC, o árbitro terá que observar os precedentes, pois é parte da jurisdição.

[...]

A jurisdição é una, não havendo distinção entre jurisdição estatal e privada. A arbitragem apenas afasta o judiciário na resolução da lide, mas por integrar o sistema jurídico deve se ater à legislação. No caso da arbitragem de direito o árbitro vincula a todo o sistema, incluindo os precedentes. Na arbitragem institucional, se a Câmara escolhida utilizar o CPC o árbitro está vinculado aos precedentes, e na arbitragem *ad hoc* apenas se as partes optarem pela aplicação da legislação processual brasileira o árbitro estará vinculado aos precedentes ao proferir sentença arbitral.

Assim, conclui-se que a decisão arbitral vincula ao uso dos precedentes instituídos pelo artigo 927 § 5º do novo CPC caso as partes, no gozo da autonomia da vontade, optem pelo uso da legislação brasileira. Importante ressaltar que o árbitro poderá utilizar as técnicas do *distinguishing* e do *overruling* para afastar o uso dos precedentes, mas sempre os mencionando

²⁰⁸ AMEIDOEIRA JR, Sidnei. Precedentes na arbitragem. In: MACHADO FILHO, José Augusto Bitencourt et. al. (org.). **Arbitragem e processo**: homenagem ao Prof. Carlos Alberto Carmona. São Paulo: Quartier Latim, v. 2, 2022, p. 625, 626 e 633.

²⁰⁹ Art. 32. É nula a sentença arbitral se:

[...]

IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem;

na decisão para não incorrer em nulidade do artigo 32, IV da lei nº 9.307 de 1996.²¹⁰

Luis Felipe Salomão e Rodrigo Fux (2020, p. 12-14), após distinguir os precedentes judiciais em dois níveis de eficácia (vinculante e persuasiva), aduzem que, nas arbitragens de direito regidas pela legislação nacional, os árbitros são obrigados a respeitar os precedentes de eficácia vinculante, que são aqueles precedentes cujo descumprimento enseja a propositura de reclamação, na forma do art. 988, incisos III e IV e § 5º, inciso II, do Código de Processo Civil²¹¹, a saber: súmulas vinculantes, decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, acórdãos resultantes de recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida, acórdãos proferidos em julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos, acórdãos proferidos nos incidentes de resolução de demandas repetitivas e acórdãos proferidos nos incidentes de assunção de competência. Quanto aos precedentes de eficácia persuasiva, referidos autores entendem que, embora os árbitros não sejam obrigados a seguir os precedentes persuasivos, não podem, por outro lado, desconsiderá-los de forma desmotivada, sob pena de violação do dever de motivação e de fundamentação de suas decisões. Ao final, concluem os autores que, conquanto os precedentes possuam diferentes níveis de eficácia, todos devem ser observados pelos árbitros em alguma medida quando as partes escolherem a legislação brasileira para reger a controvérsia. Para mais clareza, cumpre transcrever os seguintes trechos de artigo publicado pelos aludidos autores:

Em linhas substanciais, o novo Código de Processo Civil basicamente subdividiu os precedentes em dois tipos: os persuasivos e os vinculantes.
[...]

²¹⁰ BERNARDES, Flávio Couto; SILVA, Suélen Marine. A (não) vinculação dos precedentes às decisões proferidas em sede de arbitragem sob a ótica do novo Código de Processo Civil. **Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva**, Goiânia, v. 5, n. 1, p. 165-183, jan./jun. 2019. Disponível em: <<https://indexlaw.org/index.php/direitocivil/article/view/5656/pdf>>. Acesso em: 22 jan. 2024, p. 179 e 180

²¹¹ Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

[...]

III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência;

[...]

§ 5º É inadmissível a reclamação:

[...]

II – proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias.

[...]

Diante deste cenário, em nível acadêmico, pensamos que é imperativo, nas arbitragens de direito sob a égide da legislação nacional, que os árbitros observem os precedentes vinculantes, tendo em conta que os precedentes compõem o ordenamento jurídico mesmo que a lei seja interpretada em sentido formal. [...]

Assim sendo, apesar de a arbitragem conferir significativa autonomia às partes e aos julgadores, a partir do momento em que elegem o Direito brasileiro como conjunto de regras aplicável à resolução da contenda, o árbitro e o procedimento não estão alheios ao ordenamento jurídico, o que impede o afastamento dos precedentes judiciais, os quais foram definidos como fonte do Direito brasileiro pelo legislador.

[...]

Da mesma maneira como ocorre no processo judicial, entendemos que os árbitros estão obrigados a respeitar as decisões vinculantes, hipótese defendida também por José Rogério Cruz e Tucci.

Nesses casos, a não aplicação do precedente vinculante seria uma falha gravíssima no sistema, visto que o juiz togado e o árbitro dariam respostas diferentes a casos iguais, ambos utilizando-se do ordenamento brasileiro como arcabouço. [...]

[...]

Com relação aos precedentes persuasivos, situação diversa é apresentada. Esses possuem eficácia mediata ou secundária, assim como a analogia, os costumes, entre outras fontes do Direito que concorrem para a formação do convencimento do julgador. Percebe-se, desse modo, que os julgadores, inclusive os árbitros, não estão obrigados a aplicar os precedentes persuasivos, mas isso não significa que devem ignorá-los solenemente.

Até porque os precedentes persuasivos possuem papel relevantíssimo no esforço pela uniformização e pela harmonização da jurisprudência. Apesar de não haver a obrigatoriedade da aplicação do precedente persuasivo pelo árbitro, entendemos que o ordenamento jurídico impõe-lhe um dever de ao menos levar em consideração essas decisões na formação de sua convicção. Tal obrigação decorre, necessariamente, do dever de fundamentação/motivação das decisões, garantia prevista constitucionalmente no art. 93, inciso IX, e repetida no Código de Processo Civil, em seu art. 489, § 1º, inciso IV. [...]

Conclui-se, por isso, que não há espaço na ordem constitucional brasileira para amparar raciocínio de absoluta autonomia do árbitro em relação aos precedentes. Ainda que seja possível vislumbrar diferentes graus de eficácia para os precedentes, acreditamos que todos deverão ser observados, em alguma medida, pelo árbitro quando as partes escolherem claramente o ordenamento brasileiro como aplicável.²¹²

Para Luis Felipe Salomão e Rodrigo Fux, a inobservância dos precedentes vinculantes pelo árbitro implica não só o desrespeito aos limites da convenção de arbitragem como também a violação da ordem pública, ensejando a propositura de ação anulatória, por violação do art. 2º, § 1º, e do art. 32, inciso IV, da Lei nº 9.307/96. Para demonstrar esse entendimento, convém reproduzir os seguintes trechos:

²¹² SALOMÃO, Luís Felipe; FUX, Rodrigo. Arbitragem e precedentes: possível vinculação do árbitro e mecanismos de controle. **Revista CEJ**, Brasília, v.24, n. 80, p. 7-20, jul./dez. 2020. Disponível em: <<https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/2600/2469>>. Acesso em: 16.01.2024, p. 12-14.

Apesar da dificuldade de conceituar a ordem pública, a nosso ver, o desrespeito aos precedentes vinculantes configura a sua violação, dado que todo o pensamento contemporâneo jurisdicional foi forjado para garantir a isonomia, a segurança jurídica nos julgamentos e a absoluta observância ao devido processo legal, valores essenciais para um Estado de Direito.

[...]

A segunda hipótese, a nosso ver, capaz de fundamentar o controle da decisão arbitral que não observou o precedente vinculante seria aquela prevista no inciso IV do art. 32 da Lei de Arbitragem. Como se sabe, é inválida a sentença arbitral que *for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem*.

[...]

De forma sintética e assertiva, entendemos que caberá ação anulatória contra a sentença arbitral que desrespeitar os precedentes vinculantes, sob possíveis dois fundamentos distintos: a) por violação à ordem pública, com base no art. 2º, § 1º, da Lei de Arbitragem, o qual prevê que as regras escolhidas pelas partes não poderão violar a ordem pública; b) por afronta ao inciso IV do art. 32 da Lei de Arbitragem, porque proferida "fora dos limites da convenção de arbitragem".²¹³

Portanto, há autores que entendem que, se as partes optarem pela arbitragem de direito com a aplicação da legislação brasileira, a inobservância dos precedentes vinculantes pelo árbitro pode acarretar anulação da sentença arbitral por ser proferida fora dos limites da convenção de arbitragem, nos termos do art. 32, inciso IV, da Lei nº 9.307/96.

A demanda para declaração de nulidade da sentença arbitral deve ser proposta pela parte interessada perante o Poder Judiciário no prazo de até 90 (noventa) dias após o recebimento da notificação da sentença arbitral, total ou parcial, ou da decisão do pedido de esclarecimentos da sentença arbitral, nos termos do parágrafo primeiro²¹⁴ do art. 33 da Lei nº 9.307/96.

Em sentido contrário, Joel Dias Figueira Júnior perfilha a tese de que os árbitros não estão adstritos aos precedentes judiciais vinculantes, pois nem a Constituição Federal nem o Código de Processo Civil impuseram aos árbitros o dever de observância dos precedentes judiciais vinculantes, exceto quando algum ente

²¹³ SALOMÃO, Luís Felipe; FUX, Rodrigo. Arbitragem e precedentes: possível vinculação do árbitro e mecanismos de controle. **Revista CEJ**, Brasília, v.24, n. 80, p. 7-20, jul./dez. 2020. Disponível em: <<https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/2600/2469>>. Acesso em: 16.01.2024, p. 16.

²¹⁴ Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei. (Redação dada pela Lei nº 13.129, de 2015)

§ 1º A demanda para a declaração de nulidade da sentença arbitral, parcial ou final, seguirá as regras do procedimento comum, previstas na Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), e deverá ser proposta no prazo de até 90 (noventa) dias após o recebimento da notificação da respectiva sentença, parcial ou final, ou da decisão do pedido de esclarecimentos. (Redação dada pela Lei nº 13.129, de 2015)

público for parte na demanda ou na hipótese de aplicação de súmulas vinculantes ou de decisões proferidas em ações diretas de inconstitucionalidade ou em ações declaratórias de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Eis o seu escólio:

Aliás, a Constituição Federal quando dispõe acerca da vinculação e observância obrigatória às decisões do Supremo Tribunal Federal deixa patente que a submissão a esses precedentes respeita aos órgãos do Poder Judiciário e à administração pública, direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, sem qualquer pertinência ou reflexo à jurisdição arbitral. Com a devida vênia daqueles que entendem diferentemente, parece-nos equivocada a doutrina que defende a tese de observância de precedentes vinculantes ou vinculativos estatais quando da prolação da sentença arbitral, sob os fundamentos de que o árbitro é, como diz a Lei de regência (art. 18), “juiz de fato e de direito” e, como tal, em se tratando de arbitragem de direito, haverá de observar todas as normas jurídicas na sua mais ampla acepção, donde exsurge a sujeição aos precedentes judiciais já mencionados.

Tanto não estão os árbitros jungidos aos precedentes estatais que não só a Constituição Federal deixou de fazer qualquer referência a esse respeito quando tratou do tema alusivo à observância das súmulas vinculantes e aos julgados do Supremo Tribunal Federal em ações diretas de inconstitucionalidade e nas declaratórias de constitucionalidade, como também permaneceu silente o Código de Processo Civil de 2015 e a Lei 13.129/2015, que alterou e atualizou a Lei 9.307/1996.

[...]

Em nenhum momento, repita-se, o legislador estendeu aos árbitros a observância aos precedentes judiciais, pois oportunidades não lhe faltou, sobretudo no *caput* do art. 927, quando então poderia ter assentado que os *juízes, os tribunais e os árbitros observarão...*

Ledo engano concluir que o legislador ao se referir aos “juízes” e “tribunais” no aludido art. 927 do CPC estaria deixando subentender, por simetria, a observância aos precedentes estatais ali apontados também aos *árbitros* e aos *tribunais arbitrais*, tendo-se por base a disposição contida no art. 18 da LA. Essa conclusão, com todas as vênias, é mais do que ingênua, é jocosa, pois a norma insculpida no mencionado art. 18 tem por escopo maior firmar o poder jurisdicional do árbitro e, por conseguinte, chancelar a natureza da arbitragem, ao arrematar que a sentença por ele proferida não ficaria sujeita a recurso ou a homologação do Poder Judiciário.

[...]

Nada obstante, se as partes optam na convenção arbitral por um julgamento fundado em regras de direito nacional, é de bom alvitre que, se desejarem, façam menção expressa à observância pelos árbitros às decisões judiciais com ou sem eficácia vinculante, em sintonia com o rol do art. 927 do Código de Processo Civil.

Diferentemente, se a convenção arbitral nada dispuser a esse respeito, limitando-se as partes a apontar que a arbitragem nacional será apenas de direito, ressalvada a participação de ente público, os árbitros estarão livres para decidir com base no sistema normativo, sem a necessária observância às súmulas ou precedentes chancelados pelo Poder Judiciário, pois a elas não estão jungidos, repita-se.

[...]

Portanto, em interpretação sistemática do art. 21 da LA, com o art. 927 do Código de Processo Civil e arts. 102, § 2º e 103-A, ambos da Constituição Federal, conclui-se que os árbitros não estão obrigados a observar orientações pretorianas de qualquer natureza, ressalvadas as hipóteses, como já indicamos, em que algum ente público integre um dos polos da demanda arbitral, no que concerne às súmulas vinculantes e ações diretas

de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, em decisões definitivas de mérito oriundas do Supremo Tribunal Federal.²¹⁵

Segundo Joel Dias Figueira Júnior, ainda que as partes optem pela arbitragem de direito, os árbitros não estão obrigados a observar os precedentes judiciais vinculantes, salvo nas arbitragens em que figure como parte ente público. Para referido jurista, caso as partes (particulares) desejem a aplicação dos precedentes judiciais vinculantes na arbitragem, devem deixar expressa, na convenção de arbitragem, a obrigação de o árbitro observar os precedentes previstos no art. 927 do Código de Processo Civil.²¹⁶

Por outro lado, Luiza Gonzaga Drumond Cenach entende que nem todos os precedentes previstos no art. 927 do Código de Processo Civil podem ser considerados fontes do direito. Para ela, somente os precedentes emanados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça é que podem ser considerados fontes do direito com eficácia *erga omnes*, pois a Constituição Federal atribuiu a esses Tribunais Superiores a competência para interpretar a Constituição Federal e a legislação federal, respectivamente.²¹⁷ Segundo Luiza Gonzaga Drumond Cenach, as orientações do plenário ou do órgão especial de tribunais inferiores bem como os acórdãos proferidos por tribunais inferiores nos incidentes de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência não são considerados fontes do direito com eficácia *erga omnes*, pois produzem efeitos apenas no âmbito da jurisdição dos tribunais dos quais emanaram, obrigando apenas os juízes que estiverem vinculados a esses tribunais, conforme demonstram os seguintes trechos de sua dissertação:

Isso significa que o art. 927 do CPC/15, sozinho, não define, a nosso ver, quais são as novas fontes do direito com eficácia *erga omnes* em nosso ordenamento jurídico. Os precedentes oriundos dos Tribunais inferiores nele previstos *não* são fontes normativas do direito federal, pois tais Tribunais, repita-se, não têm o “poder constitucional de explicitar normas jurídicas” com eficácia *erga omnes*. Já os precedentes judiciais elencados no art. 927 do CPC/15 proferidos pelo STF e STJ, estes sim foram alçados à categoria de

²¹⁵ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem e precedentes judiciais**. Juiz de Fora: Academia Brasileira de Direito Civil, 2020. Disponível em: <<https://www.abdireitocivil.com.br/artigo/arbitragem-e-precedentes-judiciais%20b9/>>. Acesso em: 28 jan. 2024.

²¹⁶ Ibidem, 2020.

²¹⁷ CENACH, Luiza Gonzaga Drumond Cenach. **Precedentes judiciais na arbitragem**: a vinculação do árbitro às fontes de direito com eficácia *erga omnes* na arbitragem regida pelo direito brasileiro. 2021. 164 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-16082022-093157/publico/10670122MIC.pdf>>. Acesso em: 1 fev. 2024, p. 50 e 68.

fonte jurisdicional de direito com eficácia *erga omnes*, pois exarados pelos órgãos constitucionalmente competentes para interpretar normas federais, por meio de um modelo jurídico que regula esse poder constitucional com a finalidade de produzir normas jurídicas oponíveis a toda a sociedade.

A diferença entre os precedentes exarados pelos Tribunais inferiores (que *não* são fontes de direito com eficácia *erga omnes*) para aqueles que são exarados pelo STF e STJ (e, portanto, são fontes de direito com eficácia *erga omnes*) é que os precedentes dos Tribunais inferiores não são considerados parte integrante do direito federal e, como tal, não produzem efeitos para além da jurisdição do órgão judicial que os exarou. Não obstante, tais precedentes continuam devendo ser observados no âmbito do Poder Judiciário, nos limites do modelo jurídico que os regulam, como técnica de julgamento voltada à simplificação procedimental e redução da litigiosidade repetitiva – finalidade para a qual também se presta o modelo jurídico de precedentes positivado no CPC/15.

Já os precedentes normativos do STF e STJ, como fontes de direito com eficácia *erga omnes*, integram o direito brasileiro federal, por revelarem o sentido/interpretação adequada de determinada norma federal. Por conseguinte, são oponíveis a todos, com valor semelhante à da própria norma legal que integram [...].

[...]

À vista do exposto, conclui-se que os precedentes do STF e STJ previstos na Constituição Federal (art. 102, § 2º e 103-A) e no CPC/15 (art. 927) são fontes normativas de direito, isto é, são *precedentes judiciais normativos*, que produzem normas jurídicas com força obrigatória oponíveis a toda sociedade.²¹⁸

Acerca da vinculação dos árbitros aos precedentes judiciais vinculantes nas arbitragens de direito, Luiza Gonzaga Drumond Cenach assevera que a convenção de arbitragem não pode afastar, em caráter genérico, a aplicação de todos os precedentes judiciais vinculantes oriundos das Cortes Superiores (STF e STJ), sob pena de violação da ordem pública, mas pode, por outro lado, afastar a aplicação de determinado precedente judicial normativo, com fundamento no poder de disponibilidade de direitos pelas partes. Veja-se:

Nesse contexto, uma vez estabelecida a nossa premissa de que o árbitro deve observar os precedentes normativos do STF e STJ quando a arbitragem for de direito, porque tais precedentes integram o direito brasileiro, a dúvida que subsiste é se as partes poderiam dispor sobre isso na convenção de arbitragem para afastar tal obrigação.

[...]

Neste estudo, por outro lado, chegamos a duas proposições distintas sobre o problema, após maior reflexão: a primeira de que *não* é possível afastar, *genericamente*, a aplicação dos precedentes judiciais normativos à arbitragem por convenção das partes, pois isso, a nosso ver, violaria a ordem pública; a segunda de que é possível, por outro lado, afastar, *concretamente*, a aplicação de *determinado* precedente judicial normativo ao processo

²¹⁸ CENACH, Luiza Gonzaga Drumond Cenach. **Precedentes judiciais na arbitragem**: a vinculação do árbitro às fontes de direito com eficácia *erga omnes* na arbitragem regida pelo direito brasileiro. 2021. 164 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-16082022-093157/publico/10670122MIC.pdf>>. Acesso em: 1 fev. 2024, p. 50 e 68.

arbitral, pois isso equivaleria a uma *renúncia* exercida pelas partes acerca de uma posição jurídica já estabelecida em relação ao direito que, por exigência, deve ser disponível. Explica-se.

[...]

Uma vez que o precedente judicial normativo faz parte do direito brasileiro e que tal norma jurídica exerce a função de *integrar* o sentido de determinada norma legal, não nos parece que as partes poderiam, de forma geral e abstrata, cindir da lei o significado normativo a ela atribuído por quem de direito segundo a Constituição Federal. O descolamento de sentidos que tal cláusula conferiria nos parece atentar contra a unidade do direito [...].

[...]

Analisando estritamente sob o ponto de vista da esfera de disponibilidade de direitos entendemos não ser correto conferir às partes a possibilidade de liberarem, genericamente, os árbitros da observância de todo e qualquer precedente judicial normativo, segundo o seu juízo de conveniência. [...]

[...]

Não obstante o exposto, entendemos que diferente é a situação em que as partes, conhecendo determinado precedente judicial normativo, deliberam por afastar a sua aplicação, específica e concretamente, no seu caso. Essa hipótese nos parece possível e compatível com o sistema, por não implicar violação à unidade de direito, mas sim corresponder a uma renúncia específica das partes quanto à determinada posição jurídica relacionada a direito que é disponível.

[...]

Portanto, sintetizando a nossa conclusão, entendemos que eventual cláusula na convenção de arbitragem que afasta, *genericamente*, o dever do árbitro de observar os precedentes judiciais normativos é nula por violação à ordem pública, nos termos do art. 2º, § 1º, da LArb. Por outro lado, válida é a cláusula que afasta em concreto e especificamente a aplicação de determinado precedente judicial normativo, pois isso sim está, a nosso ver, na esfera de disponibilidade das partes. [...]²¹⁹

Portanto, segundo essa teoria, nas arbitragens de direito, as partes não podem convencionar a exclusão de todo o acervo de precedentes judiciais normativos, sob pena de violação da ordem pública e de desfazimento da unidade do direito, mas podem convencionar, por outro lado, a não aplicação de determinado precedente judicial normativo ao caso concreto.

Diferentemente, Selma Ferreira Lemes entende que árbitros e juízes estão sujeitos a regimes jurídicos diversos, de modo que os precedentes judiciais vinculantes vinculam somente os integrantes do Poder Judiciário. Para referida autora, os precedentes judiciais vinculantes são um mecanismo de uniformização de entendimentos aplicável no âmbito do processo judicial, e não no âmbito do sistema arbitral, exceto se as partes previrem, na convenção de arbitragem, o dever de os árbitros levarem em consideração os precedentes judiciais vinculantes ao decidirem

²¹⁹ CENACH, Luiza Gonzaga Drumond Cenach. **Precedentes judiciais na arbitragem**: a vinculação do árbitro às fontes de direito com eficácia *erga omnes* na arbitragem regida pelo direito brasileiro. 2021. 164 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-16082022-093157/publico/10670122MIC.pdf>>. Acesso em: 1 fev. 2024, p. 93-97.

a controvérsia. Nesse sentido, transcreve-se abaixo a opinião de Selma Ferreira Lemes:

[...] as partes podem estabelecer o regramento jurídico a ser observado pelo árbitro. Nesse sentido, se na cláusula compromissória ou no Termo de Arbitragem as partes estabelecerem que os árbitros devem ter como linha de decisão o precedente judicial (vinculante), faz todo o sentido que o árbitro o leve em conta no momento de exarar sua decisão racional motivada. [...] A obrigatoriedade de considerar o precedente judicial vinculante advém do estipulado pelas partes e não da previsão no CPC.

[...]

No que concerne à aplicação obrigatória do precedente judicial segundo previsão do CPC, não tem ele aplicação obrigatória na arbitragem. Explicamos. Árbitros e juízes estão submetidos a regimes jurídicos distintos.

[...]

O árbitro não integra o Poder Judiciário, e o mandamento legal do CPC é dirigido aos integrantes dos Tribunais Estaduais. O objetivo da norma processual é organizar e estruturar uma jurisprudência estável, íntegra, coerente e de conhecimento de todos (publicidade), tal como disposto nos Arts. 926 e 927, § 5º.

[...]

Assim, o *precedente* é um mecanismo processual vinculado ao processo judicial e não à arbitragem; ou seja, vincula os órgãos do Judiciário.

[...]

[...] O disposto no CPC quanto a precedentes, súmulas e jurisprudência vincula os juízes e tribunais, mas não o árbitro.

[...]

A função do precedente é uniformizar, dar coerência e aderência à sentença judicial e não a arbitral. O precedente tem função uniformizadora que não encontra guarida na arbitragem [...] ²²⁰

Em seguida, Selma Ferreira Lemes apresenta a seguinte conclusão: “Se o árbitro deixar de aplicar o precedente ao exarar a sentença arbitral, tal fato não será motivo para a propositura de ação de anulação de sentença arbitral”. Isso porque, segundo a autora, o *error in iudicando* não constitui nem sequer motivo para anulação da sentença arbitral, pois essa hipótese não se encontra arrolada no art. 32 da Lei nº 9.307/96.²²¹

Sidnei Amendoeira Júnior, por outro lado, sustenta a tese de que, se a parte invocar a aplicação de determinado precedente judicial, na arbitragem de direito, e o árbitro não apreciar a alegação da parte após a apresentação do pedido de esclarecimento previsto no art. 30 da Lei nº 9.307/96, a omissão do árbitro implicará

²²⁰ LEMES, Selma Ferreira. As peculiaridades do sistema arbitral e os precedentes judiciais. In: **Estudos sobre a evolução da arbitragem e da mediação no Brasil**. São Paulo: Câmara de Conciliação, mediação e arbitragem CIESP FIESP, 2021, p. 83-112. Disponível em: <<http://www.camaradearbitragemsp.org.br/pt/entrevistas/docs/SelmaFerreiraLemes.pdf>>. Acesso em: 19 fev. 2024, p. 98, 100, 101.

²²¹ Ibidem, 2021, p. 98, 100, 101.

violação do dever de fundamentação da sentença arbitral, previsto no art. 26, inciso II²²², da Lei nº 9.307/96. Para Sidnei Amendoeira Júnior, a inobservância de precedente judicial vinculante, de forma desmotivada, pelo árbitro pode caracterizar o desrespeito ao dever de fundamentação e, por conseguinte, implicar a nulidade da sentença arbitral, nos termos do inciso III²²³ do art. 32 da Lei nº 9.307/96, conforme demonstram os seguintes fragmentos de sua autoria:

E mais do que isso, se o precedente foi invocado pela parte e dele não tratou o árbitro ao sentenciar, tem o árbitro o dever de fazê-lo se e quando provocado por meio do art. 30 da LArb.

Ora, simplesmente não responder não é uma alternativa aberta ao árbitro. Isso seria equivalente a recusa ao dever de cumprir com sua função jurisdicional.

Aliás, se o árbitro entender que o precedente não é aplicável ao caso ou que ele não é relevante, tem também o dever de o dizer expressamente, sob pena de, em não o fazendo, novamente não se desincumbir de forma plena de sua função jurisdicional.

[...]

Para nós, os precedentes judiciais vinculantes, de eficácia forte como dito acima, devem sim ser aplicados pelos árbitros em arbitragens de direito porque são fontes formais e primárias do Direito.

No entanto, caso não sejam, isso não permite a anulação da sentença arbitral por meio do art. 32 da LArb, porque isso se trata, no máximo de *error in judicando* e não se amolda ao rol taxativo deste artigo. Ademais, o erro no julgamento do árbitro não é passível de revisão pelo Poder Judiciário como regra.

O que pode acontecer, porém, é que a parte no processo arbitral tenha trazido a questão do precedente judicial. Nesta medida cabe ao árbitro decidir se deve aplicá-lo ou não, de forma fundada. Deixar de aplicar o precedente, sem explicar o motivo para tanto, como, por exemplo sua não aplicação no caso ou sem fazer o devido *distinguishing* não é de se admitir. Especialmente se, após a prolação da sentença arbitral, for novamente provocado a tanto por meio do art. 30 da LArb.

Isso, além de violação do dever de fundamentação, fere o princípio do contraditório [...]. Nesta medida e apenas aqui seria possível o manejo da ação anulatória.²²⁴

Diante do exposto, os estudos publicados sobre a aplicação dos precedentes judiciais vinculantes no âmbito da arbitragem apresentam soluções variadas. Embora, em alguns aspectos, as opiniões de alguns autores possuam certas similaridades, a

²²² Art. 26. São requisitos obrigatórios da sentença arbitral:

[...]

II - os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade;

²²³ Art. 32. É nula a sentença arbitral se:

[...]

III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei;

²²⁴ AMENDOEIRA JÚNIOR, Sidnei. Precedentes na arbitragem. In: MACHADO FILHO, José Augusto Bitencourt et al. (org.). **Arbitragem e processo**: homenagem ao prof. Carlos Alberto Carmona. São Paulo: Quartier Latim, 2022. v. 2, p. 630, 633-634.

conclusão de cada autor acima citado sempre apresenta algum ponto de divergência em relação à dos demais, não havendo identidade perfeita de opiniões.

De todo modo, faz-se necessário adotar aqui uma posição, a fim de dar a devida contribuição dogmática.

Primeiramente, é incontroverso que, nas demandas arbitrais em que a Administração Pública figure como parte, a arbitragem deve ser, obrigatoriamente, de direito, por força de lei (§ 3º, art. 2º, Lei nº 9.307/96). Partindo-se dessa premissa, poder-se-ia concluir, perfunctoriamente, que o fato de a Administração Pública estar sujeita ao princípio da legalidade, previsto no art. 37 da Constituição Federal, obrigaria os árbitros a observarem os precedentes judiciais vinculantes previstos no art. 927 do Código de Processo Civil, por serem *fontes formais primárias do direito*

Porém, a distinção entre fontes formais e fontes materiais do direito é um critério de classificação doutrinário criado para fins didáticos. O simples fato de parte da doutrina considerar os precedentes judiciais vinculantes como fontes formais primárias do direito é insuficiente para concluir se esses precedentes devem ser obrigatoriamente aplicados por árbitros e juízes.

O microssistema de precedentes judiciais vinculantes é um mecanismo de solução de processos em massa criado pelo Código de Processo Civil para desafogar o Poder Judiciário, e não a jurisdição arbitral.

Porém, o caráter vinculante desses precedentes é relativo, pois o juiz pode deixar de seguir determinado precedente judicial normativo, desde que demonstre a superação do entendimento firmado no precedente, nos termos do inciso VI do § 1º do art. 489 do Código de Processo Civil, fenômeno esse denominado de *overruling*.

Ravi Peixoto, no entanto, entende que os tribunais inferiores não podem superar precedentes das cortes superiores sem demonstrar que a superação ocorreu no âmbito da própria corte superior que editou o precedente, conforme demonstram as seguintes passagens extraídas de artigo de sua autoria:

Enfim, os tribunais inferiores não podem superar precedentes das cortes superiores e mesmo a não aplicação do entendimento firmado pelo tribunal competente não supera a norma do precedente. Da mesma forma que o Poder Judiciário não pode deixar de aplicar a legislação por discordar dos seus méritos (salvo situação de inconstitucionalidade), as cortes inferiores não possuem competência para questionar os méritos dos precedentes das cortes superiores por meio da superação.

Há posicionamento doutrinário defendendo que o art. 489, § 1.º, VI, autorizaria os juízes hierarquicamente inferiores a não aplicarem os precedentes mediante a fundamentação de que devem ser superados. Este

não parece ser a interpretação mais adequada ao referido texto normativo. O que deve ser interpretado é que, ao fazer referência à possibilidade de "deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de (...) superação do entendimento", tem-se apenas autorização para: (a) a corte que editou o precedente ou a ela superior possa superá-lo, (b) o órgão jurisdicional inferior deixe de aplicar o precedente quando ele tiver sido superado pela corte competente ou sido revogado por norma legal. Isso sequer poderia ser denominado de *anticipatory overruling*, pois tal técnica não tem por objetivo a crítica de um precedente, mas apenas a antecipação de uma tendência demonstrada pela corte superior ou (c) a aplicação da técnica da superação antecipada.²²⁵

Apesar da nobreza desse argumento, discorda-se dele, respeitosamente, pelos seguintes motivos: se juízes, tribunais estaduais e tribunais regionais federais tivessem de aplicar os precedentes vinculantes até que as cortes superiores criadoras desses precedentes superassem-nos, juízes e tribunais inferiores limitar-se-iam a aplicar mecanicamente os precedentes vinculantes, mesmo que isso pudesse gerar consequências perniciosas diante de alterações sociais, políticas, econômicas, ou culturais ocorridas após a formação dos precedentes. Além disso, os entraves legais previstos no Código de Processo Civil, como a improcedência liminar das ações que contrariem os precedentes previstos nos incisos I a III do art. 332, bem como o desprovido monocrático de recursos contrários aos precedentes previstos nas alíneas "a" a "c" do inciso IV do art. 932, dificultariam a superação dos precedentes pela via difusa, pois dificilmente uma causa chegaria às cortes superiores, com exceção do pedido de revisão ou de cancelamento de súmula vinculante apresentado diretamente ao Supremo Tribunal Federal pelo município, desde que ele seja parte em processo em que se discuta a questão ventilada na súmula vinculante, nos termos do § 1º do art. 3º da Lei nº 11.417/2006, que assim dispõe: "§ 1º O Município poderá propor, incidentalmente ao curso de processo em que seja parte, a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante, o que não autoriza a suspensão do processo".

Ora, juízes e tribunais inferiores não podem assumir postura subserviente diante dos precedentes obrigatórios, sem preocupar-se com as consequências práticas de sua aplicação, nos termos do art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: "Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se

²²⁵ PEIXOTO, Ravi. A superação de precedentes (overruling) no Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Processo Comparado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 2, n. 3, jan./jun. 2016. Disponível em: <https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servico_s_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RProComp_n.3.07.PDF>. Acesso em: 19 fev. 2024.

decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”.

O consequencialismo jurídico, nesse caso, deve ser o ponto de partida para que juízes, tribunais inferiores e, até mesmo, árbitros possam deixar de aplicar os precedentes judiciais vinculantes.

Nessa sorte de ideias, aproveita-se o ensejo para invocar os ensinamentos oriundos do pragmatismo jurídico como contribuição jusfilosófica para o tema da superação de precedentes:

Apesar da existência de diversas vertentes, o pensamento pragmático indubitavelmente apresenta um núcleo comum, fundamentado em três principais alicerces: 1 – o antifundacionalismo; 2 – o contextualismo; e, 3 – o consequencialismo. [...]

1.1. Antifundacionalismo

O antifundacionalismo consiste na constante rejeição de dogmas, teses abstratas, entidades transcendentais e verdades apriorísticas, refutando-se a ideia de certeza por meio da valorização do dinamismo do pensamento e permanente evolução dos conceitos. [...]

O pragmatismo impõe como premissa de vida a incerteza, primando pela constante análise das diferenças que a adoção de determinada concepção como verdadeira pode proporcionar no mundo fático, e é à luz dessas consequências práticas que se deve verificar a sua validade e eventual necessidade de superação e mudança.

[...]

1.2. Contextualismo

Qualquer investigação ou processo, quicá uma conclusão ou decisão, deve se dar devidamente embebida pelo contexto em que se realiza. Qualquer compreensão está intrinsecamente mergulhada na cultura em que se dá, refletindo, em certo aspecto, o ambiente social, econômico, político e cultural da qual emerge, e é por tal razão que nenhum fato pode ser adequadamente percebido com a ignorância do contexto em que se deu.

[...]

De fato, há de se gizar que o Direito jamais pode se desconectar da realidade, sob pena de se tornar mera utopia. No ponto, salta aos olhos a relevância do contextualismo e do consequencialismo que norteiam o pensamento pragmático e que devem permear tanto as proposições legislativas quanto as decisões judiciais.

Aliás, o Brasil tem progredido muito nesse sentido. Com efeito, o nosso ordenamento jurídico recentemente incorporou de forma expressa essas premissas, uma vez que a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (DL 4.657/42) foi alterada por meio da Lei nº 13.655, promulgada em 2018, passando a preconizar de maneira categórica todos os alicerces do pragmatismo (antifundacionalismo, contextualismo e consequencialismo): ²²⁶

A superação de precedentes pode dar-se por variados motivos, como a demonstração de que determinado precedente é equivocado, por exemplo. Além

²²⁶ GABRIEL, Anderson Paiva. O Pragmatismo como paradigma jurisdicional contemporâneo. p. 99-136. In: FUX, Luiz; FUX, Rodrigo; PEPE, Rafael Gaia (coord.). **Temas de análise econômica do Direito Processual**. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2021, p. 102, 103 e 113.

disso, anseios sociais, fatores econômicos, fatores políticos e mudança de hábitos culturais também podem influenciar a convicção do magistrado para superar determinado precedente vinculante. Nesse sentido, cumpre transcrever o teor do Enunciado 322 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “A modificação de precedente vinculante poderá fundar-se, entre outros motivos, na revogação ou modificação da lei em que ele se baseou, ou em alteração econômica, política, cultural ou social referente à matéria decidida”.

Nesse mesmo sentido, ensina Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Júnior, a saber:

Aqui, não se exige apenas a fundamentação ordinária – onde o juiz tem que expor os fundamentos com base nos quais aprecia as questões de fato e de direito –, mas uma fundamentação qualificada, pois a desconsideração do precedente, quer na dimensão vertical, quer na horizontal, impõe um pesado ônus argumentativo, do qual se desincumbirá o julgador apenas se: (i) demonstrar que o precedente se formou equivocadamente, ou que não goza mais de congruência social e/ou consistência sistêmica (*overruling*); (ii) demonstrar que no caso em julgamento há fatos relevantes que o distanciam do caso em que se firmou o precedente (*distinguishing*).²²⁷

Portanto, independentemente de ter havido revisão ou superação da tese pelo Tribunal que criou o precedente vinculante, juízes de primeira instância podem, permanentemente, submeter o precedente à reavaliação; aliás, aconselha-se que assim o façam, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, nestes termos:

RECURSO ESPECIAL. JULGAMENTO SOB O RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS DE DEFENSOR DATIVO INDICADO PARA ATUAR EM PROCESSO PENAL. SUPERAÇÃO JURISPRUDENCIAL (OVERRULING). NECESSIDADE. VALORES PREVISTOS NA TABELA DA OAB. CRITÉRIOS PARA PRODUÇÃO DAS TABELAS. INTERPRETAÇÃO DO ART. 22, § 1º E 2º, DO ESTATUTO CONSENTÂNEA COM AS CARACTERÍSTICAS DA ATUAÇÃO DO DEFENSOR DATIVO. INEXISTÊNCIA DE VINCULAÇÃO DA TABELA PRODUZIDA PELAS SECCIONAIS. TESES FIXADAS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. É possível, e mesmo aconselhável, submeter o precedente a permanente reavaliação e, eventualmente, modificar-lhe os contornos, por meio de alguma peculiaridade que o distinga (*distinguishing*), ou que o leve a sua superação total (*overruling*) ou parcial (*overturning*), de modo a imprimir plasticidade ao Direito, ante as demandas da sociedade e o dinamismo do sistema jurídico. [...] ²²⁸

²²⁷ ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. Sentença no Novo CPC. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (coord.). **Procedimento Comum**. 2. ed. rev. e atual. v.2. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 547.

²²⁸ STJ – Resp 1.665.033 – Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz – Órgão julgador: Terceira Turma - Votação unânime – Data do julgamento: 23.10.2019.

A necessidade de submeter os precedentes normativos a constantes testes é uma característica pragmática preconizada pelo Superior Tribunal de Justiça, a fim de evitar o anacronismo dos enunciados e facilitar a sua evolução, adaptando-os às circunstâncias do caso concreto e ao contexto social e econômico da ocasião.

Essa abordagem pragmática de aplicação do Direito encontra expoentes na literatura jurídica brasileira. Margarida Lacombe Camargo, a propósito, ressalta os caracteres contextual, antifundacionalista e consequencial da vertente pragmática, nestes termos:

Da farta literatura sobre o tema, podemos extrair algumas das principais características do pragmatismo jurídico, que passam a nortear nossa análise. **Antifundacionalismo** — À perspectiva antifundacionalista mostra que a verdade não se encontra em princípios e conceitos dados ou previamente construídos. Os conceitos, advindos da experiência pretérita, constituem-se em hipóteses a serem confirmadas na prática. Portanto, um pensamento aberto, sempre sujeito à verificação. Não se trata de um pensamento fechado, condicionado à subsunção do fato concreto a uma verdade anteriormente dada. Nesse aspecto o pragmatismo jurídico negará uma vinculação necessária com a dogmática, abrindo-se para o consequencialismo.

[...]

Contextualismo — Considerando que o conhecimento parte de hipóteses a serem confirmadas na prática, a força do contexto sobressai. Assim, a pressão das circunstâncias passa a melhor dimensionar do problema. E visto o Direito como prática social, o pragmatismo jurídico assume uma dimensão tópica, pois as questões de ordem prática é que nortearão a interpretação e aplicação da norma. É a partir do problema então que a busca da solução se dá. O Direito é dinâmico, voltado para questões práticas. [...] ²²⁹

No pragmatismo jurídico, o caso concreto norteia a aplicação do Direito. Dito de outro modo: é o caso concreto que irá revelar de que forma o Direito deverá ser aplicado. Daí seu caráter contextual. Segundo Margarida Lacombe Camargo, “[...] o contexto social, suscetível a mudanças que é, garante a atualização constante da norma [...]”.

A permanente evolução dos conceitos jurídicos por meio da sua superação (*overruling*) é salutar para o Direito.

A observância incondicional do princípio da legalidade e a adoção exclusiva da subsunção como método de aplicação de leis podem gerar consequências desproporcionais e socialmente repugnáveis, a depender das circunstâncias do caso

²²⁹ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. O pragmatismo no Supremo Tribunal Federal Brasileiro. In: BINENBOJM, Gustavo; NETO, Claudio Pereira de Souza; SARNENTO, Daniel. **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009, p. 367-368.

concreto. Por esse motivo, os conceitos legais não podem permanecer imutáveis, devendo adaptar-se à realidade e ao contexto fático (contextualismo pragmático).

Para superar a insuficiência do positivismo jurídico, o pragmatismo não se prende aos fundamentos dos dogmas existentes. Daí seu caráter antifundacionalista. De acordo com o antifundacionalismo pragmático, os conceitos legais devem ser permanentemente testados na prática e, quando perdem sua utilidade, devem ser superados.

A influência do pragmatismo na jurisprudência brasileira pode ser constatada na decisão do Supremo Tribunal Federal que determinou a cessação do pagamento de auxílio-moradia aos membros da magistratura, a despeito da sua previsão no art. 65, inciso II, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar nº 35/1979), em razão do cenário orçamentário e de crise financeira em que se encontrava a economia à época, conforme demonstram os seguintes trechos da decisão monocrática proferida pelo Ministro Luiz Fux:

Em cenários como esse, o Poder Judiciário deve, sempre que possível, proferir decisões ou modificar as já existentes para que produzam um resultado prático razoável e de viável cumprimento. É que, em uma abordagem pragmática e multidisciplinar, a atuação do juiz, como agente político dotado da missão de resolver conflitos intersubjetivos, deve ser informada por três axiomas: o antifundacionalismo, o contextualismo e o consequencialismo.

Primeiro, o Direito não é um fim em si mesmo, mas um processo dinâmico com finalidades sociais. Destarte, as decisões judiciais devem ser avaliadas relativamente à sua potencialidade de resolver e pacificar conflitos reais, fortalecendo relações jurídicas outrora estremecidas, maximizando a normatividade do ordenamento jurídico e promovendo o bem-estar social, sem que o magistrado possa se descuidar dos limites de sua própria função.

Segundo, o exercício da jurisdição é contextual. A Constituição é um documento vivo, em constante processo de significação e de ressignificação, cujo conteúdo se concretiza a partir das valorações atribuídas pela cultura política a que ela pretende ser responsiva. Por sua vez, tais valorações são mutáveis, consoante as circunstâncias políticas, sociais e econômicas, o que repercute diretamente no modo como o juiz traduz os conflitos do plano prático para o plano jurídico, e vice-versa.

Terceiro, decisões judiciais geram impactos macrossistêmicos que repercutem em um ambiente político e econômico altamente disfuncional e fragmentado, promovendo incentivos e desincentivos variados aos atores sociais e às instituições, tanto em relação àquilo que se vê, como àquilo que não se enxerga. As eventuais respostas dos players aos comandos judiciais se consubstanciam em elemento de convicção essencial para o alcance do ponto ótimo da intervenção judicial no mundo fenomênico, em cada caso concreto.

A partir dessa visão, o pragmatismo revoluciona o modo como se problematizam as funções institucionais dos magistrados, bem como a relação entre prática judicial e filosofia deontológica. Cada vez mais, Cortes constitucionais têm adotado explicitamente o discurso consequencial para

resolver conflitos, especialmente em contextos de crise política e econômica. Antes um ideário distante, o pragmatismo tornou-se common place na prática adjudicativa.

Compreendido como estimativa de resultados ou juízo prognóstico, o consequencialismo não se confunde com o utilitarismo nem menoscaba reflexões de ordem moral ou positivista. Pressupõe, apenas, que o juiz considere os estados de coisas consequencialmente decorrentes de cada exegese que a norma contemple. Na síntese do juiz norte-americano Frank Easterbrook, as decisões judiciais não se despirão do risco de enviarem sinais errados “a menos que os *juízes* apreciem as consequências das regras legais para o comportamento futuro” (EASTERBROOK, Frank. *The Supreme Court 1983 Term*. Harvard Law Review, Cambridge, n. 4, p. 10-11, 1984-1985).

Dentro do marco do consequencialismo, a decisão mais adequada a determinado caso concreto é aquela que, dentro dos limites semânticos da norma, promova os corretos e necessários incentivos ao aperfeiçoamento das instituições democráticas, e que se importe com a repercussão dos impactos da decisão judicial no mundo social. Sob essa perspectiva, há espaço para algum pragmatismo jurídico, com esboço no abalizado magistério de Richard Posner, impondo, bem por isso, ao magistrado o dever de examinar as consequências imediatas e sistêmicas que o seu pronunciamento irá produzir na realidade social (POSNER, Richard. *Law, Pragmatism and Democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 60-64). Com efeito, parte-se de uma premissa de que, ao exercer seu poder de decisão nos casos concretos com os quais se depara, as Cortes Constitucionais alocam recursos escassos, já que “em razão do juízo consequencialista, *juízes* são comprometidos com os resultados de suas ações” (MAGALHÃES, Andréa. *Jurisprudência da crise: uma perspectiva pragmática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 190).

Nesse mesmo sentido e com as mesmas preocupações, a recente Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, que alterou profundamente a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, predica que as decisões da Administração Pública, dos Tribunais de Contas e as do Poder Judiciário devem considerar as suas consequências práticas, verbis:

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

Aplicando-se tais premissas à hipótese vertente, é de se reconhecer, diante do quadro de crise profunda pelo qual o Estado brasileiro está passando e a recomposição dos subsídios, a impossibilidade prática do pagamento do *auxílio-moradia* nos moldes em que inicialmente fora deferido aos magistrados e às carreiras jurídicas que, por simetria, percebem a parcela indenizatória em conjunto com a majoração do subsídio resultante do recente reajuste sancionado (Leis n.º 13.752/2018 e n.º 13.753/2018), terminando por acarretar impactos orçamentários insustentáveis.

Portanto, numa análise pragmática, não há como escapar da impossibilidade, no momento, das carreiras jurídicas afetadas pelo recente reajuste verem tutelado o pagamento do *auxílio-moradia* nos moldes assegurados pela liminar deferida e em acúmulo com a recomposição salarial. No atual estado das coisas, impõe-se ao Poder Judiciário o estabelecimento de parâmetros que assegurem o ajuste fiscal das contas públicas.²³⁰

Ademais, se até mesmo juízes podem superar os precedentes judiciais vinculantes, não há razão para exigir que os árbitros subordinem-se aos precedentes

²³⁰ STF – AO nº 1773 – Rel. Min. Luiz Fux – DJ. 26.11.2018.

judiciais vinculantes nas arbitragens envolvendo órgãos e entidades da Administração Pública, sem poder, fundamentadamente, superá-los.

Dessa forma, se algum precedente judicial normativo for invocado por alguma parte no processo arbitral, o árbitro poderá acolhê-lo ou não, mas, em cada hipótese, deverá fundamentar e motivar sua decisão, da mesma forma como qualquer membro do Poder Judiciário, sem que isso implique vulneração do princípio da legalidade. O que não se admite é que o árbitro deixe de apreciar as alegações das partes, pois essa omissão caracteriza ofensa ao dever de fundamentação da sentença arbitral, previsto no inciso II do art. 26 da Lei nº 9.307/96, sujeitando a sentença arbitral à ação anulatória, com fundamento no inciso III do art. 32 da Lei nº 9.307/96, caso o árbitro não supra a omissão após o pedido de esclarecimento previsto no art. 30 da Lei nº 9.307/96.

Diante disso, conclui-se que os precedentes vinculantes previstos no art. 927 do Código de Processo Civil têm sua utilidade circunscrita à jurisdição estatal, pois são mecanismos destinados à solução massiva de processos judiciais, a exemplo da técnica de sobrestamento para viabilização do julgamento de casos repetitivos, seja no incidente de resolução de demandas repetitivas (inciso I do art. 982 e § 4º do art. 1.029), seja no julgamento de recursos especial e extraordinário repetitivos (inciso II do art. 1.037).

O árbitro não pode sujeitar-se à aplicação mecânica do precedente judicial vinculante simplesmente porque uma das partes litigantes é a Administração Pública.

O princípio da legalidade não tem o condão de transformar o precedente judicial vinculante num dogma intransponível para o árbitro. Afinal, se até mesmo a aplicação mecânica da lei deve ser evitada quando for desconectada da realidade ou quando puder acarretar consequências desproporcionais, a aplicação mecânica de precedentes judiciais vinculantes também deve seguir a mesma sorte.

Segundo Gustavo Binenbojm, o paradigma da legalidade administrativa, resultante da mera aplicação mecanicista da lei, está em crise atualmente.²³¹

A influência exercida pelos princípios constitucionais torna necessária a realização do juízo de ponderação entre os princípios constitucionais colidentes. Desse modo, nem sempre o princípio da legalidade estrita possuirá peso maior do que os demais princípios constitucionais. A depender do caso concreto, a ponderação do

²³¹ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed., rev., atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 34.

princípio da legalidade com os demais princípios constitucionais pode resultar em uma decisão contrária à lei, mas conforme a Constituição. Por esse motivo, o *princípio da legalidade administrativa* está abrangido, atualmente, pelo *princípio da juridicidade administrativa*²³², pois a Administração Pública está vinculada ao Direito globalmente considerado, em um macrossistema, em cujo ápice encontram-se os princípios constitucionais.

Para melhor explicar esse processo de degeneração do paradigma da legalidade administrativa, decorrente da novel principiologia constitucional, e a utilização da ponderação de princípios como técnica de decisão judicial e administrativa, cumpre transcrever os seguintes trechos extraídos da obra de Gustavo Binzenbojm:

Não obstante, mais do que uma mera *técnica* de decisão judicial ou administrativa, a ponderação erige-se hodiernamente em verdadeiro princípio formal do direito (e, por evidente, também do direito administrativo) e de legitimação dos princípios fundantes do Estado democrático de direito. Daí se dizer que o Estado democrático de direito é um *Estado de Ponderação* (Abwägungsstaat). Neste sentido, a ponderação proporcional passa a ser entendida como medida otimizada de todos os princípios, bens e interesses considerados desde a Constituição, passando pelas leis, até os níveis de maior concretude decisória, realizados pelo Judiciário e pela Administração Pública. [...]

[...]

O ofício administrativo, todavia, não se reduz – e, como visto linhas atrás, jamais se reduziu – à mera aplicação mecanicista da lei.

[...]

Ademais, é fato notório que a segunda metade do século XX assistiu a um processo de desprestígio crescente do legislador e de *erosão da lei formal* – a chamada *crise da lei* – caracterizado pelo desprestígio e descrédito da lei como expressão da vontade geral [...].

[...]

A superação do paradigma da legalidade administrativa só pode dar-se com a substituição da lei pela Constituição como cerne da vinculação administrativa à juridicidade.

[...]

Talvez o mais importante aspecto dessa *constitucionalização* do direito administrativo seja a ligação direta da Administração aos princípios constitucionais, vistos estes como *núcleos de condensação de valores*. A nova principiologia constitucional, que tem exercido influência decisiva sobre outros ramos do direito, passa também a ocupar posição central na constituição de um direito administrativo democrático e comprometido com a realização dos direitos do homem. [...]

A idéia de *juridicidade administrativa*, elaborada a partir da interpretação dos princípios e regras constitucionais, passa, destarte, a englobar o campo da *legalidade administrativa*, como um de seus princípios internos, mas não mais altaneiro e soberano como outrora. Isso significa que a atividade administrativa continua a realizar-se, via de regra, (i) segundo a lei, quando esta for constitucional (atividade *secundum legem*), (ii) mas pode encontrar

²³² BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed., rev., atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 143.

fundamento direto na Constituição, independente ou para além da lei (atividade *praeter legem*), ou, eventualmente, (iii) legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro numa ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais (atividade *contra legem*, mas com fundamento numa otimizada aplicação da Constituição).

[...]

Tal idéia, de vinculação ao direito não plasmado na lei, marca a superação do positivismo legalista e abre caminho para a um modelo jurídico baseado em princípios e regras, e não apenas nestas últimas.

Assim, com a crise da lei formal, a Constituição – seu complexo sistema de princípios e regras - passa a ser o elo de unidade a *costurar* todo o arcabouço normativo que compõe o regime jurídico administrativo. A superação do paradigma da legalidade administrativa só pode ocorrer com a substituição da lei pela Constituição como cerne da vinculação administrativa à juridicidade.²³³

Conforme afirma Ricardo Marcondes Martins, “[...] é extremamente importante para lembrar os desavisados que cumprir o Direito nem sempre consiste em cumprir a lei. Os princípios constitucionais muitas vezes exigem a não aplicação da lei ou sua aplicação parcial”.²³⁴

Por oportuno, faz-se necessário trazer à baila, também, o comentário de Ricardo Marcondes Martins sobre a revisão sofrida pelo princípio da legalidade após o desenvolvimento do neoconstitucionalismo:

O princípio da legalidade, inicialmente, restringia a função administrativa à mera executora dos comandos legais. Na célebre síntese de Seabra Fagundes administrar consistia em ‘aplicar a lei de ofício’. Ao longo dos anos percebeu-se que cumprir os comandos do Legislador de modo automático, sem atentar para as particularidades do caso concreto, leva a injustiças atroz. A compreensão da legalidade sofreu, principalmente após o ocaso do Estado nazista, com o desenvolvimento do chamado neoconstitucionalismo, uma profunda revisão.²³⁵

Em última análise, é preciso ressaltar, porém, que não cabe superação de precedentes nas hipóteses de controle concentrado de constitucionalidade, seja pela própria natureza declaratória das decisões proferidas em sede de controle abstrato, que declaram a invalidade congênita de dispositivos legais, seja por força do § 2º do 102 da Constituição Federal²³⁶, que prevê eficácia *erga omnes* e efeito vinculante das

²³³ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed., rev., atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 32-38 e 142.

²³⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; MARTINS, Ricardo Marcondes. Ato administrativo e Procedimento Administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). **Tratado de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2022. v. 5. Edição do Kindle, p. 3397.

²³⁵ Ibidem, 2022, p. 1211.

²³⁶ Art. 102. [...]

[...]

decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade.

3.18 Despesas na arbitragem

As despesas nas arbitragens variam conforme o tipo de arbitragem: institucional ou *ad hoc*. Na arbitragem *ad hoc*, não haverá cobrança de taxa de administração, pois o procedimento não é administrado por uma câmara arbitral, mas haverá honorários de árbitros e, eventualmente, despesas para realização de diligências, perícias etc.

Na arbitragem institucional, além das despesas já citadas acima, haverá cobrança de custas pelas câmaras arbitrais, comumente denominadas de *taxa de administração*.

A taxa de administração varia conforme cada câmara arbitral. Os regulamentos das câmaras arbitrais fixam tabelas com parâmetros para cálculo da taxa de administração. Geralmente, o valor da taxa de administração varia de acordo com o valor causa: quanto maior o valor do litígio, maior será o valor da taxa de administração.

É comum os regulamentos institucionais exigirem o pagamento da taxa de administração logo após o pedido de instauração de arbitragem, solicitando que as partes antecipem o seu pagamento, na proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada parte.

A Lei nº 9.307/96 não disciplina o pagamento de despesas na arbitragem, deixando que essa matéria possa ser disciplinada por mútuo acordo na convenção arbitral, nos termos do inciso V do art. 11.

A sentença arbitral decidirá, ao final, sobre a responsabilidade pelo pagamento de custas e despesas na arbitragem, nos termos do art. 27 da Lei nº 9.307/96.

A questão que surge nas arbitragens envolvendo a Administração Pública é qual parte deve antecipar as custas e despesas para instauração do procedimento

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

arbitral. Isso porque, para que qualquer despesa possa ser realizada pela Administração Pública, é preciso haver dotação orçamentária prevista na lei orçamentária anual, nos termos do inciso II²³⁷ do art. 167 da Constituição Federal. Daí a dificuldade de a Administração antecipar o pagamento despesas que não estejam previstas na lei orçamentária. Afinal, o pagamento de despesas não autorizadas na lei orçamentária pode caracterizar o crime previsto no art. 359-D do Código Penal.²³⁸

Contudo, se a Administração inserir cláusulas arbitrais em seus contratos, é prudente que, ao planejar o orçamento para o exercício seguinte, estime eventuais despesas decorrentes de procedimentos arbitrais na sua proposta orçamentária, a fim de que a lei orçamentária preveja dotação suficiente para essa finalidade.

O art. 4º do Decreto Estadual nº 64.356/2019, que dispõe sobre o uso da arbitragem para resolução de conflitos em que a Administração Pública direta do Estado de São Paulo e suas autarquias sejam parte, prevê que o adiantamento da despesa seja feito pelo requerente da arbitragem. Por conseguinte, para que a Administração tenha recursos para antecipar as custas e despesas das arbitragens que ela requerer, deverá adotar as cautelas necessárias para que essas despesas sejam previstas na lei orçamentária, cabendo aos agentes públicos responsáveis pela gestão de instrumentos obrigacionais que contenham cláusula compromissória a adoção das providências de sua alçada no sentido de solicitar recursos orçamentários para o adimplemento de despesas incorridas com o procedimento arbitral, nos termos do parágrafo único do art. 8º do referido Decreto. Para mais clareza, cumpre transcrever os referidos dispositivos regulamentares:

Artigo 4º - A Procuradoria Geral do Estado será responsável pela redação das convenções de arbitragem a serem utilizadas pela Administração Pública direta e suas autarquias.

§ 1º - As convenções de arbitragem deverão conter os seguintes elementos:
[...]

5. o adiantamento das despesas pelo requerente da arbitragem;

Artigo 8º - As despesas com a realização da arbitragem serão adimplidas na forma como dispuser o regulamento da câmara arbitral escolhida, observado o disposto no item 5 do § 1º do artigo 4º deste decreto.

Parágrafo único - Os agentes públicos responsáveis pela gestão de instrumentos obrigacionais que contenham cláusula compromissória

²³⁷ Art. 167. São vedados:

[...]

II - a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais;

²³⁸ Art. 359-D. Ordenar despesa não autorizada por lei:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

adotarão as providências de sua alçada para solicitação de recursos orçamentários para o adimplemento de despesas incorridas com o procedimento arbitral.

Por outro lado, o Decreto Federal nº 10.025/2019 prevê que as custas e despesas da arbitragem sejam antecipadas pelo contratado. Dessa forma, ainda que a Administração requeira a instauração da arbitragem, o contratado deverá antecipar o pagamento das custas e despesas, que apenas poderão ser restituídas, ao final, conforme o que dispuser a sentença arbitral. Eis a redação do art. 9º do Decreto Federal nº 10.025/2019:

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.

§ 1º Para fins do disposto no caput, considera-se como contratado:

I - o concessionário;

II - o subconcessionário;

III - o permissionário;

IV - o arrendatário;

V - o autorizatário; ou

VI - o operador portuário.

A respeito do pagamento de custas e despesas na arbitragem, cumpre transcrever os comentários de Rafael Carvalho Rezende Oliveira:

Cabe esclarecer, no entanto, que a Administração Pública, por meio de seus respectivos atos normativos ou das cláusulas compromissórias, tem estabelecido o dever de adiantamento das custas e das despesas da arbitragem ao contratado/particular, independentemente da iniciativa para instauração do procedimento arbitral. A imposição do dever de adiantamento ao contratado na hipótese de instauração da arbitragem pelo ente público pode gerar prejuízo à economicidade da contratação pública, uma vez que o particular incluirá os potenciais riscos e custos na precificação de sua proposta. De mais a mais, se o contratado se recusar a efetuar o pagamento da taxa de administração ou dos honorários dos árbitros, quando da deflagração do procedimento arbitral pela Administração Pública, nada poderá ser exigido dele. A arbitragem será suspensa ou mesmo extinta, de modo que a referida previsão nos parece inócua. Em determinados casos, a responsabilidade pelo dever de adiantamento das custas e despesas é imputada à parte que requereu a instauração do procedimento arbitral, o que não impede a estipulação de forma diversa por acordo entre as partes. Talvez a dinâmica mais adequada para incentivar a cooperação processual e a boa-fé seja a divisão igualitária entre o Poder Público e o particular na antecipação dos custos do procedimento arbitral.²³⁹

²³⁹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Arbitragem nas contratações públicas**. 2022. Disponível em: <<https://ronnycharles.com.br/arbitragem-nas-contratacoes-publicas/>>. Acesso em: 26 fev. 2024.

Vito Luz Moreira e Brunno Luz Moreira também criticam o critério adotado pelo art. 9º do Decreto Federal nº 10.025/2019, ao exigir que o particular antecipe o pagamento de despesas e custas inclusive nas arbitragens requeridas pela Administração Pública. Veja-se:

Desde que fora instituída a possibilidade de ter-se arbitragem envolvendo ente público, a distribuição e a forma de pagamento das custas do eventual procedimento tem sido alvo de controvérsias. Em um primeiro momento, entendeu-se que seria de responsabilidade única do particular adiantar os valores e, caso fosse vencedor, este seria ressarcido, inclusive nos procedimentos iniciados pelo Poder Público, como prevê, por exemplo, o artigo 9º do Decreto nº 10.025/2019 da União. Neste cenário existem três complicações evidentes.

A primeira diz respeito a um ônus excessivo em relação ao particular que poderia ser compelido ao pagamento das custas de todas as arbitragens requeridas pela Administração Pública, de acordo com sua própria discricionariedade, durante e após a execução do contrato, o que poderia inclusive levar o particular a perceber graves prejuízos financeiros.

A segunda seria no caso de o particular não proceder com o pagamento destas custas, acarretando a suspensão do procedimento arbitral, o que impossibilitaria o Poder Público de prosseguir com a arbitragem e, conseqüentemente, solver o conflito.

Finalmente, a terceira complicação está ligada ao fato de o particular necessitar a utilização de um processo de execução contra a Fazenda Pública para reembolso do valor dispendido. Este cenário seria prejudicial a ambas as partes, pois além de moroso, obstaculiza o pronto recebimento pelo particular e oneraria o Estado, que teria de arcar com um maior valor devido aos juros e a correção monetária em razão do decurso de longo período de tempo, além dos custos relativos a mais uma demanda, desta feita, judicial.

240

Por outro lado, para evitar problemas decorrentes da falta de dotação orçamentária para arcar com custas e despesas da arbitragem, Rafael Munhoz de Mello sugere que a Administração preveja, nas cláusulas compromissórias, que a antecipação do pagamento dos custos para iniciar o processo arbitral seja feito pelo particular contratado. Confira-se:

Considerando as limitações orçamentárias a que estão sujeitos os entes públicos, em especial a Administração Pública Direta, o pagamento das taxas administrativas e honorários arbitrais pode gerar dificuldades práticas. Se a Administração é a parte requerente no procedimento, o não pagamento pode impedir o prosseguimento do caso, em prejuízo da efetiva tutela do direito de titularidade do Poder Público.

Uma forma de evitar o problema é estabelecer na cláusula compromissória que o pagamento dos custos do processo arbitral ficará inicialmente sob a responsabilidade do particular que celebrou contrato com a Administração Pública, a quem caberá antecipar o montante necessário ao andamento do

²⁴⁰ MOREIRA, Brunno Luz; MOREIRA, Vitor Luz. Desafios da arbitragem no âmbito da Administração Pública. In: MACHADO FILHO, José Augusto Bitencourt et al. (org.). **Arbitragem e processo**: homenagem ao Prof. Carlos Alberto Carmona. São Paulo: Quartier Latim, v. 2, 2022, p. 722-723.

feito, aí incluídas custas administrativas da câmara arbitral e honorários dos árbitros. Ao final do processo, o tribunal arbitral deverá deliberar sobre a responsabilidade das partes pelo pagamento dos custos do processo, conforme o resultado da demanda, condenando a Administração a restituir ao particular o valor que a ela for atribuído.²⁴¹

Entretanto, conforme apontado por Rafael Carvalho Rezende Oliveira e por Vito Luz Moreira e Brunno Luz Moreira, a antecipação de custas e despesas pelo contratado nas arbitragens requeridas pela Administração Pública acarreta ônus excessivo ao particular.

Portanto, o critério mais adequado é o previsto no Decreto Estadual nº 64.356/2019, do Estado de São Paulo, que atribui a responsabilidade pela antecipação das custas e despesas a quem requerer a arbitragem, independentemente de ser o contratado ou a Administração, bastando que a Administração adote as providências necessárias no sentido de fazer constar, na proposta de lei orçamentária a ser encaminhada ao Poder Legislativo, dotação orçamentária suficiente para fazer face a essas despesas, caso a Administração venha a requerer a instauração de arbitragens no exercício subsequente.

3.19 Arbitragem em matéria tributária

A primeira questão a ser enfrentada na arbitragem tributária refere-se à disponibilidade do crédito tributário.

Como a Lei da Arbitragem faculta a opção pelo procedimento arbitral para dirimir litígios que envolvam direitos patrimoniais disponíveis, pergunta-se: o crédito tributário é um direito patrimonial disponível ou indisponível?

Antes de enfrentar essa questão, é preciso ressaltar que o lançamento do crédito tributário constitui atividade administrativa vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional, nos termos do parágrafo único do art. 142 do Código Tributário Nacional. No mesmo sentido, o art. 3º do Código Tributário Nacional dispõe que tributo é toda prestação pecuniária compulsória instituída por meio de lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada. Não bastasse isso, o art. 11 da Lei de Responsabilidade Fiscal prevê como requisitos essenciais da

²⁴¹ MELLO, Rafael Munhoz de. Arbitragem e administração pública. **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná**, Curitiba, n. 6, p. 47-81, 2015. Disponível em: <<https://www.pge.pr.gov.br/Pagina/Revista-Juridica-da-Procuradoria-Geral-do-Estado-Edicao-2015>>. Acesso em: 12 set. 2023, p. 77.

responsabilidade na gestão fiscal a instituição, a previsão e a efetiva arrecadação de todos os tributos de competência do ente federativo. Para mais clareza, cumpre transcrever os artigos 3º e 142, *caput* e parágrafo único, do Código Tributário Nacional, bem como o art. 11 da Lei de Responsabilidade Fiscal, nessa ordem:

Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Art. 11. Constituem requisitos essenciais da responsabilidade na gestão fiscal a instituição, previsão e efetiva arrecadação de todos os tributos da competência constitucional do ente da Federação.

Numa análise perfunctória, seria possível concluir pela indisponibilidade do crédito tributário, já que a atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional (parágrafo único, art. 142, CTN). Além disso, a efetiva arrecadação de todos os tributos constitui requisito essencial da responsabilidade na gestão fiscal (art. 11, LRF).

Partindo-se desse raciocínio, não haveria margem para que a Administração Tributária pudesse realizar a transação do crédito tributário com o contribuinte mediante concessões recíprocas, o que inviabilizaria a opção pela arbitragem como método alternativo de solução de conflitos entre fisco e contribuintes.

Porém, não é esse o entendimento manifestado pela literatura jurídica. Para grande parte da doutrina, seria possível submeter a solução de conflitos em matéria tributária à arbitragem.

Fernanda Cimbra Santiago, a propósito, entende que, se a legislação tributária admite a realização de transação entre fisco e contribuinte – a exemplo da Lei nº 13.988/20 –, em que o fisco abre mão de parte do crédito tributário devidamente constituído em benefício do contribuinte inadimplente, não haveria óbice à realização da arbitragem tributária, pois a arbitragem, por se tratar de método heterocompositivo de solução de conflitos, não obriga a realização de concessões mútuas que impliquem renúncia parcial do crédito tributário, diferentemente do que ocorre nos métodos

autocompositivos de solução de litígios, como a conciliação e a mediação. Seguem trechos extraídos de seu artigo publicado na Revista da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo:

De outro lado, a Lei 5.172/1966, também prevê a transação tributária (art. 156, III), a isenção (art. 176), a remissão (art. 172), a anistia (art. 180), a possibilidade de parcelamento (art. 155-A) e outros mecanismos que demonstram um abrandamento nessa rigidez, diante da disciplina na legislação tributária.

[...]

Nesse rumo, questiona-se: se não fosse admitida disposição do crédito tributário poderiam existir parcelamentos especiais, isenções, anistias, remissão e a transação tributária? O que revelam esses institutos?

[...]

Assim, a legislação tributária, em nítida influência das transformações contemporâneas do Direito Público, demonstra um interesse da Administração Fazendária em se aproximar do diálogo com o contribuinte, em dificuldades de adimplemento, de forma celebrar acordo para pagamento da dívida tributária, de forma a viabilizar sua retomada econômica.

[...]

Pelo já exposto, não tem força o argumento da indisponibilidade do crédito tributário como um impedimento à arbitragem. Porém, não é só isso.

É imperiosa a reflexão se o caso realmente seria de disposição de direito. Não é demais lembrar que a arbitragem representa um método heterocompositivo de resolução de conflitos, que ocorre por meio de um órgão formado por julgadores não estatais, mas isso não lhe retira o dever de decidir justamente o conflito.

A transação, ontologicamente, depende da realização de concessões mútuas e é um ato de disposição mais amplo que a arbitragem. No caso da decisão arbitral, a concessão está relacionada à forma como será julgada a controvérsia tributária e não sobre o crédito tributário em si. De outro lado, na transação, as concessões alcançam aspectos do próprio crédito e, ainda assim, já existe previsão de transação de crédito tributário desde a primeira edição do Código Tributário Nacional.²⁴²

Outro ponto relevante na arbitragem tributária diz respeito ao direito aplicável. De acordo com o § 1º do art. 2º da Lei nº 9.307/96, as partes podem escolher livremente o direito material ou processual aplicável, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. Todavia, em se tratando de arbitragem tributária, a livre escolha do direito material seria incompatível com a natureza tributária da controvérsia. Ora, se as partes pudessem escolher o direito material aplicável, colocar-se-ia em risco o funcionamento da Administração Pública em razão da incerteza do ingresso de rendas públicas causada pela insegurança jurídica relativa ao direito aplicável.

²⁴² SANTIAGO, Fernanda Cimbra. Arbitragem tributária: análise dos pressupostos e da possibilidade de implementação no Brasil. **Revista da Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 87-118, jan./dez. 2019. Disponível em: <<https://revistas.pge.sp.gov.br/index.php/revistaespgesp/article/view/157>>. Acesso em: 3 dez. 2023.

No Congresso Nacional, tramita o Projeto de Lei nº 2.486/2022²⁴³, que visa dispor sobre a arbitragem em matéria tributária e aduaneira no âmbito de todos os entes federados (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), conforme art. 1º, caput e § 3º, da propositura:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a utilização da arbitragem, nos termos do art. 22, I, da CF/88, para, prioritariamente, promover a prevenção do litígio e, subsidiariamente, resolver aqueles já instaurados no contencioso administrativo e jurisdicional, envolvendo matéria tributária e aduaneira.

[...]

§ 3º O disposto nesta Lei aplica-se à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios, à cobrança de valores devidos a conselhos profissionais e à Ordem dos Advogados do Brasil.

No entanto, não serão todas as matérias relativas a tributos que poderão ser objeto de arbitragem, pois o art. 2º do Projeto de Lei nº 2.486/2022 prevê que cada ente federado estabelecerá, por ato próprio, o rol das hipóteses em que se poderá optar pelo uso da arbitragem bem como os critérios de valor para submissão dos conflitos à arbitragem. Eis a redação do art. 2º do Projeto de Lei nº 2.486/2022: “Art. 2º A Fazenda Pública estabelecerá por ato próprio o rol de hipóteses gerais em relação às quais poderá optar pelo uso da arbitragem tributária ou aduaneira”.

Segundo, ainda, referido projeto de lei, cada ente federado deverá editar ato próprio para dispor sobre as regras de escolha do árbitro ou dos árbitros e da câmara de arbitragem, devendo ser dada preferência para a arbitragem institucional em vez da arbitragem *ad hoc*. A opção pela arbitragem *ad hoc* somente poderá ocorrer de forma justificada. Para mais clareza, cumpre transcrever a redação dos incisos IV e V do § 1º do art. 2º do Projeto de Lei nº 2.486/2022:

Art. 2º [...]

§ 1º Além das hipóteses gerais previstas no caput, cada ente estabelecerá por ato próprio:

[...]

IV – regras para escolha da câmara de arbitragem ou para a opção devidamente justificada pela arbitragem *ad hoc*;

V – regras para escolha, indicação e impugnação do árbitro, ou dos árbitros, inclusive os casos em que a ausência de acordo entre as partes dará causa à frustração do procedimento;

²⁴³ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 2.486, de 2022**. Dispõe sobre a arbitragem em matéria tributária e aduaneira. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/154741>>. Acesso em: 26 fev. 24.

De acordo com o art. 3º do referido projeto de lei, o requerimento de submissão do litígio à arbitragem deverá ser decidido pela autoridade máxima do órgão, nestes termos:

Art. 3º A decisão administrativa pela aceitação do requerimento de submissão do litígio à arbitragem constitui etapa preliminar à pactuação de compromisso arbitral e será proferida pela autoridade máxima do órgão responsável pela administração do crédito, diretamente ou mediante delegação, de acordo com regulamentação por ato próprio, e conterá, no mínimo, descrição pormenorizada das questões que serão objeto da arbitragem, bem como dos elementos de fato e de direito que evidenciam a subsunção do caso concreto ao rol de controvérsias previsto no caput do art. 2º.

No art. 4º do Projeto de Lei nº 2.486/2022, constam as regras gerais da arbitragem tributária, aplicáveis a todos os entes federados, valendo transcrever o inteiro teor do art. 4º:

Art. 4º A arbitragem de que trata esta Lei observará as seguintes condições:
 I – é vedada a arbitragem por equidade;
 II – as normas de direito material para fundamentar a decisão arbitral serão as do ordenamento jurídico brasileiro, inclusive aquelas objeto de precedente qualificado de que trata o art. 927 da Lei no 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil);
 III – a arbitragem será realizada na República Federativa do Brasil e em língua portuguesa;
 IV – as informações sobre o processo de arbitragem serão públicas, ressalvadas aquelas necessárias à preservação de segredo industrial ou comercial e aquelas consideradas sigilosas pela legislação brasileira; V – a arbitragem será, preferencialmente, institucional; e
 VI – uma câmara arbitral previamente credenciada pelo ente federativo deverá ser escolhida para compor o litígio.
 § 1º Em nenhuma hipótese será submetida à arbitragem controvérsia envolvendo a constitucionalidade de normas jurídicas ou discussão sobre lei em tese.
 § 2º É vedada a prolação de sentença arbitral cujos efeitos prospectivos resultem, direta ou indiretamente, em regime especial, diferenciado ou individual de tributação.
 § 3º Observado o disposto no inciso V do caput, será admitida a opção pela arbitragem ad hoc, desde que devidamente justificada.

Pela própria natureza da arbitragem tributária, o art. 5º do Projeto de Lei nº 2486/2022²⁴⁴ prevê que a submissão do litígio à arbitragem somente ocorrerá por meio da subscrição de compromisso arbitral. Isso porque, na relação jurídico-tributária, inexistente contrato entre fisco e contribuinte, inviabilizando a previsão de cláusula arbitral. Daí a razão de o projeto de lei prever apenas o compromisso arbitral.

²⁴⁴ Art. 5º A submissão do litígio à arbitragem ocorrerá por meio da subscrição de compromisso arbitral, que indicará, com precisão, o objeto do litígio.

A assinatura do compromisso arbitral interromperá a prescrição, nos termos do § 2º do art. 5º do Projeto de Lei nº 2486/2022.²⁴⁵

Entretanto, caso aprovado o projeto de lei em análise, o §2º do seu art. 5º poderá ser declarado inconstitucional, porque somente à lei complementar cabe dispor sobre prescrição tributária, nos termos do artigo 146, inciso III, alínea “b”, da Constituição Federal, que assim dispõe:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

[...]

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

[...]

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;

Além disso, a necessidade de lei complementar também se aplica às hipóteses de extinção e de suspensão do crédito tributário. Dessa forma, para que a sentença arbitral possa extinguir o crédito tributário, faz-se necessária a alteração do art. 156²⁴⁶ do Código Tributário Nacional, por meio de lei complementar, para incluir essa hipótese de extinção na lista dos casos que extinguem o crédito tributário. Por esse motivo, não é possível prever, em lei ordinária, que o árbitro será juiz de fato e de direito para os fins do inciso X do art. 156 do Código Tributário Nacional. Conclui-se, destarte, que o parágrafo primeiro²⁴⁷ do art. 1º do Projeto de Lei nº 2.486/2022,

²⁴⁵ Art. 5º [...]

§ 2º A assinatura do compromisso arbitral interrompe a prescrição, para todos os efeitos.

²⁴⁶ Art. 156. Extinguem o crédito tributário:

I - o pagamento;

II - a compensação;

III - a transação;

IV - remissão;

V - a prescrição e a decadência;

VI - a conversão de depósito em renda;

VII - o pagamento antecipado e a homologação do lançamento nos termos do disposto no artigo 150 e seus §§ 1º e 4º;

VIII - a consignação em pagamento, nos termos do disposto no § 2º do artigo 164;

IX - a decisão administrativa irreformável, assim entendida a definitiva na órbita administrativa, que não mais possa ser objeto de ação anulatória;

X - a decisão judicial passada em julgado.

XI - a dação em pagamento em bens imóveis, na forma e condições estabelecidas em lei. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

²⁴⁷ Art. 1º

[...]

§ 1º O árbitro é juiz de fato e de direito, inclusive para os fins estabelecidos nos artigos 151, inciso V e 156, inciso X da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.

caso aprovado, também poderá ser objeto de controle abstrato de constitucionalidade, pois versa sobre matéria reservada à lei complementar.

Quanto ao prazo de duração do procedimento arbitral, o compromisso arbitral deverá conter cláusula que fixe prazo para apresentação da sentença arbitral, que não poderá ser superior a 12 (doze) meses, contado da data da celebração do compromisso arbitral, podendo referido prazo ser prorrogado uma única vez, mediante acordo entre as partes, desde que não ultrapasse o total de 24 (vinte e quatro) meses, nos termos do inciso VI do art. 6º, combinado com o art. 9º, inciso II e § 2º, todos do Projeto de Lei nº 2.486/2022, a saber:

Art. 6º São cláusulas obrigatórias do compromisso arbitral:

[...]

VI – o prazo para apresentação da sentença arbitral, que não poderá ser superior ao indicado no art. 9º, inciso II, desta Lei;

Art. 9º No procedimento arbitral, deverão ser observados os seguintes prazos:

[...]

II – o prazo máximo de 12 (doze) meses para a apresentação da sentença arbitral, contado da data de celebração do compromisso arbitral.

[...]

§ 2º O prazo a que se refere o inciso II do caput poderá ser prorrogado uma vez, desde que seja estabelecido acordo entre as partes e que o período não exceda 24 (vinte e quatro) meses.

Com relação à responsabilidade pelo pagamento dos custos da arbitragem, o art. 10²⁴⁸ do Projeto de Lei nº 2.486/2022 prevê que as custas e as despesas relativas ao procedimento arbitral bem como os honorários arbitrais serão antecipados pelo sujeito passivo da obrigação tributária e restituídas em caso de sucumbência da Fazenda Pública. Na hipótese de sucumbência recíproca, as partes arcarão proporcionalmente com os custos da arbitragem.

No tocante aos honorários advocatícios de sucumbência, o § 4º do art. 10 do Projeto de Lei nº 2.486/2022 determina a aplicação do art. 85 do Código de Processo Civil, excluindo da condenação o ressarcimento dos honorários convencionais. Segue a redação do § 4º do art. 10 do PL nº 2.486/2022:

²⁴⁸ Art. 10. As custas e as despesas relativas ao procedimento arbitral, inclusive aquelas atinentes aos honorários arbitrais, serão antecipadas pelo sujeito passivo e, quando for o caso, restituídas conforme deliberação final na instância arbitral.

Art. 10. [...]

[...]

§ 4º A sentença arbitral condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor, nos exatos termos do art. 85 da Lei no 13.105, de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil, excluído o ressarcimento, por quaisquer das partes, de honorários contratuais.

Em última análise, o art. 4º, inciso II²⁴⁹, do Projeto de Lei nº 2.486/2022 determina que o árbitro utilize as normas do ordenamento jurídico brasileiro para fundamentar a decisão arbitral, incluindo os precedentes qualificados previstos no art. 927 do Código de Processo Civil. É evidente, nesse caso, que o intuito do projeto de lei é assegurar a manutenção da isonomia entre os contribuintes, conforme opina Fernanda Cimbra Santiago:

Para as questões puramente de direito, a forma de controle da arbitragem deverá ser mais rigorosa, sob pena de violação aos princípios da isonomia fiscal e da legalidade. Não é possível reconhecer que para um contribuinte esteja vigente uma obrigação tributária que não deva ser cumprida pelos demais em igual situação. Nessa perspectiva, para matérias repetitivas, a arbitragem tende a não ser uma boa opção, pelo menos, enquanto não julgado o caso definitivamente pelo tribunal superior.

A preocupação com os precedentes é qualificada no caso das controvérsias tributárias repetitivas. A coerência do sistema jurídico – com a obediência à isonomia – é essencial para manter protegido o ambiente da livre concorrência entre as empresas.²⁵⁰

No entanto, observe-se que o inciso II do art. 4º não obriga a aplicação dos precedentes judiciais vinculantes invariavelmente. O dispositivo apenas quer determinar que as normas de direito material aplicáveis à arbitragem tributária sejam as do ordenamento jurídico brasileiro, nas quais se incluem os precedentes qualificados previstos no art. 927 do Código de Processo Civil. Ou seja, os precedentes judiciais vinculantes previstos no art. 927 do Código de Processo Civil fazem parte do ordenamento jurídico, mas não são verdades absolutas insuperáveis e infalíveis.

²⁴⁹ Art. 4º A arbitragem de que trata esta Lei observará as seguintes condições:

[...]

II – as normas de direito material para fundamentar a decisão arbitral serão as do ordenamento jurídico brasileiro, inclusive aquelas objeto de precedente qualificado de que trata o art. 927 da Lei no 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil);

²⁵⁰ SANTIAGO, Fernanda Cimbra. Arbitragem tributária: análise dos pressupostos e da possibilidade de implementação no Brasil. **Revista da Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo**. São Paulo, v. 10, n. 1, p. 87-118, jan./dez. 2019. Disponível em: <<https://revistas.pge.sp.gov.br/index.php/revistaespgesp/article/view/157>>. Acesso em: 3 dez. 2023.

Ademais, ao empregar a expressão “precedente qualificado”, a redação do inciso II do art. 4º é digna de encômios, pois evita interpretações equivocadas advindas do uso das expressões “precedentes obrigatórios” ou “precedentes vinculantes”, as quais, embora amplamente empregadas nesta dissertação, têm o potencial de induzir os leigos a erro. Conforme estudado na subseção 3.16, o caráter vinculante desses precedentes é relativo. Árbitros e juízes não são obrigados a manter postura subserviente diante dos precedentes judiciais vinculantes, podendo superá-los a qualquer momento, desde que fundamentadamente. Decerto que a superação de uma tese firmada em um precedente vinculante requer um ônus argumentativo maior do julgador.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em 2015, a Lei nº 13.129/2015 alterou a Lei nº 9.307/96, ampliando a possibilidade de utilização da arbitragem por toda a Administração Pública, direta e indireta, de qualquer esfera de governo, eliminando as incertezas que, até então, ainda existiam.

Para submeter determinada controvérsia à arbitragem, as partes interessadas devem ser pessoas capazes de contratar (arbitrabilidade subjetiva), e o conflito deve ser relativo a direitos patrimoniais disponíveis (arbitrabilidade objetiva).

O princípio da indisponibilidade do interesse público não é incompatível com a disponibilidade de direitos. Isso porque, ao optar pela arbitragem, a Administração Pública não renuncia a seus direitos materiais nem dispõe deles, pois a arbitragem não é um método de solução amigável de divergências em que a Administração abdica de direitos materiais em troca de concessões recíprocas. Ao contrário, a arbitragem é um método adversarial de solução de controvérsias, tal como uma ação judicial.

O critério que melhor define o que pode ser considerado disponível para fins da arbitragem é o da contratualização do direito. Dessa forma, sempre que um direito puder ser objeto de acordo de vontades (contrato), ele será considerado disponível. Portanto, direito disponível é aquele passível de contratualização.

De acordo com parágrafo único do art. 151 da Nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/21), podem ser submetidas à arbitragem as controvérsias que envolvam, por exemplo, restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, inadimplemento de obrigações contratuais e cálculo de indenizações. O rol de direitos patrimoniais disponíveis previsto no parágrafo único do art. 151 da Lei nº 14.133/21 é meramente exemplificativo.

Conforme entendimento doutrinário, as prerrogativas da Administração previstas no art. 104 da Lei nº 14.133/21 são indisponíveis, não podendo ser objeto de arbitragem, com exceção das repercussões econômico-financeiras decorrentes do exercício dessas prerrogativas. Consoante esse entendimento, o árbitro não pode julgar, por exemplo, pedidos de invalidação de aplicação de sanções de impedimento ou de declaração de inidoneidade para licitar e contratar, nem tampouco pedidos de invalidação de extinções ou de modificações contratuais realizadas unilateralmente

pela Administração, mas pode julgar, por outro lado, pedidos de indenização oriundos da prática desses atos.

Porém, com a evolução legislativa da consensualidade no âmbito da Administração Pública, tornou-se possível a celebração de acordos entre a Administração Pública e particulares, seja para eliminar irregularidades, incertezas jurídicas ou situações contenciosas na aplicação do direito público (art. 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), seja para isentar ou atenuar as sanções previstas no art. 156 da Lei nº 14.133/21 (acordo de leniência, previsto no art. 17 da Lei nº 12.846/2013). Dessa forma, se as sanções aplicadas pela Administração Pública, no âmbito das contratações administrativas, podem ser objeto do acordo de leniência previsto no art. 17 da Lei Anticorrupção, não faz mais sentido, atualmente, impedir o acesso da Administração Pública à jurisdição arbitral para dirimir conflitos que envolvam, por exemplo, a aplicação de sanções contratuais e extinções ou modificações contratuais unilaterais.

No entendimento da Advocacia Geral da União, a arbitragem deve ser reservada aos contratos de alta complexidade técnica, como os contratos de concessão de serviço público e as parcerias público-privadas. Para a Advocacia Geral da União, as controvérsias resultantes de contratações que envolvam bens e serviços comuns não podem ser dirimidas por meio da arbitragem, pois a ausência de recurso contra as sentenças arbitrais tem o potencial de prejudicar a padronização dessas contratações.

No entanto, a submissão de controvérsias à arbitragem não pode ficar restrita aos contratos de concessão ou de parceria público-privada. Segundo a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, a definição de bem ou serviço comum independe da complexidade técnica. Dessa forma, objetos complexos também podem ser licitados por meio da modalidade pregão, desde que possam ser objetivamente definidos no edital de licitação. Portanto, a opção pela arbitragem deve ocorrer conforme as circunstâncias do caso concreto. Nesse sentido, se, na avaliação do agente público competente, a opção pela arbitragem for a medida que melhor satisfizer o interesse público, a Administração deverá optar pela arbitragem, independentemente de tratar-se de contrato administrativo resultante de pregão ou de contratos de concessão ou de parcerias público-privadas.

Para que um litígio possa ser submetido à arbitragem, as partes em conflito devem celebrar convenção de arbitragem, por meio de uma das seguintes formas: cláusula arbitral ou compromisso arbitral.

A cláusula arbitral é uma cláusula inserida no próprio instrumento contratual ou em documento apartado, desde que faça referência ao contrato celebrado pelas partes, destinando-se a submeter as futuras controvérsias oriundas desse contrato ao juízo arbitral. A cláusula arbitral é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserida, de modo que a nulidade do contrato não implica a nulidade da cláusula arbitral. Logo, eventual controvérsia acerca da nulidade do contrato será resolvida pelo juízo arbitral.

O compromisso arbitral, por outro lado, é a convenção em que as partes, de comum acordo, submetem um conflito já existente à arbitragem.

Dito de outro modo, a cláusula arbitral destina-se a submeter à arbitragem conflitos futuros oriundos de um contrato assinado pelas partes, enquanto o compromisso arbitral destina-se a submeter à arbitragem conflito já existente entre as partes, de natureza contratual ou extracontratual.

Mesmo que inexista cláusula arbitral em contrato administrativo celebrado pela Administração Pública, é possível realizar aditamento contratual para inclusão de cláusula arbitral, nos termos do art. 153 da Lei nº 14.133/21.

Há dois tipos de arbitragem: arbitragem institucional e arbitragem *ad hoc*.

Na arbitragem institucional, o procedimento é administrado por uma instituição de arbitragem, também denominada de câmara arbitral, que fica responsável pela disponibilização de espaço físico para realização de audiências, pela guarda de documentos, pela expedição de notificações, entre outros atos. As câmaras arbitrais também possuem regulamentos próprios destinados a disciplinar os procedimentos arbitrais, bem como lista de árbitros à escolha das partes. Convém ressaltar que as câmaras arbitrais não praticam atos jurisdicionais, ou seja, elas não decidem controvérsias, mas apenas administram o procedimento. Quem julga as demandas são os árbitros.

Na arbitragem *ad hoc*, as próprias partes incumbem-se de providenciar local para realização de reuniões e guarda documentos. Além disso, na arbitragem *ad hoc*, as partes devem disciplinar, de comum acordo, o procedimento arbitral. Não havendo estipulação do procedimento pelas partes, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral disciplinar o procedimento.

Se as partes, na convenção de arbitragem, não indicarem câmara arbitral para administrar o procedimento, a arbitragem será necessariamente *ad hoc*. A Lei nº 9.307/96 não prevê qual tipo de arbitragem deve ser adotada pela Administração Pública. Porém, há regulamentos setoriais que dispõem que a Administração Pública deve adotar, preferencialmente, a arbitragem institucional, embora não haja vedação à utilização da arbitragem *ad hoc*.

Nos litígios envolvendo a Administração Pública, a arbitragem deve ser necessariamente de direito, sendo vedada arbitragem por equidade. Além disso, os regulamentos dos entes federativos e a legislação setorial definem o território nacional como sede da arbitragem e a língua portuguesa como idioma.

Quando a Administração Pública for parte na arbitragem, deve-se assegurar a publicidade do processo arbitral, ou seja, as partes não podem estipular o sigilo do procedimento, com exceção dos casos em que o caráter sigiloso decorra da própria legislação. Quando a parte requerer a atribuição de sigilo sobre algum documento juntado aos autos, caberá ao árbitro decidir a respeito do pedido de sigilo.

O julgamento das causas submetidas à arbitragem pode ser realizado por árbitro único ou por um colegiado de árbitros (tribunal arbitral), conforme o que dispuser a convenção de arbitragem. Caso a cláusula arbitral não opte pelo regulamento de nenhuma câmara arbitral, não faça a indicação do árbitro único nem estabeleça critérios para indicação dos árbitros que comporão o tribunal arbitral – cláusula arbitral vazia –, as partes deverão, no ato da instituição da arbitragem, entrar em acordo a respeito da escolha do(s) árbitro(s). Não havendo acordo, caberá o ajuizamento de ação judicial para essa finalidade. Por outro lado, em se tratando de arbitragem institucional, os regulamentos das câmaras arbitrais geralmente preveem a solução para impasses a respeito da nomeação de árbitros.

A escolha de árbitros pela Administração Pública independe de licitação, em razão da incompatibilidade do processo licitatório com o requisito da confiança das partes no árbitro, previsto no art. 13 da Lei nº 9.307/96. Isso porque o processo licitatório, por ser aberto à participação de qualquer interessado que preencha as condições estabelecidas no edital de licitação, não permite assegurar se o futuro vencedor do certame terá a confiança da Administração ou não. Além disso, a demora do processo licitatório prejudicaria a celeridade que se espera de um processo arbitral.

Da mesma forma, a escolha de câmara arbitral para secretariar o procedimento prescinde de processo licitatório, em razão não só da singularidade de

cada câmara arbitral mas também da demora de um processo licitatório. A título de exemplo, o Decreto Federal nº 10.025/2019, que dispõe sobre a arbitragem para dirimir litígios que envolvam a Administração Pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, prevê a possibilidade de escolha de qualquer câmara arbitral previamente credenciada perante a Advocacia Geral da União, afastando, portanto, a realização de licitação.

Diante da inviabilidade de competição, conclui-se, portanto, que tanto a escolha de árbitros quanto a escolha de câmaras arbitrais independem de licitação, mas isso não significa que estão sujeitos ao processo de inexigibilidade de licitação, uma vez que o processo de inexigibilidade de licitação é dotado de formalidades incompatíveis com o procedimento de escolha de árbitros e de câmaras arbitrais.

O processo de inexigibilidade de licitação requer a posterior celebração de contrato administrativo com os árbitros que comporão o tribunal arbitral. Ocorre que a Administração não pode exercer ingerência sobre a escolha de árbitro pela parte contrária, nem tampouco sobre o terceiro árbitro a ser escolhido pelos coárbitros indicados pelas partes, não havendo como submetê-los a prévio processo de inexigibilidade de licitação. Não bastasse isso, se, após a escolha do árbitro pela Administração, a outra parte apresentar arguição de suspeição/impedimento, todo o processo de inexigibilidade de licitação terá sido em vão, caso a arguição de suspeição/impedimento venha a ser acolhida.

Quanto ao credenciamento de câmaras arbitrais para administrar eventuais e futuros procedimentos arbitrais, cumpre ressaltar que esse tipo de credenciamento não se compatibiliza com nenhuma das hipóteses de credenciamento previstas no art. 79 da Lei nº 14.133/21.

Se fosse adotada a modalidade de credenciamento prevista no inciso I do art. 79 da Lei nº 14.133/21 (contratações paralelas e não excludentes), as partes não poderiam escolher, de comum acordo, a mesma câmara arbitral que já tenha administrado outros procedimentos arbitrais para a Administração, ainda que a escolha da câmara caiba exclusivamente ao contratado, pois o § 1º do art. 79 da Lei 14.133/21 exige distribuição equitativa da demanda, que seria uma espécie de rodízio entre as câmaras arbitrais credenciadas. Ocorre que a Lei nº 9.307/96 preconiza a autonomia da vontade das partes bem como a confiança depositada nos árbitros. Desse modo, as partes devem ter liberdade para escolher a câmara arbitral que seja da sua confiança. Muitas vezes, a lista de árbitros de determinada câmara arbitral

pode não ser interessante para dirimir determinada controvérsia. Afinal, a confiança no árbitro é um fator importante para as partes e pode estar intimamente relacionada com a câmara arbitral escolhida, no caso de arbitragem institucional.

Com relação à modalidade de credenciamento prevista no inciso II do art. 79 da Lei nº 14.133/21 (seleção a critério de terceiros), a escolha do contratado cabe exclusivamente ao particular, beneficiário da prestação. Ocorre que, em se tratando de câmaras arbitrais, ainda que a Administração permita que a escolha da câmara arbitral seja realizada exclusivamente pela parte contrária, a Administração também é beneficiária direta da prestação. Ademais, em todas as hipóteses de credenciamento previstas no art. 79 da Lei nº 14.133/21, a celebração de contrato administrativo, com cláusulas que estipulem penalidades apenas para a câmara arbitral contratada e prerrogativas apenas para a Administração, pode comprometer a independência das câmaras arbitrais e a equidistância delas em relação às partes em conflito, desigualando-as, já que a parte adversa não gozará das mesmas prerrogativas que a Administração.

No tocante à hipótese de credenciamento prevista no inciso III do art. 79 da Lei nº 14.133/21 (mercados fluidos), os preços praticados pelas câmaras arbitrais não sofrem oscilações constantes, não podendo enquadrar-se nessa hipótese de credenciamento.

Dessa forma, o procedimento de escolha de árbitros e de câmaras arbitrais não se compatibiliza com a Lei de Licitações e Contratos Administrativos. A Lei nº 14.133/21 e a Lei nº 9.307/96 possuem regimes jurídicos inconciliáveis no que se refere à escolha de árbitros e de câmaras arbitrais. Por esse motivo, deve ser afastada a aplicação da Lei nº 14.133/21 no que se refere ao processo de escolha de árbitros e de câmaras arbitrais, com fundamento no inciso II do seu art. 3º, segundo o qual não se subordinam ao regime da Lei nº 14.133/21 as contratações sujeitas a normas previstas em legislação própria. Afinal, o procedimento de escolha de árbitros e de câmaras arbitrais segue disciplina própria, prevista na Lei nº 9.307/96, não podendo sofrer influência da Lei nº 14.133/21.

No entanto, a inaplicabilidade da Lei de Licitações não afasta a incidência dos princípios constitucionais aplicáveis à Administração Pública. O princípio da motivação, por exemplo, exige que a Administração explicita as razões da escolha e justifique os valores a serem pagos. Dessa forma, a escolha do árbitro não pode recair sobre pessoa condenada por crime de corrupção passiva cometido em processo

arbitral, sob pena de violação do princípio da moralidade. Da mesma forma, a escolha do árbitro não pode recair sobre pessoa sem qualificação para o exercício da função, sob pena de violação dos princípios da razoabilidade e da moralidade. A respeito da qualificação, embora a Lei nº 9.307/96 não exija qualificação mínima para o exercício da função de árbitro, os princípios da razoabilidade e da moralidade exigem que a pessoa a ser escolhida possua expertise e atributos que justifiquem a sua indicação. Outrossim, a Administração não pode escolher árbitros ou câmaras arbitrais que cobrem valores exorbitantes a título de honorários e de taxas administrativas, sob pena de violação do princípio da economicidade.

As sentenças arbitrais que condenam a Fazenda Pública a pagar quantia certa estão sujeitas ao regime dos precatórios ou das requisições de pequeno valor, conforme o valor da condenação. A sujeição das sentenças arbitrais ao regime dos precatórios justifica-se em razão da impenhorabilidade dos bens públicos, fazendo com que o cumprimento forçado de sentença que condena a Fazenda Pública a pagar quantia certa seja incompatível com os atos expropriatórios previstos no artigo 824 e seguinte do Código de Processo Civil. Além disso, se fosse admitido o sequestro de rendas públicas sem prévia submissão ao regime dos precatórios, colocar-se-ia em risco a continuidade de serviços públicos essenciais, em razão da impossibilidade de a Fazenda Pública prever esses eventos e de consignar dotação orçamentária suficiente para suportá-los.

Não bastasse isso, o princípio da isonomia impede o tratamento desigual entre credores da Fazenda Pública amparados por sentenças judiciais e credores da Fazenda Pública amparados por sentenças arbitrais. A corroborar esse raciocínio, o art. 31 da Lei 9.307/96 dispõe que as sentenças arbitrais possuem os mesmos efeitos que as sentenças judiciais.

Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, as sentenças que condenam empresas públicas e sociedades de economia mista que exploram atividade econômica em regime de livre concorrência não se submetem ao regime dos precatórios. Por outro lado, as sentenças que condenam empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos em regime de exclusividade, como é o caso da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos e de determinadas empresas que atuam na área de saneamento básico, sujeitam-se ao regime dos precatórios.

Quanto ao cabimento de honorários advocatícios sucumbenciais em sede arbitral, a matéria é controversa. De um lado, há quem sustente ser descabida a condenação em honorários sucumbenciais no processo arbitral, sob o fundamento de que a Lei nº 9.307/96 não exige a representação da parte por advogado. De outro lado, há quem sustente que, mesmo não havendo previsão de honorários sucumbenciais na Lei nº 9.307/96, os árbitros têm o dever de condenar a parte sucumbente ao pagamento de honorários sucumbenciais. Tomando partido nessa questão, pode-se afirmar que a Lei nº 9.307/96 não prevê a incidência de honorários sucumbenciais quando a parte vencedora estiver representada por advogado. Além disso, o inciso V do art. 11 da Lei nº 9.307/96 faculta às partes disciplinarem, no compromisso arbitral, a responsabilidade pelo pagamento de honorários. Portanto, não havendo previsão de pagamento de honorários sucumbenciais na convenção de arbitragem, no termo de arbitragem ou no regulamento da instituição arbitral escolhida pelas partes, a sentença arbitral não poderá condenar a parte vencida a pagar honorários advocatícios de sucumbência ao advogado da parte vencedora.

A respeito dos honorários advocatícios contratuais, ainda que não haja previsão de reembolso de honorários contratuais na convenção arbitral ou no termo de arbitragem, cada parte pode pedir, nas suas alegações iniciais, o ressarcimento desses valores em caso de êxito na demanda, pois tal pretensão possui natureza indenizatória, nos termos dos artigos 389, 395 e 404 do Código Civil. Nessa ordem de ideias, é preciso ressaltar que, embora o vínculo jurídico entre a Administração Pública e seus advogados seja de natureza estatutária ou trabalhista, inexistindo pagamento de honorários convencionais, quem contrata advogado assalariado (empregado ou servidor público) não pode receber tratamento desigual em relação àquele que opta por contratar serviços advocatícios autônomos, mediante pagamento de honorários convencionais, razão pela qual o posicionamento aqui adotado é no sentido de que a Administração Pública tem direito ao reembolso de honorários advocatícios convencionais em caso de êxito na demanda, cujo valor pode ser definido mediante arbitramento ou mediante a aplicação das tabelas de honorários fixadas pelos Conselhos Seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil. Por oportuno, convém advertir que, se as partes, de comum acordo, renunciarem ao direito ao reembolso de honorários advocatícios contratuais, na convenção de arbitragem ou no termo de arbitragem, a sentença arbitral não poderá condenar a parte vencida ao pagamento

de honorários contratuais, ainda que as partes tenham pedido o ressarcimento desses honorários nas suas alegações iniciais.

No que se refere à aplicação dos precedentes judiciais vinculantes nas arbitragens de direito, caso o árbitro entenda que o precedente vinculante invocado pela parte não deva ser acolhido, o árbitro deve demonstrar a superação do entendimento (overruling) ou a distinção de caso (distinguishing), sob pena de violação do dever de fundamentação da sentença arbitral (art. 26, Lei nº 9.307/96).

Se a sentença arbitral deixar de aplicar precedente judicial vinculante sem apresentar a devida fundamentação, poderá ser objeto de ação anulatória perante o Poder Judiciário, com fundamento no inciso III do art. 32 da Lei nº 9.607/96, caso mantenha-se omissa após a apresentação do pedido de esclarecimentos previsto no art. 30 da Lei nº 9.307/96.

A aplicação mecânica da lei, sem levar em consideração o contexto e as consequências práticas que possam resultar dessa aplicação, deve ser evitada, seja na esfera judicial, seja na esfera arbitral, seja na esfera administrativa, seja na esfera controladora. Os fatos devem nortear a aplicação do Direito. O Direito deve preocupar-se com as consequências. Corroborando esse raciocínio, a Lei nº 13.655/2018 inseriu os artigos 20 e 21 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, exigindo que as decisões, nas esferas judicial, administrativa e controladora, levem em consideração as suas consequências práticas, jurídicas e administrativas.

Da mesma forma, a aplicação dos precedentes judiciais vinculantes desconectada da realidade deve ser evitada pelo julgador. A aplicação do Direito não se resume apenas ao método da subsunção. A nova principiologia constitucional passou a incidir diretamente sobre a atividade administrativa, exigindo que os princípios constitucionais sejam ponderados diante do caso concreto. Dessa forma, a depender das circunstâncias fáticas, uma regra pode, simplesmente, deixar de ser aplicada, caso algum princípio constitucional antagônico possua peso maior do que os princípios constitucionais que deem fundamento à aplicação da regra.

O princípio da legalidade, portanto, não pode fazer com que os árbitros adotem postura subserviente diante dos precedentes judiciais vinculantes, de modo a aplicá-los mecanicamente, sem levar em consideração as consequências práticas.

Os enunciados normativos não são infalíveis e devem ser permanentemente testados na prática. Isso porque os conceitos abstratos estabelecidos a priori devem

evoluir para adaptar-se às mudanças sociais, políticas, econômicas, culturais e científicas. O julgador deve agir, portanto, de forma pragmática.

Com relação às custas e às despesas do processo arbitral, a Lei de Arbitragem não define qual parte deve antecipar as custas e despesas da arbitragem, deixando que as partes disciplinem essas particularidades na convenção de arbitragem, nos termos do inciso V do art. 11 da Lei nº 9.307/96. Alguns regulamentos de entes federativos exigem que o contratado antecipe o pagamento das custas e despesas do processo até mesmo quando a Administração Pública tomar a iniciativa de instituir o processo arbitral, sendo ressarcido apenas ao final, em caso de êxito na demanda. Porém, o ideal seria que a parte que requerer a instauração do processo arbitral ou do ato a ser praticado antecipe o pagamento das custas e despesas, independentemente de ser o contratante ou o contratado. Nesse caso, basta que os órgãos e entidades da Administração Pública que façam parte do orçamento fiscal prevejam recursos orçamentários suficientes na lei orçamentária anual para fazer face a essas despesas.

Em última análise, no que se refere à arbitragem em matéria tributária, cumpre ressaltar que, conquanto o parágrafo único do art. 142 do Código Tributário Nacional disponha que o lançamento tributário constitui atividade administrativa vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional, o crédito tributário pode ser considerado disponível para os fins do art. 1º da Lei nº 9.307/96, uma vez que o próprio Código Tributário Nacional prevê a possibilidade de transação do crédito tributário, mediante concessões mútuas entre Fisco e contribuintes, desde que haja prévia autorização legal, conforme dispõem os artigos art. 156, inciso III, e 171 do Código Tributário Nacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, João Pedro. Arbitrabilidade objetiva em conflitos com a administração pública. **Revista Brasileira de Arbitragem**, São Paulo, v. 17, n. 65, p. 7-41, jan./mar. 2020.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Arbitragem, os precedentes e a ordem pública. In: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Doutrina**: edição comemorativa 30 anos do STJ. Brasília, p. 193-224, mai. 2019. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/Dout30anos/article/view/3790/3909>>. Acesso em: 20 abr. 2024.

ALVES, Rafael. Flexibilidade do procedimento arbitral e perda de direitos: decadência, preclusão e renúncia no contexto da arbitragem. In: MACHADO FILHO, José Augusto Bitencourt et al. (orgs.). **Arbitragem e processo**: homenagem ao prof. Carlos Alberto Carmona. São Paulo: Quartier Latim, 2022. p. 427-441. v. 2

AMENDOEIRA JÚNIOR, Sidnei. Precedentes na arbitragem. In: MACHADO FILHO, José Augusto Bitencourt et al. (orgs.). **Arbitragem e processo**: homenagem ao prof. Carlos Alberto Carmona. São Paulo: Quartier Latim, 2022. p. 609-635. v. 2

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; YARSHELL, Flávio Luiz. Honorários de sucumbência e honorários contratuais em arbitragem. In: MACHADO FILHO, José Augusto Bitencourt et al. (orgs.). **Arbitragem e processo**: homenagem ao prof. Carlos Alberto Carmona. São Paulo: Quartier Latim, 2022. p. 443-482. v. 2

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. Sentença no Novo CPC. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (coord.). **Procedimento Comum**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016. v.2

AZEVEDO NETO, João Luiz Lessa de. **A relação entre arbitragem e poder judiciário na definição da competência do árbitro**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Pernambuco, 2015. Disponível em: <<https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/15676>>. Acesso em: 30 mar. 2024

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; MARTINS, Ricardo Marcondes. Ato administrativo e Procedimento Administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). **Tratado de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2022. v. 5. Edição do Kindle.

BERNARDES, Flávio Couto; SILVA, Suélen Marine. A (não) vinculação dos precedentes às decisões proferidas em sede de arbitragem sob a ótica do novo Código de Processo Civil. **Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva**, Goiânia, v. 5, n. 1, p. 165-183, jan./jun. 2019. Disponível em: <<https://indexlaw.org/index.php/direitocivil/article/view/5656/pdf>>. Acesso em: 22 jan. 2024.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed., rev., atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BRASIL. Advocacia Geral da União. **Parecer nº 00007/2022/ADVNEA/NEA/CGU/AGU**. Brasília: AGU, 30 jun.2022. Disponível em: <http://www.sef.eb.mil.br/images/2022/Setembro/Parecer_00007-2022-ADVNEA-NEA-CGU-AGU.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2023.

BRASIL. Advocacia Geral da União. **Parecer nº 00001/2023/CNLCA/CGU/AGU**. Brasília: AGU, 27 abr. 2023.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. O pragmatismo no Supremo Tribunal Federal Brasileiro. *In*: BINENBOJM, Gustavo; NETO, Claudio Pereira de Souza; SARNENTO, Daniel. **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009.

CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação, conciliação, tribunal multiportas. 9. ed. rev., ampl., e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

CAPELOTTO, Paulo Henrique Triandafelides; SILVA, Raphael Leandro. Artigo 74. *In*: POZZO, Augusto Neves; CAMMAROSANO, Márcio; ZOCKUN, Maurício (coords.). **Lei de licitações e Contratos Administrativos Comentada**: Lei 14.133/21. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 368-387.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e administração pública – primeiras reflexões sobre a arbitragem envolvendo a administração pública. **Revista Brasileira de Arbitragem**, São Paulo, Ano XIII, n. 51, p. 7-21, jul-set. 2016. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4232072/mod_resource/content/1/Carmona%20-%20Arbitragem%20e%20Administra%C3%A7%C3%A3o%20P%C3%ABlica.pdf>. Acesso em: 27 out. 2023.

CENACH, Luiza Gonzaga Drumond Cenach. **Precedentes judiciais na arbitragem**: a vinculação do árbitro às fontes de direito com eficácia erga omnes na arbitragem regida pelo direito brasileiro. 2021. 164 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-16082022-093157/publico/10670122MIC.pdf>>. Acesso em: 1 fev. 2024.

CHAVES, Luiz Cláudio. Um estudo completo sobre a hipótese de inexigibilidade de licitação para contratação de serviços técnicos especializados. **Revista do Tribunal de Contas da União**, Brasília, v.50, n. 143, p. 4-31, jan./jun. 2019. Disponível em: <<https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/issue/view/88>>. Acesso em: 21 fev. 2024.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. As possibilidades de arbitragem em contratos administrativos. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-set-24/interesse-publico-possibilidades-arbitragem-contratos-administrativos2/#author>>. Acesso em: 3 abr. 2024.

_____. **Direito Administrativo**. 33. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem e precedentes judiciais**. Juiz de Fora: Academia Brasileira de Direito Civil, 2020. Disponível em: <<https://www.abdireitocivil.com.br/artigo/arbitragem-e-precedentes-judiciais%20b9/>>. Acesso em: 28 jan. 2024.

GABRIEL, Anderson Paiva. O Pragmatismo como paradigma jurisdicional contemporâneo. In: FUX, Luiz; FUX, Rodrigo; PEPE, Rafael Gaia (coord.). **Temas de análise econômica do Direito Processual**. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

LEMES, Selma Ferreira. As peculiaridades do sistema arbitral e os precedentes judiciais. In: **Estudos sobre a evolução da arbitragem e da mediação no Brasil**. São Paulo: Câmara de Conciliação, mediação e arbitragem CIESP FIESP, 2021, p. 83-112. Disponível em: <<http://www.camaradearbitragemsp.org.br/pt/entrevistas/docs/SelmaFerreiraLemes.pdf>>. Acesso em: 19 fev. 2024.

MAROLLA, Eugênia Cristina Cleto. **Arbitragem e os contratos da Administração Pública**. 2015. 203 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2015.

MARRARA, Thiago. Compromissos como técnica de administração consensual: breves comentários ao art. 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 283, n. 1, p. 131-157, jan./abr. 2024. Disponível em: <<https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/90692/85527>>. Acesso em: 28 abr. 2024

MARTINS, Ricardo Marcondes. Proporcionalidade e boa administração. **Revista Internacional de Direito Público – RIDP**, Belo Horizonte, ano 2, n. 02, p. 935, jan./jun. 2017.

MEGNA, Bruno Lopes. **Arbitragem e administração pública: fundamentos teóricos e soluções práticas**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

_____. **Arbitragem e Administração Pública: o processo arbitral devido e adequado ao regime jurídico administrativo**. 2017. 363 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

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

em: <<https://www.pge.pr.gov.br/Pagina/Revista-Juridica-da-Procuradoria-Geral-do-Estado-Edicao-2015>>. Acesso em: 12 set. 2023.

MOREIRA, Brunno Luz; MOREIRA, Vitor Luz. Desafios da arbitragem no âmbito da Administração Pública. In: MACHADO FILHO, José Augusto Bitencourt et. al. (orgs.). **Arbitragem e processo**: homenagem ao Prof. Carlos Alberto Carmona. São Paulo: Quartier Latim, 2022. p. 711-726. v. 2

NIEBUHR, Joel de Menezes et al. (coord). **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 2. ed. Curitiba: Zênite, 2021.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. A arbitragem e as parcerias público-privadas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 241, p. 241-271, jul./set. 2005. Disponível em: <<https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/43372/44675>>. Acesso em: 7 mai. 2024.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Arbitragem nas contratações públicas**. 2022. Disponível em: <<https://ronnycharles.com.br/arbitragem-nas-contratacoes-publicas/>>. Acesso em: 26 fev. 2024.

PEIXOTO, Ravi. A superação de precedentes (overruling) no Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Processo Comparado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 2, n. 3, jan./jun. 2016. Disponível em: <https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RProComp_n.3.07.PDF>. Acesso em: 19 fev. 2024.

SALOMÃO, Luís Felipe; FUX, Rodrigo. Arbitragem e precedentes: possível vinculação do árbitro e mecanismos de controle. **Revista CEJ**, Brasília, v.24, n. 80, p. 7-20, jul./dez. 2020. Disponível em: <<https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/2600/2469>>. Acesso em: 16.01.2024.

SANTIAGO, Fernanda Cimbra. Arbitragem tributária: análise dos pressupostos e da possibilidade de implementação no Brasil. **Revista da Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 87-118, jan./dez. 2019. Disponível em: <<https://revistas.pge.sp.gov.br/index.php/revistaespgesp/article/view/157>>. Acesso em: 3 dez. 2023.

SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antônio. **Manual de arbitragem**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. Arbitragem nos contratos administrativos e o critério para identificação dos litígios que envolvem direitos patrimoniais disponíveis. **Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)**, Curitiba: Zênite, n. 272, p. 989-995, out. 2016.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Fundamentando decisões com outras decisões. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (coord.). **Procedimento Comum**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016. v.2.

SENA, Bárbara Bianca. Arbitrabilidade objetiva em contratos administrativos complexos. **Revista Caderno Virtual**, Brasília: Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), v. 1, n. 55, set./dez. 2022. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/6819>>. Acesso em: 8 mar. 2024.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 248, p. 117-126, 2008. Disponível em: <<https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/41529/40879>>. Acesso em: 24 fev. 2024.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: Lei de Introdução e Parte Geral. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

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, abr. 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.254.21.PDF>. Acesso em: 26 fev. 2024.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.