

UNIVERSIDADE DE ARARAQUARA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO E GESTÃO DE CONFLITOS
MESTRADO PROFISSIONAL

JULIANA BRUSCHI MARTINS

**Arbitragem e Administração Pública: uma proposta de aperfeiçoamento do Decreto
Federal 10.025/2019**

ARARAQUARA - SP

2022

JULIANA BRUSCHI MARTINS

**Arbitragem e Administração Pública: uma proposta de aperfeiçoamento do Decreto
Federal 10.025/2019**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito e Gestão de Conflitos, curso de Mestrado Profissional, da Universidade de Araraquara – UNIARA – como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito e Gestão de Conflitos.

Linha de pesquisa: Desjudicialização e Modelos de Solução de Conflitos

Orientador: Augusto Martinez Perez Filho

ARARAQUARA – SP

FICHA CATALOGRÁFICA

M343a Martins, Juliana Bruschi

Arbitragem e administração pública: uma proposta de aperfeiçoamento do decreto federal 10.025/2019/Juliana Bruschi Martins. – Araraquara: Universidade de Araraquara, 2022.
81f.

Dissertação (Mestrado)- Programa de Pós-graduação em Direito
Curso de Mestrado Profissional- Universidade de Araraquara-UNIARA

Orientador: Prof. Dr. Augusto Martinez Perez Filho

1. Gestão de conflitos. 2. Arbitragem. 3. Principios da administração Pública. 4. Decreto Federal nº 10.025/2019. I. Título.

CDU 340

JULIANA BRUSCHI MARTINS

TÍTULO: ARBITRAGEM E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA PROPOSTA DE APERFEIÇOAMENTO DO DECRETO FEDERAL 10.025/2019

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito e Gestão de Conflitos, curso de Mestrado Profissional, da Universidade de Araraquara – UNIARA – como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito e Gestão de Conflitos.

Linha de pesquisa: Desjudicialização e modelos de solução de conflitos

Orientador: Augusto Martinez Perez Filho

Data do exame de defesa: 12/02/2022

Membros componentes da Banca Examinadora:



Prof. Dr. AUGUSTO MARTINEZ PEREZ FILHO (Orientador)
Universidade de Araraquara - UNIARA



Prof. Dr. RICARDO AUGUSTO BONOTTO BARBOZA
Universidade de Araraquara - UNIARA



Prof. Dr. FELIPE FAIWICHOW ESTEFAM
Escola de Direito do Brasil de São Paulo

Local: Universidade de Araraquara

Dedico aos meus pais e irmã. Agradeço ao Sr. Adelmo Teves Jr. (*in memoriam*), cujos conselhos levarei para sempre comigo.

“A evolução do Homem passa, necessariamente, pela busca do conhecimento”.
Sun Tzu

RESUMO

A presente pesquisa tem por objetivo estudar o emprego da arbitragem na Administração Pública, em especial, o regime jurídico ditado pelo Decreto Federal nº 10.025/2019, que regulou o emprego da arbitragem em contratos de concessão nos setores portuário, bem como de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário. O emprego da arbitragem como meio de gestão de conflitos envolvendo a Administração Pública é relativamente novo, tendo suscitado inúmeras discussões doutrinárias. Para entender a gênese do emprego da arbitragem na Administração Pública, o trabalho inicialmente focará em três pontos polêmicos, que eram usados contra a realização de arbitragem em contratos administrativos: princípio da publicidade e atos arbitrais; a definição de “direitos patrimoniais disponíveis” relativos ao patrimônio da Administração Pública e ausência de previsão legal específica. Em seguida, a dissertação aborda o uso da arbitragem pela Administração Pública, o qual – a partir da Lei Federal nº 13.129/2015, que atualizou a Lei de Arbitragem – ficou permitido à Administração, como um todo. Posteriormente, a pesquisa incursiona na análise das principais peculiaridades das arbitragens envolvendo os setores tratados pelo referido Decreto e, em consideração dessas peculiaridades, o trabalho examina se o Decreto atende adequadamente ou não aos princípios que regem a Administração Pública, para, ao final, propor sugestões de aperfeiçoamento ao dito regulamento. Para tanto, o trabalho responde às seguintes perguntas: o Decreto Federal nº 10.025/2019 atende aos princípios da Administração Pública? Quais são os aperfeiçoamentos necessários ao dito Decreto?

Palavras-chave: Gestão de Conflitos; Arbitragem; Administração Pública; Decreto Federal nº 10.025/2019; Princípios da Administração Pública.

ABSTRACT

The present research aims to study the use of arbitration in the Public Administration, in particular, the legal regime dictated by Federal Decree No. 10.025/2019, which regulated the use of arbitration in concession contracts in the port sectors, as well as road, rail, waterway and airport transport. The use of arbitration as a mean of managing conflicts involving the Public Administration is relatively new, having raised numerous doctrinal discussions. To understand the genesis of the use of arbitration in Public Administration, the work will initially focus on three controversial points, which were used against the use of arbitration in administrative contracts: principle of publicity and arbitration acts; the definition of “available rights” related to the Public Administration's assets and the absence of a specific legal provision. Then, the dissertation addresses the use of arbitration by the Public Administration, which - from the Federal Law n° 13.129/2015, which updated the Arbitration Law - was allowed to the Administration, as a whole. Subsequently, the research delves into the analysis of the main peculiarities of arbitrations involving the sectors dealt with by the aforementioned Decree and, in consideration of these peculiarities, the work examines whether or not the Decree adequately is in line with the principles that govern Public Administration, in order to, in the end, propose suggestions for improving the said regulation. Therefore, the work answers the following questions: does Federal Decree n° 10.025/2019 is in line with the principles of Public Administration? What are the necessary improvements to the said Decree?

Keywords: Conflict Management; Arbitration; Public Administration; Federal Decree n° 10.025/2015; Public Administration's Principles.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANAC - Agência Nacional de Aviação Civil

ANEEL - Agência Nacional de Energia Elétrica

ANTAQ - Agência Nacional de Transportes Aquaviários

ANTT - Agência Nacional de Transportes Terrestres

CAESP - Conselho Arbitral do Estado de São Paulo

CAM-AMCHAM - Centro de Arbitragem e Mediação AMCHAM Brasil

CAMARB - Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial – Brasil

CAM-CCBC - Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá

CBMA - Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem

CCEE - Câmara de Comercialização de Energia Elétrica

CC - Código Civil

CCI - Câmara de Comércio Internacional

CF - Constituição Federal

CPC - Código de Processo Civil

CPC 25 - Pronunciamento Técnico nº 25, do Comitê de Pronunciamentos Contábeis

CNPE - Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo

CIESP/FIESP - Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem

CODESP - Companhia Docas do Estado de São Paulo

CONIT - Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte

DNIT - Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes

FGV - Fundação Getúlio Vargas

TCU - Tribunal de Contas da União

STJ - Superior Tribunal de Justiça

NEA - Núcleo Especializado em Arbitragem da Advocacia-Geral da União

PPP - Parceria Público-Privada

PGE - Procuradora Geral do Estado de São Paulo

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	12
2 ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	15
3 ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS – TCU <i>VERSUS</i> PODER JUDICIÁRIO	17
4 DISPONIBILIDADE DE DIREITOS PATRIMONIAIS <i>VERSUS</i> INDISPONIBILIDADE E SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO	22
5 LEGISLAÇÃO CORRELATA.....	28
5.1 Arbitragem em Concessões Públicas - Lei 8.987/1995; Lei 9.478/1997 e Lei 10.233/2001	30
5.2. Arbitragem em Parcerias Público-Privadas – Lei 11.079/2004	31
5.3. Arbitragem e o Mercado de Energia Elétrica - Lei 10.848/2004	32
5.4. Lei dos Portos – Lei 12.815/2013	35
5.5. A Lei 13.129/2015	37
5.6. Lei nº 14.133/2021 – Nova Lei de Licitações	40
6 O DECRETO FEDERAL Nº 10.025/2019	41
6.1 Princípio da Publicidade na Administração Pública e a Confidencialidade na Arbitragem	41
6.1.1 <i>Princípio da Publicidade e Demonstrações Financeiras.....</i>	46
6.2. Escolha da Câmara Arbitral	49
6.3. Escolha dos árbitros e número de árbitros.....	58
6.4. Conflitos sujeitos à arbitragem.....	62
6.5. Coerência jurisprudencial arbitral	64
7 CONCLUSÃO	67
REFERÊNCIAS	71
ANEXOS	78
ANEXO A – PLANILHA DE ARBITRAGENS DA ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO – NÚCLEO ESPECIALIZADO EM ARBITRAGEM	78
APÊNDICES.....	79
APÊNDICE A – SUGESTÃO DE MELHORIA AO DECRETO 10.025/2019.....	79

1 INTRODUÇÃO

A arbitragem é um dos métodos mais clássicos de resolução extrajudicial de conflito, juntamente com a conciliação e a mediação. Seu emprego surge no contexto de uma visão moderna da Administração Pública, focada na consensualidade e na cooperação entre público e privado.

No entanto, seu emprego nos conflitos envolvendo a Administração Pública sempre suscitou dúvidas. Defensores da arbitragem apregoavam que a Lei 8.666/93 (Lei de Licitações) já era suficiente para dar arcabouço ao emprego de cláusula arbitral em contratos administrativos (BRASIL, 1993). No entanto, mesmo após a promulgação da Lei 9.307/1996 (Lei de Arbitragem), o uso da arbitragem em conflitos envolvendo a Administração Pública ainda gerava discussão, inclusive com decisões do Tribunal de Contas da União (TCU) vetando emprego de convenção arbitral em contratos administrativos.

A defesa de que o instituto da arbitragem não seria compatível com os contratos administrativos partia de três principais argumentos: o sigilo, princípio que norteia a arbitragem, não seria compatível com o princípio da publicidade, que norteia a Administração Pública; a definição do que seriam “direitos patrimoniais disponíveis” na Administração Pública era altamente questionável, principalmente se sopesado com o princípio da indisponibilidade do interesse público; sem previsão legal específica, a arbitragem não poderia ser utilizada em contratos administrativos, sob pena de ferir o princípio da legalidade.

Após a publicação da Lei da Arbitragem, algumas leis passaram a constar expressamente a possibilidade do uso da arbitragem para dirimir conflitos envolvendo a Administração Pública, em especial, em contratos de concessões públicas. Tais inserções tinham por fim deixar o sistema de concessões públicas brasileiro mais atrativo a investimentos privados, dando maior segurança para o mercado de que os conflitos oriundos de tais contratos seriam resolvidos de forma rápida, eficiente e sigilosa.

Somente após 2015, com a promulgação da Lei 13.129, que atualizou a Lei de Arbitragem, foi previsto explicitamente o uso da arbitragem em contratos administrativos, conforme art. 1º, §1º, do mencionado diploma legal (BRASIL, 2015).

Diante do exposto, um dos objetivos desta pesquisa será estudar as questões controversas envolvendo o emprego de convênio arbitral em contratos administrativos, bem como o amadurecimento da doutrina, legislação e jurisprudência sobre a arbitragem na Administração Pública.

Todavia, a pesquisa também abordará que apenas a inserção do parágrafo primeiro ao artigo 1º da Lei da Arbitragem não foi suficiente para dirimir todas as questões que envolvem o uso da arbitragem pela Administração Pública, sendo que, aos poucos, estão sendo editados decretos que regulam o uso desse mecanismo para a solução de conflitos, em especial, no que tange à publicidade dos atos arbitrais; escolha da Câmara Arbitral e definição dos árbitros.

Tais questões foram reguladas parcialmente pelo 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. No entanto, é necessário verificar se a solução adotada por tal normativo realmente está obedecendo aos princípios que guiam a Administração Pública, bem como se há melhorias a serem implementadas no uso desse mecanismo resolução de conflitos pela Administração Pública. Este é o objetivo específico desta pesquisa.

Como o emprego da arbitragem pela Administração Pública é um tanto recente pela Administração Pública, o presente estudo se justifica para verificar se há: uniformização do entendimento sobre quais casos devem ser encaminhados à arbitragem; definições específicas sobre a escolha de árbitros ou Câmaras Arbitrais; regras claras sobre publicidade dos atos arbitrais. Como conclusão, será visto que tais pontos merecem aprimoramento, demonstrando a relevância desta pesquisa, que faz uma contribuição de melhoria para o Decreto Federal nº 10.025/2019.

A presente pesquisa busca contribuir, ainda que de maneira singela, para o enriquecimento da pesquisa jurídica brasileira, em especial, se verificado que a arbitragem envolvendo a administração pública é um tema relegado a um pequeno nicho de operadores do Direito, muito embora, numa última instância, questões envolvendo a Administração Pública impactem a todos os cidadãos brasileiros.

A pesquisa é uma atividade de suma importância para o desenvolvimento humano, que está em constante evolução. No entanto, para que a pesquisa seja considerada de qualidade, é importante que se adote método adequado de pesquisa, em especial, para que o presente trabalho tenha a solidez esperada de um mestrado profissional.

Em relação ao método científico adotado, utilizar-se-á o método dedutivo, pois será utilizado o raciocínio descendente, partindo de uma análise maior, teórica, do uso da arbitragem na administração pública, para questões particulares que envolvendo o tema, tais como escolha da câmara arbitral, do árbitro e da forma de dar publicidade aos documentos arbitrais, com enfoque especial no Decreto Federal nº 10.025/2019.

Esta pesquisa pode ser caracterizada como uma pesquisa qualitativa, uma vez que se baseia em dados que não podem ser quantificados. Esta dissertação insere-se na temática da gestão de conflitos, precisamente, na linha de pesquisa de “desjudicialização e modelos de solução de conflitos”.

Considerando que a presente pesquisa estará centrada em: pesquisa bibliográfica e documental; estudo da legislação aplicável à arbitragem em casos envolvendo a administração pública; julgados sobre o tema; manuais, contratos e demonstrações financeiras produzidos por órgãos da administração pública; pode-se classificar a presente pesquisa, quanto ao seu objetivo, como exploratória.

No entanto, deve-se alertar que a literatura sobre o tema não é abundante, sendo que a pesquisa, em alguns momentos, pautou-se em textos publicados por escritórios de advocacia que militam na área da arbitragem. Tais textos demonstram a experiência dos advogados autores, mas podem pecar pela ausência de rigor metodológico. No entanto, tais experiências não podem ser descartadas, posto que importantes para melhor compreensão do atual emprego da arbitragem pela Administração Pública.

Considerando que, como conclusão, serão sugeridas melhorias na aplicação da arbitragem na administração pública, classifica-se esta pesquisa como aplicada, no que tange à sua natureza.

2 ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Arbitragem é um dos meios mais tradicionais de resolução extrajudicial de conflitos, em que as partes decidem, mediante a celebração de convenção arbitral, designar um terceiro (ou um colegiado) para solucionar uma controvérsia. A decisão arbitral, muito embora não emanada do poder estatal, tem a mesma eficácia de sentença judicial, se revestindo dos poderes de coisa julgada. Segundo Estefam (2019), “a arbitragem tem base contratual, mas seu fim é o exercício da jurisdição” (ESTEFAM, 2019, p. 36).

O uso de meios extrajudiciais de resolução de conflitos pela Administração Pública razoavelmente recente e tem por fundamento o novo conceito de gestão pública, voltado à consensualidade. Segundo Estefam (2019), “atualmente, diz-se que a gestão administrativa é consensual, pois ela valoriza acordos e a cooperação do particular, no lugar de adotar medidas unilaterais” (ESTEFAM, 2019, p. 5).

No entanto, para que a arbitragem fosse adotada como meio extrajudicial de solução de conflitos, diversos percalços tiveram que ser transpostos, como será exposto no terceiro, quarto e quinto capítulos deste trabalho.

O terceiro capítulo desta tese será dedicado à análise da divergência de entendimentos judiciais em relação aos entendimentos do Tribunal de Contas da União (TCU), sendo que este último, inicialmente, vetava o uso da arbitragem pela Administração Pública. Neste capítulo, também será visto que, muito embora houvesse a inserção de cláusulas arbitrais em contratos administrativos, de forma completamente contraditória, a gestão pública, de modo a se furtar de suas obrigações arbitrais, buscava sua anulação judicialmente, o que não foi referendado pela Justiça Brasileira, conforme jurisprudências expostas no mencionado capítulo.

Sob o manto de um conceito descontextualizado de interesse público, os bens da Administração Pública eram taxados de indisponíveis, motivo pelo qual muitos doutrinadores defendiam a vedação do uso da arbitragem pela gestão pública. Desta forma, o quarto capítulo desta tese será dedicado ao estudo da evolução dos conceitos de interesse público e direitos disponíveis pela Administração Pública.

O quinto capítulo será dedicado ao estudo da legislação, que paulatinamente foi prevendo o uso da arbitragem em diversos contratos administrativos. Na análise de cada lei citada, há destaque para alguns aspectos específicos de cada lei, que subsidiaram as reflexões contidas no sexto capítulo deste trabalho.

Deve-se explicar que o terceiro, quarto e quinto capítulos foram organizados desta forma de modo a contrapor aos argumentos do acórdão nº 584/2003, do Tribunal de Contas da

União (TCU), exposto no início do segundo capítulo, que é citado à exaustão em diversas doutrinas para justificar a vedação da arbitragem na Administração Pública.

O sexto capítulo é dedicado à análise do Decreto Federal nº 10.025/2019, que trouxe diversas questões operacionais sobre o emprego da arbitragem em contratos de concessões. No entanto, por ser um dos primeiros regramentos a operacionalizar a arbitragem pela gestão pública, seus principais pontos serão contrapostos com os princípios da eficiência e transparência.

O princípio da eficiência, conceituado como “uma ação planejada, consciente, sóbria, respeitosa e focada na efetiva produção de resultados úteis à sociedade” (COELHO, 2011, p. 122) será aplicado à forma como o mencionado decreto discorreu para dar publicidade aos atos arbitrais em procedimentos envolvendo a coisa pública, verificando se a solução adotada atende tal princípio.

De igual forma, o princípio da transparência será cotejado em relação às soluções adotadas pelo Decreto Federal nº 10.025/2019 para escolha dos árbitros, publicidade dos atos arbitrais, bem como em relação à coerência jurisprudencial arbitral. Deve-se conceituar que o princípio da transparência deriva do princípio da publicidade. No entanto, a “*transparência*, ao seu turno, é atributo do que é transparente, límpido, cristalino, visível; é o que se deixa perpassar pela luz e ver nitidamente o que está por trás. A transparência exige não somente *informação disponível*, mas também *informação compreensível*” (MOTTA, 2018, on-line). Destarte, será averiguado se as soluções adotadas pelo mencionado normativo legal deixam as informações arbitrais compreensíveis para os cidadãos em geral.

Outro princípio da Administração Pública usado na análise do Decreto Federal nº 10.025/2019 é o da impessoalidade, que é estabelecido como o dever a ser observado pelo administrador público de agir de forma imparcial, sendo vedada a concessão de privilégios ou discriminações no desempenho da função administrativa. Esse princípio será aplicado especialmente na questão da escolha dos árbitros e definição dos critérios para cadastramento de Câmaras Arbitrais.

Neste mesmo prisma, também será visto se o princípio da competitividade, definido como o dever da Administração Pública em permitir a ampla concorrência, com vedação de qualquer ato em sentido oposto, também é observado nestes dois pontos.

Diante da aplicação de tais princípios sobre questões operacionais sobre o emprego da arbitragem pela Administração Pública, serão feitas sugestões de melhoria ao Decreto Federal nº 10.025/2019 (APÊNDICE A).

3 ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS – TCU *VERSUS* PODER JUDICIÁRIO

A discussão sobre o emprego da arbitragem na Administração Pública não é recente. O caso antigo mais emblemático é a arbitragem envolvendo as Organizações Lage (“caso Lage”). Através do Decreto-Lei nº 4.648/1942, tendo por motivação o interesse nacional e a Segunda Guerra Mundial, a União incorporou o patrimônio das Organizações Lages, em especial, empresas de navegação, estaleiros e portos. Para dirimir o conflito sobre o valor indenizatório dos bens encampados pela União, o Decreto-Lei nº 9.521/1946 delegou ao Juízo Arbitral a definição do respectivo *quantum*.

Após a definição da indenização pelo Tribunal Arbitral, o Governo Federal, agindo de forma contraditória, passou a sustentar a inconstitucionalidade do Tribunal Arbitral e negou o pagamento da mencionada indenização. A família Lage, inconformada, ingressou com ação judicial, que passou por todas as instâncias, até chegar no Supremo Tribunal Federal, que decidiu de forma desfavorável à Fazenda Nacional¹.

No entanto, apesar deste emblemático entendimento jurisprudencial e mesmo após a publicação da Lei da Arbitragem, as inúmeras discussões doutrinárias sobre o uso deste mecanismo de resolução de conflitos em casos envolvendo a Administração Pública continuaram.

Em suma, os argumentos desfavoráveis ao emprego da arbitragem em conflitos envolvendo entes públicos podem ser resumidos em três tópicos, a saber: a definição do que seriam “direitos patrimoniais disponíveis” na Administração Pública, de conteúdo altamente questionável, sendo que muitos defendiam que o interesse público era indisponível; o sigilo, princípio que norteia a arbitragem, não seria compatível com o princípio da publicidade, que norteia a Administração Pública; e, sem previsão legal específica, a arbitragem não poderia ser utilizada em contratos administrativos, sob pena de ferir o princípio da legalidade.

¹ A ementa do acórdão foi entabulada da seguinte forma: INCORPORAÇÃO, BENS E DIREITOS DAS EMPRESAS ORGANIZAÇÃO LAGE E DO ESPOLIO DE HENRIQUE LAGE. JUÍZO ARBITRAL. CLÁUSULA DE IRRECORRIBILIDADE. JUROS DA MORA. CORREÇÃO MONETÁRIA. 1. LEGALIDADE DO JUÍZO ARBITRAL, QUE O NOSSO DIREITO SEMPRE ADMITIU E CONSGROU, ATÉ MESMO NAS CAUSAS CONTRA A FAZENDA. PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2. LEGITIMIDADE DA CLÁUSULA DE IRRECORRIBILIDADE DE SENTENÇA ARBITRAL, QUE NÃO OFENDE A NORMA CONSTITUCIONAL. 3. JUROS DE MORA CONCEDIDOS, PELO ACÓRDÃO AGRAVADO, NA FORMA DA LEI, OU SEJA, A PARTIR DA PROPOSITURA DA AÇÃO. RAZOAVEL INTERPRETAÇÃO DA SITUAÇÃO DOS AUTOS E DA LEI N. 4.414, DE 1964. 4. CORREÇÃO MONETÁRIA CONCEDIDA, PELO TRIBUNAL A QUO, A PARTIR DA PUBLICAÇÃO DA LEI N. 4.686, DE 21.6.65. DECISÃO CORRETA. 5. AGRAVO DE INSTRUMENTO A QUE SE NEGOU PROVIMENTO (BRASIL, 1965).

Sobre tais argumentos, cabe citar alguns pontos do acórdão nº 584/2003, do Tribunal de Contas da União (TCU), que serviram de base para o não emprego de cláusula arbitral em contratos administrativos:

O instituto da arbitragem, como referido na nossa instrução de fls. 175/214, não é compatível com os contratos de aquisição de energia emergencial celebrados pela CBEE. Bastante utilizada na solução de litígios internacionais, a Câmara de Comércio França-Brasil (www.ccfb.com.br) enumera como três de suas principais virtudes as seguintes:

a) Especialidade: As partes podem indicar para árbitros, pessoas que detenham o conhecimento técnico e científico necessário ao deslinde da questão. No Poder Judiciário, o Juiz, normalmente, não tem este conhecimento e se vale de peritos por ele indicados;

b) Celeridade: O procedimento arbitral é extremamente rápido em se o comparando com o procedimento de uma Ação proposta perante o Poder Judiciário;

c) Sigilo: Não há, na arbitragem, a publicidade que caracteriza os procedimentos perante o Poder Judiciário.

Dessas três características do processo de arbitragem, pelo menos uma não se aplica aos contratos administrativos: o sigilo, incompatível com o princípio da publicidade, nos termos do artigo 37 da Constituição Federal e do artigo 3º da Lei nº 8.666/93.

[...]

A Lei nº 9.307, de 23/09/96, que disciplina o uso do instrumento da arbitragem, estabelece, em seu artigo 1º, que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis” [...].

Os bens de uma empresa pública não podem ser considerados disponíveis, já que, em última instância, o responsável por quaisquer ressarcimentos ao particular será sempre o contribuinte, a partir da majoração dos encargos tributários.

[...]

Não existindo autorização legal para que a CBEE pudesse ter estabelecido a via arbitral para solução das controvérsias contratuais, tal previsão não obedeceu a um dos princípios fundamentais que regem a administração pública, que é o da legalidade. Essa cláusula contratual, portanto, deverá ser excluída do contrato (BRASIL, 2003).

No mesmo sentido, também foi o acórdão nº 587/2003, do TCU, que determinou ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT) que retirasse do Edital de Licitação nº 04/02-0 as cláusulas que invocassem a arbitragem, por serem contrárias ao interesse público e, por consequência, nulas.

Sobre tais argumentos contrários ao uso do mecanismo da arbitragem para a resolução de conflitos envolvendo a Administração Pública, houve uma grande evolução doutrinária e legislativa a respeito do tema, conforme será explorado nos próximos tópicos.

Deve-se ressaltar que, mesmo antes da evolução legislativa e doutrinária, o Poder Judiciário já referendava o uso da arbitragem pela Administração Pública, sendo um dos casos de maior repercussão o julgamento no Superior Tribunal de Justiça (STJ) dos Recursos Especiais nº 606.345 e 612.439 (BRASIL, 2007), ambos de Relatoria do Ministro João Otávio de Noronha, que reputou como válidas as cláusulas compromissórias firmadas em contratos celebrados por sociedades de economia mista².

Lemes (2006) também recorda outro caso memorável envolvendo contratos de compra e venda de energia elétrica celebrados entre uma sociedade de economia mista distribuidora de energia elétrica e uma empresa privada, que previa o uso da arbitragem no caso de divergência entre as partes. No entanto, a sociedade de economia mista se insurgiu quanto à adoção da arbitragem para decidir a controvérsia, alegando que o objeto em discussão seria indisponível, tendo a mencionada sociedade de economia mista proposto ação popular visando anular a cláusula arbitral.

A decisão judicial foi favorável ao emprego do uso da arbitragem para resolução do conflito entre a sociedade de economia mista e a empresa privada, sendo que Lemes (2006) classifica a decisão como “pedagógica”, por ser um desestímulo para aqueles que visam obstar o emprego de meios alternativos de resolução de conflitos. Segundo suas palavras:

Salienta-se que a sociedade de economia mista não poderia, sob o manto da indisponibilidade do interesse público (por integrar a administração pública indireta), eximir-se do que legalmente firmara (“*pacta sunt servanda*”). Não há possibilidade, sequer, de anular administrativamente contratos que regulam relações da Administração em caráter privado (não pode a Administração anular atos realizados sob o império do direito privado” – TAPR, Ap. C. 247.646-0.7.CC, j. 11.02.04).[...] Além disso, o ilustre juiz demonstrando sensibilidade e conhecimento exara maravilhosa lição pedagógica ao aduzir: “[...] por isso afirmo, que as alegações da [sociedade de economia mista] não são maduras, mas sim, inconvenientes, e visam, em última análise impedir, por via oblíqua (a propalada ação popular), alterar todo o regime jurídico instituído pela Lei nº 9.307. Seria muito conveniente eleger um árbitro, pagar por isso (com dinheiro público, frise-se) e depois, de maneira simplória, por meio de ações judiciais, alegar que o direito discutido na arbitragem é

² Os acórdãos possuem redação similar, sendo que o Recurso Especial tem o seguinte teor: PROCESSO CIVIL. JUÍZO ARBITRAL. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ART. 267, VII, DO CPC. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. DIREITOS DISPONÍVEIS. 1. Cláusula compromissória é o ato por meio do qual as partes contratantes formalizam seu desejo de submeter à arbitragem eventuais divergências ou litígios passíveis de ocorrer ao longo da execução da avença. Efetuado o ajuste, que só pode ocorrer em hipóteses envolvendo direitos disponíveis, ficam os contratantes vinculados à solução extrajudicial da pendência. 2. A eleição da cláusula compromissória é causa de extinção do processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, VII, do Código de Processo Civil. 3. São válidos e eficazes os contratos firmados pelas sociedades de economia mista exploradoras de atividade economia de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços (CF, art. 173, §1º) que estipulem cláusula compromissória submetendo à arbitragem eventuais litígios decorrentes do ajuste. 4. Recurso especial provido (BRASIL, 2007, on-line).

indisponível e, portando, não pode prosseguir. Simplesmente ininteligível.” [...]. Sua função pedagógica vale como uma advertência aos que pretendem obstaculizar o regular e irreversível papel que a arbitragem desempenha como forma de acesso à Justiça, no despertar do século XXI (LEMES, 2006, on-line) – destaques no original.

Outro julgamento relevante envolvendo o uso da arbitragem pela Administração Pública adveio do julgamento pelo STJ do Agravo Regimental interposto no Mandado de Segurança nº 11.308-DF, de Relatoria do Ministro Luiz Fux. Devem ser destacadas as seguintes lições desta decisão:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PERMISSÃO DE ÁREA PORTUÁRIA. CELEBRAÇÃO DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. JUÍZO ARBITRAL. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE. ATENTADO.

[...]

7. O Estado, quando atestada a sua responsabilidade, revela-se tendente ao adimplemento da correspectiva indenização, coloca-se na posição de atendimento ao interesse público. Ao revés, quando visa a evadir-se de sua responsabilidade no afã de minimizar os seus prejuízos patrimoniais, persegue nítido interesse secundário, subjetivamente pertinente ao aparelho estatal em subtrair-se de despesas, engendrando locupletamento à custa do dano alheio.

8. Deveras, é assente na doutrina e na jurisprudência que indisponível é o interesse público, e não o interesse da administração.

9. Nesta esteira, 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.

[...].

12. Em verdade, não há que se negar a aplicabilidade do juízo arbitral em litígios administrativos, em que presente direitos patrimoniais do Estado, mas ao contrário, incentivá-la, porquanto mais célere, nos termos do artigo 23 da Lei 8987/95, que dispõe acerca de concessões e permissões de serviços e obras públicas, que prevê em seu inciso XV, entre as cláusulas essenciais do contrato de concessão de serviço público, as relativas ao “foro e ao modo amigável de solução de divergências contratuais” (BRASIL, 2006, on-line).

Sobre todos julgados citados neste tópico, vislumbra-se que o Poder Judiciário, ao contrário do TCU, sempre referendou as cláusulas arbitrais estipuladas pela própria Administração Pública. Tal situação se deve ao fato de que, enquanto o TCU se pautava no conceito obsoleto de supremacia do interesse público, indicando que este é indisponível (portanto, a arbitragem seria vedada em contratos administrativos, conforme será explorado no próximo capítulo), o Poder Judiciário já referendava que o uso da arbitragem, por ser meio eficiente de solução extrajudicial de conflito, atendia ao interesse público.

Por outro lado, os julgados citados mostram que, a após a celebração da convenção arbitral, o próprio ente da Administração Pública buscou anular a disposição contratual, visando não se submeter ao procedimento de arbitragem, tratando-se de verdadeiro desrespeito ao princípio da boa-fé contratual e da vedação do *venire contra factum proprium*. Nas palavras de César Guimarães A. Pereira:

Um último ponto de não menor importância, não incluído nas cogitações do STJ ou do TCU retratadas nos acórdãos citados, é o atinente à boa-fé. Internacionalmente, é pacífica a afirmação de que não é autorizado ao signatário de um contrato internacional com cláusula compromissória alegar um impedimento pessoal como fundamento para furtar-se à arbitragem. O mesmo raciocínio deve ser adotado internamente no Brasil, com base no art. 37 da Constituição (princípio da moralidade administrativa). É inadmissível que um ente estatal firme uma cláusula compromisso arbitral e, no momento de lhe dar cumprimento, pretenda desfazê-la sob qualquer fundamento (PEREIRA, 2010, p. 145-146).

Diante do exposto, o emprego da arbitragem envolvendo a Administração Pública sempre gerou grandes discussões, sendo que os entendimentos doutrinários sobre os pontos controversos destacados neste tópico foram lapidados com o tempo, conforme será explanado nos próximos capítulos. Com o amadurecimento doutrinário e legislativo, a própria postura da Administração Pública em relação à arbitragem evoluiu, o que também será objeto de estudo.

4 DISPONIBILIDADE DE DIREITOS PATRIMONIAIS *VERSUS* INDISPONIBILIDADE E SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

O primeiro ponto polêmico sobre o uso da arbitragem pela Administração Pública advém do axioma de que todos os direitos da Administração Pública seriam indisponíveis, tendo por base o princípio da indisponibilidade e supremacia do interesse público.

Segundo Fábio Medina Osório (2000), o princípio da supremacia do interesse público pode ser definido da seguinte forma:

A verdade é que a supremacia do interesse público sobre o privado não traduz possibilidade de arbítrio aos agentes públicos e tampouco significa que a Administração Pública possa atuar com a mesma liberdade conferida aos particulares, antes pelo contrário, traduz limitações ainda mais rígidas à atividade administrativa. “Quem exerce função administrativa está adstrito a satisfazer interesses públicos, ou seja, interesses, de outrem: a coletividade” [...]. Nesse sentido, interesse verdadeiramente público é o interesse público primário, aquele que pertence à coletividade, independentemente do interesse eventualmente diverso da entidade pública (OSORIO, 2000, p. 90).

O interesse público, princípio basilar do Direito Público, consubstancia-se no direcionamento dos atos administrativos para o benefício da sociedade, “seja ele atinente a interesses de maiorias ou minorias, razão pela qual não haveria um único interesse público, homogêneo e singular, mas vários interesses públicos, alguns conflitantes, inclusive, entre si” (PEREIRA; GIOVANINI; 2017, p. 1149).

A legislação não revela um conceito claro de interesse público, sendo que sua base é extraída a partir da interpretação dos princípios que regem a Administração Pública, descritos no artigo 37, da Constituição Federal, bem como legislação infraconstitucional correlata. Desta forma, a própria noção de interesse público vem sendo objeto de intensa revisão (PEREIRA, 2010).

Diante da ausência de um conceito único e uniforme de interesse público, há uma crítica de que seu uso indiscriminado e genérico não seria compatível com o próprio Estado Democrático de Direito, em especial, quando usado fora de contexto ou para defender que todos os direitos envolvendo a Administração Pública seriam indisponíveis. Segundo Ana Lúcia Pretto Pereira e Ana Elisa Pretto Pereira Giovanini:

Nessa seara, apresenta-se mais coerente o entendimento de que são múltiplos os interesses públicos, uma vez que são inúmeros os objetivos constitucionais e serem cumpridos pela Administração Pública, sejam estes à coletividade

como um todo, a parcela dela ou a apenas um indivíduo. Essa multiplicidade é tamanha que é perfeitamente possível que haja conflito entre interesses públicos pertencentes a um único indivíduo e à coletividade ou entre grupos distintos, o que é solucionável utilizando-se o critério da proporcionalidade. No que concerne à identificação da existência ou não de interesse público em determinada situação, parte da doutrina entende que devem ser levados em conta os objetivos contextuais daquela circunstância em concreto, o que se faz à luz dos contextos social e normativo específicos ao caso. Há relativo abandono do conceito tradicional de interesse público, pois, em virtude de sua generalidade, calcada em situações não contextualizadas, não se mostra capaz de alcançar com eficácia os objetivos específicos do Estado (PEREIRA; GIOVANINI, 2017, p. 1150).

Neste cenário, o emprego genérico do princípio da supremacia e indisponibilidade interesse público como argumento contrário ao uso da arbitragem pela Administração Pública, sem sua devida contextualização, não se mostra como a interpretação mais adequada. Isso porque, como sempre foi reconhecido por parte da doutrina e pelo Poder Judiciário, nos acórdãos citados no capítulo anterior, o emprego da arbitragem, por ser um meio mais célere e por sua especialidade na resolução de conflitos, traz inegáveis ganhos para a Administração Pública.

Nesse sentido, inclusive, é o parecer de Eros Roberto Grau, citado por Pereira:

Parece-me que a administração realiza muito melhor os seus fins e a sua tarefa, convocando as partes que com ela contratarem, a resolver as controvérsias de direito e de fato perante o juízo arbitral, do que denegando o direito das partes, remetendo-as ao juízo ordinário ou prolongando o processo administrativo, com diligências intermináveis, sem um órgão diretamente responsável pela instrução do processo (GRAU *apud* PEREIRA; GIOVANNI, 2017, p. 1155).

Desta forma, a interpretação mais adequada é que existe uma falsa dicotomia entre o princípio do interesse público e a arbitragem, uma vez que este mecanismo de solução de conflitos, por seu inegável ganho à Administração Pública, premia o mencionado princípio.

Complementando tal raciocínio, o uso genérico e descontextualizado do princípio do interesse público também trouxe uma interpretação equivocada à Lei de Arbitragem e o conceito exposto de direitos patrimoniais disponíveis contido em seu primeiro artigo. Diante de tais argumentos, tem-se que a premissa de que todos os direitos da Administração Pública são indisponíveis é equivocada, uma vez que calcada numa descontextualizada e generalizada interpretação do princípio da supremacia e indisponibilidade do interesse público.

Superado tal argumento, a doutrina passou a discutir como diferenciar direitos disponíveis, portanto, arbitráveis, dos direitos indisponíveis da Administração Pública, portanto, que não são passíveis de serem discutidos em sede arbitral.

Para diferenciar direitos disponíveis pela Administração Pública, a doutrina se baseou em diversos argumentos. Marolla (2015) resume que o conceito de direito público disponível pode ser agrupado em:

“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” (MAROLLA, 2015, p. 215).

A distinção de interesse primário e secundário, quando atinentes aos interesses da Administração Pública, encontra lastro na atuação do Estado em prol da coletividade (interesse primário) e atuação estatal enquanto ente jurídico (interesse secundário). Conforme explica Lemes:

Um bom guia é partir da premissa que quando a Administração atua no interesse da coletividade, adotando políticas referentes à segurança e o bem-estar da sociedade, são interesses fora do mercado (indisponibilidade absoluta); são os interesses públicos primários. Já, quando adota condutas para operacionalizar os interesses públicos primários que possam ser quantificados e tenham expressão patrimonial, estamos diante dos interesses públicos derivados; portanto, disponíveis e suscetíveis à arbitragem (LEMES, 2003, p. 1).

No entanto, tal classificação recebe críticas da doutrina, por considerá-la imprecisa e artificial. Neste interim, nova classificação surge baseada na distinção entre os atos de império e atos de gestão. Enquanto os primeiros corresponderiam aos atos de Estado, verdadeiros direitos indisponíveis, os atos de gestão seriam os atos desprovidos dos privilégios inerentes à Administração Pública, tratando-se de verdadeiros direitos disponíveis.

Esta classificação também sofre críticas da doutrina, por também considerá-la imprecisa, além de ser desvirtuada pela própria Administração Pública para fugir de seus deveres arbitrais. Conforme discorre Muniz (2015):

A doutrina distingue os atos de gestão conduzidos pelos entes estatais, tais como a concessão de atividades econômicas a entes privados, plenamente arbitráveis, dos atos de império, no qual o Estado agiria no interesse público e, portanto, não poderia submeter a arbitragem. Ocorre que os entes públicos muitas vezes usam essa teoria como uma "carta coringa": se lhe convém evitar a arbitragem, alegam que se trata de ato de império. Espera-se que a jurisprudência se consolide no sentido de que a regra geral é a plena

arbitrabilidade de controvérsias decorrentes de contratos envolvendo entes públicos e que a exceção do "ato de império" muito raramente deve ser aplicada (se for, considerando que as teorias mais modernas de direito administrativo têm se afastado da dicotomia atos de império e de gestão) (MUNIZ, 2015, on-line).

De igual forma, alguns doutrinadores definem a disponibilidade de direitos passando pelo conceito de ordem pública. Neste sentido, aquilo que não fira a ordem pública seria arbitrável. Ocorre que esta teoria também padece de imprecisão, conforme Estefam (2019):

“[...] a melhor solução, neste cenário, parece ser aquela que entende que questões de ordem pública não podem derivar de ‘considerações gerais de suposto interesse público’, mas devem estar claramente definidas em ‘leis e precedentes legais’” (ESTEFAM, 2019, p. 99).

O uso indiscriminado do conceito de “ordem pública” novamente pode ser usado pela Administração Pública para se furtar dos seus deveres arbitrais, num ato claro de *venire contra factum proprio*, mas sempre deve ser usada para definir o que pode ou não ser feito em procedimentos arbitrais, conforme legislação vigente. Destarte, “o seu papel é delimitador das liberdades das partes, mas não fixa, revela ou explicita o que seja a disponibilidade” (ESTEFAM, 2019, p. 102).

Ainda estudando brevemente as teorias para identificar o que seria “direito disponível”, alguns doutrinadores classificariam que seriam aqueles passíveis de “reconhecimento espontâneo pela Administração de que não tem razão”. No entanto, o reconhecimento, pela Administração Pública, de ofício, não tem correlação com a disponibilidade de direito, mas sim com a consecução dos princípios constitucionais insculpidos no artigo 37, da Constituição Federal (CF) (BRASIL, 1988).

Neste sentido, diante de um ato flagrantemente ilegal, é dever da Administração Pública, com base no princípio da autotutela, corrigir espontaneamente seu erro, não servindo tal questão como base para definição do que é ou não disponível e arbitrável.

Seguindo este mesmo raciocínio, as teorias que usam os direitos transacionáveis, renunciáveis ou alienáveis como base para distinção daquilo que seria disponível e arbitrável também padecem de equívoco teórico. Segundo Estefam (2019):

“[...] não se pode qualificar o direito disponível (requisito da arbitragem) como aquele que pode ser objeto de concessões recíprocas, já que não é isto a que se destina a arbitragem. A arbitragem visa à solução de uma controvérsia através do julgamento por um árbitro” (2019, p. 104-105).

Descartados tais argumentos imprecisos para diferenciação dos direitos disponíveis pela Administração Pública, a mais moderna doutrina buscou resposta sobre o que pode ser arbitrável na classificação das cláusulas administrativas. Destarte, considerando que todo contrato administrativo conta com cláusulas classificadas como regulamentares e econômicas, há consenso na doutrina que as cláusulas econômicas são passíveis de serem discutidas em sede arbitral, enquanto as cláusulas regulamentares seriam direito indisponível.

Isso se deve ao fato de que, por meio das cláusulas regulamentares, de acordo com Estefam (2019):

“[...] são definidas, unilateralmente, as diretrizes da prestação do serviço ou obra (forma de execução e de fiscalização, hipóteses de rescisão e penalidades, direitos e deveres das partes etc.), como determinam o art. 55 da LGL e o art. 23 da Lei das Concessões Comuns” (ESTEFAM, 2019).

Tratando-se de cláusula exorbitante, portanto, inarbitrável. Por outro lado, as cláusulas econômicas, traduzidas como aquelas que definem a equação econômico-financeira do contrato, por se tratar de direitos patrimoniais, são plenamente arbitráveis. Conforme Estefam (2019):

Ora, essas cláusulas não advêm de competências públicas unilaterais e inderrogáveis da Administração, mas versam sobre o interesse econômico do particular, o qual pode acordar, transigir e, inclusive, renunciar sobre este interesse. Em síntese: essas cláusulas versam sobre assuntos suscetíveis de contratação, razão pela qual são arbitráveis.

Deve-se ressaltar, no entanto, que, mesmo que inarbitráveis, as cláusulas regulamentares podem ser passíveis de interpretação arbitral, assim como os efeitos patrimoniais de tais cláusulas sobre o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

É importante relevar que a diferenciação do que seria passível de ser resolvido pela arbitragem envolvendo a Administração Pública não poderia ser objeto de detalhamento em legislação específica, ao passo que é impossível ao legislador prever todos os casos, cabendo a ele somente incluir linhas gerais sobre a temática.

Na prática, a definição sobre o que é passível de ser resolvido pela arbitragem, na esfera pública, passa pela análise minuciosa de cada caso pelo administrador, com apoio da advocacia pública, que deverá ter como norte os princípios gerais da Administração Pública e decisões judiciais sobre o tema.

No entanto, nada impede também que as matérias arbitráveis em determinado contrato administrativo sejam estabelecidas na convenção arbitral. Durante as negociações contratuais, é salutar que as partes formulem “propostas de textos e redações, em consideração das questões

que provavelmente surgirão durante o período do contrato, e decidir sobre os limites do poder dos árbitros, excluindo ou não matérias de arbitragem” (ESTEFAM, 2019, p. 177).

Ultrapassado o dogma de que todo direito envolvendo a Administração Pública é indisponível, o que se mostrou equivocado no debate doutrinária, o próximo capítulo tratará do segundo dogma contra o emprego da arbitragem nos contratos administrativos: ausência de previsão legal.

5 LEGISLAÇÃO CORRELATA

A arbitragem é um meio de resolução de conflitos cujo histórico remonta à Constituição do Império de 1824, que já previa seu emprego em seu artigo 160. O Código Comercial de 1850 também previa o emprego da arbitragem na resolução de conflitos societários ou envolvendo locações comerciais. Também são citados como diplomas legais que tratavam sobre arbitragem: Regulamento 737/1850; Lei 1.350/1867; Decreto 3.900/1967; Código Civil de 1916; Código de Processo Civil de 1939; Código de Processo Civil de 1974.

No entanto, em que pese a previsão legal sobre a arbitragem existir desde 1824, seu emprego era pouco relevante, ao passo não foram previstos meios executivos para o compromisso arbitral. Conforme melhor explica Carlos Augusto da Silveira Lobo:

No Direito então vigente, a cláusula compromissória era entendida como um pacto preliminar, cujo objeto era a celebração do compromisso. No caso de descumprimento, não havia meio de obter a execução específica, resolvendo-se a inadimplência em perdas e danos. Todavia, a indenização pecuniária sempre se afigurou inadequada para reparar a lesão causada pela inadimplência da cláusula compromissória, razão por que esse pacto não apresentava na prática maior eficácia do que a de um acordo de cavalheiros (LOBO, 2016)

Com o desenvolvimento econômico, a partir da década de 80, iniciou-se um movimento para implantar a cultura da arbitragem no Brasil. O próprio Governo Federal, em três ocasiões, publicou anteprojetos de lei de arbitragem para receber sugestões (LOBO, 2016), nos anos de 1981, 1986 e 1988.

Em 1991, com apoio de entidades empresariais, empresários e juristas do Brasil inteiro, foi elaborado o anteprojeto que foi submetido ao Congresso Nacional, dando origem à Lei da Arbitragem (Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996). Deste ponto em diante a arbitragem ganhou cada vez mais espaço como método de solução de conflito. Multiplicam-se as instituições de arbitragem; revistas jurídicas especializadas divulgam estudos de alta qualidade sobre arbitragem; decisões da justiça estatal cada vez mais prestigiam e respeitam a via arbitral; cursos superiores incluem a arbitragem entre as disciplinas ministradas (LOBO, 2016).

No entanto, mesmo após a publicação da Lei da Arbitragem, muitos defendiam que esta não seria aplicável aos contratos administrativos. O principal argumento contra o uso da arbitragem pela Administração Pública era a ausência de previsão legal específica, em especial, se analisada a Lei 8.666/93. Como base desse argumento estava a interpretação do artigo 55, §2º, da Lei de Licitações, que prevê como foro de eleição em contratos administrativos a sede

da Administração (BRASIL, 1993), o que fazia com que muitos interpretassem que tal artigo se configuraria em verdadeira proibição à adoção da cláusula arbitral.

No entanto, tal entendimento era combatido pelos defensores da arbitragem na Administração Pública tendo por base o artigo 54, da Lei 8.666/93, que permite a aplicação subsidiária, aos contratos administrativos, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado (BRASIL, 1993).

Nesse sentido, para os defensores da arbitragem, considerando que a Lei da Arbitragem, que é uma disposição de direito privado, foi entabulada de forma genérica e aplicável a todas as pessoas capazes, sem distinção, não há qualquer proibição em sua aplicação em contratos administrativos, considerando que essa é uma norma que se integra com os dispositivos da Lei 8.666/93 (BRASIL, 1993).

Como melhor explicam Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara:

A legislação sobre contratações públicas não é exaustiva quanto à instituição de modelos contratuais que podem ser empregados pela Administração. Muito pelo contrário. As contratações públicas foram disciplinadas de maneira genérica, prevendo-se cláusulas gerais que deveriam constar em qualquer tipo de pacto, mas sem excluir outras previsões. Qualquer modelo contratual previsto em lei, desde que não contrarie as previsões específicas da Lei 8.666/93, pode ser empregado pelas entidades integrantes da Administração Pública.

Assim ocorre com a arbitragem. Trata-se de um sistema de jurisdição privada, a ser aplicado mediante acordo entre as partes envolvidas. É, portanto, um tipo de contrato (ou de cláusula) que está à disposição das pessoas em geral, inclusive aquelas integrantes da Administração Pública. Na Lei de Arbitragem não há referência expressa aos entes estatais, como também não há em relação a qualquer outra espécie de pessoa. A lei foi dirigida a todas as pessoas, genericamente. [...]

A previsão de uma cláusula elegendo o foro da sede da Administração como competente para a solução de litígios não afasta, de modo algum, a possibilidade de arbitragem em contratos administrativos. [...]. A arbitragem, como procedimento extrajudicial, não afeta a regra que estabelece o foro que deve ser previsto nos contratos administrativos. A lei determina apenas que, se houver conflito judicial, o foro deve ser o da sede da Administração. (SUNDFELD; CÂMARA; 2008).

Para resolução da questão da ausência de previsão legal específica, após a publicação da Lei de Arbitragem, as novas legislações já passaram a conter previsão legal específica de uso de mecanismos alternativos de solução de conflitos, conforme será abordado nos próximos tópicos.

Por fim, coube à Lei 13.129/2015 atualizar a Lei da Arbitragem, bem como trazer a autorização geral para o emprego da arbitragem pela Administração Pública, pondo fim a essa discussão.

5.1 Arbitragem em Concessões Públicas - Lei 8.987/1995; Lei 9.478/1997 e Lei 10.233/2001

Adilson Abreu Dallari cita que uma das primeiras tentativas de inclusão de cláusula arbitral em contrato de concessão ocorreu no “processo de exploração de concessionário para exploração da ponte Rio-Niterói, o Tribunal de Contas da União (Decisão nº 763/94)”. Conforme a decisão citada, foi exarada a seguinte determinação:

c) excluir as disposições dos itens 204 e 208 do Edital de Propostas de Tarifa que estabelecem a arbitragem como método para a resolução de conflitos entre a concessionário e o DNER, ante a inexistência de fundamento legal para adoção de tal instituto em contratos administrativos, consoante decisão do Tribunal de 15.7.93 (Ata nº 29/93. Decisão 27/93 – Plenário) (DALLARI, 1995).

Como defensor do emprego da arbitragem em contratos administrativos, Dallari (1995) defendia que o ordenamento pátrio da época já permitia o emprego da arbitragem em contratos de concessão, bem como cita o esforço do Deputado Mussa Demes no sentido de disciplinar o processo de arbitragem nos contratos de concessão de serviços públicos.

Complementando seu raciocínio, Dallari transcreve as razões do Deputado Mussa Demes, para seu projeto de lei:

A persistir no entendimento conservador do TCU de que não há base legal para a adoção do instituto do Juízo Arbitral, as concessões serão prejudicadas: como convencer investidores a realizarem vultosas aplicações de capital, com retorno a longo prazo, para depender de uma justiça morosa e desaparelhada, para a resolução de conflitos entre Poder Concedente e Concessionária sobre revisão tarifária? Provavelmente a concessionária irá a insolvência antes da decisão judicial.

Vamos escolher agora entre a instituição do Juízo Arbitral para as concessões ou a supervalorização tarifária que, certamente, acabará sendo praticada para fazer frente a possíveis longas demandas judiciais. (DEMES *apud* DALLARI, 1995, on-line).

Considerando o raciocínio acima exposto e diante da preocupação em atrair investidores para as concessões de serviço público licitadas, as legislações de concessões de serviço público passaram a conter previsão expressa de emprego de meios adequados à resolução de conflitos.

A Lei 8.987/1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal (CF) (BRASIL, 1995), modificada pela Lei 11.106/2005, passou a prever expressamente no art. 23-A o uso da arbitragem³.

Na mesma direção é a Lei 9.478/1997, que trata sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo (CNPE), também trouxe, em seu art. 43, X, a possibilidade de cláusula arbitral⁴ dentro dos contratos de concessão para exploração de direitos de exploração e produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos.

Ainda sobre os regimes de concessão, a Lei 10.233/2001, modificada pela Lei 12.815/2013, que dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte (CONIT), a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes (DNIT), em seu artigo 35, XVI, prevê também a possibilidade de utilização de cláusula arbitral em contrato de concessão no âmbito da ANTT e da ANTAQ (BRASIL, 2013).

5.2. Arbitragem em Parcerias Público-Privadas – Lei 11.079/2004

A Lei 11.079/2004, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada (PPP) no âmbito da administração pública, em seu artigo 11º, III⁵, também previu o uso da arbitragem para resolução de conflitos (BRASIL, 2014b).

Diante da criação desta autorização legislativa específica para o uso da arbitragem nas PPP, o próprio TCU se viu obrigado a rever sua jurisprudência. Neste sentido, foi aprovada a

³ *In verbis*: “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”.

⁴ *In verbis*: “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;”

⁵ 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. (BRASIL, 2015b).

Instrução Normativa nº 52/2007⁶, que tem por fim orientar a fiscalização do TCU nos contratos de PPP. Conforme seu artigo 10:

Art. 10. O órgão, a entidade federal concedente ou a agência reguladora manterá arquivo atualizado dos seguintes documentos relacionados aos processos de Parceria Público-Privada de sua competência, que ficarão disponíveis para fins de fiscalização pelo prazo de cinco anos, contado do dia seguinte ao término da vigência contratual:

I – termos aditivos ao contrato de concessão;

II – penalidades regulamentares e contratuais aplicadas à SPE;

III – o emprego de mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato (BRASIL, 2007, on-line).

Desta forma, percebe-se que, após a evolução da legislação sobre o tema, finalmente o TCU admitiu o emprego de meios extrajudiciais de resolução de disputas em contratos administrativos, inclusive.

5.3. Arbitragem e o Mercado de Energia Elétrica - Lei 10.848/2004

O Setor Elétrico Brasileiro é permeado de empresas de economia mista, tendo como grandes empresas do setor o grupo Eletrobras e o grupo Petrobras.

A Lei nº 10.848/2004, em seu art. 4º, delega à Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE) (BRASIL, 2004a) o ônus de viabilizar a comercialização de energia no Brasil. Segundo esse artigo, as divergências entre agentes integrantes da CCEE poderão ser resolvidas através da arbitragem, assim como ficam as empresas públicas e de economia mistas suas subsidiárias ou controladas, titulares de concessão, permissão e autorização, autorizadas a integrar a CCEE e aderir à cláusula arbitral, conforme demonstra o artigo legal abaixo transcrito:

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

§ 1º A CCEE será integrada por titulares de concessão, permissão ou autorização, por outros agentes vinculados aos serviços e às instalações de energia elétrica, e pelos consumidores enquadrados nos arts. 15 e 16 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995.

⁶ Esta Instrução Normativa foi revogada pela Instrução Normativa nº 81/2018, no entanto, serve para demonstrar a mudança de entendimento do TCU, que também foi refletiva na jurisprudência do órgão.

§ 2º A regulamentação deste artigo pelo Poder Concedente deverá abranger, dentre outras matérias, a definição das regras de funcionamento e organização da CCEE, bem como a forma de participação dos agentes do setor elétrico nessa Câmara.

§ 3º O Conselho de Administração da CCEE será integrado, entre outros, por representantes dos agentes setoriais de cada uma das categorias de Geração, Distribuição e Comercialização.

§ 4º Os custos administrativo e operacional da CCEE decorrerão de contribuições de seus membros e emolumentos cobrados sobre as operações realizadas, vedado o repasse em reajuste tarifário.

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

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

§ 7º Consideram-se disponíveis os direitos relativos a créditos e débitos decorrentes das operações realizadas no âmbito da CCEE. (BRASIL, 2004a, on-line).

Diante da disposição legal acima, que foi regulamentada pelo Decreto 5.177/2004, durante os trabalhos da 32ª Assembleia Geral Extraordinária na CCEE, realizada em 26 de janeiro de 2005, foi aprovada a Convenção Arbitral, bem como foi eleita a Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem, para resolução envolvendo conflitos entre os agentes e a CCEE, conforme será explicado abaixo. A Convenção Arbitral foi homologada pela ANEEL através da Resolução Homologatória nº 531/2007.

Sobre a Convenção Arbitral, merecem os seguintes destaques sobre quais conflitos devem ser resolvidos pela arbitragem e quais conflitos não são elegíveis pela Convenção Arbitral (Cláusula 1ª, §1º):

Parágrafo 1º. Para os fins desta Cláusula, considera-se CONFLITO a oposição manifesta que envolva controvérsia ou divergência de interesses entre Agentes da CCEE e/ou entre esses e a CCEE, nas seguintes hipóteses:

I. CONFLITO entre dois ou mais Agentes da CCEE que não envolva assuntos sob a competência direta da ANEEL ou, na hipótese de tratar, já tenha esgotado todas as instancias administrativas acerca do objeto da questão em tela;

II. CONFLITO entre um ou mais Agentes da CCEE e a CCEE que não envolva assuntos sob a competência direta da ANEEL ou, na hipótese de tratar, já tenha esgotado todas as instancias administrativas acerca do objeto da questão em tela; e

III. sem prejuízo do que dispõe cláusula específica nos CCEARs, CONFLITO entre Agentes da CCEE decorrente de Contratos Bilaterais, desde que o fato gerador da divergência decorra dos respectivos contratos ou de Regras e

Procedimentos de Comercialização e repercute sobre as obrigações dos agentes contratantes no âmbito da CCEE.

Parágrafo 2º. Esta CONVENÇÃO não se aplica aos eventuais conflitos entre os SIGNATARIOS e a ANEEL.

Parágrafo 3º. Observado o inciso III do parágrafo 1º deste artigo, esta CONVENÇÃO:

I. é aplicável aos contratos que tenham origem no Ambiente de Contratação Regulada da CCEE; e

II. não é aplicável aos eventuais CONFLITOS oriundos de Contratos Bilaterais que envolvam unicamente os SIGNATARIOS de referidos contratos (CCEE, 2007, on-line).

Os artigos acima da Convenção Arbitral têm duas finalidades básicas: garantir que somente os conflitos envolvendo direitos disponíveis cheguem ao Tribunal Arbitral (ou seja, ficam excluídos conflitos oriundos do poder de polícia que a ANEEL exerce); garantir que todos os conflitos que gerem consequências para a CCEE sejam resolvidos pela arbitragem (ou seja, ficam excluídos os conflitos que não gerem efeitos para a CCEE e que envolvam somente as empresas contratantes do mercado de energia, sem prejuízo destas empresas celebrarem sua própria convenção arbitral).

Conforme Borges (2021), “em 2015, dos 24 casos submetidos à arbitragem na Câmara de Arbitral da FGV, 20 eram referentes à rescisão contratual, sendo, portanto, que o principal tema arbitral até aquele momento girava em torno da discussão contratual” (BORGES, 2021, p. 63).

Um importante avanço na Convenção Arbitral da CCEE é a criação de um “banco de sentenças”, que há muito vem sendo pensado pela comunidade jurídica, de modo a dar mais transparência aos procedimentos arbitrais. Neste sentido é a cláusula dezesseis da mencionada convenção, que estatui que “a Câmara disponibilizará aos árbitros do Tribunal Arbitral os extratos de sentenças já proferidas decorrentes desta convenção, que poderão ser consideradas para efeito meramente orientativo” (CCEE, 2007, on-line).

Através desta cláusula, vislumbra-se a preocupação da CCEE com a segurança jurídica das decisões arbitrais no mercado de energia, de modo a dar maior uniformidade às decisões arbitrais.

Deve-se destacar que, em 2021, na 68ª Assembleia Geral Extraordinária da CCEE, foi proposta alteração da mencionada Convenção Arbitral. Nesta proposta, destacam-se dois pontos de interesse: a possibilidade de escolha da Câmara Arbitral pelos agentes da CCEE, dentre aquelas previamente cadastradas pela CCEE e possibilidade de divulgação de jurisprudência pelas instituições arbitrais.

Sobre a possibilidade de escolha da Câmara Arbitral, inicialmente, a CCEE somente previa o uso da Câmara Arbitral da FGV. No entanto, com a criação de novas câmaras arbitrais, a CCEE deseja aferir o desempenho de outras instituições, dando maior flexibilidade aos seus agentes na escolha da Câmara Arbitral que irá gerenciar conflitos advindos do mercado de energia⁷. Tal estratégia foi baseada em política já adotada pela Administração Pública.

Sobre a possibilidade de divulgação de jurisprudência pelas instituições arbitrais, a CCEE definiu, na nova proposta de Convenção Arbitral, que os ementários das decisões arbitrais definitivas devem ser disponibilizados nos sítios eletrônicos das Câmaras Arbitrais, contendo, no mínimo, entendimento sobre o tema litigioso, mas omitindo dados pessoais e comerciais das partes.

Neste ponto, como haverá uma pluralidade de Câmaras Arbitrais escolhidas para dirimir conflitos no mercado de energia, apesar da solução adotada pela CCEE dar mais transparência aos agentes do setor, a solução adotada pulveriza a publicidade das decisões. Neste sentido, para dar maior transparência no setor elétrico, a publicação dos ementários deveria ser feita no próprio endereço eletrônico da CCEE, de modo a consolidar as decisões arbitrais num único local, facilitando a pesquisa pelos interessados.

5.4. Lei dos Portos – Lei 12.815/2013

A Lei 12.815/2013, que dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários, introduziu o uso da arbitragem para dirimir questões envolvendo questões financeiras envolvendo as empresas portuárias, a administração do porto e a ANTAQ. Conforme artigo 62, da referida lei:

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

⁷ Conforme proposta de Convenção Arbitral: “Parágrafo 1º. Para os conflitos previstos no Artigo 58, I e III da Convenção de Comercialização, a câmara de arbitragem será aquela, dentro o rol de câmaras homologadas pela CCEE, eleita pelas partes no competente instrumento contratual. Parágrafo 2º. Para os conflitos previstos no Artigo 58, II da Convenção de Comercialização, caberá à parte interessada em iniciar a arbitragem escolher, dentre o rol homologado pela CCEE, a câmara de arbitragem que regulamentará e administrará o procedimento, que passará a ser a câmara competente para regulamentar e administrar todas as disputas arbitrais referentes à mesma relação contratual” (CCEE, 2007, on-line).

§ 1º Para dirimir litígios relativos aos débitos a que se refere o *caput*, poderá ser utilizada a arbitragem, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

§ 2º O impedimento previsto no *caput* também se aplica às pessoas jurídicas, direta ou indiretamente, controladoras, controladas, coligadas, ou de controlador comum com a inadimplente (BRASIL, 2013, on-line).

A finalidade deste artigo é permitir que empresas experientes no setor portuário não sejam impedidas de celebrar novos contratos ou obter novas autorizações enquanto discutem débitos com a administração portuária e ANTAQ, bem como de obter decisões confiáveis, advindas de especialistas em questões portuárias. Nas palavras de Carlos Augusto da Silveira Lobo:

A busca de uma solução menos demorada e devidamente informada por aspectos técnicos especializados consulta os interesses, tanto da administração pública quanto das empresas portuárias. Com efeito, a ambas interessa que a controvérsia não se prolongue, impedindo um agente econômico especializado e experimentado de participar de empreendimentos portuários durante a longa tramitação do um processo judicial em que o débito é discutido. Também é do interesse de ambas que o julgamento da controvérsia seja confiado a conhecedores do ambiente portuário e de sua legislação especial (LOBO, 2015, on-line).

Em 2015, foi editado o Decreto 8.465, que regulamentou o artigo acima. Este Decreto foi revogado pelo Decreto 10.025/2019. No entanto, sob a égide do revogado Decreto, nove antigas ações judiciais (algumas que já tramitavam há mais de 15 anos) envolvendo a Libra Terminal S.A e a Companhia Docas do Estado de São Paulo (CODESP) puderam ser dirimidas pelo Juízo Arbitral. O Termo de Compromisso Arbitral foi assinado em 2015, com decisão final proferida em 2019. Conforme reportagem de Tadeu Rover para o site Conjur:

O Grupo Libra terá que pagar integralmente à Companhia Docas do Estado de São Paulo (Codesp) as obrigações previstas no contrato de arrendamento dos terminais 35 e 37 do Porto de Santos. A decisão é do Centro de Arbitragem e Mediação Brasil-Canadá (Cam-CCBC), que pôs fim nesta segunda-feira (7/1) a um imbróglio que já durava 20 anos.

O valor da dívida estimada pela Codesp é de R\$ 2,7 bilhões. No entanto, a quantia, que ainda será apurada na sentença final, pode ser maior, já que nesta estimativa não estão incluídos os juros e multas determinados na sentença arbitral. (ROVER, 2019, on-line).

Neste sentido, verifica-se que um litígio decenal foi resolvido em quatro anos pelo Tribunal Arbitral, demonstrando a celeridade do procedimento arbitral em comparação com processos judiciais, que trazem inegáveis benefícios para a administração pública e administrados.

5.5. A Lei 13.129/2015

Além de fazer uma atualização conceitual da Lei de Arbitragem, coube à Lei 13.129/2015 dirimir toda e qualquer dúvida sobre a aplicabilidade da arbitragem aos conflitos envolvendo a Administração Pública. Esse diploma legal inseriu dois parágrafos ao artigo 1º, indicando que “administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis” e que “a autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações” (BRASIL, 2015b)

A mencionada lei também determinou que “a arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade” (artigo 2º, §3º), sendo que a questão da publicidade na arbitragem envolvendo a administração pública será explorada em capítulo posterior (BRASIL, 2015b).

Além desta alteração, o mencionado dispositivo legal também trouxe inovações à Lei da Arbitragem. A primeira delas é a possibilidade de afastar a aplicação de dispositivo da Câmara Arbitral que limite a escolha dos árbitros, mas permitindo que a Câmara ainda faça o controle da escolha, sendo que, em caso de conflito, deverá ser observado o regramento da Câmara para dirimir conflitos (artigo 13, §4º) (BRASIL, 2015b).

Também houve inovação na parte dos procedimentos arbitrais, com indicação de que, havendo lacuna na convenção arbitral, essa lacuna poderá ser sanada pelos árbitros e partes, com assinatura de aditivo à convenção (artigo 19, §1º). Apesar de ser uma inovação legislativa, tal questão já era realizada na prática (BRASIL, 2015b).

Uma importante inserção desta lei aborda a questão da prescrição, deixando claro que a instauração de procedimento arbitral interrompe a prescrição a partir da data do protocolo do requerimento de arbitragem (artigo 19, §2º) (BRASIL, 2015b).

A Lei 13.129/2015 também discorreu melhor sobre tutelas cautelares e de urgência na arbitragem, deixando clara a hipótese das partes se socorrerem ao Poder Judiciário para obtenção daquelas antes da instituição da arbitragem. Após a instituição da arbitragem, caberá aos árbitros manter, revogar ou modificar a eventual decisão judicial proferida. E se a medida cautelar for necessária durante o procedimento arbitral, aquela deverá ser solicitada diretamente aos árbitros (Capítulo IV-A) (BRASIL, 2015b).

A mencionada lei também institucionalizou a “carta arbitral”, deixando claro que os árbitros poderão expedir ordem ao Poder Judiciário, para que esse exerça seu poder coercitivo para cumprimento da decisão arbitral (Capítulo IV-B) (BRASIL, 2015b).

Nas palavras de Renato Stephan Grion e Douglas Alexander Cordeiro:

12. O art. 22-C da lei 13.129/15 prevê um novo mecanismo de comunicação de atos entre juízes e árbitros: a carta arbitral. Trata-se de reconhecimento expresso do dever de cooperação entre a jurisdição estatal e a jurisdição arbitral, demonstrando a inexistência de hierarquia entre o árbitro e o juiz togado.

13. Em suma, por meio da carta arbitral o árbitro poderá requerer ao Poder Judiciário a prática de determinados atos processuais, especialmente os que necessitem do poder coercitivo do Estado. A alteração disciplina o meio de comunicação entre árbitros e o Poder Judiciário e será de grande importância para a eficácia ainda maior da arbitragem e seu bom funcionamento (GRION; CORDEIRO, on-line).

Outra inovação da Lei 13.129/2015 é a possibilidade de emissão de sentença parcial (artigo 23, §1º) (BRASIL, 2015b), que, na prática, também já ocorria e era plenamente aceito no mundo da arbitragem.

Outra importante mudança trazida pela Lei 13.129/2015 foi diminuir o número de casos de nulidade da sentença arbitral. Deve-se destacar que o rol exposto no art. 32, da Lei da Arbitragem, é *numerus clausus*, justamente para dar mais segurança ao procedimento arbitral, não servindo o Poder Judiciário como uma “instância recursal” à sentença arbitral.

Seguindo essa lógica, foi feito um acerto conceitual no art. 30, I⁸, e foi feita uma importante exclusão do inciso V, que previa nulidade da sentença arbitral caso ela não decidisse todo o litígio submetido à arbitragem. Complementando o raciocínio, foi inserido o §4º ao artigo 30 (BRASIL, 2015b), que determina que “a parte interessada poderá ingressar em juízo para requerer a prolação de sentença arbitral complementar, se o árbitro não decidir todos os pedidos submetidos à arbitragem”. Desta forma, caso não sejam julgados todos os pedidos submetidos ao procedimento arbitral, caberá à parte ingressar em Juízo para solicitar emissão de sentença arbitral complementar.

Por fim, também devem ser verificados os vetos realizados à Lei 13.129/2015, quais sejam: a aplicação da arbitragem em contratos de adesão e contratos de consumo; a aplicação da arbitragem a contratos de trabalho celebrados com administradores e diretores estatutários (BRASIL, 2015b).

A Lei 13.129/2015, originalmente, previa ser possível que a arbitragem pudesse ser aplicável a contratos de adesão, desde que a cláusula estivesse em negrito ou documento

⁸ Na redação anterior, a sentença arbitral seria nula se o compromisso fosse nulo. Ocorre que o compromisso arbitral é uma espécie de convenção arbitral, juntamente com a cláusula arbitral.

separado. Para os contratos de consumo, a arbitragem seria possível se o aderente tomasse a iniciativa na arbitragem, ou expressamente concordasse com sua instauração (BRASIL, 2015b).

Na mensagem de veto, foi dada a seguinte justificativa:

Da forma prevista, os dispositivos alterariam as regras para arbitragem em contrato de adesão. Com isso, autorizariam, de forma ampla, a arbitragem nas relações de consumo, sem deixar claro que a manifestação de vontade do consumidor deva se dar também no momento posterior ao surgimento de eventual controvérsia e não apenas no momento inicial da assinatura do contrato. Em decorrência das garantias próprias do direito do consumidor, tal ampliação do espaço da arbitragem, sem os devidos recortes, poderia significar um retrocesso e ofensa ao princípio norteador de proteção do consumidor (BRASIL, 2015a, on-line).

Para a possibilidade de uso da arbitragem em contratos de trabalho para empregados com cargo de administrador ou diretor estatutário, a Lei 13.129/2015 também indicava só ser possível quando aquela fosse instituída por iniciativa do empregado ou com concordância expressa deste (BRASIL, 2015b).

A mensagem de veto para essa alteração legal foi a seguinte:

O dispositivo autorizaria a previsão de cláusula de compromisso em contrato individual de trabalho. Para tal, realizaria, ainda, restrições de sua eficácia nas relações envolvendo determinados empregados, a depender de sua ocupação. Dessa forma, acabaria por realizar uma distinção indesejada entre empregados, além de recorrer a termo não definido tecnicamente na legislação trabalhista. Com isso, colocaria em risco a generalidade de trabalhadores que poderiam se ver submetidos ao processo arbitral (BRASIL, 2015a, on-line).

Diante do exposto, além de uma atualização conceitual da Lei da Arbitragem, a Lei 13.129/2015 foi um avanço ao dirimir qualquer dúvida sobre a possibilidade de uso da arbitragem em litígio envolvendo a Administração Pública.

Desta feita, superou-se o segundo dogma contra o uso da arbitragem na Administração Pública, que adotava a ausência de previsão legal específica para vedar o uso deste meio de resolução de conflito em contratos administrativos.

A Lei 13.129/2015 também deixou claro que o princípio da publicidade deve ser observado na arbitragem envolvendo a Administração Pública, o que resolveria o terceiro dogma levantado contra a arbitragem em contratos administrativos (BRASIL, 2015b).

No entanto, como a Lei 13.129/2015 foi lacônica, coube ao Decreto Federal nº 10.025/2019 regular a questão da publicidade dos atos arbitrais, além de regular outros importantes aspectos da arbitragem na Administração Pública, ao menos no que tange aos

conflitos dos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário.

5.6. Lei nº 14.133/2021 – Nova Lei de Licitações

A nova lei de licitações, em seu artigo 151, prevê expressamente o emprego de meios extrajudiciais de resolução de conflitos nos contratos administrativos “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”.

Com tal artigo legal, colocou-se ponto final na discussão sobre ausência de previsão legal para emprego de arbitragem em contratos administrativos. No entanto, a lei foi lacônica em relação aos detalhes de emprego de tais meios, restringindo-se a informar que “o processo de escolha dos árbitros, dos colegiados arbitrais e dos comitês de resolução de disputas observará critérios isonômicos, técnicos e transparentes” (BRASIL, 2021c). Tais critérios ainda devem ser objeto de regulação específica.

6 O DECRETO FEDERAL Nº 10.025/2019

6.1 Princípio da Publicidade na Administração Pública e a Confidencialidade na Arbitragem

Apesar de não constar expressamente na Lei de Arbitragem, o princípio da confidencialidade é normalmente vinculado aos procedimentos arbitrais, visto que é normalmente perseguido pelas partes que se submetem à arbitragem⁹. Essa confidencialidade pode ser total ou parcial, a depender da vontade das partes e daquilo que foi convencionado no termo de arbitragem ou no compromisso arbitral. De igual forma, a confidencialidade é disposta nos regulamentos de diversas Câmaras Arbitrais¹⁰.

No entanto, considerando os princípios da publicidade e transparência que regem os atos administrativos, a questão da confidencialidade na arbitragem sempre foi um ponto controverso no emprego deste mecanismo pela Administração Pública. Mesmo tendo a Lei da Arbitragem, alterada pela Lei 13.129/2015, disposto em seu artigo 1º, §3º, que o princípio da publicidade sempre será respeitado nos procedimentos arbitrais, a lei não trouxe outros elementos sobre como será dada a devida publicidade às arbitragens envolvendo entes públicos¹¹.

Grande parte da doutrina defende que a publicidade a ser dada à arbitragem envolvendo entes públicos deve ser parcial, no entanto, a questão sobre como e quais atos arbitrais devem ser tornados públicos ainda permanece em discussão até hoje.

Carlos Alberto Salles também defende que a publicidade aos atos arbitrais deve ser parcial, sendo que somente as partes essenciais do processo arbitral devem ser tornadas

⁹ A doutrina normalmente indica que o sigilo na arbitragem tem por fim proteger segredo industrial, informações societárias, planos de negócios e outras informações sensíveis das partes litigantes, e até mesmo preservar a imagem das partes, que não desejam expor o conflito abertamente aos seus *stakeholders*.

¹⁰ Salles cita como exemplos os regulamentos da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, seção 9, itens 9.8 e 9.9, da Câmara do Instituto Brasileiro de Estudos do Direito da Energia, art. 79, da Câmara Fundação Getúlio Vargas de Conciliação e Arbitragem, art. 61, Câmara de Mediação e Arbitragem de São Paulo – CIESP, item 17.4, Centro de Arbitragem da Câmara Americana de Comércio de São Paulo, item XXV.1. (SALLES, 2017).

¹¹ Gustavo Justino de Oliveira e Caio Cesar Figueiroa colocam diversos questionamentos de ordem prática sobre essa questão. Segundo suas próprias palavras: “Portanto, é possível sustentar que a arbitragem é conciliável com a transparência e publicidade, mas sem sombra de dúvida, isso acarretará problemas de ordem prática, considerando que o litígio engloba uma série de peculiaridades carreadas pelo Direito Público. Assim, diversos serão os questionamentos na fase de implementação da nova exigência de publicidade nos procedimentos arbitrais em que o Poder Público seja parte, por exemplo: (i) somente o laudo arbitral deverá ser público?; (ii) quais atos do procedimento arbitral se submeteriam a nova exigência da publicidade?; (iii) é possível a intervenção do Ministério Público?; (iv) os órgãos de controle da Administração devem ser participados da arbitragem?; (v) é possível a intervenção de entidades associativas como *amicus curiae*?; (vi) as câmaras arbitrais também passam a observar o dever de publicidade?” (OLIVEIRA; FIGUEIROA, 2020, on-line).

públicas, de modo a permitir o controle dos atos administrativos envolvidos no procedimento arbitral. Segundo seus ensinamentos:

Para garantir o controle desejado pela própria Constituição e, ao mesmo tempo, manter o sigilo quando necessário ao funcionamento dos mecanismos alternativos de solução de controvérsias é fundamental garantir pelo menos a disponibilização de informações quanto à sua existência e, posteriormente, quanto a seus resultados.

Na arbitragem envolvendo o Poder Público, por exemplo, é fundamental a ampla publicidade da sentença arbitral e dos documentos produzidos durante o procedimento arbitral. Nesse sentido, acredita-se ser essencial a divulgação, também, dos elementos de prova e de argumentação que serviram de base à decisão da arbitragem.

[...]

Como desenvolvido acima, os limites dessa possibilidade estão situados na garantia de acesso àquelas informações básicas, necessárias a permitir o controle público e gerar a responsividade dos agentes públicos envolvidos. Nesse sentido, a manutenção de determinados atos ou etapas procedimentais confidenciais não fere a garantia constitucional de publicidade, desde que garantida a disponibilidade das informações necessárias ao controle dos atos e atividades do Poder Público (SALLES, 2017, p. 166).

Coube a diversos decretos a regulamentação da questão da publicidade nos procedimentos arbitrais.

O primeiro normativo a cuidar da questão foi o Decreto Estadual nº 46.245, de 19 de fevereiro de 2018, do Estado do Rio de Janeiro, que assim dispõe sobre a publicidade dos procedimentos arbitrais:

CAPÍTULO VI DA PUBLICIDADE

Art. 13 - Os atos do processo arbitral serão públicos, ressalvadas as hipóteses legais de sigilo, de segredo de justiça, de segredo industrial decorrentes da exploração direta de atividade econômica pelo Estado ou por pessoa física ou entidade privada que tenha qualquer vínculo com o Poder Público.

§ 1º - Para fins de atendimento deste dispositivo, consideram-se atos do processo arbitral as petições, os laudos periciais e as decisões dos árbitros de qualquer natureza.

§ 2º - A Procuradoria Geral do Estado disponibilizará os atos do processo arbitral mediante requerimento de eventual interessado.

§ 3º - A audiência arbitral respeitará o princípio da privacidade, sendo reservada aos árbitros, secretários do tribunal arbitral, partes, respectivos procuradores, testemunhas, assistentes técnicos, peritos, funcionários da instituição de arbitragem e demais pessoas previamente autorizadas pelo tribunal arbitral.

§ 4º - O tribunal arbitral decidirá sobre os pedidos formulados por quaisquer das partes a respeito do sigilo de documentos e informações protegidos por lei ou cuja divulgação possa afetar o interesse das partes.

§ 5º - A instituição de arbitragem, quando consultada, poderá informar a terceiros sobre a existência da arbitragem, a data do requerimento de

arbitragem, o nome das partes, o nome dos árbitros e o valor envolvido (RIO DE JANEIRO, 2018, on-line).

Deve-se destacar que a Administração Pública Carioca adotou o princípio da publicidade parcial, dispondo que as petições, os laudos periciais e as decisões dos árbitros de qualquer natureza são públicas e decretando sigilo à audiência arbitral. No entanto, a obtenção de informações sobre as arbitragens deve ser solicitada à Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, o que dificulta o acesso à informação, com prejuízo ao princípio da publicidade que rege os procedimentos administrativos.

Sobre o princípio da publicidade envolvendo a Administração Pública Paulista, tal questão foi regulamentada pelo Decreto Estadual nº 64.356, de 31 de julho de 2019, que adotou o princípio da publicidade parcial, com determinação de publicação somente das principais peças do processo na página da internet da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, deixando como sigilosas as audiências do procedimento arbitral. Conforme artigo 12, do mencionado Decreto:

Artigo 12 - Os atos do procedimento arbitral serão públicos, ressalvadas as hipóteses legais de sigilo ou segredo de justiça.

§ 1º - Para fins de atendimento deste dispositivo, consideram-se atos do procedimento arbitral as petições, laudos periciais, Termo de Arbitragem ou instrumento congênere e decisões dos árbitros.

§ 2º - A Procuradoria Geral do Estado disponibilizará os atos do procedimento arbitral na rede mundial de computadores.

§ 3º - As audiências do procedimento arbitral poderão ser reservadas aos árbitros, secretários do Tribunal Arbitral, partes, respectivos procuradores, testemunhas, assistentes técnicos, peritos, funcionários da câmara arbitral e pessoas previamente autorizadas pelo Tribunal Arbitral (SÃO PAULO, 2021, on-line).

Em consulta realizada em 09 de novembro de 2020 ao site da Procuradora Geral do Estado de São Paulo (PGE)¹², verifica-se que a PGE organizou página específica para dar publicidade aos principais atos arbitrais envolvendo a administração direta e indireta estadual, cumprindo de forma satisfatória ao tanto quanto disposto no art. 1º, §3º, da Lei da Arbitragem.

Já na esfera federal, o Decreto 10.025, de 20 de setembro de 2019, dispõe:

“[...] 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” (art. 3º, IV) e que “exceto se houver convenção entre as partes, caberá à câmara arbitral fornecer o acesso às informações de que trata o inciso IV do caput” (BRASIL, 2019, on-line).

¹² Disponível em: http://www.pge.sp.gov.br/Portal_PGE/Portal_Arbitragens/paginas/.

Diante do exposto no decreto federal mencionado, tem-se que as informações sobre as arbitragens envolvendo a Administração Pública Federal serão pulverizadas nas diversas Câmaras Arbitrais escolhidas por cada ente estatal federal, sendo que cada Câmara Arbitral ainda pode criar procedimentos adicionais para obtenção das informações arbitrais, criando mais uma barreira burocrática desnecessária.

A título exemplificativo, cita-se a Resolução Administrativa 15/2016, do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC), uma das mais importantes do país. Segundo tal resolução:

Artigo 1º – Nos procedimentos arbitrais em que são partes entes da administração pública direta, com o intuito de atender ao princípio da publicidade previsto no art. 2º, § 3º, da Lei nº 9.307/96, as partes, no Termo de Arbitragem, disporão sobre quais informações e documentos poderão ser divulgados e a forma a ser adotada para torná-los acessíveis a terceiros.

Parágrafo Único – Tal disposição deverá considerar os aspectos administrativos do CAM-CCBC e respeitar o sigilo protegido por lei, segredos comerciais, documentos de terceiros, contratos privados com cláusula de confidencialidade e matérias protegidas por direitos de propriedade intelectual.

Artigo 2º – O Tribunal Arbitral decidirá sobre os pedidos formulados por qualquer das partes a respeito do sigilo de documentos e informações protegidos por lei ou cuja divulgação possa afetar o interesse das partes.

Artigo 3º – O CAM-CCBC poderá informar terceiros sobre a existência de procedimento arbitral, a data do requerimento de arbitragem e o nome das partes, podendo inclusive disponibilizar esses dados no site do CAM-CCBC.

Parágrafo 1º – O CAM-CCBC não fornecerá documentos e demais informações a respeito do procedimento.

Parágrafo 2º – As audiências do procedimento arbitral serão reservadas às partes e procuradores, observado o disposto pelas partes no Termo de Arbitragem.

Artigo 4º – Toda e qualquer informação complementar ou fornecimento de documentos, observados os limites legais e o disposto no Termo de Arbitragem, serão de competência da parte no procedimento arbitral que integra a administração pública direta, consoante a legislação que lhe é aplicável. (CAM-CCBC, 2016, on-line).

Pela análise da resolução acima, a CAM-CCBC delega aos árbitros a decisão sobre pedidos envolvendo sigilo de documentos (que podem, inclusive, indeferir eventual pedido de publicidade de algum documento), bem como a Câmara não fornece documentos a respeito do procedimento arbitral, o que não atende de forma satisfatória ao tanto quanto exposto na Lei de Arbitragem sobre publicidade.

Em consulta ao site da Câmara FGV de Mediação e Arbitragem, nenhuma informação clara foi encontrada sobre procedimentos arbitrais envolvendo Administração Pública. A

mesma questão foi observada em visita ao site do Centro de Arbitragem e Mediação AMCHAM.

Tais fatos demonstram que o Decreto Federal nº 10.025/2019, ao delegar para as Câmaras Arbitrais o dever de dar publicidade aos procedimentos arbitrais envolvendo entes estatais, não está em consonância com o princípio da eficiência administrativa, bem como não está em consonância com a própria Lei de Arbitragem (BRASIL, 2019).

Ademais, o mencionado decreto federal, ao dar alternativa às partes convencionarem a forma de dar publicidade ao procedimento arbitral, criou mais uma forma de pulverizar as informações sobre litígios envolvendo a Administração Pública Federal, dificultando ainda mais o acesso à informação e distanciando ainda mais do princípio da publicidade e transparência que regem os atos administrativos.

Por outro lado, mesmo não havendo regulação específica sobre o tema, há disponibilização de algumas informações sobre as arbitragens envolvendo a União no site da Advocacia Geral da União, dando conta da existência de sete procedimentos arbitrais (incluindo processos findos) (ANEXO A), bem como disponibilizando algumas peças arbitrais para consulta. Não há indicação de eventuais arbitragens envolvendo exclusivamente agências reguladoras ou mesmo empresas públicas ou de economia mista.

Nesse sentido, sobre os atos normativos analisados, tem-se que, muito embora seja certo que deve ser dada a publicidade aos procedimentos arbitrais envolvendo entes da administração, o fato é que a forma e o alcance como essa publicidade deve ser dada ainda rende discussão doutrinária e não é tratada de maneira uniforme nos decretos analisados.

Dentre os decretos analisados, merece elogios o Decreto Paulista, que criou página específica na internet para abrigar informações sobre arbitragens envolvendo a Administração Pública direta e indireta paulista, o que deveria ser objeto de estudo por outros entes da federação, bem como pela própria União, em especial, como forma de aprimoramento do Decreto Federal nº 10.025/2019 (BRASIL, 2019).

Por fim, tanto o Decreto Paulista como o Decreto Carioca preveem que a audiência arbitral não é pública. Tal ponto é criticado por Oliveira e Estefam (2019), que defendem que “o dever de privacidade pode e deve ser assegurado às partes, mas a publicidade da audiência poderá ser garantida por meio da transmissão *on-line* da audiência, *streaming* ou tecnologias similares”. Tal crítica também merece ser observada pelo Decreto Federal 10.025/2019.

6.1.1 Princípio da Publicidade e Demonstrações Financeiras

Ironicamente, as regras que dão maior transparências aos procedimentos arbitrais envolvendo a Administração Pública, no que tange às empresas públicas e de economia mista, advém de normativos contábeis.

Nos termos do artigo 1.179, do Código Civil:

“[...] as empresas são obrigadas a seguir um sistema de contabilidade, mecanizado ou não, com base na escrituração uniforme de seus livros, em correspondência com a documentação respectiva, e a levantar anualmente o balanço patrimonial e o de resultado econômico” (BRASIL, 2002).

A Lei das Sociedades Anônimas, em seu artigo 176, dispõe sobre a obrigatoriedade dos administradores em elaborar as demonstrações financeiras, exprimindo com clareza a situação do patrimônio da empresa e as mutações ocorridas no exercício fiscal.

Coube às normas contábeis, mais especificamente ao Pronunciamento Técnico nº 25, do Comitê de Pronunciamentos Contábeis¹³ (CPC 25) criar a figura da “provisão”, definida como um “um passivo de prazo ou valor incertos”. Kietzmann explica de forma mais detalhada o conceito:

[...] as provisões são parcelas extraídas do resultado das empresas que visam cobrir perdas ou despesas já incorridas, mas ainda não reembolsadas. Diferentemente das reservas (que têm natureza acautelatória), as provisões para contingências estão relacionadas a fatos geradores que efetivamente já ocorreram dentro do exercício – sem que tenha havido, contudo, a perda e/ou o desembolso efetivo. [...]. As provisões podem ser divididas em dois grupos: provisões retificadoras das contas do ativo, tais como provisões para devedores duvidosos ou créditos de liquidação duvidosa, para perdas nos investimentos ou ajustes ao valor de mercado; e provisões para exigibilidades futuras, tais como provisões para pagamento de férias, décimo terceiro salário, imposto de renda e contribuições sociais – e, o que é mais relevante para o presente estudo, provisões para processos judiciais e administrativos. [...] Os critérios de reconhecimento de uma provisão – e que equivalem ao enquadramento de um passivo contingente como provisão – são os seguintes: (i) Ser uma obrigação presente, resultante de um evento passado; (ii) Ser provável a saída de recursos para liquidar referida obrigação; e (iii) Poder ser feita uma estimativa confiável do valor da referida obrigação (KIETZMANN, 2016, p. 13-26).

Desta forma, nas demonstrações financeiras de uma companhia que siga o CPC 25, existindo um passivo que seja classificado como uma obrigação atual, oriundo de um fato

¹³ Para sociedades anônimas abertas, o Pronunciamento Técnico nº 25 se tornou obrigatório em função da Deliberação da Comissão de Valores Mobiliários nº 594/2009. Mesmo que tais normas contábeis não sejam obrigatórias para outros tipos de companhias, elas servem como recomendação para as empresas que desejem aplicar boas práticas contábeis.

passado, que resulte em saídas financeiras que sejam possíveis de serem estimadas, haverá uma correspondente provisão contábil.

De igual forma, se o *quantum* não puder ser estimado, não haverá necessidade de realização de uma provisão, mas haverá necessidade de criação de uma nota explicativa, de modo a dar transparência a investidores e demais interessados na situação financeira da companhia.

Diante de tais conceitos, tem-se que a existência de processos judiciais, arbitrais e administrativos envolvendo a companhia se enquadram dentro dos critérios do CPC 25 para constituição de uma provisão contábil, ou, quando não possível a estimativa da confiável da perda, dão origem a uma nota explicativa sobre o passivo.

No entanto, as informações disponíveis nas demonstrações financeiras não podem revelar estratégias e dados que possam trazer prejuízos à condução do processo, mas devem conter informações suficientes para que os interessados da companhia sejam suficientemente informados. Nas palavras de Kietzmann:

Em se tratando de processos judiciais e administrativos – meios de litígio, afinal, – a companhia deve envidar esforços para equilibrar a necessidade de informar os destinatários das suas demonstrações financeiras sobre os passivos contingentes, evitando, contudo, revelar estratégias ou quaisquer outras informações sensíveis que possam ser acessadas pela parte contrária (KIETZMANN, 2016, p. 52).

A título exemplificativo, verifica-se nas demonstrações financeiras do exercício findo em 31 de dezembro de 2019 da Aeroportos Brasil Viracopos S.A, empresa concessionária de serviços aeroportuários, que tem por fim operar, manter e expandir o Aeroporto Internacional de Viracopos em Campinas, que há nota explicativa indicando que, em 14 de fevereiro de 2020, foi celebrado “um compromisso arbitral, com objetivo de instituir arbitragem como método para resolução de conflitos entre a Companhia e o Poder Concedente” (AEROPORTOS BRASIL VIRACOPOS S.A, 2019).

Tal compromisso arbitral tem cláusula suspensiva e, como ainda não aberto o procedimento arbitral, não há atuação de uma câmara arbitral. No site da AGU ou da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) não há qualquer indicação sobre tal compromisso arbitral,

o que mostra falta de transparência sobre os conflitos existentes entre a concessionária e o Poder Concedente¹⁴.

Outro exemplo foi a indicação, através do processo 48500.004361/2019-39, da ANEEL, que a controvérsia sobre a viabilidade da execução do Contrato de Concessão nº 003/2012-ANEEL, firmado pela Transnorte Energia S.A. – TNE, deveria ser resolvida através da arbitragem.

Sobre este caso, é importante destacar dois pontos. O primeiro se refere ao fato de que a ANEEL não inclui em seus contratos de concessão cláusulas arbitrais, sendo esse o primeiro caso de arbitragem para resolução de pleitos de equilíbrio econômico-financeiro em contratos de concessão do setor elétrico. O segundo ponto está no fato de que o Decreto Federal nº 10.025/2019 foi citado diversas vezes como subsídio legal para celebração de termo de compromisso arbitral entre ANEEL e TNE, apesar do mencionado decreto não ser aplicável às concessões do setor elétrico.

Conforme voto proferido no mencionado processo em 08 de setembro de 2021, foi assim decidido:

- (i) AUTORIZAR a celebração do Termo de Compromisso Arbitral, a ser firmado entre a ANEEL e a TNE, com interveniência da União Federal, da Funai e do Ibama, para que o pleito de reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão nº 003/2012-ANEEL seja submetido ao juízo arbitral, conforme autorização do Advogado-Geral da União e do Ministro de Minas e Energia;
- (ii) CONVOCAR a TNE para, em até 30 (trinta) dias, assinar o Termo de Compromisso Arbitral e o respectivo Termo Aditivo ao Contrato de Concessão nº 003/2012-ANEEL, contendo a Cláusula Compromissória de Arbitragem, nos termos das minutas anexas (...)
- (iv) DETERMINAR a criação de um Grupo de Trabalho para prover as condições necessárias ao assessoramento técnico à Procuradoria Federal junto à ANEEL, nos termos do artigo 14 do Decreto nº 10.025, de 25 de setembro de 2019, ao longo de todo o período do procedimento arbitral, composto por servidores da SCT, SFE, SFF, SAF e SLC. (BRASIL, 2019a).

No entanto, até o presente momento, além da decisão proferida no mencionado processo administrativo da ANEEL, não há mais qualquer informação sobre o procedimento arbitral envolvendo a Transnorte Energia S.A. disponível no site da ANEEL ou da AGU¹⁵.

¹⁴ O procedimento arbitral somente passou a constar na página da Advocacia Geral da União após agosto/2021, após a assinatura da Ata de Missão. Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/consultoria-geral-da-uniao-1/nucleo-especializado-em-arbitragem/casos-de-arbitragem-2>. Acesso em 30 nov. 2021.

¹⁵ Consulta realizada em 30 nov. 2021.

Ademais, ao diminuir a publicidade dos atos a tão somente disponibilizar peças processuais, sem qualquer análise crítica do processo, a Administração Pública acaba por não atender ao princípio da eficiência, que deveria nortear os atos administrativos.

Neste aspecto, a questão da publicidade dos atos arbitrais deveria se espelhar em normativos contábeis, com a apresentação de notas explicativas sobre cada procedimento arbitral, nos moldes em que as empresas que adotam boas práticas contábeis fazem.

Essas notas explicativas devem fazer uma avaliação do impacto que o procedimento pode trazer para os administrados e as reais chances de êxito da Administração Pública nas arbitragens nas quais é parte, o que poderia justificar a não realização de um acordo no procedimento. Afinal, se a avaliação da Administração Pública indica que a perda em determinado procedimento arbitral é provável, em homenagem ao princípio da eficiência, aquela não deveria levar determinado procedimento arbitral adiante, sob pena de lesar os administrados.

Este é mais um dos pontos que merece melhor atenção em relação à arbitragem na Administração Pública, que poderia ter sido tratado no Decreto Federal nº 10.025/2019. Neste sentido, em homenagem ao princípio da transparência e da eficiência, além da disponibilização das peças arbitrais, também deveriam ser observados os pronunciamentos sobre melhores práticas contábeis, em especial, o CPC 25. Neste sentido, para uma efetiva publicidade dos procedimentos arbitrais, além da disponibilização de suas peças, com fácil acesso aos administrados, aquela também vir acompanhada de breve resumo sobre o procedimento, com avaliação das chances de êxito da Administração Pública, bem como o impacto da arbitragem para os administrados, caso o ente público seja vencido no procedimento arbitral.

6.2. Escolha da Câmara Arbitral

Segundo Justen Filho (2021), “a câmara arbitral desempenha um conjunto de atividades orientadas a assegurar o desenvolvimento da arbitragem, de modo a preservar e a garantir a ampla defesa, o contraditório e a imparcialidade do árbitro”. A escolha da câmara arbitral é geralmente feita no compromisso arbitral, mas não implica em vínculo imediato da câmara de arbitragem, cabendo a esta aceitar ou não o encargo.

Sobre a natureza da atividade da câmara arbitral, há diversas correntes. No âmbito do Recurso Especial nº 1.433.940 - MG, restou decidido que a Câmara Arbitral tem “natureza essencialmente administrativa, de modo que sua atuação não envolve nenhum ato jurisdicional cuja competência é exclusiva dos árbitros nomeados pelas partes” (BRASIL, 2017).

Em que pese tal entendimento, ao verificar regulamento de algumas Câmaras Arbitrais, percebe-se que a atribuição destas excede as atividades meramente administrativas, ao lhes atribuir atividades jurisdicionais, como decisão sobre impedimento ou suspensão de árbitro¹⁶; ou indicação de árbitro, quando as partes não o fizerem¹⁷.

Diante de tais questões, afirma Justen Filho (2016, p. 17) que “a concepção prevalente no tocante à natureza jurídica da arbitragem é a que reconhece a existência de uma atividade jurisdicional”. Deve-se ressaltar que esta atuação jurisdicional é residual. No entanto, a escolha da Câmara Arbitral pela Administração Pública incita dúvidas se há necessidade de prévia licitação e como se daria a escolha da Câmara Arbitral.

A escolha da Câmara Arbitral é um ponto sensível dos procedimentos envolvendo a Administração Pública, ao passo que tal ato não pode ser feito de forma livre, sem obediência aos princípios legais que regem os atos administrativos.

Inicialmente, alguns normativos indicavam que a escolha da Câmara Arbitral se daria por contratação direta, por inexigibilidade de licitação. Neste sentido era o revogado Decreto 8.465/2015, que regulamentava a Lei dos Portos, em seu artigo 7º, §3º, bem como é a diretriz do Regulamento de Licitações e Contratos da Eletrobras, que informa que “a nomeação de árbitros e indicação de Câmaras Arbitrais que tenham reconhecida experiência e notoriedade pode ser contratada com fundamento no caput do Artigo 30 da Lei n. 13.303/2016” (BRASIL, 2016, on-line)

No entanto, a doutrina alerta que esta não é a solução jurídica adequada para tratar a questão, uma vez que a função jurisdicional exercida pela Câmara Arbitral não se configuraria como um contrato entre as partes e a Câmara, portanto, afastando qualquer disposto da Lei de Licitações.

Nas palavras de Marçal Justen Filho (2016):

A não configuração da arbitragem como um contrato conduz à impertinência das regras da Lei nº 8.666 atinentes à licitação. [...].

Todos os problemas essenciais permanecem existindo, na hipótese de uma “contratação” com a câmara de arbitragem. Em primeiro lugar, o vínculo jurídico é estabelecido em igualdade de condições entre a câmara e as duas partes. Em segundo lugar, a câmara não se obriga a prestar serviço algum às

¹⁶ Como exemplo, cita-se o artigo 19, §3º, do Regulamento de Arbitragem da Câmara FGV: “O impedimento ou a suspeição dos árbitros podem ser declarados pelo Diretor Executivo da Câmara FGV, ou por provocação de qualquer das partes, ouvidos o árbitro e a Comissão de Arbitragem”. (FGV, 2016, on-line).

¹⁷ Como exemplo, cita-se o artigo 4.12, do Regulamento de Arbitragem do CAM-CCBC: “Se qualquer das partes deixar de indicar árbitro ou os árbitros indicados pelas partes deixarem de indicar o terceiro árbitro, o Presidente do CAM-CCBC fará essa nomeação dentre os membros integrantes do Corpo de Árbitros”. (CAM-CCBC, 2012, on-line).

partes. Em terceiro lugar, a câmara não recebe o pagamento de um preço. Em quarto lugar, a câmara não se subordina a qualquer prerrogativa ou poder jurídico contratual da Administração. Em quinto lugar, a câmara nem mesmo se obriga a “fornecer árbitros”. Em sexto lugar, há um vínculo direto entre os árbitros e as partes, que é insuprimível.

Como visto, a Câmara é um instrumento de apoio para o desempenho da função de arbitragem. Não desempenha em nome próprio nenhuma atividade de resolução do litígio. A arbitragem é a atuação fundamental e principal, que é desenvolvida em nome próprio e diretamente pelos árbitros (JUSTEN FILHO, 2016, p. 32).

Como solução para a escolha da Câmara Arbitral, o Decreto Federal nº 10.025/2019, assim como o Decreto Estadual Paulista nº 64.356/2019 (e o Decreto Estadual Carioca nº 46.245/2018 escolheram a figura do credenciamento da Câmara Arbitral (RIO DE JANEIRO, 2018, on-line).

Sobre o credenciamento federal, o mencionado decreto delega à Advocacia Geral da União organizar o procedimento e demais regras complementares, bem como coloca três requisitos para o credenciamento:

- (i) a Câmara Arbitral deve ter funcionamento regular por, no mínimo, três anos; (ii) a Câmara Arbitral deve ter comprovada competência e experiência em procedimentos arbitrais, bem como ser idônea; (iii) possuir regulamento próprio, em língua vernácula (BRASIL, 2019, on-line).

Coube à Portaria Normativa AGU nº 21, de 22 de julho de 2021, regular o credenciamento das Câmaras Arbitrais. Além dos requisitos acima, também foram incluídos dois outros para credenciamento, a saber: responsabilizar-se pela designação de espaço e agenda para realização de audiências e apresentar relatório de horas trabalhadas, caso os árbitros sejam remunerados de tal forma (BRASIL, 2021b).

Para comprovar experiência em administração de procedimentos arbitrais, a mencionada portaria criou outros dois requisitos: a Câmara deverá ter conduzido, no mínimo, três processos arbitrais envolvendo a Administração Pública, ainda que não sentenciados, bem como ter administrado, no mínimo, quinze processos arbitrais, no último ano, sendo pelo menos um com valor da causa superior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais).

Ainda, conforme tal portaria, caberá ao Núcleo Especializado em Arbitragem da Advocacia-Geral da União (NEA) administrar o credenciamento e descredenciamento das Câmaras Arbitrais.

Sobre o credenciamento paulista, chamado pelo mencionado decreto estadual de “cadastramento”, o procedimento foi delegado à Procuradoria Geral do Estado, e foram criados

quatro critérios a serem preenchidos pela Câmara Arbitral a ser cadastrada: (i) apresentar espaço e secretaria para realização de audiências, sem custo adicional para as partes, no foro arbitral; (ii) ser constituída há mais de cinco anos; (iii) estar em conformidade com a legislação para recebimento de recursos públicos; (iv) ter comprovada competência e experiência em procedimentos arbitrais e ser idônea.

Coube à Resolução PGE nº 45/2019 especificar a forma de comprovação dos requisitos acima. Neste ponto, cabe especial atenção à forma de comprovação da experiência e competência da Câmara Arbitral, que será feita através da comprovação da existência de ao menos quinze arbitragens em seu portfólio, sendo ao menos uma delas com valor da causa superior a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais), bem como uma delas envolvendo a Administração Pública direta ou indireta.

Mastrobuono (2019) justifica a sistemática de escolha da Câmara Arbitral pela Administração Paulista da seguinte forma:

d) Escolha da câmara arbitral. O decreto prevê a formação, pela PGE, de um cadastro de instituições que podem ser indicadas para administrar as disputas. Trata-se de constituir uma lista de câmaras arbitrais que atendem condições mínimas para serem selecionadas para os litígios com a Administração Pública paulista. A formação de cadastro para tal circunstância ainda é algo pouco experimentado, de modo que houve um cuidado maior com sua regulamentação. A ideia é que haja um conjunto de organismos capazes e experientes na gestão de arbitragens, aptos a serem imediatamente selecionados no advento de um litígio, sem maiores formalidades burocráticas. Optou-se, assim, por adotar critérios que enfrentem requisitos objetivos para a Administração – apresentação de espaço físico para a realização das audiências, atendimento dos requisitos legais para recebimento de valores pela administração pública e constituição formal há pelo menos 5 (cinco) anos – combinado com um critério imbuído de maior subjetividade, que é a reconhecida idoneidade e competência. Por fim, a escolha da câmara, quando ainda não identificada no contrato, deverá ser feita pelo requerente da arbitragem no momento em que surgir a disputa (2019, on-line).

Na página da internet da Procuradoria Paulista, no “Portal de Arbitragens”, há indicação de cinco Câmaras Arbitrais cadastradas¹⁸.

O decreto carioca sobre arbitragem na administração na administração pública (Decreto nº 46.245/2018) também coloca quatro requisitos para cadastramento de Câmaras Arbitrais:

(i) ter representação do Rio de Janeiro; (ii) ter mais de cinco anos de funcionamento; (iii) estar em regular funcionamento como Câmara Arbitral;

¹⁸ São elas: AMCHAM BRASIL; CAM-CCBC; CAMARB; CIESP/FIESP; CCI. Disponível em: http://www.pge.sp.gov.br/Portal_PGE/Portal_Arbitragens/Arquivos/Camaras.pdf. Acesso em 01 mar 2021.

(iv) ter reconhecida idoneidade, competência e experiência na administração de procedimentos arbitrais, com a comprovação na condução de, no mínimo, quinze arbitragens no ano calendário anterior ao cadastramento (RIO DE JANEIRO, 2018, on-line).

Também foi delegada à Procuradoria Geral Carioca regulamentar o decreto, o que ocorreu através da Resolução PGE nº 4213/2018, que também criou duas exigências adicionais para comprovação da experiência da Câmara Arbitral: ter ao menos uma arbitragem que envolva a Administração Pública direta ou indireta; ao menos uma arbitragem cujo contrato envolva valor superior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais).

Muito embora não esteja concentrado numa listagem única, como foi realizada pela Procuradoria Paulista, o site da Procuradoria Carioca elenca os atos normativos que deferiram o cadastramento de Câmaras Arbitrais¹⁹.

No entanto, o próprio sistema de credenciamento adotado nos decretos e portaria ora analisados também sofre críticas. Isso se deve ao fato de que, considerando que a Administração Pública deve dar tratamento isonômico aos administrados, a escolha da Câmara Arbitral para determinado procedimento, dentre aquelas instituições cadastradas, deveria ser precedida de justificativa, de modo a dar transparência ao processo de escolha.

No entanto, o decreto federal delega ao ente particular envolvido na arbitragem o processo de escolha da Câmara Arbitral após o cadastramento, o que implica novamente em infração aos princípios que regem a administração pública. Neste sentido, inclusive, é o entendimento de Justen Filho (2016), que alerta:

“[...] em termos práticos, o credenciamento resulta numa situação de ausência de diferenciação entre os diversos credenciados. Todos os que preencherem os requisitos de credenciamento devem ser tratados de modo isonômico, inclusive para o efeito de serem contratados em condições razoavelmente aleatórias” (2016, p. 34).

Deixar ao administrado a escolha da Câmara Arbitral, dentre as credenciadas, não resolve tal questão, ao passo que a escolha também não é precedida de qualquer justificativa.

Ainda sobre o credenciamento, é importante observar que aquele é uma prática típica de procedimentos licitatórios. No entanto, considerando que não seriam aplicáveis os dispositivos da Lei de Licitações à escolha da Câmara Arbitral, o credenciamento também acaba por se tornar inadequado, em especial, por possibilitar o credenciamento de instituições que não

¹⁹ São elas: CAESP; CAM-CCBC; CBMA; FGV; CAMARB. Disponível em: <https://pge.rj.gov.br/entendimentos/arbitragem>. Acesso em 01 mar. 2021.

tenham desempenho satisfatório, mas que preencham os requisitos exigidos pelas Procuradorias. Neste sentido, é o entendimento de Nascimento (2019):

A mesma conclusão se aplica ao processo de credenciamento, em razão da presença de algumas incompatibilidades face às especificidades da arbitragem. A primeira relaciona-se ao custo. Como é sabido, as câmaras de arbitragem disciplinam em seus regulamentos o valor das custas do serviço a ser prestado, que, em geral, inclui não apenas os valores destinados à administração do procedimento, mas também os valores a serem repassados aos árbitros. Estabelecer um valor fixo de custos pode conduzir ao afastamento das câmaras de arbitragem reconhecidas e, pior, alavancar o custo de câmaras com menos experiência, caso o perfil do prestador, observado o disposto no art. 25, § 1º, da Lei nº 8.666, de 1993, não seja adequadamente elaborado.

[...]

Assim, em face das peculiaridades desse tipo de contratação, o credenciamento, ao menos em tese, não se apresenta como solução adequada a esse tipo de contratação que pressupõe que sejam estabelecidos critérios objetivos de distribuição da demanda, de maneira a assegurar a alternância entre os credenciados. A necessidade de comum acordo nas contratações de câmaras de arbitragem não permite que a Administração Pública assegure que todos os credenciados serão contratados.

Desse modo, é possível concluir que a Lei nº 8.666, de 1993, não se presta a disciplinar as relações contratuais em que o parceiro privado assumia a posição de contratante ao lado da Administração (2019, p. 22-23).

Pelos motivos acima expostos, alguns doutrinadores entendem que a escolha da Câmara Arbitral é um ato discricionário do ente estatal, que deve ser precedido de motivo, levando em consideração sua notória especialização e que melhore atenda ao interesse público. Nas palavras de Justen Filho:

Mas a escolha do nome do árbitro e da câmara arbitral a serem indicados refletirá uma decisão administrativa de natureza discricionária. Existirá uma margem de autonomia da autoridade competente, que deverá atuar visando produzir a solução mais satisfatória para os interesses públicos. Caberá motivar adequadamente a escolha. E nunca caberá questionar a validade da decisão sob o fundamento de que existia uma pluralidade de sujeitos em condições de igualdade a serem indicados (JUSTEN FILHO, 2016, p. 37).

No entanto, apesar da defesa de que a escolha de uma Câmara Arbitral deva se dar por um ato discricionário, a motivação da escolha da Câmara Arbitral deve seguir os princípios da Administração Pública. Nas palavras de Nascimento (2019, p. 33), “é preciso apresentar à sociedade e aos órgãos de controle uma solução equilibrada, que sopesse os usos e costumes da prática arbitral com o panorama normativo que rege a atuação da Administração Pública brasileira”.

Neste escopo, verifica-se que o credenciamento de Câmaras Arbitrais, no molde como feito hoje, não atende aos princípios da Administração Pública. Como exemplo, verifica-se que a exigência da existência de procedimentos arbitrais com valores mínimos de causa, como feito pela Administração federal, carioca e paulista, pode gerar o direcionamento das instituições cadastradas, com exclusão de instituições arbitrais novas, mas que sejam capazes de conduzir de forma eficiente um procedimento arbitral.

Nascimento (2019) afirma:

“[...] A fundamentação desse ato de escolha não deve se dar de maneira abstrata; ao revés, deve levar em consideração os obstáculos e as dificuldades aferidas *in concreto*, bem como observar as consequências práticas da decisão”. Neste aspecto, nenhum dos atos normativos analisados tratou a questão do custo do procedimento arbitral, que é determinado pelas Câmaras Arbitrais (2019, p. 33).

Muito embora o custo seja inicialmente arcado pelo particular, caso da Administração Pública seja vencida, esta deverá fazer o reembolso das custas à parte vencedora, conforme sentença arbitral (artigo 9º, do Decreto Federal nº 10.025/2019). Neste sentido, é importante que a análise da escolha da Câmara Arbitral passe pela análise do binômio “custo x benefício”, o que não foi tratado em nenhum normativo legal estudado no presente tópico (BRASIL, 2019).

A título exemplificativo, destaca-se conclusão do Acórdão 3.160/2020 – Plenário TCU, de Relatoria do Ministro Vital do Rêgo, sobre a questão do alto custo arbitral:

Destaca que o procedimento teve uma duração de aproximadamente 2 anos e três meses, confirmando a celeridade da arbitragem. Outro dado concretamente apreendido a partir da experiência no caso Libra diz respeito ao custo nominal desse tipo de mecanismo de solução de controvérsias, que é bastante alto, provavelmente muito superior ao custo médio de um processo judicial. No caso, como mencionado, embora a União, vencedora, não tenha tido que arcar com o nenhum custo ou reembolso, o valor total das despesas processuais, de R\$ 3.076.109,25, não pode ser desconsiderado para a avaliação quanto à opção pela arbitragem. Trata-se de uma questão a ser sopesada quando da análise pela viabilidade da arbitragem como mecanismo de solução de determinada controvérsia (BRASIL, 2020, on-line).

Conforme experiência da Administração Pública, a questão do alto custo arbitral deve ser sopesada em procedimentos futuros, o que também impacta a escolha da Câmara Arbitral. Muito embora a Câmara Arbitral não deva ser escolhida pelo menor custo (e há um consenso na doutrina sobre isso), há diversas Câmaras Arbitrais que prestam um bom serviço, sendo que pode ser feito um estudo sobre o serviço prestado e o custo cobrado, o que atenderia aos

princípios da eficiência e moralidade, situação não observada pelo credenciamento de Câmaras Arbitrais, na forma como instituído pelo Decreto Federal nº 10.025/2019 (BRASIL, 2019).

Neste sentido, verifica-se que a solução do credenciamento de Câmaras Arbitrais não é coerente com o instituto da arbitragem. No entanto, a escolha da Câmara Arbitral empregada pela Administração Pública deve ser precedida de justificativa, como demanda todo ato administrativo, levando em consideração, ao menos:

- i. estrutura física da Câmara Arbitral (existência de Secretaria e espaço adequado devidamente equipado para a realização de audiências);
- ii. estrutura digital (software para gerenciamento de arquivos e realização de atos on-line);
- iii. valor das custas arbitrais;
- iv. experiência da Câmara Arbitral (que pode ser comprovada por critérios como lista de árbitros, qualificação do corpo administrativo e dirigente, entre outros requisitos);
- v. existência e qualidade do regulamento próprio, em língua vernácula.

Schmidt (2016a) concorda que é realmente necessário exigir infraestrutura adequada da Câmara Arbitral, uma vez que não existe margem, nos procedimentos arbitrais envolvendo a Administração Pública, que envolvendo conflitos de cifras milionárias, para que inexperientes cuidem de tais casos. Segundo seus argumentos:

É possível, todavia, indicar desde logo alguns parâmetros mínimos a serem observados no ato que, eventualmente, vier a regulamentar o credenciamento de instituições arbitrais para a gestão de conflitos envolvendo o Poder Público. Assim, com efeito, é indispensável que se exija da entidade a comprovação de prévia e efetiva experiência na gestão de procedimentos arbitrais. Fundamental, também, é que a instituição arbitral possua a infraestrutura necessária para a gestão de procedimentos arbitrais, como sala de audiência com a tecnologia necessária e salas de apoio para testemunhas e peritos. Não há espaço aqui para aventureiros e nem principiantes. A dimensão econômica dos litígios que desaguam em uma arbitragem e o interesse público envolvido nas causas que envolvem a Administração Pública não permitem que se coloque em risco o bom e regular andamento do procedimento arbitral, com a escolha de uma entidade incapaz de prestar os serviços correlatos (2016a, on-line).

Não parece coerente incluir, dentre os requisitos, que a Câmara a ser escolhida tenha um mínimo de procedimentos com valores de causa milionários ou um prazo mínimo de existência, a exemplo das soluções adotadas pelas regulamentações analisadas. Tais requisitos acabariam por impedir a entrada de novas Câmaras neste mercado, mesmo que criadas por

peças ou entidades experientes, com um direcionamento indevido da escolha, em desconformidade com os princípios que regem a Administração Pública.

Pereira (2017) também conclui que alguns requisitos impostos para a escolha de Câmara Arbitral pela Administração Pública também criam verdadeiras barreiras de mercado, conforme abaixo exposto:

No caso das Câmaras de Arbitragem, a restrição é ainda mais grave, beirando a extirpar do ordenamento a proteção dos bens jurídicos voltados à livre iniciativa consagrados pelo art. 170 da Carta Magna.

[...] no caso das Câmaras, o critério estabelecido impossibilita a criação de novas instituições, eliminando a concorrência e a livre iniciativa dos agentes econômicos. Trata-se da verdadeira criação de oligopólio pela própria Administração.

Isso porque seria impossível aos agentes que desejassem criar câmaras especializada – que, aliás, é o que se espera – ultrapassar as barreiras à entrada.

[...]

Neste caso, o que temos é que somente aquelas Câmaras que já estão constituídas e em funcionamento há mais de três anos poderão administrar as arbitragens com a Administração Pública, criando verdadeiro oligopólio que inevitavelmente resultará na perda da eficiência e aumento de preços em prejuízo à própria Administração, com impactos sensíveis à sociedade (2017, p. 75).

Schmidt (2016a), apesar de entender que o credenciamento é o meio adequado para a escolha da Câmara Arbitral pela Administração Pública, também defende que os requisitos a serem impostos para a escolha devem ser mínimos:

Agora, as exigências impostas para o credenciamento têm que se limitar ao mínimo absolutamente necessário para salvaguardar a qualidade dos serviços a serem prestados e a idoneidade da instituição arbitral. Exigências excessivas e desarrazoadas são incompatíveis com os princípios administrativos da impessoalidade e da competitividade. Podem servir, muito ao contrário, para indevidamente direcionar a contratação de determinada entidade, em prejuízo dos legítimos interesses dos litigantes, que, em tais circunstâncias, têm usurpada a prerrogativa de escolher a instituição arbitral que melhor lhes convém, levando em consideração as taxas cobradas e a qualidade dos serviços prestados (SCHIMIDT, 2016a, on-line).

Diante do exposto, o Decreto Federal nº 10.025/2019 merece melhorias, sendo que a solução adotada pela Portaria Normativa AGU nº 21/2021 não é coerente com os princípios da impessoalidade e competitividade, ao criar exigência de um número mínimo de procedimentos com valores de causa altos. Tais exigências acabam por criar uma inegável barreira de mercado ao ingresso de novas Câmaras Arbitrais.

6.3. Escolha dos árbitros e número de árbitros

A escolha dos árbitros é questão fundamental para o sucesso do procedimento arbitral. Nas palavras de Garcia (2019):

Com efeito, a indicação de um árbitro é um passo decisivo para o êxito em qualquer processo arbitral, seja público ou privado. O sucesso da arbitragem depende da qualidade dos árbitros, que devem, dentre outros atributos, possuir experiência, conhecimento técnico na matéria arbitrada, idoneidade moral e elevados padrões éticos, não apresentando qualquer tipo de impedimento que possa macular a sua neutralidade e imparcialidade no julgamento da questão (GARCIA, 2019, p. 13).

Há um consenso na doutrina de que a escolha dos árbitros não pode se dar por procedimento licitatório, devido ao alto grau de subjetividade e discricionariedade que envolve o ato. Apesar disso, Garcia (2019) indica que

“[...] a escolha é discricionária, mas devidamente motivada, a partir, preferencialmente, de parâmetros previamente fixados nos respectivos atos normativos dos entes públicos, com a indicação das razões de qualificação daquele profissional e da conexão das suas características com o perfil e natureza do litígio instaurado” (GARCIA, 2019, p. 14).

Neste sentido, o Decreto Federal nº 10.025/2019, expõe três requisitos para a escolha do árbitro: (i) estar em pleno gozo de sua capacidade civil; (ii) deter conhecimento compatível com a natureza do litígio; (iii) não se enquadrar nas hipóteses de suspeição e impedimento de juízes (BRASIL, 2019).

Ocorre que, a exemplo da escolha da Câmara Arbitral, para que se dê a devida transparência à escolha do árbitro nos conflitos envolvendo a Administração Pública, também se faz necessário que o processo de escolha seja devidamente fundamentado, bem como se dê publicidade ao processo de escolha.

Uma situação que salta aos olhos na escolha dos árbitros é que, nas listas disponíveis nas Câmaras Arbitrais, a maioria dos árbitros tem formação em Direito. Sobre este ponto, em arbitragens envolvendo questões técnicas, frequentemente os árbitros, por não possuírem formação específica, acabam por determinar a realização de perícia, a exemplo do que ocorre em processos judiciais.

Devido à formação dos árbitros em Direito, também não é raro que as sentenças arbitrais sejam pautadas em aspectos de procedimento, ignorando a realidade dos fatos. Segundo Fernandes (2019):

“[...] é fato inconteste que no setor da construção muitos empresários têm manifestado insatisfação com o custo crescente das arbitragens, com decisões demoradas e sustentadas por aspectos processuais e procedimentais, em detrimento dos fatos efetivamente ocorridos no desenvolvimento das obras” (2019, p. 107).

Outro ponto que tem sido observado pela doutrina advém da verdadeira reserva de mercado existente na comunidade arbitral. Há poucos profissionais (ainda que altamente qualificados) conduzindo diversos procedimentos, criando verdadeiro empecilho para a entrada para novos profissionais. Tal fato se deve, em parte, pelo regulamento das Câmaras Arbitrais, que colocam barreiras para a entrada de novos árbitros, em especial, a exigência de aprovação do novo ingressante pelo Presidente da Câmara Arbitral.

A existência de poucos profissionais atuando como árbitro leva ao questionamento se aqueles realmente são aptos para atuar em diversas arbitragens envolvendo diversos temas, bem como se tal questão não implica na diminuição da celeridade do procedimento arbitral.

Verificando a planilha de arbitragens envolvendo a União, disponível no site da AGU (ANEXO A), verifica-se que, das oito arbitragens relatadas, os árbitros “Cristiano de Souza Zanetti” e “Rodrigo Garcia Oliveira” aparecem em dois procedimentos, sendo um envolvendo conflito no setor portuário (“Caso Libra”) e outro envolvendo conflito no setor de transporte terrestre (“Caso Rota do Oeste”).

De igual forma, o árbitro “Carlos Alberto Carmona” também foi indicado em três dos oito processos arbitrais, sendo que um processo envolvia conflito no setor de energia (Caso Proteus), um no setor aeroviário (Caso Viracopos) e outro no setor de transporte terrestre (Caso MSVIA). O mesmo ocorre com o árbitro “Sérgio Antônio Silva Guerra”, que também foi indicado em três processos arbitrais, sendo uma no setor de energia (Caso Proteus), um no setor aeroviário (Caso Viracopos) e outro no setor de transporte terrestre (Caso Rota do Oeste).

Diante de tais dados, o que se observa é que um mesmo profissional tem atuado em procedimentos de natureza diversa, inclusive, com formação de Tribunal Arbitral bastante semelhante em três casos, provando que existe uma verdadeira reserva de mercado e levando ao questionamento de tais profissionais, apesar de altamente qualificados, detém conhecimento específico nas diferentes matérias tratadas nos conflitos.

Deve-se destacar que os árbitros indicados nos conflitos mencionados são considerados “verdadeiros medalhões” neste nicho de mercado. No entanto, justamente por

conta desta característica, conforme dados expostos no site da CAM-CCBC²⁰, também participam de diversos outros procedimentos, o que pode comprometer a celeridade na conclusão dos procedimentos, assim como a qualidade das decisões, que poderão perder sua característica “artesanal” e se tornar algo “mecânico”, a exemplo do que ocorre no Poder Judiciário.

Ainda sobre os prejuízos em não haver uma rotação de árbitros, Carmona (2015) cita que, num sistema sem a renovação dos árbitros, os julgamentos acabam por se tornar um “verdadeiro jogo de cartas marcadas, o que poria em risco, no limite, a própria imparcialidade dos árbitros”.

Os dados analisados levam à reflexão de que há necessidade de melhoria no que se refere aos requisitos para escolha do árbitro nos procedimentos envolvendo a Administração Pública Federal. Neste ponto, merece elogio o mencionado Decreto Estadual Carioca nº 46.245/2018, que descreve, em seu artigo 17, que “quando a escolha do árbitro incumbir ao Estado, caberá à Procuradoria Geral do Estado, justificadamente, fazer a respectiva indicação, considerando o seu conhecimento técnico e a sua afinidade com a matéria a ser dirimida” (RIO DE JANEIRO, 2018). Para Garcia (2019);

[...] a “norma estadual não pretendeu contratualizar essa relação de índole jurisdicional, ainda que não estatal, haja vista que o árbitro não prestará um serviço à Administração Pública Estadual. O que se exige é que essa escolha, naturalmente discricionária e unilateral, seja devidamente motivada e justificada” (2019, p. 16).

Sobre a escolha dos árbitros, a crítica feita por Oliveira e Estefam (2019) para o Decreto Paulista também pode ser usada em relação ao Decreto Federal analisado sobre a questão da especialidade dos árbitros. Segundo suas palavras:

Sem prejuízo disso, um requisito que não foi previsto no art. 12 e que obrigatoriamente deve ser previsto é o requisito da especialidade do árbitro, para evitar a escolha de árbitros com nenhuma relação com o objeto do litígio a ser resolvido na arbitragem. E a especialidade do árbitro aqui, a ser objetivamente aquilatada, deverá ser a especialidade em direito público, sem prejuízo de outras formações técnicas que possam ser exigidas caso a caso (2019, p. 65).

Paula Butti Cardoso (2021), no *webinar* “Arbitragem com a Administração Pública” explica que a escolha do árbitro é artesanal e envolve extensa pesquisa curricular, cujas

²⁰ Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/arbitragem/tribunais-arbitrais>. Acesso em: 14 jul. 2021.

conclusões são externadas em parecer sigiloso da AGU, por conter estratégias processuais que não são interessantes de serem reveladas para a parte adversa, uma vez que esta não estaria obrigada a revelar os motivos de escolha do árbitro por ela nomeado.

Com base em tais fundamentos, Cardoso (2021, on-line) também discorre que, em sua interpretação do artigo 154, da Lei 14.133/2021, apesar da necessidade legal da utilização de critérios transparentes na escolha do árbitro, tal norma não pode ser interpretada como total publicidade dos motivos de escolha de determinado árbitro pela Administração Pública.

Em que pesem os argumentos colocados por Cardoso, ao tornar o parecer com os motivos de escolha de determinado árbitro sigilosos, há evidente ofensa ao princípio da publicidade que deve reger os atos da Administração Pública.

De igual forma, para a lisura do procedimento arbitral, os motivos de escolha de determinado árbitro pela parte adversa à Administração Pública também deveriam seguir os mesmos requisitos de transparência exigidos do ente público.

Dar publicidade à motivação da escolha de determinado árbitro pelas partes não macula o desenvolvimento do procedimento arbitral, já que a escolha é feita no início do procedimento, quando ainda não produzida qualquer prova. Ademais, devido aos valores envolvidos nos conflitos envolvendo a Administração Pública, não se poderia admitir profissionais inexperientes ou motivos escusos para a escolha de árbitros neste tipo de contenda, reforçando a necessidade de publicidade dos motivos de escolha dos árbitros.

Neste sentido, percebe-se que o Decreto Federal analisado merece ser aprimorado no que tange aos requisitos para a escolha do árbitro, sendo que o decreto carioca é um bom exemplo a ser seguido pela Administração Pública Federal.

Sobre o aprimoramento do decreto, Schmidt (2016a) complementa que:

E o ideal é que o regulamento a ser baixado também defina parâmetros mínimos (ainda que abertos) para a escolha e indicação de árbitros pela Administração Pública. Isso não significa, obviamente, que haja a necessidade de se fazer alguma espécie de procedimento licitatório para tal fim. Neste particular, tem razão José Antonio Fichtner quando afirma que os árbitros “podem e devem ser escolhidos com fundamento na sua especialização”, sendo inexigível a licitação, na forma do art. 25, inciso II, conjugado com o art. 13, ambos da Lei nº 8.666/93 (2016a, on-line).

Outro ponto que merece melhoria no Decreto Federal nº 10.025/2019 é o que tange ao número de árbitros utilizados para resolução de conflitos. Na arbitragem, os conflitos podem ser resolvidos por um único árbitro ou através de Tribunal Arbitral, composto sempre por número ímpar de árbitros.

Apesar da omissão do Decreto Federal nº 10.025/2019, Oliveira (2015) entende que “a arbitragem, que envolve a Administração Pública, não deve ser submetida, em regra, à arbitragem monocrática, mas ao colegiado arbitral, formado, por no mínimo, três árbitros”. Sua justificativa para tal argumento tem origem na irrecorribilidade da decisão arbitral, motivando “que o debate por árbitros integrantes de colegiado arbitral tem maior potencial de qualificar a decisão a ser proferida, que, enfatize-se, não será submetida à revisão superior” (OLIVEIRA, 2015, on-line).

Reforçando tal argumento, é o entendimento de Oliveira e Estefam (2019), que entendem que, nas arbitragens envolvendo a Administração Pública, “jamais deveriam ser arbitragem de árbitro único [...] pela complexidade dos temas e porque decisões colegiadas acabam fortalecendo a Administração Pública contra acusações de má-fé, desvio de finalidade, parcialidade etc.” (2019, p. 9).

Sobre tal ponto, deve-se ressaltar que o extinto Decreto nº 8.465/2015, em seu artigo 3º, V, impunha que conflitos com valores superiores a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais) deveriam ser obrigatoriamente submetidos a um Tribunal Arbitral formado por, no mínimo, três árbitros. O Decreto Federal nº 10.025/2019 deveria ter reaproveitado tal comando normativo, de modo a regulamentar a questão e conferir maior legitimidade aos conflitos envolvendo a Administração Pública submetidos a procedimento arbitral (BRASIL, 2019b).

6.4. Conflitos sujeitos à arbitragem

O Decreto Federal nº 10.025/2019 foi omissivo em relação a quais casos podem ser levados a julgamento arbitral. Tal preocupação se deve em função do alto custo do procedimento arbitral, conforme reflexão feita no Acórdão 3.160/2020 – Plenário TCU, de Relatoria do Ministro Vital do Rêgo, citado anteriormente.

Neste ponto, também merece elogio o Decreto Carioca nº 46.245/2018, que, em seu artigo 3º, dispõe que somente conflitos oriundos de contratos acima de R\$ 20.000.000,00 serão resolvidos por arbitragem²¹. Garcia (2021) explica a lógica do Decreto Carioca:

²¹ *In verbis*: Art. 3º - Os contratos de concessão de serviços públicos, as concessões patrocinadas e administrativas e os contratos de concessão de obra poderão conter cláusula compromissória, desde que observadas as normas deste Decreto.

§ 1º - Poderá, ainda, conter cláusula compromissória qualquer outro contrato ou ajuste do qual o Estado do Rio de Janeiro ou suas entidades façam parte e cujo valor exceda a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais).

A arbitragem é um meio alternativo de solução de conflitos eficiente, mas reconhecidamente oneroso. Assim, não faz muito sentido prever cláusula compromissória para contratos cuja expressão econômica não seja relevante. O limite de R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais) não foi cogitado a partir de critérios subjetivos ou voluntaristas, mas observando o valor mínimo, à época em que o Decreto foi elaborado, para a celebração de uma parceria público-privada.

Apesar da delimitação bastante objetiva sobre o cabimento da arbitragem no campo dos contratos administrativos estaduais, o Decreto não obstruiu a possibilidade de as partes celebrarem compromisso arbitral para submeter as divergências à arbitragem no momento da ocorrência do litígio, independentemente da previsão no edital ou no contrato. Conferiu, assim, espaço discricionário para que o gestor possa avaliar - caso alcance um consenso com a outra parte - se aquele conflito melhor será solucionado pela via arbitral (2019, p. 7-8).

Deve-se destacar que essa preocupação de direcionar somente conflitos relevantes para a arbitragem também pode ser observada no Regulamento de Licitações e Contratos das empresas do Grupo Eletrobras. Segundo o artigo 84, deste regulamento: “2 – O estabelecimento de arbitragem, na forma da alínea “b” do item 1 deste Artigo, pode ocorrer em qualquer caso e é recomendada para contratos com valores superiores a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais)” (ELETROBRAS, 2017).

Schimdt (2016b) pontua a necessidade de uma norma contendo piso mínimo para escolha da via arbitral para dirimir conflito com a Administração Pública, uma vez que,

“[...] em causas de menor relevância econômica, o custo da arbitragem pode representar, no mais das vezes, verdadeira negativa de acesso à justiça. Assim, em se tratando de controvérsias de menor monta, abrir-se-ia a via judicial para aquele que teve o seu direito violado, a um custo satisfatório e razoável” (2016b, p. 12).

Carolina Zancaner Zockun (2021), no *webinar* “Arbitragem com a Administração Pública”, concorda que a arbitragem, devido ao seu alto custo, não é a via adequada para a resolução de todos os litígios envolvendo a Administração Pública. Para ilustrar, a professora apresenta os custos do “Caso Alejandro Mudes (b3)”, assim definidos: honorários (sentença parcial) estabelecidos em R\$ 1.768.850,00; custas da câmara R\$ 300.000,00 (sentença parcial); estenotipia e gravação R\$ 12.451,36; reembolso de despesas: R\$ 16.692,16. Zockun (2021) também cita os custos do “Caso Proteus (FGV)”, indicando que os honorários provisórios de árbitro foram estabelecidos no patamar mínimo de R\$ 1.800.000,00 e a custas da câmara foram estimados em R\$ 270.000,00. Zockun (2021, on-line) termina sua explanação no *webinar* com

as seguintes conclusões: “Arbitragem não é para qualquer contrato. Arbitragem envolve vultosos custos.”

Em relação ao Decreto Paulista, Mastrobuono (2019) justifica não inclusão de um piso mínimo para adoção da arbitragem em conflitos com a Administração Pública para dificultar seu uso em casos recomendados em função de outros elementos, como especificidade técnica da matéria. Segundo seus argumentos:

a) Instrumentos obrigacionais em que se recomenda o uso da arbitragem. A redação original da minuta de decreto afirmava que a arbitragem poderia ser utilizada em contratos de concessão e PPPs com valor superior a 100 milhões de reais e demais avenças celebradas pela Administração Pública, desde que justificada tal opção. As críticas apresentadas na consulta pública indicaram que esses parâmetros seriam muito restritivos. A indicação de uma preferência por tipo de contrato ou por um valor de alçada poderia dificultar o uso da arbitragem em outras avenças nas quais ela poderia ser recomendada em função de outros elementos, como a especificidade técnica da matéria. Assim, optou-se por uma redação mais abrangente, que autorize o uso da cláusula compromissória nos ajustes estatais em razão da complexidade da matéria ou do valor do contrato (2019, on-line).

Sobre tal ponto, o decreto carioca foi mais acurado ao criar uma alçada para inserção de cláusula arbitral em contratos administrativos, mas também deixando espaço ao administrador público a possibilidade de envio do litígio para a arbitragem quando este surgir, através da celebração de convenção arbitral com a parte contrária.

Neste sentido, percebe-se que este é outro ponto que merece melhoria no Decreto 10.025/2019, de modo que somente conflitos de relevante expressão econômica sejam direcionados para a arbitragem, mas sem retirar do administrador público a discricionariedade de enviar o conflito para esta via *a posteriori*, mediante a celebração de convenção arbitral.

6.5. Coerência jurisprudencial arbitral

Para os contrários ao emprego do uso da arbitragem em conflitos envolvendo a Administração Pública, um dos argumentos usados é a “inexistência de mecanismos institucionais de garantia de “coerência jurisprudencial”, com a prolação de decisões diferentes para casos semelhantes” (OLIVEIRA, 2015).

Deve-se esclarecer que esta não é só uma preocupação oriunda dos casos envolvendo a Administração Pública, mas uma preocupação de toda a comunidade jurídica. Lemes (2020) reforça tal argumento ao discorrer sobre:

“[...] a importância da divulgação das sentenças arbitrais, para fins de estudo e difusão científica (com a subtração da identidade das partes). Verifica-se que essa recomendação vem ganhando corpo e diversas Câmaras têm divulgado excertos das sentenças, tal como a CAM-MERCADO” (LEMES, 2020, p. 8-9).

Neste mesmo sentido foi um importante julgado do Agravo de Instrumento nº 2263639-76.2020.8.26.0000, de relatoria do Desembargador Cesar Ciampolini, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que confirmou a negativa de o segredo de justiça em ação anulatória de sentença arbitral, sob a alegação de que o segredo generalizado nos procedimentos arbitrais não é conveniente para a administração da Justiça. Conforme tal acórdão:

A regra do sistema é publicidade dos atos processuais, de acordo com os arts. 5º, LX, e 93, IX, da Constituição Federal. A luz do sol, como afirmado pelo Justice LOUIS BLANDEIS, é o melhor detergente, faz bem à administração da Justiça. A generalizada imposição de segredo nos juízos arbitrais, contrariamente ao que sucede nos processos e julgamentos do Poder Judiciário, "é nociva ao sistema jurídico, por provocar assimetria de informações e obstar a formação do direito (consolidação dos precedentes e da jurisprudência)", afirma muito corretamente a decisão agravada, da lavra da Juíza de Direito PAULA DA ROCHA E SILVA FORMOSO. Os jurisdicionados têm o direito de conhecer a jurisprudência; os empresários, especificamente, o de antever, pela coerência que sempre se espera dos que têm a nobre missão de julgar, o provável resultado dos veredictos, levando-o em consideração ao celebrar negócios mercantis. (SÃO PAULO, 2021).

O acórdão acima transcrito demonstra a preocupação em dar maior transparência ao processo arbitral, ao passo que há plena possibilidade de divulgação de ementas de decisões judiciais sem a necessária revelação de segredos industriais ou comerciais, que são a base de argumentação para a confidencialidade nos procedimentos arbitrais.

Conforme 3ª Edição do Ementário da Câmara do Mercado (2020):

“[...] as primeiras edições do ementário, assim como a presente, possuem dois objetivos: (i) conferir maior transparência ao instituto da arbitragem; e (ii) refletir o entendimento especializado acerca da aplicação do Direito Empresarial” (CÂMARA DO MERCADO, 2020, p. 3).

Ao se analisar o mencionado ementário, há indicação de algumas ementas oriundas de “procedimento público”, com menção expressa à União.

Diante de tais fatos, verifica-se que somente a publicação das sentenças arbitrais nos casos envolvendo a Administração Pública não é suficiente, mas também é necessária uma análise sistemática daquelas, de modo a garantir uma coerência jurisprudencial nos casos envolvendo a Administração Pública. A criação de ementas, na forma como realizada pela

Câmara de Mercado, é uma ótima alternativa para sistematização da jurisprudência envolvendo a arbitragem com a Administração Pública.

De igual forma, tal estudo não pode ser delegado somente às Câmaras Arbitrais, mas deve ser empreendido pelos procuradores responsáveis pelo patrocínio da Administração Pública, sob pena de ver tal conhecimento pulverizado, não respeitando o princípio da eficiência que rege os atos da Administração Pública.

Ainda sobre a prática de ementário dos casos envolvendo a Administração Pública, merece destaque a solução dada inicialmente pela CCEE em seu regulamento, de disponibilizar aos árbitros os extratos de sentenças decorrentes das sentenças arbitrais proferidas no mercado de energia. Muito embora a própria CCEE indique que os extratos serão fornecidos para fins meramente orientativos, a prática ajuda a manter uma coerência entre as decisões proferidas em casos semelhantes, o que também pode ser incorporado ao Decreto Federal nº 10.025/2019.

7 CONCLUSÃO

Apesar de não ser recente o uso da arbitragem na resolução de conflitos envolvendo a Administração Pública, somente a partir de 2015, através da Lei 13.129/2015, que atualizou a Lei da Arbitragem, foi colocada uma pá de cal sobre as discussões que se baseavam no argumento da ausência de base legal para vetar o uso deste instrumento de resolução extrajudicial de conflito. Antes de tal lei, aos poucos, outros ordenamentos passaram a prever o uso da arbitragem como resolução de conflitos, como é o caso da lei geral das concessões, de modo a tornar atraente o investimento nos setores regulados por aquela lei.

De igual forma, o conceito de disponibilidade dos bens da Administração Pública também evoluiu com o tempo. O conceito inicial, usado pelo TCU em suas decisões para vedar o uso da arbitragem pela Administração Pública, em que todos os bens daquela seriam indisponíveis em função da supremacia do interesse público, foi abandonado. Em seu lugar, uma abordagem mais moderna, que indica que o uso da arbitragem traz benefícios para a Administração Pública, atendendo ao princípio do interesse público, foi adotado.

No entanto, as discussões doutrinárias para definir o que seria disponível, portanto, arbitrável, passou por diversos conceitos, classificados, em sua maioria, como imprecisos. A abordagem mais atual sobre a temática sobre envolve o conceito de cláusulas regulamentares e econômicas dos contratos administrativos, sendo aquelas indisponíveis e estas disponíveis. Refinando tal conceito, deve-se ressaltar que a interpretação de cláusulas regulamentares pode ser objeto de arbitragem, sem tal ato fira a ordem pública. Também deve ser indicado que, diante da impossibilidade de se legislar sobre o tema em detalhes, caberá ao administrador analisar cada caso, com apoio da advocacia pública, de modo a definir quais casos podem ou não ser levados para a arbitragem.

Ato reflexo da legislação e evolução doutrinária sobre o tema, deve ser analisado que, se de um lado o Poder Judiciário majoritariamente referendou o emprego de cláusula arbitral em contratos administrativos, por outro lado, o TCU, por um longo período, vetou sua utilização pela Administração Pública. É recente os entendimentos do TCU sobre a possibilidade de utilização de tal meio de solução de conflito, tendo como maior exemplo a Instrução Normativa nº 52/2007, que dispõe sobre os documentos que devem ser objeto de fiscalização nas PPP, em especial, os mecanismos de solução extrajudicial de conflitos.

Dentro da legislação de interesse sobre o emprego da arbitragem na Administração Pública, destaca-se o Decreto Federal nº 10.025/2019, que tem por objeto regular o emprego da

arbitragem para dirimir litígios que envolvam a administração pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, objeto do presente estudo.

Em que pese o esforço legislativo para regulamentar o uso da arbitragem em concessões, um estudo aprimorado na norma indica que algumas soluções adotadas podem não condizer com os princípios da Administração Pública.

O primeiro ponto do Decreto que merece análise trata da publicidade dos atos arbitrais. Conforme tal decreto, a publicidade dos atos arbitrais foi delegada às Câmaras Arbitrais. No entanto, considerando que poderão ser empregadas diversas entidades para gestão das arbitragens envolvendo entes públicos, tal solução pode não atender ao princípio da eficiência e publicidade, que norteiam os atos administrativos, ao passo que pulveriza a informação sobre procedimentos arbitrais envolvendo a Administração Pública. De igual forma, cada Câmara Arbitral pode criar uma norma própria para definir como a publicidade da arbitragem será feita, o que também pode não atender ao princípio da transparência.

Neste contexto, mereceu elogios o Decreto Estadual Paulista nº 64.356, de 31 de julho de 2019, que determinou que as peças da arbitragem serão publicadas na página da internet da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Tal solução pode ser objeto de inspiração pela Administração Federal, de modo a consolidar todas as informações sobre arbitragens envolvendo entes públicos num só local, com fácil acesso aos interessados. Deve-se destacar que, na prática, a AGU já adotou tal prática, faltando apenas regulamentação específica.

Também deve ser ressaltado que as audiências arbitrais foram consideradas sigilosas pelo Decreto 10.025/2019. No entanto, para melhor atendimento do princípio da publicidade, conforme sugestão da doutrina, poderia ser disponibilizado acesso, através da internet, para que interessados acompanhassem o procedimento.

Outro ponto de melhoria na publicidade dos atos arbitrais reside na adoção, pela Administração Pública, das melhores práticas contábeis adotadas por grandes empresas, em especial o CPC 25. A simples disponibilização das peças arbitrais, desacompanhada de resumo do procedimento e avaliação de êxito, pode não trazer aos administrados uma efetiva transparência aos administrados sobre os impactos das arbitragens envolvendo a Administração Pública.

Ato contínuo, a escolha da Câmara Arbitral também contém regramento que não condiz com os princípios da Administração Pública, criando verdadeiras barreiras para o ingresso de novas Câmaras Arbitrais neste nicho. Analisando o Decreto Federal nº 10.025/2015 e a Portaria

Normativa AGU nº 21/2021, verifica-se que foi adotado o instituto do credenciamento para a escolha das Câmaras Arbitrais aptas a atuar com o Poder Público, sendo que tal solução gerou críticas da doutrina especializada, por se tratar de instituto oriundo da Lei de Licitações, não aplicável ao caso. Ademais, para o credenciamento, também foram incluídas exigências como estar em atividade por, no mínimo, três anos; possuir, no mínimo, três processos arbitrais tendo como parte a Administração Pública; bem como ter em seu portfólio, no mínimo, quinze processos arbitrais, no último ano, sendo pelo menos um com valor da causa superior a R\$ 20.000.000,00.

Sabe-se da importância da escolha de boas Câmaras Arbitrais para a condução de procedimentos milionários envolvendo a Administração Pública. No entanto, a regulação não pode direcionar a escolha para determinadas Câmaras Arbitrais, sob pena de ferir os princípios que regem a Administração Pública.

Neste ponto, sugere-se que, ao invés do credenciamento, a Administração Pública faça a opção de uma determinada Câmara Arbitral para condução de procedimento arbitral com base num estudo pormenorizado de sua infraestrutura e custos, tratando-se de ponto de melhoria do Decreto Federal nº 10.025/2019.

Outro ponto de atenção do mencionado Decreto Federal refere-se à escolha do árbitro. Sabe-se que a escolha de um árbitro experiente é fundamental para o êxito do procedimento arbitral. A advocacia pública defende que, muito embora esta escolha seja fundamentada, tal informação não pode ser pública, por revelar estratégias processuais.

No entanto, em que pesem tais argumentos, considerando o papel importante desempenhado pelo árbitro, é importante que sua escolha seja fundamentada, levando em conta sua especialização, bem como haja transparência no processo de escolha. O mesmo procedimento deveria ser observado pela parte contrária, de modo a tratar de forma igualitária as partes no procedimento arbitral. A título exemplificativo, foi visto que há pouca rotatividade na escolha dos árbitros pela Administração Pública, levantamento questionamentos sobre a especialização dos profissionais escolhidos.

Outro ponto também visto foi o número de árbitros que devem compor o painel arbitral. De modo a evitar questionamentos, é recomendável que o Tribunal sempre tenha composição plural, com número ímpar de integrantes. Desta forma, tais pontos devem ser objeto de aprimoramento na regulação de procedimentos arbitrais envolvendo a Administração Pública, em observância aos princípios que regem aquela.

Ponto não tratado pelo Decreto Federal nº 10.025/2019 trata de quais conflitos devem ser submetidos à arbitragem. Como lição aprendida pela advocacia pública, verificou-se que a arbitragem envolve alto custo, que, ao final, deve ser desembolsado pela parte vencida. Neste sentido, o Decreto Carioca nº 46.245/2018, que criou alçada para uso da arbitragem, sem retirar do administrador o poder de submeter o conflito à arbitragem *a posteriori*, pode ser observado pela Administração Pública federal como uma boa prática a ser adotada.

Outro ponto estudado, que também foi omissivo no Decreto Federal nº 10.025/2019, trata da questão da coerência jurisprudencial, que não é uma preocupação específica da Administração Pública, sendo que algumas Câmaras Arbitrais já estão realizando a publicação de ementários, para consulta da comunidade científica em geral. Como desdobramento do princípio da publicidade, a criação de ementário pela advocacia pública é também um ponto de melhoria a ser incorporado pela Administração Pública.

Diante de todo o exposto, conclui-se que o Decreto Federal nº 10.025/2019 não atende aos princípios da Administração Pública. Muito embora não haja mais discussão sobre a possibilidade de emprego da arbitragem como alternativa extrajudicial para solução de conflitos, bem como sejam reconhecidos seus benefícios, a experiência ainda é nova e deve ser aprimorada, de modo a melhor adequar aos princípios que regem a Administração Pública.

Tal aprimoramento deve ter como foco dar maior transparência aos administrados sobre os procedimentos arbitrais envolvendo a Administração Pública, ao passo que, em última instância, aqueles sofrem os reflexos das decisões arbitrais, demonstrando a relevância da pesquisa. De igual forma, a presente pesquisa também traz sugestões de melhoria para o Decreto Federal nº 10.025/2018 no Apêndice A. No entanto, como o uso da arbitragem é razoavelmente recente e ainda há poucos conflitos resolvidos através de tal meio de solução extrajudicial de conflito, somente a prática e a experiência poderão trazer soluções adequadas para o emprego da arbitragem em conformidade com os princípios que regem a Administração Pública.

REFERÊNCIAS

AEROPORTOS BRASIL VIRACOPOS S.A. **Demonstrações contábeis individuais e consolidadas acompanhadas do relatório do auditor independente – em 31 de dezembro de 2019.** 2019. Disponível em: file:///E:/Arquivos%20antigos/Juliana%20Juridico/juliana.martins%202015/IEMadeira/Mestrado%20-%20Uniara/Disserta%C3%A7%C3%A3o/202R4-012-PB%20Aerportos%20Brasil%20Viracopos-ABV%20_ADC%2031-12-19_.pdf. Acesso em: 01 mar. 2021.

BORGES. F. P. Arbitragem e Energia. *In*: NETO, U. M. G. (Org.). **A interface do Direito de Energia com outros ramos do direito, engenharia, administração e economia.** Rio de Janeiro: Synergia, 2021.

BRASIL. Advocacia Geral da União. **Planilha de Arbitragens da União.** 2021a. Disponível: <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/nucleo-especializado-em-arbitragem/casos-de-arbitragem-2/210901PLANILHADEARBITRAGENSUNIO.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2021.

BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL. **Voto do processo 48500.004361/2019-39.** 2019a. Disponível em: https://sicnet2.aneel.gov.br/sicnetweb/default.asp?acao=detalhe&cod_protocolo=5209626&id=15356001&email=juliana.martins@iemadeira.com.br. Acesso em: 30 nov. 2021.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Portaria Normativa AGU nº 21, de 22 de julho de 2021. Dispõe sobre o credenciamento de câmaras arbitrais na Advocacia-Geral da União, na forma em que especifica, e dá outras providências. **Diário oficial,** 2021b. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-normativa-agu-n-21-de-22-de-julho-de-2021-334055608>. Acesso em: 06 jun. de 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 jul. de 2021.

BRASIL. Decreto nº 10.025/2019. Dispõe sobre a arbitragem para dirimir litígios que envolvam a administração pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, e regulamenta o inciso XVI do caput do art. 35 da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, o § 1º do art. 62 da Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, e o § 5º do art. 31 da Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017. **Diário oficial,** 2019b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10025.htm. Acesso em: 20 jul. 2021.

BRASIL. Lei nº 4.686, de 21 de junho de 1965. Acrescenta parágrafo ao art. 26 do Decreto-lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941 (Lei de Desapropriação por Utilidade Pública). **Diário oficial,** 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4686.htm. Acesso em: 20 jul. 2021.

BRASIL. Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário oficial**, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 05 de jun. 2021.

BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. **Diário oficial**, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987compilada.htm. Acesso em: 05 de jun. 2021.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil, Presidência da República, Brasília, DF, **Diário oficial**, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/lompilada.htm. Acesso em: 06 jun. de 2021.

BRASIL. Lei nº 10.848 de 15 de março de 2004. Dispõe sobre a comercialização de energia elétrica, altera as leis nºs 5.655, de 20 de maio de 1971, 8.631, de 4 de março de 1993, 9.074, de 7 de julho de 1995, 9.427, de 26 de dezembro de 1996, 9.478, de 06 de agosto de 1997, 9.648, de 27 de maio de 1998, 9.991, de 24 de julho de 2000, 10.438, de 26 de abril de 2002, e dá outras providências. **Diário oficial**, 2004a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.848.htm. Acesso em: 17 abr. 2021.

BRASIL. Lei nº 11.079 de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. **Diário oficial**, 2004b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm. Acesso em: 16 abr. 2021.

BRASIL. Lei nº 12.815 de 5 de junho de 2013. Dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários; altera as Leis nºs 5.025, de 10 de junho de 1966, 10.233, de 5 de junho de 2001, 10.683, de 28 de maio de 2003, 9.719, de 27 de novembro de 1998, e 8.213, de 24 de julho de 1991; revoga as Leis nºs 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, e 11.610, de 12 de dezembro de 2007, e dispositivos das Leis nºs 11.314, de 3 de julho de 2006, e 11.518, de 5 de setembro de 2007; e dá outras providências. **Diário oficial**, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112815.htm. Acesso em: 18 abr. 2021.

BRASIL. Lei nº 14.133 de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. **Diário oficial**, 2021c. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 07 mai. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Diário oficial**, 2015b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113129.htm. Acesso em: 05 de jun. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. **Diário oficial**, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm Acesso em: 06 jun. de 2021.

BRASIL. Presidência da República - Secretária-geral Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Mensagem de Veto nº 162**. 2015a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Msg/VEP-162.htm. Acesso em: 20 abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - STJ. **AgRg no Mandado de Segurança nº 11.308/DF. (2005/0212763-0)**. Relator: Ministro Luiz Fux, Data de Julgamento: 28 de junho de 2006. 2006. Disponível: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2510218&num_registro=200502127630&data=20060814&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 18 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - STJ. **Recurso Especial nº 606.345/RS. (2003/0205290-5)**. Relator: Ministro João Otávio de Noronha, Data de Julgamento: 17/05/2007, T2 - Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 08/06/2007. p.240, 2007. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3138610&num_registro=200302052905&data=20070608&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 17 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - STJ. **Recurso Especial nº 1.433.940/MG (2014/0024753-9)**. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Data do Julgamento: 26/09/2017. 2017. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=76112169&num_registro=201400247539&data=20171002&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 20 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. **AI 52181 / GB - GUANABARA**. Relator: Min. Bilac Pinto, Data do Julgamento: 14/11/1973, Data de Publicação: 15/02/1974, 1974. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur157298/false>. Acesso em: 30 mar. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União - TCU **Acórdão 584/2003**. Relator: Ubiratan Aguiar, Data da sessão: 10/04/2003, 2003. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A584%2520ANOACORDAO%253A2003/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/1/%2520. Acesso em: 15 mar. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União - TCU. **Acórdão 3.160/2020**. Relator: Vital do Rêgo, Data da sessão: 25/11/2020, 2020. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A3160%2520ANOACORDAO%253A2020/DTRELEVA

NCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 15 mar. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União- TCU. Instrução Normativa nº 52/2007. Dispõe sobre o controle e a fiscalização de procedimentos de licitação, contratação e execução contratual de Parcerias Público-Privadas (PPP), a serem exercidos pelo Tribunal de Contas da União. **Diário oficial**, 2007. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/ato-normativo/*/TIPO%253A%2528%2522Instru%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520Normativ a%2522%2529%2520NUMATO%253A52%2520NUMANOATO%253A2007/score%2520d esc/0/%2520. Acesso em: 20 mar. 2021.

CÂMARA DO MERCADO. **3ª Edição do Ementário - 2020**. 2020. Disponível em: <https://www.camaradomercado.com.br/assets/pt-BR/3-edicao-ementario.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2021.

CAM-CCBC. Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá. **Regulamento de Arbitragem**. 2012. Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/arbitragem/regulamento-2012/>. Acesso em: 07 mai. 2021.

CAM-CCBC. Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá. **Resolução Administrativa 15/2016**. 2016. Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/resolucoes-administrativas/ra-15-2016-publicidade-em-procedimentos-com-a-adm-publica-direta/>. Acesso em: 07 mai. 2021.

CARDOSO, P. B. **Arbitragem com a Administração Pública - IDAMS - CIArb Brasil**. Youtube, 7 jul. 2021. 1 video, (02:32 min.). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=B3dFZNI AFIM>. Acesso em: 15 out. 2021.

CARMONA, C. A. As listas de árbitros. *In*: ROCHA, C. C. V.; CARMONA, C. A. (Orgs.). **Arbitragem e mediação: a reforma da legislação brasileira**. São Paulo: Atlas, 2015.

CCEE. Câmara de Comercialização de Energia Elétrica. **Arbitragem no Âmbito da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE**. São Paulo, 2007. Disponível em: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:PMgDRYU_pKgJ:www.ccee.org.br/ccee/documentos/CCEE_031552+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br. Acesso em: 15 out. 2021.

CCEE. **Convenção de Arbitragem celebrada entre os agentes e a CCEE – Minuta para votação**. São Paulo, 2021.

COELHO, J. Princípio de Eficiência: parâmetro para uma nova gestão. **Revista do TCU**. (set./dez), 2011. Disponível em: <file:///C:/Users/juliana.martins/Downloads/193-Texto%20do%20artigo-356-1-10-20150921.pdf>. Acesso em 14 dez. 2021.

DALLARI, A. Arbitragem na Concessão de Serviço Público. **Revista de informação legislativa**, v. 32, n. 128 (out./dez), 1995. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176408>. Acesso em: 15 out. 2021.

ELETROBRAS. **Regulamento de Licitações e Contratos**. 2017. Disponível em: https://eletrobras.com/pt/GestaoeGovernancaCorporativa/Estatutos_politicas_manuais/Regulamento_de_Licitacoes_e_Contratos.pdf. Acesso em: 10 jun. 2021.

ESTEFAM, F.F. **Cláusula Arbitral e Administração Pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

FERNANDES, M. C. S. **Dinâmica dos *Dispute Boards* e perspectivas de utilização em contratos de construção civil no Brasil**. Dissertação (Mestrado em Inovação na Construção Civil), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/3/3153/tde-27082019-135223/publico/MichelleCristinaSantiagoFernandesCorr19.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2021.

FGV. Câmara de Mediação e Arbitragem. **Regulamento de Arbitragem da Câmara FGV**. 2016. Disponível em: <https://camara.fgv.br/artigos/versao-de-2016-vigente>. Acesso em: 21 ago. 2021.

GARCIA, F.A. A Arbitragem na Administração Pública Estadual e o Decreto do Rio de Janeiro. **Revista Eletrônica OAB/RJ - Edição Especial de Infraestrutura**. v.12, n.6, 2019. Disponível em: <https://revistaeletronica.oabRJ.org.br/wp-content/uploads/2019/12/6.-Fl%C3%A1vio-Amaral-convertido.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2021.

GRION, R. S.; CORDEIRO, D. A. **Entra em vigor a lei 13.129/15, que reforma a Lei de Arbitragem**. Migalhas, 2015. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/224780/entra-em-vigor-a-lei-13129-15-que-reforma-a-lei-de-arbitragem>. Acesso em: 07 mai. 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. Administração pública e arbitragem: o vínculo com a Câmara de Arbitragem e os Árbitros. **Revista Brasileira da Advocacia**, v. 1, p. 103-150, 2016.

KIETZMANN, L. F. F. **Provisionamento de Processos Judiciais e Administrativos: análise Crítica e Propostas de Boas Práticas**. Tese de Doutorado. Dissertação (Mestrado em Direito)– Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/15551/Provisionamento%20de%20Processos%20Judiciais%20F%20Kietzmann%2022%2002%2016%20v%20final.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2021.

LEMES, S. F. A sociedade de economia mista na Arbitragem: Uma jurisprudência pedagógica. **Revista Resultado**, Janeiro – Fevereiro, n. 17, p. 20/21, jan./fev, 2006.

LEMES, S. F. **Uso da Arbitragem na Administração Pública**. Valor Econômico. São Paulo, Caderno Legislação & Tributos, 2003.

LEMES, S. F. **Pesquisa – 2020. Arbitragem em Números e Valores**. Oito Câmaras. 2 anos. Período de 2018 (jan./dez.) a 2019 (jan./dez.). selmalemes, 2020. Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/Analise-Pesquisa-ArbitragensNseValores-2020.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2021.

LOBO, C. A. S. **Arbitragem no Setor Portuário**. Migalhas, 2015. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/arquivos/2015/8/art20150828-11.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2021.

LOBO, C. A. S. História e Perspectivas da Arbitragem no Brasil. **Revista de Arbitragem e Mediação**, Vol. 50, Julho – Setembro, 2016.

MAROLLA, E. C. C. **Arbitragem e os contratos da Administração Pública**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/6757>. Acesso em: 17 nov. 2021.

MASTROBUONO, C. M. W. **Regulamentação da Arbitragem pelo Estado de São Paulo**. 2019. Disponível em: <https://www.saopaulo.sp.gov.br/artigos/regulamentacao-da-arbitragem-pelo-estado-de-sao-paulo/>. Acesso em: 15 jul. 2021.

MOTTA, F. **Publicidade e transparência são conceitos complementares**. Consultor Jurídico, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-01/interesse-publico-publicidade-transparencia-sao-conceitos-complementares>. Acesso em: 14 dez. 2021.

MUNIZ, J. T. P. **Guia Politicamente Incorreto da Arbitragem IV - Arbitragem e Estado: entre tapas e beijos**. Migalhas, 2015. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/222991/guia-politicamente-incorreto-da-arbitragem--iv--arbitragem-e-estado--entre-tapas-e-beijos>. Acesso em: 17 nov. 2021.

NASCIMENTO, P. C. O regime jurídico adequado para a escolha de Câmaras Arbitrais pelo Poder Público. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, v. 5, n.º 6, 2019. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/6/2019_06_1755_1791.pdf. Acesso em: 06 abr. 2021.

OLIVEIRA, G. J.; FIGUEIROA; C.C. **Arbitragem é conciliável com os princípios da transparência e publicidade**. Consultor Jurídico, 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-dez-09/arbitragem-conciliavel-transparencia-publicidade>. Acesso em: 05 mai. 2020.

OLIVEIRA, J.G.; ESTEFAM; F.F. Regulamentos de arbitragem na Administração Pública: estudo de caso da minuta de decreto apresentada pela PGE-SP (2018). **Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR**. São Paulo, v. 1 n. 1, jan./jun. 2019.

OLIVEIRA, R.C.R. A arbitragem nos contratos da Administração Pública e a Lei nº 13.129/2015: novos desafios. **Revista Brasileira de Direito Público–RBDP**, v. 13, p. 59-79, 2015.

OSÓRIO, F. M. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo Brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, v. 220, p. 69-107, 2000.

PEREIRA, A. L. P; GIOVANINI, A. E. P. P. Arbitragem na Administração Pública Brasileira e Indisponibilidade do Interesse Público. **Revista Quaestio Juris**. vol. 10, nº. 02, Rio de Janeiro, 2017.

PEREIRA, I. R. A. **A escolha da Câmara Arbitral nas arbitragens com a Administração Pública**. Trabalho de conclusão de Curso (Monografia) Curso de Direito, Universidade de Brasília (UnB), 2017. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:R5kDYSe7dqUJ:bdm.unb.br/bitstrea>

m/10483/18856/1/2017_IagoRuasAlmeidaPereira.pdf+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br.
Acesso em: Acesso em: 08 jun. 2021.

PEREIRA, C. A.G. **Arbitragem e a Administração Pública na Jurisprudência do TCU e do STJ**. São Paulo, ed. Saraiva, 2010.

RIO DE JANEIRO. **Decreto nº 46.245/2018**. Regulamenta a adoção da arbitragem para dirimir os conflitos que envolvam o estado do Rio De Janeiro ou suas entidades. 2018. Disponível em: <http://crars.org.br/cma/arquivos/Decreto-Lei-46.245-2018-Arbitragem-Rio-de-Janeiro.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2021.

ROVER, T. **Codesp vence disputa bilionária em arbitragem contra o grupo Libra**. Consultor Jurídico, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-08/codesp-vence-disputa-bilionaria-arbitragem-grupo-libra>. Acesso em 20 fev. 2021.

SALLES, C. A. Confidencialidade Possível: A Administração Pública como parte nos mecanismos alternativos de Solução de controvérsias. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro. Ano 11. Volume 18. Número 1. janeiro a Abril de 2017.

SÃO PAULO (ESTADO). Assembleia legislativa do Estado de São Paulo. **Decreto nº 64.356 de 31 de julho de 2019**. Dispõe sobre o uso da arbitragem para resolução de conflitos em que a Administração Pública direta e suas autarquias sejam parte. 2019. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2019/decreto-64356-31.07.2019.html>. Acesso em: 08 jun. 2021.

SÃO PAULO (ESTADO). Tribunal de Justiça de São Paulo- TJSP. **AI. nº 2065856-76.2020.8.26.0000**. Relator: Cesar Ciampolini, Data do Julgamento: 16/07/2020, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, 2020. Disponível em: <https://bityli.com/DHVdRz>. Acesso em: 21 ago. 2021.

SCHIMDT, G. R. A. **Arbitragem institucional ou ad hoc: a melhor opção para a Administração**. Consultor Jurídico, 2016a. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-09/schmidt-arbitragem-institucional-arbitragem-ad-hoc>. Acesso em: 21 ago. 2021.

SCHIMDT, G. R. A. A arbitragem no setor de óleo e gás. Considerações sobre as cláusulas compromissórias inseridas nos contratos de concessão celebrados pela ANP. **Revista de Arbitragem e Mediação- RARB**, v. 50 (julho - setembro), 2016b. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RArbMed_n.50.13.PDF. Acesso em: 21 ago. 2021.

SUNDFELD, C. A.; CÂMARA, J. A. O Cabimento da Arbitragem nos Contratos Administrativos. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 248, 2008.

ZOCKUN, C. Z. **Arbitragem com a Administração Pública**. Youtube, 7 jul. 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=B3dFZNI AFIM>.

ANEXOS

ANEXO A – PLANILHA DE ARBITRAGENS DA ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO – NÚCLEO ESPECIALIZADO EM ARBITRAGEM



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO NÚCLEO ESPECIALIZADO EM ARBITRAGEM

PLANILHA DE ARBITRAGENS DA UNIÃO – ATUALIZADA EM 01.09.2021							
PROCESSO E CAMARA DE ARBITRAGEM	SETOR	VALOR	ARBITROS	REQUERENTES	REQUERIDAS/ INTERVENÇÃO ANÔMALA	FASE PROCESUAL	
1 01/2003 (“Caso Proteus”) Câmara FGV de Mediação e Arbitragem Sede da arbitragem: Rio de Janeiro	Energia	A Requerente estima o valor histórico envolvido na arbitragem em R\$ 190.000.000,00	Sérgio Antônio Silva Guerra Juarez Freitas Carlos Alberto Carmona (Presidente)	Proteus Power Brasil Ltda.	União (Ministério de Minas e Energia, sucessor da Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial - CBEE)	Aguardando realização da audiência de instrução.	
2 78/2016/SEC7 (“Caso Libra”) Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC) Sede da arbitragem: São Paulo	Infraestrutura (Portuário)	O Tribunal Arbitral determinou o pagamento, pelas Requerentes, de R\$ 3.423.346.623,36	Lauro da Gama e Souza Jr. (Presidente) Cristiano de Souza Zanetti Rodrigo Garcia da Fonseca	Libra Terminal S.A. e Libra Terminal Santos S.A.	União (Ministério da Infraestrutura) Companhia Docas do Estado de São Paulo (CODESP)	Encerrado com Sentença Arbitral Final de mérito favorável à União	
3 75/2016 (“Caso Fundos Petrosbras”) Câmara de Arbitragem do Mercado (CAM) Sede da arbitragem: São Paulo	Societário	Os Requerentes estimaram o valor da controvérsia em R\$ 2.000.000.000,00	Frederico José Straube Carlos Eduardo Stefen Elias Paulo Fernando Campos Salles de Toledo (Presidente)	92 Fundos de Investimentos American International Group Inc. Retirement Plan e outros	União Petróleo Brasileiro S.A. - Petrosbras	Encerrado com relação à União, que foi excluída do procedimento	
4 85/2017 e 97/2017 (reunidos por conexão, “Caso Alejandro Mudes”) Câmara de Arbitragem do Mercado (CAM) Sede da arbitragem: São Paulo	Societário	Em 3.11.2020 o Requerente Alejandro Constantino Stratiotis apresentou como valor do alegado	Matthieu de Boissésou (Presidente) José Alexandre Tavares Guerreiro Mário Engler Pinto Jr.	Alejandro Constantino Stratiotis (97/2017) Fundação Movimento Universitário de Desenvolvimento	União	Prazo em curso para apresentação de réplica pelas requerentes (suspensão por decisão judicial)	
		dano causado pela União R\$ 166,30 bilhões. O valor estimado para fins de custas é de R\$ 2.000.000.000,00		Econômico e Social - MUDES (85/2017)			
5 23433/GSS (“Caso Galvão”) Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional Sede da arbitragem: Brasília	Infraestrutura (Terrestre)	Na Ata de Missão, o valor total em disputa (pedidos principais e reconvenção) foi estimado em R\$ 690.449.540,66	Anderson Schreiber Patricia Ferreira Baptista Sergio Nelson Mannheim (Presidente)	Concessionária de Rodovias Galvão BR-153 SPE S.A.	União Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT	Iniciada a fase de liquidação da decisão proferida (sentença arbitral parcial), tendo o tribunal arbitral determinado às partes a apresentação de documentos adicionais e quesitos a serem direcionados à junta pericial	
6 23960/GSS /PFF (“Caso Rota do Oeste”) Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional Sede da arbitragem: Brasília	Infraestrutura (Terrestre)	Na Ata de Missão, o valor total em disputa foi estimado em R\$ 765.000.000,00	Cristiano de Souza Zanetti (Presidente) Rodrigo Garcia da Fonseca Sérgio Antônio Silva Guerra	Rota do Oeste - Concessionária Rota do Oeste S.A.	União Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT	Encerrado com relação à União, que foi excluída do procedimento	
7 24957/GSS/PFF (“Caso MSVIA”) Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional Sede da arbitragem: Brasília	Infraestrutura (Terrestre)	Na Ata de Missão, o valor total em disputa foi estimado em R\$ 357.000.000,00	Carlos Alberto Carmona Cristina M. Wagner Mastrobueno Luciano de Souza Godoy (Presidente)	Concessionária de Rodovia Sul-Matogrossense S.A.	União (Interveniente Anômala) Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT	Deferida a participação da União como interveniente anômala. Prazo em curso para manifestação das partes sobre especificação de provas.	
8 26042/PFF (“Caso Viracopos”) Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional Sede da arbitragem: Brasília	Infraestrutura (Aeroviário)	Na Ata de Missão, o valor total em disputa foi estimado em R\$ 1.465.600.000,00	Sérgio Antônio Silva Guerra Carlos Alberto Carmona Francisco Paulo de Crescenzo Marino (Presidente)	Aeroportos Brasil-Viracopos S.A.	União (Interveniente Anômala) Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC	Assinada Ata de Missão. Prazo em curso para apresentação de Alegações Iniciais.	

Fonte: (BRASIL, 2021a).

APÊNDICES

APÊNDICE A – SUGESTÃO DE MELHORIA AO DECRETO 10.025/2019

Da Publicidade

Artigo X - Os atos do procedimento arbitral serão públicos, ressalvadas as hipóteses legais de sigilo ou segredo de justiça.

§ 1º - Para fins de atendimento deste dispositivo, consideram-se atos do procedimento arbitral as petições, laudos periciais, Termo de Arbitragem ou instrumento congênere, decisões dos árbitros e outros documentos que sejam necessários para compreensão do procedimento arbitral.

§ 2º - O Núcleo Especializado em Arbitragem da Advocacia Geral da União disponibilizará os atos do procedimento arbitral na rede mundial de computadores, em página criada especificamente para este fim.

§ 3º - A participação em audiências do procedimento arbitral será reservada aos árbitros, secretários do Tribunal Arbitral, partes, respectivos procuradores, testemunhas, assistentes técnicos, peritos, funcionários da câmara arbitral e pessoas previamente autorizadas pelo Tribunal Arbitral.

§ 4º - A audiência do procedimento arbitral será transmitida através da rede mundial de computadores, na página criada especificamente para este fim.

§ 5º - A publicação dos atos do procedimento arbitral deverá vir acompanhada de breve resumo do caso, avaliação de risco e outras informações que sejam relevantes, caso o desfecho da arbitragem seja desfavorável à Administração Pública.

§ 6º - O tribunal arbitral decidirá sobre os pedidos formulados por quaisquer das partes a respeito do sigilo de documentos e informações protegidos por lei ou cuja divulgação possa afetar o interesse das partes.

Da Escolha da Câmara Arbitral

Artigo X – A escolha da Câmara Arbitral será feita pelo Núcleo Especializado em Arbitragem da Advocacia Geral da União, de forma fundamentada, antes do início de cada procedimento arbitral.

§ 1º - Para fins de atendimento deste dispositivo, a fundamentação para a escolha da Câmara Arbitral deverá levar em consideração os seguintes aspectos:

- (i) estrutura física da Câmara Arbitral (existência de Secretaria e espaço adequado devidamente equipado para a realização de audiências);
- (ii) estrutura digital (software para gerenciamento de arquivos e realização de atos on-line);
- (iii) valor das custas arbitrais;
- (iv) experiência da Câmara Arbitral, através da análise da lista de árbitros, qualificação do corpo administrativa;
- (v) existência e qualidade do regulamento próprio, em língua vernácula.

Da Composição do Tribunal Arbitral e Escolha dos Árbitros

Artigo X – O procedimento arbitral será sempre conduzido por um tribunal constituído por 3 (três) árbitros, sendo 1 (um) árbitro indicado pela parte demandante e 1 (um) árbitro pela parte demandada. O terceiro árbitro, que atuará como o presidente do tribunal arbitral, será nomeado pelos 2 (dois) primeiros árbitros nomeados pelas partes, ou, caso os 2 (dois) árbitros nomeados pelas partes não obtenham um consenso sobre a nomeação do presidente do tribunal arbitral em 10 (dez) dias após a indicação e aceitação dos árbitros indicados pelas partes, aquele será nomeado pela Câmara Arbitral.

§ 1º - A escolha do árbitro pelas partes deverá ser fundamentada, levando em consideração a experiência do profissional envolvido com a matéria em litígio. A escolha do terceiro árbitro também deverá ser precedida de fundamentação.

§ 2º - A fundamentação para escolha dos árbitros também deverá ser publicada na rede mundial de computadores, em página criada especificamente para este fim.

§ 3º - As partes deverão, quando possível, evitar a formação de Tribunais Arbitrais semelhantes a outros já constituídos.

Dos Procedimentos que poderão ser submetidos à Arbitragem

Artigo X – Poderão ser objeto de resolução através de arbitragem os conflitos ou pleitos que envolvam valores superiores a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais).

§ 1º - Independentemente de previsão no contrato ou no edital de licitação, as partes poderão firmar compromisso arbitral para submeter as divergências à arbitragem no momento de surgimento do litígio, mesmo que em valor inferior ao descrito no *caput*, desde que a especialidade da matéria em litígio justifique a criação do procedimento arbitral.

Da criação ementário jurisprudencial

Artigo X – De modo a conferir maior transparência ao instituto da arbitragem e organizar o entendimento especializado acerca da aplicação do Direito para determinadas matérias, o Núcleo Especializado em Arbitragem da Advocacia Geral da União, com apoio das Câmaras Arbitrais escolhidas, deverão organizar ementário de decisões arbitrais.

§1º - O ementário deverá ser disponibilizado através da rede mundial de computadores, na página criada especificamente para este fim.

Fonte: Aatoria própria (2021).