

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO**

JULIANE ERTHAL DE CARVALHO

**APLICABILIDADE DA ARBITRAGEM NO ÂMBITO DOS CONTRATOS
FIRMADOS COM O PODER PÚBLICO**

**CURITIBA
2010**

JULIANE ERTHAL DE CARVALHO

**APLICABILIDADE DA ARBITRAGEM NO ÂMBITO DOS CONTRATOS
FIRMADOS COM O PODER PÚBLICO**

Monografia apresentada junto ao Curso de Direito da Universidade Federal do Paraná, na área de concentração de Direito Processual Civil, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Talamini

CURITIBA

2010

TERMO DE APROVAÇÃO

JULIANE ERTHAL DE CARVALHO

APLICABILIDADE DA ARBITRAGEM NO ÂMBITO DOS CONTRATOS FIRMADOS COM O PODER PÚBLICO

Monografia aprovada junto ao Curso de Direito da Universidade Federal do Paraná, na área de concentração de Direito Processual Civil, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel.

COMISSÃO EXAMINADORA

Orientador:

Prof. Dr. Eduardo Talamini

Membros:

Prof. Dr. Manoel Caetano Ferreira Filho

Prof. Rafael Munhoz de Mello

Prof. Paulo Osternack Amaral

Curitiba, 16 de novembro de 2010.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Professor Eduardo Talamini, que com suas contribuições tornou possível a realização deste trabalho.

Ao Professor Marçal Justen Filho pelo apoio e privilégio de poder compartilhar de seus ensinamentos.

Aos Professores Paulo Osternack Amaral, Rafael Munhoz de Mello e Manoel Caetano Ferreira Filho por todos os apontamentos que me possibilitaram uma melhor reflexão do tema.

À minha família.

“O direito não é o passado que condiciona o presente, mas o presente que constrói o futuro”.

(Luiz Fernando Coelho)

RESUMO

A presente monografia tem por escopo tratar da aplicação da arbitragem nos conflitos em que for parte a Administração Pública. No decorrer deste trabalho irá se demonstrar que a arbitragem não deve ser entendida como um modo acessório de solução de um litígio, mas sim uma opção da parte em não submeter seu conflito ao Poder Judiciário. Para isso será relevante atentar para peculiaridades concernentes aos procedimentos e limites da utilização da arbitragem firmada com entes públicos. Além disso, é feito um enfoque nas legislações de diversos setores como: portuário, transportes terrestres e marítimos, energia elétrica, petróleo e gás natural, enfatizando que, em muitos casos, não se configura a aplicação da arbitragem propriamente dita, mas uma espécie de processo administrativo. Também se trata da aplicação da arbitragem nos setores de concessões e parcerias público-privadas, que merecem destaque, sobretudo, por representarem um fomento às negociações comerciais e aos investimentos, sobretudo, estrangeiros, o que fortalece a economia e os projetos de melhoria de infraestrutura do país. Por fim, conclui-se que o direito precisa se adaptar às novas exigências, que se impõe para a solução dos litígios, de maneira que possa atender de forma satisfatória às especificidades de cada caso concreto.

Palavras-chave: método de solução de litígios, arbitragem e entes públicos, disponibilidade de direitos, princípios constitucionais, setores regulados, concessões, parcerias-público privadas.

ABSTRACT

The following work has as its object the use of arbitration in disputes in which the Government is a party. Throughout this work it will be shown that arbitration cannot be understood as a mere subsidiary means of dispute resolution, but as the choice the party has to not bring the dispute before the Judiciary Power. To this end, it will be relevant to focus on the peculiarities of the procedures and limits of arbitration in which public entities are parties. Moreover, there is an added focus on the laws that govern several different sectors, such as ports, land and sea transportation, electric power, oil and natural gas, emphasizing that, in many cases, strictly speaking there is no arbitral procedure, but a type of administrative process. It also deals with the application of arbitration in the areas of concessions and public-private partnerships, which are worth mentioning, especially as they represent a stimulus to trade negotiations and investment, especially foreign, which strengthens the economy and the infrastructure projects in the country. In the end, it is understood that the Law needs to adapt to new demands, which are imposed on dispute resolution, so that it may satisfactorily comply with the specifics of each case.

Keywords: means of dispute resolution, arbitration and government, freely transferable rights, constitutional principles, regulated sectors, concessions, public-private partnerships.

Sumário

1. Introdução	9
<i>Parte I - Arbitragem na Administração Pública Brasileira</i>	13
2. Panorama geral da aplicação da arbitragem no contexto brasileiro.....	13
<i>Parte II - Elementos essenciais para o cabimento da arbitragem.....</i>	17
3. Arbitrabilidade	17
3.1 Arbitrabilidade Objetiva	23
3.1.1 Disponibilidade e Indisponibilidade de Direitos	23
3.2.2 O princípio da não necessidade da intervenção jurisdicional.....	28
3.2.3 Abordagem dos aspectos vinculados ao interesse público.....	29
4. Patrimonialidade.....	34
5. Arbitragem voluntária.....	35
6. Natureza jurídica do procedimento arbitral.....	37
<i>Parte III - Princípios constitucionais e legitimidade constitucional da arbitragem.....</i>	43
7. Aplicação da principiologia constitucional aos conflitos submetidos à arbitragem.....	43
7.1 Garantias constitucionais: o contraditório e a ampla defesa	45
7.2 A eficiência como parâmetro de escolha da arbitragem.....	46
7.3 Apontamentos acerca do princípio da legalidade.....	48
7.3.1 Considerações acerca da eleição de foro prevista na Lei 8.666/93.....	51
7.4 Aspectos concernentes à segurança jurídica	55
7.5 Princípios intrínsecos ao procedimento arbitral.....	56
7.5.1 Imparcialidade do árbitro.....	56
7.5.2 Livre convencimento ou persuasão racional	57
7.5.3 Isonomia.....	58
7.5.4 Da plasticidade, informalidade e oralidade.....	59
7.5.5 Boa-fé e venire contra factum proprium	60
7.5.6 O princípio da kompetenz- kompetenz.....	61
8. Aspectos constitucionais da arbitragem.....	64
<i>PARTE IV – Alguns aspectos da arbitragem com o Poder Público</i>	69
9. Arbitragem administrativa ou arbitragem no direito administrativo?	69
9.1 Local.....	70

9.2 Idioma.....	72
9.3 Ponderações acerca do sigilo em face do princípio da publicidade	72
9.4 Arbitragem institucional e <i>ad hoc</i>	73
10. Equidade.....	74
<i>PARTE V – Previsão arbitral em legislações específicas</i>	76
11. Previsões em setores regulados	76
11.1 <i>Portuário e de serviços aéreos</i>	76
11.2 <i>Telecomunicações</i>	77
11.3 <i>Transporte terrestre e marítimo</i>	78
11.4 <i>Petróleo e Gás</i>	78
11.5 <i>Energia Elétrica</i>	80
12. Concessões (Lei 11.196/2005 – Introdução do artigo 23-A)	82
13. Parcerias Público-Privadas (Lei 11.079/2004).....	83
14. Conclusão	86
15. Referências Bibliográficas	89

1. Introdução

O tema que ora será exposto refere-se à aplicabilidade de um meio de solução de litígios, qual seja, a arbitragem, para solucionar conflitos decorrentes de relações estabelecidas com o Poder Público no âmbito do direito interno¹.

A experiência brasileira em arbitragem é recente, não mais do que quinze anos², sendo necessário, fomentar a discussão sobre as peculiaridades concernentes aos procedimentos e limites da utilização da arbitragem, pois, assim, poderá se propiciar um aprimoramento do instituto.

Tal temática foi por certo tempo bastante polêmica, afinal entendia-se que haveria completa indisponibilidade quando estivessem em causa direitos que fossem vinculados às necessidades coletivas e a satisfação de direitos fundamentais, independentemente da questão em discussão ser meramente patrimonial ou não³.

Mas hoje já se encontra bastante avançada a discussão acerca da possibilidade de aplicação da arbitragem em relações firmadas com o Poder Público⁴. As evoluções legislativas em diversos setores, como o de concessões, parcerias público-privadas, petróleo, energia elétrica, dentre outros, comprovam tal

¹ Necessária essa observação, afinal o presente estudo, pretende focar a arbitragem entre particulares, sejam brasileiros ou não, e o Estado. Afinal, além deste modelo existem outros tipos de arbitragens como aquelas realizadas entre Estados ou apenas entre particulares, os quais podem ou não serem de mesma nacionalidade.

² Como irá se expor a seguir, o mecanismo da arbitragem é previsto desde a Constituição do Império, porém diversos eram os entraves para que houvesse efetivo uso na solução de litígios. O desenvolvimento efetivo ocorreu apenas com o advento da Lei 9.307/96, também conhecida como Lei Marco Maciel. Sobre o tema consulte-se CAETANO, Luiz Antunes. **Arbitragem e Mediação: rudimentos**. São Paulo: Atlas, 2002, p.24.

³ Adicionalmente DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO define: “Uma vez determinados pela ordem jurídica o binômio - *interesse público e a competência* orgânico-funcional atribuída à Administração Pública - para a sua ação satisfativa, origina-se para esta um inafastável *dever de atuar* na sua prossecução (...) o *interesse público específico torna-se indisponível para a Administração Pública*, não importa de que natureza for: patrimonial, fazendário, moral, estético etc”. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 98). Já para ALEXANDRE FREITAS CÂMARA o ente de direito público poderia se submeter à arbitragem apenas quando atuasse como ente de direito privado, pois os demais direitos seriam indisponíveis. CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem. Lei 9.307/96**, 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.16).

⁴ Importante lembrar, conforme observa CARLOS ALBERTO CARMONA, que durante muito tempo houve grande resistência à possibilidade de se adotar a arbitragem. Entendiam muitos doutrinadores que a arbitragem tratava-se de um modo bastante primitivo e abusivo de solucionar um litígio, afinal privilegiaria aos interesses estrangeiros em detrimento dos nacionais. (CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 20).

afirmação⁵. Além disso, o entendimento jurisprudencial tem, cada vez mais, consolidado o posicionamento de que é possível a utilização de arbitragem quando o Poder Público for parte⁶.

Há diversas vantagens em se adotar a arbitragem, pois é um método, no qual diferentemente do processo judicial, valoriza-se a autonomia da vontade, visto que as partes podem participar de forma mais livre e ativa na escolha do procedimento. Além disso, é um procedimento muito mais célere.

Mas não se pode deixar de destacar que possui semelhanças com o processo judicial, como a observância dos princípios e garantias processuais e constitucionais, como: devido processo legal, valorização da igualdade no tratamento das partes e imparcialidade do árbitro.

Necessário ainda ter em vista que muitas das demandas verificadas no dia-a-dia apresentam uma crescente complexidade, as quais passam a exigir conhecimentos técnicos mais específicos. Tal situação é verificada com frequência nos contratos firmados com o Poder Público. Para se propiciar uma solução mais célere e consoante com as necessidades fáticas de cada caso faz-se necessário entender pela possibilidade de aplicação da arbitragem.

Tal método de solução de conflitos possibilita que aqueles dotados de maior experiência profissional e conhecimentos técnicos estabeleçam a solução ao litígio. Ademais, o árbitro poderá adotar novos métodos e procedimentos que sejam mais adequados ao caso concreto.

Inclusive, uma vantagem no tocante à escolha dos árbitros é justamente não haver obrigatoriedade⁷ de que sejam necessariamente formados em Ciências Jurídicas⁸. Por exemplo, imagine-se um contrato que envolva obras de engenharia de elevada complexidade, que demande conhecimentos muito específicos e possa exigir sofisticadas perícias para análise de eventuais problemas de inexecução contratual. Nesse caso, um árbitro engenheiro, especialista na área

⁵ Conforme disposto nas leis: 8.987/95, 11.079/2004, 9.478/97 e 10.438/2002.

⁶ O Supremo Tribunal Federal já decidiu no julgamento do “caso Lage” pela possibilidade do Poder Público submeter-se à arbitragem. Confira-se o AI 52.181, j. 14.11.1973 (União Federal x Espólio de Renaud Lage, Henry Potter Lage e Espólio de Frederico Lage e Espólio de Henrique Lage).

⁷ De fato, como adverte CARLOS ALBERTO CARMONA, a própria OAB, na elaboração do Anteprojeto de Lei de Arbitragem de 1988, manifestou que tal condicionamento não é devido, na medida em que as matérias envolvidas não são apenas jurídicas e podem exigir conhecimentos técnicos de outras áreas. (CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem...**, nota 9, p. 27).

⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem...**, p. 21.

de construção, será, evidentemente, muito mais eficiente e adequado para se chegar a uma solução ao caso concreto.

Há uma segurança maior por parte dos envolvidos ao poderem definir a quais árbitros⁹ será designado o objeto do litígio. Tendo por certo que pessoas efetivamente qualificadas poderão avaliar as complexidades que circundam o objeto da discussão. O fato de o árbitro ser um particular não retira a exigência de que atue com imparcialidade no exercício de suas atribuições¹⁰.

A decisão produzida pela arbitragem produz os mesmos efeitos que a sentença judicial, consoante disposto no art. 31 da Lei 9.637/96¹¹, e está dotada de segurança jurídica, afinal constitui-se uma decisão definitiva desde o momento em que é proferida. Em regra, diferentemente do que ocorre no processo judicial comum, não é usual se recorrer¹². Esse é outro aspecto bastante positivo, pois os recursos tendem a obstaculizar o andamento processual.

Claro, a aplicação da arbitragem não é algo irrestrito, que se aplica a qualquer caso e em qualquer situação, pelo contrário, há diversos limites que são impostos, como aqueles concernentes à capacidade de contratar e disponibilidade de direitos, dentre outros que serão abordados ao longo da exposição deste trabalho.

Também já se faz pertinente ressaltar que quem optar pela arbitragem não estará renunciando a qualquer direito, mas sim optando por uma via externa ao Judiciário para solucioná-lo, o que se configura, inclusive, um direito¹³.

Ao longo deste trabalho irá se demonstrar que a arbitragem não deve ser entendida como um modo acessório de solução de um litígio, mas sim uma

⁹ As partes podem não apenas indiciar árbitros de sua confiança, mas também preferir por indicar uma instituição arbitral, para que esta os escolha com base em suas qualificações técnicas.

¹⁰ Adverte CARMONA que a própria Lei 9.307/96 equipara árbitros a funcionários públicos para efeitos de aplicação da legislação penal, justamente por ter em vista que tais funções não apresentam uma diferença substancial. (CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem...**, p. 42).

¹¹ Art. 31 A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmo efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

¹² O artigo 18 da Lei 9.307/96 determina: O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Judiciário. Tal artigo obsta que o Judiciário reexamine a decisão arbitral, mas não veda que as partes, excepcionalmente, determinem, dentro do próprio processo arbitral, o cabimento de recursos. No artigo 30 da mesma lei, inclusive, fica estabelecido que as partes possam solicitar em cinco dias a correção de erro material ou obscuridade, omissão e contradição. Ressalte-se que a previsão de recurso não é muito comum, visto que tende a aumentar a duração do processo. CARMONA, Carlos Alberto. *Ibidem*, p. 231.

¹³ Aliás, a arbitragem não visa substituir a jurisdição, pelo contrário, é um modo facultativo de solução de litígios aplicado a muitas situações que exigem uma solução diferenciada da propiciada pelo Judiciário.

opção da parte em não submeter seu conflito ao Poder Judiciário. Para isso será relevante se proceder a uma análise não da possibilidade de aplicação da arbitragem, mas sim de outros aspectos circundantes e decorrentes da sua aplicação, enfocando, sobretudo, os limites, peculiaridades e princípios que embasam a arbitragem firmada com entes públicos.

Parte I - Arbitragem na Administração Pública Brasileira

2. Panorama geral da aplicação da arbitragem no contexto brasileiro

Desde as Ordenações Filipinas de 1603 se previa a aplicação do mecanismo arbitral, o que de fato também ocorreu durante o período imperial¹⁴.

A Constituição de 1824 fazia referência em seu art. 160 a “juízo arbitral”. De maneira que se poderia recorrer tanto aos Tribunais quanto a juízos arbitrais voluntários para solucionar uma lide. Algumas das características do instituto nesse período eram: (i) obrigatoriedade da sentença arbitral ser submetida à homologação pelo Judiciário; (ii) cláusula compromissória destituída de poder para obrigar às partes a se submeterem à arbitragem, vez que era mera expectativa de utilização de tal meio; (iii) duplo grau de homologação de sentença arbitral proferida fora do país. Também havia previsão da irrecorribilidade da decisão¹⁵: “(...) poderão as partes nomear juízes-árbitros. Suas sentenças serão executadas sem recurso, se assim convencionarem as partes”.

Essas exigências impostas à arbitragem dificultavam bastante sua aplicação. Afinal, em verdade não se aplicava o mecanismo arbitral como uma via externa ao Judiciário, pois havia a necessidade de se recorrer complementarmente a ele. Além do que, em muitos casos, mesmo com a previsão da cláusula compromissória no contrato, optava-se pelo prosseguimento do processo pela via judicial. Esse descumprimento da cláusula compromissória gerava a mera indenização em perdas e danos.

A Constituição de 1891 quando trata das atribuições do Congresso Nacional apenas menciona a figura do arbitramento nos casos de guerra: “Art. 34 Compete privativamente ao Congresso Nacional (...) 11 autorizar o governo a declarar guerra, se não tiver lugar ou malograr-se o recurso do arbitramento, e a fazer a paz”¹⁶.

¹⁴ LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública. Fundamentos jurídicos e eficiência econômica**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 117.

¹⁵ PIMENTA BUENO, José Antônio. **Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império**. Rio de Janeiro: Tipografia Nacional, 1857, p. 417 *Apud* LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na...**, p. 119.

¹⁶ Dispositivo semelhante é verificado na **Constituição de 1934**: Art. 4º O Brasil só declarará guerra se não couber ou malograr-se o recurso do arbitramento; e não se empenhará jamais em guerra de

Na Constituição Federal de 1934 havia previsão de utilização da arbitragem comercial. O art. 5º, inciso XIX, alínea c, delimitava que competia à União legislar sobre: “normas fundamentais (...) da arbitragem comercial”, no seu § 3º ainda previa a possibilidade de uma legislação estadual complementar.

Os Estados, com a promulgação da Constituição Federal de 1937, passaram a ter competência exclusiva para legislar sobre organizações públicas que tivesse como escopo a conciliação extrajudicial de litígios e decisões arbitrais¹⁷.

O texto constitucional de 1967 fez alusão à arbitragem com referência apenas ao âmbito internacional (art. 7º Os conflitos internacionais deverão ser resolvidos por negociações diretas, arbitragem e outros meios pacíficos, com a cooperação dos organismos internacionais de que o Brasil participe).

Na atual Constituição constou menção ao mecanismo arbitral apenas no âmbito da Justiça do Trabalho¹⁸.

Na legislação infraconstitucional também havia previsão à arbitragem. Em relação às contratações com o Poder Público havia previsão também no artigo 758 do Código Comercial de 1850, no qual ficava expresso que a arbitragem era obrigatória nos assuntos comerciais. Importante lembrar que tal período é marcado pelo desenvolvimento de contrato de concessão para prestação de serviços públicos por parte dos particulares e tal previsão se referia também a estes contratos.

Posteriormente, o Decreto n. 3.900/1867 regulamentou a arbitragem comercial. Conforme ressalta JOSÉ CRETELLA NETO, com o tempo se passou a

conquista, direta ou indiretamente, por si ou em aliança com outra nação; Art. 40 É da competência exclusiva do Poder Legislativo: b) autorizar o Presidente da república a declarar a guerra nos termos do art. 4º, se não couber ou malograr-se o recurso do arbitramento, e a negociar a paz; Art. 13 Dentro de cinco anos, contados da vigência desta Constituição, deverão os Estados resolver as questões de limites, mediante acordo direto ou arbitramento (...) § 2º Recusado o arbitramento, o Presidente da República nomeará unia Comissão especial para estudo e a decisão de cada uma das questões, fixando normas de processo que assegurem aos interessados a produção de provas e alegações. Assim como, na **Constituição de 1946**: Art. 4º O Brasil só recorrerá à guerra, se não couber ou se malograr o recurso ao arbitramento ou aos meios pacíficos de solução de conflitos, regulados por órgão internacional de segurança, de que participe; e em caso nenhum se empenhará em guerra de conquista, direta ou indiretamente, por si ou em aliança com outro Estado.

¹⁷ Art. 18 Independentemente de autorização, os Estados podem legislar, no caso de haver lei federal sobre a matéria, para suprir-lhes as deficiências ou atender às peculiaridades locais, desde que não dispensem ou diminuam es (sic) exigências da lei federal, ou, em não havendo lei federal e até que esta regule, sobre os seguintes assuntos: (...) d) organizações públicas, com o fim de conciliação extrajudiciária dos litígios ou sua decisão arbitral.

¹⁸ Art. 114 Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: (...) § 1º frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.

considerar como inconstitucional a obrigatoriedade da jurisdição arbitral, tanto que essa previsão de arbitragem obrigatória foi abolida pela Lei 1.350/1866¹⁹.

Por meio do Decreto 7.959/1880, o Poder Público determinou que nas cláusulas contratuais relativas aos contratos de concessão de estrada de ferro do Império passaria a constar previsão da arbitragem²⁰.

O Código Civil de 1916 previa na parte de obrigações (nos arts. 1037 a 1048) que as partes capazes de contratar poderiam se valer de compromisso escrito para submeterem seus litígios a árbitros. Havia a previsão no art. 1040 de que a decisão arbitral poderia ser executada com ou sem recurso para o Tribunal Superior (inc. II), podendo ainda se valer o árbitro do julgamento por equidade (inc. IV). A decisão arbitral, inclusive, não estaria sujeita a recurso, salvo se as partes convencionassem e a utilização de recurso quando houvessem pactuado em sentido contrário importaria a aplicação de uma pena que não excederia o terço do valor do pleito (inc. III).

No Código de Processo Civil de 1939 havia previsão ao mecanismo arbitral nos arts. 1031 a 1046. Tal diploma exigia a homologação da execução da sentença arbitral (art. 1041), assim como vedava que árbitros pudessem ser incapazes, analfabetos ou estrangeiros (art. 1031).

Hoje o entendimento acerca do juízo arbitral já se mostra diferenciado, sobretudo, com a edição da Lei 9.307/96, que rege a arbitragem. Tal legislação foi inspirada na Lei Modelo da Uncitral - *United Nations Commission on International Trade Law*²¹.

O atual Código de Processo Civil previa nos arts. 1072 a 1102 a utilização da arbitragem, mas hoje tais dispositivos se encontram revogados pela Lei 9.307/96. Uma das modificações trazidas pela Lei de Arbitragem refere-se aos elementos do compromisso arbitral. Passou a se exigir qualificação das partes, dos árbitros ou da entidade que irá indicá-lo, bem como o objeto em discussão e o lugar que será proferida a sentença arbitral.

O inciso IV do art. 1074 do Código de Processo Civil também estipulava a necessidade de uma declaração de responsabilidade pelo pagamento

¹⁹ CRETELLA NETO, José. **Arbitragem como mecanismo de solução de controvérsias envolvendo relações jurídicas de caráter patrimonial**. Revista Jurídica Cesumar, v. 8, n. 2, p. 342, jul./dez. 2008.

²⁰ LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem...**, p. 63.

²¹ Trata-se de lei aprovada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas pela Resolução 40/1972.

dos honorários e despesas com a arbitragem, o que, com a Lei de Arbitragem, deixou de ser exigido.

Quando à extinção do juízo arbitral previa o inc. III do art. 1077 do Código de Processo Civil que bastaria não ser proferido o laudo arbitral no prazo estipulado para que se impossibilitasse à aplicação da arbitragem. Contudo, tal exigência foi modificada pelo inc. III do art. 12 da Lei 9.307/96. Afinal, incorporou-se à exigência de que o árbitro ou presidente do Tribunal arbitral seja comunicado acerca da necessidade de proferir uma sentença. Após a comunicação será concedido o prazo de prazo de 10 dias. Não havendo manifestação poderá, a partir de então, ser extinto o compromisso.

Esta lei geral de arbitragem passou a prever a impossibilidade de recurso ou homologação ao Judiciário. A cláusula compromissória passa a impor a obrigatoriedade de adoção do meio arbitral. Como ressalta ALEXANDRE FREITAS CÂMARA “A Lei de Arbitragem brasileira rompeu com um velho preconceito existente no Direito Brasileiro ao equiparar a cláusula compromissória ao compromisso arbitral, sendo ambos capazes de ter como efeito a instauração da arbitragem²²”.

A sentença arbitral passa a ser dotada de caráter definitivo, constituindo-se um título executivo, independendo de homologação do Judiciário.

O Código Civil de 2002 também trata nos artigos 851 a 853 sobre o compromisso, mencionando características importantes como: a possibilidade de submissão à arbitragem apenas para pessoas capazes de contratar, assim como a vedação a celebração de compromisso arbitral em relação a questões de família, estado e outras que não tenha caráter patrimonial.

Esse panorama apresentado, por óbvio, não tem por objetivo esgotar a historiografia do tema, mas apenas apresentar alguns indicativos que demonstrem a previsão da arbitragem na solução de litígios ao longo do desenvolvimento do direito brasileiro, bem como a modificação do entendimento desse mecanismo.

²² CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem...**, p. 25.

Parte II - Elementos essenciais para o cabimento da arbitragem

3. Arbitrabilidade

O Poder Público, em suas relações, frequentemente verifica situações que podem ser submetidas a um juízo arbitral. O termo que se refere a essa possibilidade de um conflito ser submetido à arbitragem denomina-se “arbitrabilidade”²³.

Há características que são necessárias para que um litígio seja ou não submetido ao juízo arbitral, as quais podem ser divididas em arbitrabilidade subjetiva e arbitrabilidade objetiva.

Passa-se agora ao exame dessas categorias, as quais são essenciais para a devida compreensão do instituto da arbitragem.

Um dos aspectos da arbitrabilidade subjetiva consiste na capacidade de contratar. Essa determinação vem expressa no artigo 1º da Lei 9.307/1996 (Lei de Arbitragem)²⁴.

Ressalte-se que a capacidade jurídica consiste em atribuir a um sujeito de direito a titularidade de direitos e deveres na ordem civil. É uma categoria que comporta outras capacidades específicas como: capacidade de agir, capacidade de realizar negócios jurídicos (negocial), capacidade de prática de ato ilícito civil, capacidade de ser empresário, dentre outras²⁵.

A própria lei civil define que possuem capacidade tanto as pessoas²⁶ físicas quanto jurídicas, independentemente de serem de direito privado ou público.

²³ Nesse sentido LUÍS DE LIMA PINHEIRO define que o conceito de arbitrabilidade é “susceptibilidade de submissão de um litígio à arbitragem voluntária”. (PINHEIRO, Luís de Lima. **Arbitragem Transacional. A Determinação do Estatuto da Arbitragem**. Almedina, Coimbra, 2005, p. 103 Apud OLIVEIRA, Ana Paz Ferreira da Câmara Perestrelo de. **Arbitragem de litígios com entes públicos**. Coimbra: Almedina, 2007).

²⁴ Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

²⁵ Tal classificação é aludida por PONTES DE MIRANDA em seu *Tratado de direito privado*. (MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**, Tomo I, 4. ed. 2ª tiragem, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 157 e ss).

²⁶ Conforme previsto na Parte Geral do Código Civil (arts. 1º e 2º), considera-se pessoa aquele ser humano ao qual se atribuiu eficácia jurídica para o exercício de direitos e deveres. Por pessoa física entende-se aquele ser humano nascido com vida, conhecida também como pessoa natural. Aliás, mesmo o nascituro é considerado sujeito de direito, o fato de não possuir personalidade civil não obsta essa classificação, afinal só irá adquirir personalidade após o nascimento com vida. Já as pessoas jurídicas são: “de direito público, interno ou externo, e de direito privado”, consoante a própria definição elencada no art. 40 do Código Civil.

Dentre as espécies de capacidades, aquela que cotidianamente se avulta, no tocante a uma análise das relações do Poder Público e a utilização do juízo arbitral, é, sem dúvida, a capacidade negocial (contratual).

Muito embora a arbitrabilidade subjetiva não tenha uma correspondência exata com o entendimento de capacidade civil, relaciona-se com a categoria da capacidade negocial. Nesse sentido, pode-se entender a arbitrabilidade como uma capacidade jurídica da pessoa para celebrar convenção arbitral.

Como menciona EDUARDO GREBLER a arbitrabilidade subjetiva traduz-se em um requisito para celebração de negócios jurídicos. Sendo para isso necessário que tanto a pessoa natural quanto jurídica não possuam restrições de direitos que acarretem na limitação da possibilidade de submeter um litígio à arbitragem²⁷.

A Lei de Arbitragem define que as partes capazes de contratar podem se submeter à arbitragem, sem aludir a qualquer exceção, sendo, portanto devido interpretá-la como abrangente de “todas” as partes que puderem ser capazes de contratar. Não se pode interpretar²⁸ restrições que a lei não prevê, sob pena de se restringir direitos²⁹.

Assim defende GUSTAVO HENRIQUE JUSTINO DE OLIVEIRA: “A Lei de Arbitragem é uma lei geral, e não diz respeito a contratos privados ou contratos públicos (...) comprovada à capacidade de contratar e a disponibilidade de direitos patrimoniais, aberta estará a porta para utilização da via arbitral³⁰.”

Bem se sabe que aos entes da Administração Pública, tanto direta como indireta, é permitido celebrar contratos para a realização tanto dos seus interesses gerenciais como das necessidades coletivas. Possuem esses entes,

²⁷ GREBLER, Eduardo. **A solução de controvérsias em contratos de Parceria Público-Privada**. Revista de Arbitragem e Mediação. n 2, p. 61-62, maio-ago., 2004.

²⁸ Como corolário do princípio da isonomia exige-se uma interpretação que não propicie um tratamento discriminatório à Administração. Uma interpretação restritiva não está em consonância com os ditames constitucionais e com a própria persecução do interesse público e satisfação dos direitos fundamentais.

²⁹ Assim compreende JOSÉ CRETELLA NETO: “(...) o único requisito legal para que possam valer-se da arbitragem é o da *capacidade para contratar*. Silencia a lei sobre se estas podem ou não ser pessoas jurídicas de Direito Público e, nesse caso, como inexistente vedação a que estas empreguem a arbitragem, forçoso é concluir que podem perfeitamente fazê-lo”. (CRETELLA NETO, José. **Arbitragem...**, p. 351).

³⁰ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Arbitragem e a nova contratualização administrativa. In: GUIMARÃES, Edgar (coord.). **Cenários do Direito Administrativo: estudos em homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p.306.

portanto capacidade de contratar, o que comprova que atendem ao requisito do dispositivo legal da Lei de Arbitragem³¹, podendo ser demandados judicialmente.

A capacidade negocial possui aspectos que podem ser diferenciados no âmbito do direito civil, pois as vontades das partes são conjugadas para se prosseguir à consecução de um objeto cujo interesse em causa é individual. No tocante à atuação estatal verifica-se que são conjugadas vontades para consecução de interesses, que em regra, serão coletivos. Para isso os entes públicos se submetem a um regime jurídico diferenciado, que consiste em uma gama de prerrogativas para o melhor atendimento dos direitos em causa.

A Administração Pública, para atingimento de seus fins, se vale do contrato administrativo e conta com prerrogativas peculiares como: cláusulas exorbitantes, possibilidade de extinção unilateral do contrato, poderes para fiscalização das atividades, bem como para impor sanções.

Em verdade, essas prerrogativas não são passíveis de serem discutidas em sede de arbitragem³². Contudo, a atuação do ente público não se restringe ao atingimento de interesses coletivos, também há uma atuação em prol da satisfação dos interesses da Administração.

Tal situação leva EROS ROBERTO GRAU a defender que não há um regime jurídico diferenciado que se possa atribuir aos contratos administrativos. Entende que, embora, apliquem-se prerrogativas decorrentes do direito público (“puissance publique”) isso não retira o caráter contratual e a possibilidade de estarem em causa meros atos de gestão³³.

Na realidade, o mais importante é ter em vista que a Administração, quando atuar com escopo de satisfazer interesses coletivos, estará submetendo o contrato administrativo a um regime jurídico de direito público e não passível de ser submetido à arbitragem, pois os direitos em causa serão indisponíveis³⁴.

³¹ Ressalte-se que o Estado como pessoa jurídica de Direito Público e Privado tem capacidade legal para assumir obrigações, direitos e responsabilidades e, como decorrência, a possibilidade de firmar contratos. (LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem...**, p. 42).

³² MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Contrato administrativo e a lei de arbitragem**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, n. 223, p.130, jan./mar., 2001.

³³ GRAU, Eros Roberto. **Arbitragem e Contrato Administrativo**. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo: Malheiros, n. 32, p. 16-17, 2000.

³⁴ Aliás, a natureza do interesse não determina o regime jurídico a ser adotado, isso tanto é verdade que se admite atividade estatal sujeita ao Direito Privado. Fato que ocorre com frequência no âmbito da Administração indireta não autárquica. Até a própria Administração direta está subordinada ao regime privado em determinadas situações. (JUSTEN FILHO, Marçal. **Conceito de Interesse**

Entretanto, haverá situações em que o regime jurídico aplicado será o de direito privado, pois estará se discutindo acerca de um direito disponível e vinculado à satisfação de interesses egoísticos da Administração e, por isso, será permitido se optar por via de solução de controvérsias.

Nessa linha CARLOS ALBERTO CARMONA salienta:

Quando o Estado atua fora de sua condição de entidade pública, praticando atos de natureza privada – onde poderia ser substituído por um particular na relação jurídica negocial – não se pode pretender aplicáveis as normas próprias dos contratos administrativos, ancorados no direito público (...) constatação é de que o Estado pode contratar na órbita privada, a consequência natural é de que pode também firmar um compromisso arbitral para decidir os litígios que possam decorrer da contratação³⁵.

Dessa maneira, entender que o Poder Público não pode dispor de direitos de natureza contratual seria restringir a sua liberdade de atuação³⁶ e desconsiderar a própria existência dos contratos administrativos³⁷. Afinal, uma das facetas da arbitrabilidade subjetiva vincula-se justamente a possibilidade de submissão à arbitragem ante a verificação da solicitada capacidade de contratar.

Há uma diferenciação entre contratos de direito privado e direito público no tocante aos fins a serem atingidos e o regime jurídico que se submetem, mas de toda forma, não se obsta a aplicação da arbitragem, vez que existem litígios pautados na livre disposição das partes e que decorrem da natureza contratual da relação³⁸.

Por esse aspecto, a inarbitrabilidade subjetiva vincula-se a um reconhecimento de que a Administração Pública não é competente para contratar³⁹.

Público e a “Personalização” do Direito Administrativo. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo: Malheiros, n. 26, p. 118, 1999).

³⁵ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem...**, p. 62.

³⁶ LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem...**, p. 116-117.

³⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 766.

³⁸ Nas palavras de MARÇAL JUSTEN FILHO: “Todas as questões que comportam disciplina por via contratual também admitem a instituição de arbitragem (...) a disponibilidade para impor a arbitragem é a mesma para criar direitos e obrigações pela via consensual”. (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso...**, p. 766).

³⁹ Nesse caso a arbitrabilidade subjetiva não deve, portanto ser entendida meramente como relativa à capacidade do Estado, mas também vinculada a possibilidade de contratar.

Mas há outra faceta da arbitrabilidade subjetiva que precisa ser evidenciada. Trata-se da possibilidade de disposição de direitos patrimoniais. Consoante define ALINE LÍCIA KLEIN, tal característica se vincula justamente à competência de cada ente para estabelecer a cláusula compromissória ou compromisso arbitral, como decorrência da contratação realizada. A incompetência se configuraria na medida em que o contrato fosse celebrado por alguém que não detivesse poderes para prática de tal ato⁴⁰.

Ainda é imperioso aludir às observações de SELMA FERREIRA LEMES, com base nos ensinamentos de F. MENDES PIMENTEL, no tocante à diferenciação de “transigibilidade” e “disponibilidade”⁴¹.

Enfatiza a jurista que é relevante compreender-se que transigibilidade e disponibilidade não se confundem, haja vista que a primeira categoria alude à capacidade para se extinguir obrigações mediante concessão mútuas, já a segunda corresponde à possibilidade de contratar e, por consequência de submeter-se à arbitragem, ou seja, forma de livre disposição de um direito. A transigibilidade poderia eventualmente compreender também a disposição de direitos vinculados a interesses públicos indisponíveis, o que não caracteriza a arbitrabilidade subjetiva.

Para JOSÉ LUÍS ESQUÍVEL no direito português há também diferença entre transação e arbitragem, sendo a primeira calcada na ideia de concessões mútuas para se por fim a um litígio, pois são feitas concessões de forma recíproca até que as partes cheguem a uma solução. Assim, caracteriza-se em um mecanismo autocompositivo⁴². Já na arbitragem há uma sujeição a um tribunal arbitral, por exemplo, o que faz com que as partes desconheçam a decisão a ser proferida⁴³, o que a coloca entre os modos de conflitos heterocompositivos⁴⁴. Diferentemente, da transação na arbitragem as partes pretendem obter a totalidade de seus direitos⁴⁵.

⁴⁰ KLEIN, Aline Lícia. A Arbitragem nas Concessões de Serviços Públicos. In: PEREIRA, César Augusto Guimarães, TALAMINI, Eduardo (coords.). **Arbitragem e Poder Público**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 69.

⁴¹ LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem...**, p. 119.

⁴² Aliás, arbitragem não é o único modo alternativo de solução de um litígio. Há modelos autocompositivos, como soluções consensuais negociadas, nas quais as partes mediante concessões podem ajustar uma solução.

⁴³ DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO ressalta que na arbitragem se demanda a intervenção de um terceiro, que será delegado dos conflitantes, mas que deles recebe *poder* para criar uma fórmula obrigatória de harmonização. **Curso...**, p. 11.

⁴⁴ Para além dos modelos consensuais há também os adversariais/heterocompositivos, como o processo judicial e a arbitragem. A heterocomposição consiste no fato de um terceiro ou terceiros, pois pode haver a intervenção de mais de um árbitro, alheio aos interesses em causa, solucionar um

Acerca da arbitrabilidade subjetiva ainda há a polémica acerca de necessidade de lei autorizativa, para que entes da Administração Pública possam se submeter à arbitragem. Alguns juristas⁴⁶ entendem que sempre deve haver previsão legislativa que autorize a utilização de juízo arbitral.

Também adota esse posicionamento o Tribunal de Contas da União. Da análise do acórdão 537/2006⁴⁷, verifica-se no voto do relator Ministro WALTON ALENCAR RODRIGUES a seguinte afirmação: “não existe amparo legal para adoção de juízo arbitral nos contratos administrativos”. No caso discutido entendeu-se que não havia interesse disponível em causa, mas apenas indisponíveis. Assim, não se verificaria qualquer amparo legal.

Em seu acórdão corroborou ainda com os seguintes apontamentos da Unidade Técnica:

a cláusula compromissória encontra um óbice intransponível, qual seja a autorização legal (...). A Administração Pública é regida pelo Princípio da Legalidade e a arbitragem é cláusula de exceção a regra de submissão dos conflitos ao Poder Judiciário, somente podendo ser aplicada com expressa autorização legal (...) a busca da preservação dos contratos, como segurança dos investidores não pode justificar a prática de atos contrários à lei.

O entendimento de que não se pode optar em determinados casos pela mitigação da legalidade é contrário ao desenvolvimento do próprio Direito Administrativo, vez que cria obstáculos desnecessários. O que afasta inclusive a própria intenção do TCU de coibir a exigência de práticas meramente formalistas e desnecessárias⁴⁸.

conflito⁴⁴. Sobre o assunto vide a exposição realizada por ALEXANDRE FREITAS CÂMARA em seu livro **Arbitragem ...**, p. 9.

⁴⁵ ESQUÍVEL, José Luís. **Os contratos administrativos e a arbitragem**. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 89-91.

⁴⁶ Nessa linha BARROSO, Luís Roberto. **Parecer. Sociedade de economia mista prestadora de serviço público. Cláusula arbitral inserida em contrato administrativo sem prévia autorização legal. Invalidez**. Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 6, n. 19, p. 434, jan./mar., 2003.

⁴⁷ Confirmam-se ainda os seguintes julgados: Decisão 215/04, Plenário, rel. Min. Ubiratan Aguiar, *DOU* 22.03.04; Acórdão 587/03, Plenário, rel. Min. Adylson Motta, *DOU* 10.06.03; Acórdão 1271/05, Plenário, rel. Min. Marcos Bemquerer Costa, *DOU* 02.09.05; Acórdão 1099/06, Plenário, rel. Min. Augusto Nardes, *DOU* 10.07.06.

⁴⁸ Confira-se FERREIRA NETTO, Cássio Telles. **Administração Pública e Arbitrabilidade de Conflitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 61. Assim como, os seguintes acórdãos: Acórdão 1/2003, Segunda Câmara, rel. Min. Adylson Motta, *DOU* 5.2.2003, Acórdão 54/2006, Segunda

Como aduz LAURO DA GAMA E SOUZA JR: “Essa posição, nitidamente conservadora, justifica a arbitrabilidade subjetiva da Administração Pública na noção clássica de legalidade administrativa, identificada como vinculação positiva à lei. Desse modo, acabava por manifestar a ação administrativa, condicionando-a, em sua totalidade, à vontade previamente manifestada pelo legislador⁴⁹”.

Para além desses argumentos ainda há que se evidenciar a existência de diversos textos legais de setores específicos, como energia, concessões, parcerias público-privadas, dentre outros, que apresentam uma previsão de utilização do mecanismo arbitral, sem contar no regramento geral previsto na Lei 9.307/96⁵⁰.

Do exposto, pode se entender facilmente que a exigência de lei específica em cada situação, sem dúvida, é um entrave desnecessário e que apenas se justifica sob um viés conservador, alheio às transformações e novas exigências.

3.1 Arbitrabilidade Objetiva

Na segunda parte do artigo 1º da Lei de Arbitragem impõe-se a necessidade de que os direitos envolvidos nos litígios submetidos à arbitragem sejam patrimoniais disponíveis. Essa exigência vinculada ao objeto e matéria da controvérsia caracteriza-se o aspecto objetivo da aplicabilidade da arbitragem⁵¹.

3.1.1 Disponibilidade e Indisponibilidade de Direitos

A importância de se analisar o critério da disponibilidade é justamente por estar atrelada à análise do cabimento da arbitragem. Afinal, como menciona MARÇAL JUSTEN FILHO: “A arbitragem pode ser adotada apenas nos caso em que

Câmara, rel. Min. Benjamin Zymler, DOU 7.2.2006, Acórdão 37/2007, Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler, DOU 2.2.2007. Acórdão 341/2010, Segunda Câmara, rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti, DOU 5.2.2010.

⁴⁹ SOUZA JR, Lauro da Gama e. **Sinal Verde para a Arbitragem nas Parcerias Público-Privadas. A construção de um novo paradigma para contratos entre o Estado e o Investidor Privado.** Revista Brasileira de Arbitragem, n. 8, p. 8, out./dez., 2005.

⁵⁰ Esses aspectos concernentes à previsão legal da arbitragem serão mais bem evidenciados no decorrer deste trabalho.

⁵¹ JOÃO BOSCO LEE, com base no entendimento defendido por CHARLES JARROSSON, salienta que a arbitrabilidade objetiva é a verdadeira arbitrabilidade. (LEE, João Bosco. **Arbitragem Comercial Internacional nos países do Mercosul**, Curitiba: Juruá, 2005, p. 60).

os direitos forem disponíveis. A disponibilidade para impor a arbitragem é a mesma para criar direitos e obrigações por via consensual⁵².

Assim, a disponibilidade de direitos se vincula com a suscetibilidade de um bem ou direito ser livremente negociado. Essa questão encontra limitações, não podendo ser aplicada a toda e qualquer situação em razão da indisponibilidade dos interesses coletivos.

É preciso se proceder a um raciocínio lógico no tocante ao cabimento do procedimento arbitral, tendo em vista que nem todos os direitos da Administração Pública são indisponíveis. Aqueles correlatos às atividades de cunho gerencial e que se relacionam com aspectos contratuais podem ser considerados disponíveis.

Além disso, pode muito bem haver disponibilidade decorrente de direitos indisponíveis, para isso basta que a discussão em causa se atenha a critérios patrimoniais.

Há quem confunda a diferenciação dos critérios de disponibilidade e indisponibilidade. Veja-se o caso de recente decisão proferida, em 20.09.2010, pela Juíza Maria Gabriella Pavlóoulos Spaoloni, no MS 053.10.017261-2, em que figuram como partes: Companhia do Metropolitano de São Paulo – Metrô e Tribunal Arbitral do Processo 15.282/JRF da ICC, na condição de litisconsorte passivo o Consórcio Via Amarela, que versava sobre o valor a ser arbitrado ante os prejuízos causados por modificações contratuais⁵³.

O caso analisado restringia-se a questões de direito meramente patrimoniais, qual seja o desequilíbrio econômico-financeiro, em atendimento ao previsto tanto na cláusula definida em contrato como na legislação arbitral.

A despeito de ter sido reconhecido que a arbitragem aplica-se a direitos disponíveis, entendeu-se pela irregularidade da decisão arbitral, levando-se em consideração o objeto social do ente estatal⁵⁴:

tem-se por pacífico que nem toda situação que se relaciona com as empresas paraestatais pode sujeitar-se ao Juízo

⁵² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso...**, p.766.

⁵³ Acerca do assunto consulte-se: AMARAL, Paulo Osternack. **Mandado de segurança contra decisões arbitrais: inviabilidade**. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n.º 44, outubro 2010, disponível em <http://www.justen.com.br/informativo.php?informativo=44&artigo=476>, acesso em 21/10/2010.

⁵⁴ É preciso se ter em vista que a titularidade do Estado representa apenas um indício de ser público o interesse, mas esse entendimento é apenas uma presunção relativa. JUSTEN FILHO, Marçal. **Conceito de...**, p. 118.

Arbitral. Mister, para tanto, aferir se o objeto social da empresa paraestatal consiste na prestação do serviço público ou no exercício da atividade econômica. Em sendo serviço público existe, sim, a supremacia do interesse público – o que torna o direito indisponível. Para a hipótese de atividade econômica, o direito já passa a ser disponível.

Primeiramente, impende ressaltar que a Constituição Federal reconhece, em seu art. 173, § 1º, que se submetem as empresas públicas e sociedades de economia mista ao regime de direito privado. Assim, não há como se negar que em face de conflitos que envolvam direitos patrimoniais disponíveis será possível se aplicar a arbitragem⁵⁵.

Nesse julgado ainda fica evidente a confusão acerca da disponibilidade de direitos, na medida em que é enfrentada levando-se em conta a natureza da atividade desenvolvida pelo ente público envolvido na arbitragem e não o objeto do conflito. Afinal, este decorre de direitos meramente patrimoniais e o fato de haver prestação de serviço público no objeto da empresa não implica que todos os seus interesses sejam indisponíveis, visto que há diversas questões patrimoniais a ele atinentes.

Portanto, se fosse o objeto exercido pelo ente Público que definisse a disponibilidade de um direito e não o objeto que está em causa⁵⁶, forçosamente teria que se admitir a impossibilidade de qualquer contrato de concessão de serviço público conter a previsão de aplicação da arbitragem, o que de fato seria incabível e até contrário a própria previsão legal contida no art. 23-A da Lei 8.987/95.

Outro aspecto acerca da disposição de direitos que se deve ter em vista é a diferença entre se renunciar a um direito e a obrigatoriedade de submetê-lo

⁵⁵ Vide o REsp 606345 (RS), 2ª T, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 17.05.07, DJ 08.06.07. "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, inciso VII, do Código de Processo Civil. 3. São válidos e eficazes os contratos firmados pelas sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica 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".

⁵⁶ Assim, a arbitrabilidade objetiva pode não estar atrelada meramente a observação de um ato ser indisponível ou não, mas sim na consequência patrimonial que advém dele.

ou não à apreciação do Poder Judiciário. Nessa diferenciação reside o ponto fundamental que separa os direitos indisponíveis daqueles que são disponíveis.

A disponibilidade de um direito possibilita que se opte por não submeter o litígio ao Judiciário. Com bem adverte EDUARDO TALAMINI, em alguns casos a submissão de um litígio a análise do Poder Judiciário é necessária, como nos casos de direito de família ou de persecução penal. De outra feita, há discussões que não se limitam a direitos indisponíveis, como no caso de discussões sobre reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos e inexecução contratual, por exemplo, e que podem ser submetidas à outra via de solução de litígios⁵⁷.

A disponibilidade de um direito se vincula a possibilidade de escolha da forma e modo de aplicação de um direito⁵⁸, em virtude da ausência de dispositivo legal impondo aplicação em sentido contrário. Essa escolha implica na opção em submeter o conflito a uma solução distinta do Poder Judiciário.

O próprio art. 852 do Código Civil de 2002 definiu os direitos que seriam indisponíveis, veja-se: “questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial⁵⁹”. Dessa maneira, os demais seriam disponíveis, sendo permitida à aplicação da arbitragem.

Os direitos indisponíveis vinculam-se à satisfação de anseios coletivos e não são passíveis de livre disposição. É preciso ter cuidado para saber identificá-los, vez que nem sempre o objeto em discussão é indisponível⁶⁰.

Alguns juristas⁶¹ aduzem que a Lei 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo) impede a renúncia por parte da Administração Pública. Agora, da

⁵⁷ TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e Parceria Público-Privada. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (coords.). **Parcerias Público-Privadas. Um enfoque multidisciplinar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 340 e 343.

⁵⁸ Como define MARCOS BERNARDES DE MELLO: “dispor de um bem ou de um direito significa poder transmiti-lo a outrem, a ele renunciar ou abandoná-lo”. **Teoria do Fato Jurídico. Plano da Validade**. 7. ed., São Paulo: Saraiva, p. 34.

⁵⁹ Adverte EDUARDO TALAMINI que “obviamente, a expressão questões de estado nada tem a ver com “questões de direito público”. Refere-se a *status* jurídico como: estado familiar (*status familiae*), estado de cidadania (*status civitatis*) e o estado de liberdade (*status libertatis*). (TALAMINI, Eduardo. **Arbitragem...**, p. 344).

⁶⁰ Destaca MARÇAL JUSTEN FILHO que não se pode afirmar que todo e qualquer interesse titularizado pela Administração Pública em face de um particular seja necessariamente indisponível. **Curso...**, p. 767. Como assegura PEDRO A. BATISTA MARTINS: “A indisponibilidade é, pois, exceção já que os bens dessa natureza são impróprios ou impossíveis de se agregarem ao patrimônio privado, dada a sua peculiar natureza. E essa particularidade, diga-se desde já, as pessoas nomeadamente as jurídicas, não se deparam com frequência na rotina das suas relações negociais”. MARTINS, Pedro A. Batista. Arbitrabilidade objetiva, Interesse Público, indisponibilidade de direitos e normas de ordem pública. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). **Mediação, arbitragem e conciliação** Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 255.

simples leitura do art. 2º verifica-se que é vedada a renúncia dos poderes ou competências para sua satisfação do interesse público e dos interesses coletivos.

Ademais, o direito em causa na arbitragem é disponível e não é o mesmo ao qual se refere na Lei 9.784/99, pois os direitos por ela albergados são nitidamente direitos indisponíveis e não disponíveis.

Importante ter em vista que a submissão à convenção arbitral não implica de forma alguma em renúncia de direitos. Pelo contrário, conforme define ALINE LÍCIA KLEIN: “Não está delegando indevidamente a terceiros o exercício de suas atribuições. Está apenas permitindo que a regularidade de seus atos seja verificada por juízo arbitral⁶²”.

A renúncia de direitos significa abrir mão, dispor de um direito ou bem⁶³. EDUARDO TALAMINI sustenta que é um equívoco justificar a impossibilidade de submissão dos litígios em que for parte à Administração, com base na renúncia de direitos. Haja vista, que arbitragem não se configura “jogo de azar” ou “aposta”. Pois, aqueles que optam por tal solução buscam a composição do conflito, com base em um procedimento objetivo e de acordo com todas as garantias necessárias ao bom desenvolvimento processual⁶⁴.

Assim, entender que a arbitragem é uma renúncia do direito é confundir abdicação de um direito com direito de obter uma solução judicial sem se recorrer ao Judiciário⁶⁵. Afinal, o direito material continua em causa e não está sendo ignorado. Não se vale de uma solução arbitrária e que desprestige o direito material em causa⁶⁶.

⁶¹ Sobre tal assunto consulte-se a obra de DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Curso de Direito Administrativo**. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 66-67.

⁶² KLEIN, Aline Lícia. **A Arbitragem...**, p 74.

⁶³ “A renúncia é modo geral de extinção dos direitos (...) dá-se a renúncia quando o titular manifesta a vontade de desfazer-se do direito ou não o aceitar”. PELUSO, CEZAR [coord.]. **Código Civil Comentado**. São Paulo: Manole, 2007, p. 86-87.

⁶⁴ TALAMINI, Eduardo. **Arbitragem...**, p. 344.

⁶⁵ Nesse sentido aduz ADILSON DE ABREU DALLARI: “(...) optar pela arbitragem o contratante público não está transigindo com o interesse público nem abrindo mão de instrumentos de defesa de interesses públicos. Está, sim, escolhendo uma forma mais expedita, ou um meio mais hábil, para a defesa do interesse público (...)”. (DALLARI, Adilson de Abreu. **Arbitragem na Concessão de Serviços Públicos**. Revista Trimestral de Direito Público, n. 13, p. 8-9, 1996).

⁶⁶ EDUARDO TALAMINI pondera que: “Não se ignora o fato de a Administração vir a ser derrotada na arbitragem. Mas, mesmo quando isso ocorrer, não terá havido nenhuma renúncia ou ato de disposição por parte da Administração. Significará apenas que ela não tinha razão quanto ao que pretendia. Portanto, sua derrota no processo arbitral não representará afronta ou menoscabo ao interesse público.” (Ibidem, p. 345). Ainda MAURO ROBERTO GOMES MATTOS salienta: “(...) o Interesse Público será preservado quando for verificado que a voz do Poder Público se encaixa no

Aliás, importante lembrar a distinção feita por DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, no sentido de que há duas modalidades de solução de litígios no tocante a designação de um terceiro não delegado pelas partes. Tem-se tanto a solução arbitrária quanto a solução jurídica, as quais são inconfundíveis. A diferença entre ambas é que no caso da primeira o terceiro decide conforme a sua vontade, diferentemente do segundo caso, no qual a solução se pauta em uma norma geral e abstrata que foi prevista antes de ocorrer o conflito. Caso falte atendimento as disposições legais a solução será arbitrária⁶⁷.

O árbitro não irá decidir conforme sua própria vontade, mas pautado em parâmetros legais e nos princípios e garantias constitucionais do devido processo legal, como o contraditório, ampla defesa. Não sendo possível se aludir à decisão arbitrária.

3.2.2 O princípio da não necessidade da intervenção jurisdicional

Como decorrência do que foi acima exposto, faz-se pertinente mencionar o “princípio da não necessidade de intervenção jurisdicional”. Segundo o qual nem todos os litígios precisam obrigatoriamente ser submetidos à apreciação do Poder Judiciário.

Preleciona EDUARDO TALAMINI que em determinados casos o direito material exige a existência de um processo judicial, como no caso da persecução penal. Não basta que a parte reconheça que não tem razão, pois tal direito enseja necessariamente um processo judicial para apuração dos fatos⁶⁸. Mas há situações em que a Administração pode de pronto atender aos interesses envolvidos quando vislumbrar que lhe compete dar cumprimento ao direito de um particular, postura esta decorrente do próprio princípio da legalidade⁶⁹.

real interesse da coletividade e não na mera fachada de interesses pessoais dos homens públicos, que ao talante do aludido princípio, subvertem o seu real valor para desviar-se dos objetivos traçados no próprio contrato administrativo (...)”. (MATTOS, Mauro Roberto Gomes. **Contrato administrativo...**, p. 125).

⁶⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso...**, p. 11.

⁶⁸ CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO no mesmo sentido aduz: “(...) a Constituição e a lei permitem sejam satisfeitos ou atingidos apenas mediante provimento jurisdicional: é o caso da pretensão penal, não sendo eficaz a submissão a eventual submissão do acusado à imposição da pena pretendida pelo acusador (nulla poena sine iudicio: Constituição, art. 5º, incs, LIV e LV). (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 235).

⁶⁹ TALAMINI, Eduardo. **Arbitragem...**, p. 340-342.

Há situações em que se faz necessária à intervenção estatal ao passo que em outras pode ser dispensável.

Como aduz VINCENZO VIGORITI: *“l’arbitrato è termine che indica una forma di giustizia, di fatto ricca di molte “specie”, predisposte per garantire tutela in forme adeguate alla ridotta importanza delle aspettative. Ve ne sono nell’ambito del commercio, dei servizi ecc., insomma in tutti i settori nei quali le parti abbiano diritti disponibili (...⁷⁰)”*.

Afinal, existem outras formas para além da tutela estatal para se solucionar um conflito. Há casos, inclusive, que a arbitragem é o melhor modo de satisfação do direito, seja pela especialização dos julgadores, seja pela celeridade. Para a sua correta utilização deve se ter em vista se o caso concreto envolve matérias que não sejam de competência exclusiva do Judiciário e que possam ser solucionadas pelas partes em razão de sua disponibilidade.

3.2.3 Abordagem dos aspectos vinculados ao interesse público

O interesse público é uma expressão de difícil conceituação, haja vista que seu conteúdo é dotado de grande indeterminação⁷¹. Tal característica visa propiciar uma adequação entre a realidade e o ordenamento jurídico, de maneira, que as eventuais modificações dos institutos de direito público e administrativo possam ser facilmente incorporadas.

Ocorre que tal benefício é acompanhado de certa insegurança quanto a sua aplicação, pois dependerá sempre de uma análise da pertinência de sua utilização, com a constante necessidade de defini-lo com base em critérios de proporcionalidade e razoabilidade⁷². Ou seja, será imperioso observar se o interesse

⁷⁰ VIGORITI, Vincenzo. **Quale fra arbitrato e processo?** In: Revista de Processo. n. 125, ano 30, p. 155, jul., 2005.

⁷¹ Como bem ressalva MARÇAL JUSTEN FILHO: “A indeterminação não é um defeito do conceito, mas um atributo destinado a permitir sua aplicação mais adequada ao caso (...) a indeterminação dos limites do conceito propicia a aproximação do sistema normativo à riqueza do mundo real”. JUSTEN FILHO, Marçal. **Conceito...**, p. 116.

⁷² Para HUMBERTO BERGMANN ÁVILA o interesse público não pode ser entendido como autodemonstrável, além de balizá-lo de acordo com critério de razoabilidade e proporcionalidade é preciso determiná-lo de forma objetiva e com base no ordenamento jurídico. (ÁVILA, HUMBERTO BERGMANN. **Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”**. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo: Malheiros, n. 24, p. 174, 1998). Mas, há posicionamentos diversos sobre esse tema, como o de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, para a qual o princípio da supremacia do interesse público não decorre de nenhum dispositivo do texto constitucional, pois é um pressuposto para o convívio social. Entende que se configura um

em causa efetivamente está atrelado ao atendimento das necessidades coletivas ou não, para que não se verifique uma aplicação equivocada de interesse público⁷³.

Há, aliás, posicionamentos que chegam a aduzir que a arbitragem não poderia ser aplicada em relação ao Estado⁷⁴, porque em causa estarão envolvidos direitos públicos, o que se traduz em grande equívoco, pois os interesses relacionados com a Administração Pública não são efetivamente indisponíveis e não se confundem com os interesses coletivos⁷⁵.

Para diferenciar os direitos em causa costuma-se aludir com frequência à divisão clássica de interesse público primário e interesse público secundário⁷⁶. No primeiro caso enquadram-se aqueles que se vinculam diretamente a interesses coletivos. Já no segundo caso vinculam-se os interesses da Administração enquanto pessoa jurídica. Nos dizeres de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO⁷⁷:

Interesse público ou primário, repita-se, é o pertinente à sociedade como um todo, e só ele pode ser validamente objetivado, pois este é o interesse que a lei consagra e entrega à compita do Estado como representante do corpo social. Interesse secundário é aquele que atina tão-só ao aparelho estatal enquanto entidade personalizada (...) que só pode ser validamente perseguido pelo Estado quando coincidente com o interesse público primário. (...) não há coincidência necessária entre interesse público e interesse do Estado e demais pessoas de Direito Público (...) o Estado, concebido que é para realização de interesses públicos (situação, pois, diversa da dos particulares), só poderá defender seus próprios interesses privados quando, não se chocarem com os interesses públicos propriamente ditos⁷⁸ (...).

princípio geral de Direito e que está presente em qualquer sociedade, sendo uma condição para a sua existência. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 2010, p. 96).

⁷³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Conceito...**, p. 116.

⁷⁴ Posicionamento como o de FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**, 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 115.

⁷⁵ GRAU, Eros Roberto. **Arbitragem...**, p. 18-19.

⁷⁶ Tal classificação é oriunda da doutrina italiana. Nesse sentido RENATO ALESSI define: "*La peculiarità della pubblica Amministrazione sta appunto in ciò, che la sua funzione consiste nella realizzazione dell'interesse collettivo, pubblico, primario. Anche volendosi concepire un interesse, secondario, dell'Amministrazione considerata come apparato organizzativo autonomo (...)*". **Principi di diritto amministrativo**. 4. ed., Milano: Giuffrè, 1978, p. 232-233. No direito brasileiro também está presente essa classificação na obra: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso...**, p. 98-99.

⁷⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso...**, p. 66.

⁷⁸ Essa divisão apresentada por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO foi elaborada a partir dos ensinamentos de RENATO ALESSI: "*L'interesse c.d. pubblico non è nient'altro che l'interesse collettivo primario, considerato como oggetto di direttta tutela dell'azione amministrativa, mentre l'interesse dell'amministrazione, in quanto apparato, non rappresenta se non uno degli interessi secondari esistenti nel gruppo sociale*" (Ibidem, nota 3, p. 232-233).

Ocorre que essa tradicional divisão em interesses primários e secundários pode levar a certos equívocos. Como o de supor que ambos os direitos são indisponíveis. Assim, não é de todo aceita no âmbito doutrinário essa divisão⁷⁹.

Entende-se que indisponível é apenas o interesse público e não o interesse da Administração, os quais, aliás, ressalte-se são inconfundíveis. Note-se que o interesse público primário é o único interesse público⁸⁰, que é aquele destinado a atender às necessidades coletivas. Dessa forma, não haveria necessidade de caracterizar o interesse da Administração como interesse público⁸¹.

Nesse sentido adverte MARÇAL JUSTEN FILHO que se configura uma “*inversão lógica e axiológica*” insuperável definir o interesse público pela identidade do titular que o executa. Afinal, o conceito de interesse público é anterior ao interesse estatal e não se torna público por ser atribuído a este, pelo contrário, é público e por isso é atribuído ao Estado⁸².

Assim, o interesse estatal, enquanto vinculado ao atendimento de necessidades gerenciais e instrumentais à satisfação dos anseios coletivos, não se caracteriza como interesse público. Os interesses que são públicos, diferentemente, não podem ser livremente pactuados pelos particulares, pois dele apenas o Poder Público pode dispor.

Frequentemente alude-se a inaplicabilidade da arbitragem com base no princípio da supremacia do interesse público sobre o privado sem se preocupar com uma ponderação de interesses. Tal concepção demanda uma observação mais atenta para evitar que direitos particulares sejam sacrificados em prol de pretensos interesses públicos.

⁷⁹ ANTONIO CARLOS CINTRA DO AMARAL ressalta que se deve ter cautela quanto à essa noção, vez que não existe “a sociedade como um todo”, para que se possa qualificar os interesses primários. Além disso, os interesses públicos e privados se misturam. (AMARAL, Antonio Carlos Cintra do). In: **O princípio da publicidade no direito administrativo**. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, v. 1, n. 2, p. 11-12, jul./set. 2003.

⁸⁰ TALAMINI, Eduardo. **Arbitragem...**, p. 341.

⁸¹ Com base nessa diferenciação na doutrina alude-se à classificação de atos de império (aqueles vinculados ao interesse público) e atos de gestão (não objetivam o atingimento de um interesse social, mas egoístico da Administração). Nesse sentido confira-se MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 166-167.

⁸² JUSTEN FILHO, Marçal. **Conceito...**, p. 117.

Ademais, a consideração da primazia do interesse público não é de todo aceita na doutrina. Há uma corrente⁸³, a qual propala que a ideia de supremacia do interesse público representa incompatibilidade com a ordem constitucional, haja vista que acaba por restringir direitos e garantias expressamente definidos aos indivíduos.

É preciso se ter cuidado, pois ignorar a devida ponderação dos interesses em causa é contribuir para uma prática conservadora do direito e que tende a obstaculizar as transformações do próprio direito.

Como enfatiza ODETE MEDAUAR, o direito administrativo tem se tornado muito mais flexível para que possa acompanhar as mudanças que ocorrem. Tanto a esfera pública quanto privada tende a sofrer uma aproximação, passando a conviver de forma mais intensa, sendo necessário ponderar os interesses em confronto⁸⁴.

Uma das modificações que se tem evidenciado é justamente a forma de compreensão da indisponibilidade de direitos. Afinal, como destaca PEDRO A. BATISTA MARTINS: “O interesse público e o privado se embricam. Aqueles são fortalecidos e revigorados por uma atuação constante destes. O interesse público não se descola, não se afata, não despreza a finalidade privada. Ao contrário, com ela se toca, nela se permeia, converge e se condensa num única manifestação de interesse⁸⁵”.

Nessa linha, HUMBERTO BERGMANN ÁVILA enfatiza que é impensável se defender o postulado da supremacia do interesse público sobre o privado, na medida em que não existe uma mera relação de contraposição entre esses interesses, vez que os interesses se inter-relacionam.

Dessa forma, não há como deixar de pensar em uma ponderação dos interesses que reciprocamente se relacionam, pois apenas assim se poderá encontrar a solução mais adequada a cada caso concreto. Afinal, dentre as mais

⁸³ Autores como: ÁVILA, Humberto Bergmann; **Repensando...**, p.159-179; ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O princípio da proporcionalidade no Direito Econômico**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Renovar, n. 223, p. 212-215, jan./mar. 2001. SCHIER, Paulo Ricardo. **Ensaio sobre a Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais**. Revista Brasileira de Direito Público. Belo Horizonte: Fórum, v. 2, n. 4, p. 167-185, jan./mar. 2004.

⁸⁴ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. São Paulo: RT, 10 ed. 2006, p. 28.

⁸⁵ MARTINS, Pedro A. Batista. **Arbitrabilidade objetiva...**, p. 258.

diversas opções possíveis deve se encontrar qual é mais apta a satisfazer às necessidades que se busca atender.

Aliás, como enfatiza ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO esse enfoque do interesse público não o coloca em segundo plano, pelo contrário, busca alcançar uma compatibilização com os interesses privados⁸⁶.

Há casos em que não atender ao interesse do particular se configura uma violação do próprio interesse público. Como nos casos em que a Administração observa que há descumprimento de um dever legal. Inclusive, nessas hipóteses compete corrigi-los sem que o particular tenha que acioná-la, afinal deve atuar conforme os ditames legais⁸⁷.

Compete, portanto à Administração observar a totalidade dos interesses envolvidos no litígio e certificar-se de que realmente não cabe a opção pela via arbitral. Até porque indisponibilidade torna-se cada vez mais uma exceção, tendo em vista essa relação de cooperação entre público e privado⁸⁸. Um grande exemplo disso são os contratos de parcerias público-privadas, que tem adquirido grande aplicabilidade⁸⁹.

Além disso, o Poder Público pode, inclusive, atuar como ente de direito privado, por meio, por exemplo, das sociedades de economia mista, as quais exploraram atividade econômica, possuindo os mesmos direitos e obrigações que os demais entes privados.

Não há qualquer óbice para que sociedades de economia mista e empresas públicas submetam-se à arbitragem⁹⁰, afinal, é pouco provável que se tenha em causa um interesse indisponível⁹¹. Mesmo quando atuarem na prestação de serviços públicos não se poderá aplicar o regime de direito público com entes de

⁸⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O princípio da proporcionalidade**, p. 230.

⁸⁷ TALAMINI, Eduardo. **Parecer: Sociedade de Economia Mista. Distribuição de Gás. Disponibilidade de Direitos. Especificidades Técnicas do Objeto Litigioso. Boa-Fé e Moralidade Administrativa**. Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 2, n. 5, p. 140, abr./jun. 2005.

⁸⁸ Para HUMBERTO BERGMANN ÁVILA essa relação de proximidade entre o interesse privado e o público já é definida pela própria Constituição brasileira, o que de fato impede que sejam separadamente descritos na análise da atividade estatal e de seus fins. (ÁVILA, Humberto Bergmann. **Repensando...**, p.167).

⁸⁹ MARTINS, Pedro A. Batista. **Arbitrabilidade objetiva...**, p. 259.

⁹⁰ Nesse sentido: TJPR, AC 247.646-0, 7ª C, rel. Juiz Lauro Laertes de Oliveira; j. 20.11.2003, DJ 20.02.2004; TJPR, Ag 174.874-9/02, 1ª C, rel. Juiz convocado Fernando César Zeni, j. 10.05.2010, DJ. 27.05.2005.

⁹¹ Veja-se nesse sentido MARTINS, Pedro A. Batista. *Ibidem*, p.260.

direito público o fossem. É preciso analisar diante do caso concreto se efetivamente está em causa um interesse indisponível, visto que os interesses da Administração como ente de direito privado não são interesses públicos de fato, não cabendo aludir à supremacia do interesse público⁹².

4. Patrimonialidade

Não é suficiente preencher-se o critério da arbitrabilidade subjetiva (capacidade de contratar) tão pouco o da arbitrabilidade objetiva (disponibilidade do direito), pois é necessário ainda que os direitos em causa sejam patrimoniais⁹³.

Por patrimoniais entendem-se tanto aqueles direitos passíveis de valoração econômica como aqueles cujo adimplemento pode ser satisfeito com medidas de caráter econômico.

Nas palavras de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA nem todos os direitos possuem caráter patrimonial, mas apenas aqueles cujas relações são expressas em pecuniária ou que nela possam se converter. Alude ainda que a grande diferença prática desses direitos refere-se à impossibilidade de se transigir⁹⁴, ou seja, em matérias de direitos não patrimoniais não se pode dispor livremente, ao passo que em relação aos patrimoniais é possível se dispor⁹⁵.

A disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais não encontra correlação com a disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público, tendo em vista que a disponibilidade que importa ao procedimento arbitral é a disponibilidade relacionada com o sentido econômico⁹⁶.

Aliás, os bens patrimoniais da Administração não se confundem com os direitos patrimoniais, afinal apenas uma parte dos bens públicos é passível de

⁹² Entendimento exposto em: TALAMINI, Eduardo. **Parecer: Sociedade de Economia Mista...**, p. 138.

⁹³ Para JOÃO BOSCO LEE o critério da patrimonialidade é secundário para se definir a arbitrabilidade, pois para este jurista o principal fator para defini-la é a disponibilidade do direito. (LEE, João Bosco. **Arbitragem...**, p. 65).

⁹⁴ A expressão transigir foi utilizada pelo autor com referência a previsão contida no art. 841 do Código Civil. É importante enfatizar que rigorosamente os termos transigibilidade e disponibilidade comportam diferenciações. A denominação mais adequada no que se refere à arbitragem é a disponibilidade.

⁹⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil, Teoria Geral de Direito Civil**. Forense: Rio de Janeiro, 2004, p. 396-397.

⁹⁶ GRAU, Eros Roberto. **Arbitragem...**, p. 20.

alienação, uma vez que a outra parcela de bens é afetada⁹⁷. Nesse último caso enquadram-se bens pertencentes, por exemplo, ao patrimônio ambiental como: luz, ar, atmosfera; bens de uso comum do povo, bens de uso especial, que pelas suas peculiaridades não podem ser alienados⁹⁸.

Os direitos extrapatrimoniais considerados em si não podem ser submetidos à valoração em pecúnia. São relacionados com mais frequência às pessoas físicas do que jurídicas. O que faz com que os conflitos compostos pelo Poder Público sejam pouco atrelados a questões desse tipo⁹⁹.

Mas não há como ignorar a possibilidade de questões de cunho patrimonial disponível surgirem de situações em que estiverem presentes direitos não patrimoniais e indisponíveis. Essa hipótese, quando verificada, possibilita da mesma maneira que o conflito seja submetido a um juízo arbitral¹⁰⁰. Como no caso de controvérsia acerca dos valores da obrigação alimentar. Não há dúvidas, o direito a alimentos é indisponível, todavia, a discussão acerca do valor a ser pago pode admitir a utilização da via arbitral¹⁰¹.

5. Arbitragem voluntária

A arbitragem tem por base a autonomia da vontade, a qual pode ser expressa, desde a opção por submeter um conflito à via arbitral¹⁰² até a escolha pela legislação aplicável ao conflito¹⁰³.

⁹⁷ A afetação é definida por MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO como: “o ato ou fato pelo qual um bem passa a categoria de bem do domínio privado do Estado para a categoria de bem do domínio público”. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Curso...**, p 677).

⁹⁸ MARÇAL JUSTEN FILHO atenta há uma situação excepcional em relação aos bens públicos e de uso especial, na qual pode ocorrer que percam as aptidões que os tornam afetados e nesse caso podem ser alienados. Vide o exemplo: repartições estatais que são transferidas para outra localidade fazendo com que as antigas não sejam mais necessárias ao Poder Público. (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso...**, p.1042).

⁹⁹ MARTINS, Pedro A. Batista. **Arbitrabilidade objetiva...**, p. 260.

¹⁰⁰ KLEIN, Aline Lícia. **A Arbitragem...**, p. 77.

¹⁰¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem...**, p. 17.

¹⁰² Afirma LUIZA RANGEL DE MORAES: “a submissão de litígios a um juízo arbitral não pode prescindir da voluntariedade das partes, manifestada pelo compromisso arbitral no sentido de renúncia à jurisdição estatal e da entrega da função de julgar a lide a um órgão jurisdicional privado (...)”. MORAES, Luiza Rangel. **Arbitragem e agências reguladoras**. Revista de Arbitragem e Mediação: RT, n. 2, maio/ago., p. 85, 2004.

¹⁰³ Cabe ressaltar que o presente ponto refere-se à autonomia da vontade enquanto possibilidade de escolha pelo método arbitral na composição de conflitos. Afinal, como expõe JOÃO BOSCO LEE na arbitragem interna o direito a ser aplicado deve ser o direito interno, porque diferentemente do direito internacional não há interesses que precisem ser harmonizados por diferentes legislações. Nesse

Aliás, no próprio âmbito do direito privado esse é o mecanismo de funcionamento da autonomia da vontade. As partes podem convencionar o que pretendem negociar e modo como isso será feito.

Adicionalmente, VICENZO ROPPO destaca:

il contratto è anche espressione di libertà. In prima approssimazione, dire che le sfere giuridiche delle parti vengono incise solo se, e nel modo in cui, le parti stesse vogliono che siano incise, significa dire che le parti sono libere di decidere se, e in che modo, le proprie sfere giuridiche abbiano a essere incise del contratto¹⁰⁴.

Então, o princípio da autonomia da vontade traduz-se nessa possibilidade de escolher em contratar ou não contratar e até de estabelecer o conteúdo do contrato.

Essa liberdade de escolha, por óbvio, deve ser em relação apenas a direitos patrimoniais disponíveis. MAURO ROBERTO GOMES MATTOS argumenta: “o Poder Público pode se socorrer do caráter consensual do compromisso arbitral, desde que as cláusulas objeto da disputa demonstrem ser oriundas de direitos disponíveis, não incidindo sobre interesse público, que é indisponível por não se achar entregue a livre disposição do administrador¹⁰⁵”.

O procedimento arbitral é muito mais flexível do que o processo judicial, pois neste último as partes devem seguir o que está previsto em lei, não podendo ser modificada nenhuma das previsões legais. Todavia, há que se ressaltar a imposição de algumas restrições à atuação do árbitro, como a observância do devido processo legal, sob pena de nulidade do procedimento arbitral¹⁰⁶.

Como ressalta LUIZ FERNANDO DO VALE DE ALMEIDA GUILHERME, o direito brasileiro admite que a arbitragem seja escolhida pelas partes. O que confere o caráter voluntário ou facultativo à arbitragem¹⁰⁷.

sentido, a possibilidade de livre disposição acerca das leis a serem aplicadas ao mérito do litígio pode ensejar inclusive fraude à lei. (LEE, João Bosco. **Arbitragem...**, p. 178 e ss).

¹⁰⁴ ROPPO, Vincenzo. **Il contratto**. Milano: Giuffrè, 2001, p. 36.

¹⁰⁵ MATTOS, Mauro Roberto Gomes. **Contrato administrativo...**, p. 127.

¹⁰⁶ AMARAL, Paulo Osternack. Vantagens, desvantagens e peculiaridades da arbitragem envolvendo o Poder Público. In: Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo (coords.). **Arbitragem e Poder Público**. PEREIRA São Paulo: Saraiva, 2010, p.337.

¹⁰⁷ GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Arbitragem**. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 45.

Nessa esteira JOSÉ CRETELLA NETO, expõe que “A forma como legislador empregou o verbo “poder” (poderão) indica que a arbitragem é facultativa, e não obrigatória, no direito pátrio¹⁰⁸. Em outras palavras, vigora o princípio da autonomia da vontade que informa, de resto, todos os contratos de Direito Privado, com as conhecidas limitações impostas pela ordem pública¹⁰⁹”.

As partes poderão, portanto atuar com certa margem de liberdade para estabelecer o modo a ser aplicado na solução dos seus conflitos. Contudo, são impostos alguns limites, como de ordem pública.

Como menciona JOÃO BOSCO LEE: “a ordem pública não é, como se pretendia, um critério indispensável à definição da arbitragem, mas sim, um fator suplementar na delimitação da livre disponibilidade. A ordem pública estabelece o limite da disponibilidade de direitos, e, por conseguinte, o da arbitrabilidade¹¹⁰”.

A ordem pública traduz-se em certas normas materiais e princípios que devem ser respeitados pela vontade das partes¹¹¹. Deve ser entendida como uma forma de preservar os valores insculpidos no texto constitucional, ou seja, os valores mais importantes de dada sociedade devem ser respeitados pelas escolhas feitos em sede de juízo arbitral¹¹².

6. Natureza jurídica do procedimento arbitral

Na doutrina, o aspecto concernente à natureza jurídica da arbitragem é controvertido. A discussão gira em torno do conceito de jurisdição.

Como ensina OVÍDIO ARAÚJO BAPTISTA DA SILVA, a grande divergência acerca do conceito de jurisdição está relacionada ao fato de que a doutrina procura definir o ato jurisdicional não pelo que ele é, mas pela sua função

¹⁰⁸. Cabe mencionar que a arbitragem obrigatória ou necessária é aquela imposta pela lei, como a que constou no art. 758 do Código Comercial de 1850, mas, hoje, nosso ordenamento não vislumbra mais a figura da arbitragem obrigatória. Como irá se tratar adiante, as previsões de obrigatoriedade no âmbito dos setores regulados não se configuram arbitragem propriamente dita, mas uma espécie de processo administrativo.

¹⁰⁹ CRETELLA NETO, José. **Arbitragem...**, p. 352.

¹¹⁰ LEE, João Bosco. **Arbitragem...**, p. 64.

¹¹¹ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem...**, p.80.

¹¹² *Ibidem*, p.332.

ou a sua finalidade¹¹³. Para este autor a característica fundamental da jurisdição é a de ser uma atividade exercida por um terceiro imparcial.

Para CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO a função jurisdicional está vinculada com a atividade do Estado voltada para o atingimento de uma solução imperativa aos conflitos interindividuais ou supraindividuais, sendo a jurisdição um poder exercido de maneira imparcial pelo juiz com escopo da pacificação social¹¹⁴.

Em regra, diferencia-se a natureza da arbitragem como decorrente, portanto da autonomia da vontade, ao passo que a jurisdição estatal decorre da relação com o Estado.

Uma das correntes acerca da natureza jurídica da arbitragem opta por atribuir um cunho contratual, haja vista que a convenção arbitral surge da vontade das partes e, portanto o poder do árbitro seria uma decorrência da própria esfera contratual¹¹⁵.

O entendimento de EROS ROBERTO GRAU é justamente pelo caráter contratual e não jurisdicional da arbitragem. Afinal, o árbitro não é investido de função pública e seu pronunciamento não é dotado de eficácia própria.¹¹⁶

Conforme salienta CASSIO SCARPINELLA BUENO, a arbitragem é decorrente do exercício de autonomia da vontade das partes e, assim, possui natureza jurídica eminentemente contratual, não podendo ser considerada uma matéria tipicamente de direito processual. Mas é um método que se aproxima do exercício da função jurisdicional, visto que almeja a pacificação social, isso o leva a sugerir a denominação de “método paraestatal”¹¹⁷.

LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART enfatizam:

Se a jurisdição for qualificada olhando-se para o Estado, é claro que a atividade dos árbitros não pode ter natureza jurisdicional, pouco importando que tal atividade possa conduzir à pacificação social. (...) Dentro de um Estado de

¹¹³ SILVA, Ovídio Baptista de. **Curso de Processo Civil**. v. I, 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 22.

¹¹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 297 e 309.

¹¹⁵ Tal corrente é inspirada nas teorizações de GIUSEPPE CHIOVENDA. **Instituições de Direito Processual Civil**, v. I, trad. bras. MENEGALE, J. Guimarães. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 79. Apud CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem...**, nota 11, p. 11.

¹¹⁶ GRAU, Eros Roberto. **Arbitragem...**, p. 14.

¹¹⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo Civil**. v. 1, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 13.

Direito, o poder jurisdicional é absolutamente fundamental e este apenas pode ser exercido pelos juízes. Quando alguém opta pela arbitragem não há delegação de algo que não pode ser delegado – o poder jurisdicional¹¹⁸ –, mas simplesmente exercício de uma faculdade que os litigantes têm em suas mãos¹¹⁹.

Adicionalmente, ALEXANDRE FREITAS CÂMARA adverte que “a jurisdição é monopólio do Estado, não podendo ser exercida pelo árbitro, o qual é um ente privado (...). Não há, portanto como se admitir a natureza jurisdicional da arbitragem, embora não se possa negar o “múnus público” exercido pelo árbitro, em sua atividade privada, de busca da pacificação social”¹²⁰.

Para outra corrente o poder atribuído aos árbitros antes de decorrer da autonomia da vontade decorre da lei, o que aproxima a arbitragem do processo judicial. Quem entende pela possibilidade de se definir a natureza da arbitragem como jurisdicional fundamenta esse argumento no art. 18 da Lei 9.307/96: “o árbitro é juiz de fato e de direito (...)”, assim como no art. 31, que prevê a equiparação da sentença arbitral com a sentença judicial, constituindo-se título executivo judicial¹²¹.

Para CARLOS ALBERTO CARMONA a jurisdição deve ser vista sob um novo enfoque e não mais como uma forma de tutela estatal estrita. Embora, a arbitragem tenha origem contratual é desenvolvida com base nas garantias do devido processo legal e a sua sentença é equiparada a sentença judicial. Portanto, sua natureza jurídica é jurisdicional¹²².

Ademais, o fato de o árbitro ser indicado pelo particular daria legitimidade à sua atuação. Além disso, a função assumida pelo árbitro possui caráter eminentemente estatal, público. O que leva CÁSSIO TELLES FERREIRA

¹¹⁸ Em sentido contrário, adverte CLÁVIO DE MELO VALENÇA FILHO que é um preconceito não admitir a prestação da tutela jurisdicional desvinculada da presença do Estado. (VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. **Poder Judiciário e sentença arbitral: de acordo com a nova jurisprudência constitucional**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 49).

¹¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 7. ed. v. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 35.

¹²⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem...**, p.15.

¹²¹ Nesse sentido: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria A. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 1276. CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem...**, p. 278-279. FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, Jurisdição e Execução**. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.151 e ss.

¹²² CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem...**, p. 45-46.

NETTO aduzir: “Os árbitros, apesar de indicados pelas partes, atuam em nome do Estado, pois buscam a pacificação social por meio da realização da justiça¹²³”.

JOSÉ EDUARDO CARREIRA ALVIM também alude ao caráter jurisdicional da arbitragem. Para esse autor a natureza jurídica jurisdicional se avulta pela impossibilidade de ser recorrer à via judicial quando se tiver optado pela arbitragem, salientando que a única diferença é o fato de uma via ser exercida pelo Estado e outra pelos particulares, aliás, ressalta que a sentença possui a mesma eficácia da proferida pelo juiz¹²⁴.

Adicionalmente, MARÇAL JUSTEN FILHO a arbitragem possui natureza jurídica de equivalente jurisdicional, na medida em que a sentença proferida é apta a produzir os mesmos efeitos que a sentença judicial¹²⁵.

Nessa linha também se posiciona EDUARDO TALAMINI: “A arbitragem é um “equivalente jurisdicional”. Nos campos em que cabível, substitui, faz às vezes, do processo judicial. A sentença arbitral tem eficácia e a autoridade correspondente à da sentença judicial (Lei 9.307/96, art. 31)¹²⁶”.

SELMA FERREIRA LEMES e JOSÉ CRETELLA NETO defendem a arbitragem como contratual na fonte, mas jurisdicional quanto ao objeto¹²⁷, o que define como uma visão híbrida, *sui generis*¹²⁸. A convenção arbitral estipula, portanto os limites da arbitragem e os efeitos que dela decorrem são vinculados ao que está disposto em lei e não da autonomia da vontade.

Esse entendimento é também elucidado na doutrina portuguesa por JOSÉ LUÍS ESQUÍVEL, para o qual uma noção mais avançada de arbitragem permite enquadrá-la também na função jurisdicional e adiciona a essa definição que a melhor teoria sobre a natureza jurídica da arbitragem é a que atribui simultaneamente a natureza contratual e jurisdicional¹²⁹.

¹²³ FERREIRA NETTO, Cássio Telles. **Administração Pública...**, p.26.

¹²⁴ ALVIM, José Eduardo Carreira. **Comentários à Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307, de 23/9/1996)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 31.

¹²⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14. ed., São Paulo: Dialética, 2010, p. 563.

¹²⁶ TALAMINI, Eduardo. **Arbitragem...**, p. 356.

¹²⁷ Confira-se também: BRAGUETTA, Adriana. **A importância da sede da arbitragem: visão a partir do Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 18.

¹²⁸ LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem...**, p. 60; CRETELLA NETO, José. **Curso de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 15-16.

¹²⁹ ESQUÍVEL, José Luís. **Os contratos administrativos...**, p. 79.

Mas há entendimento diverso como o de FRANCISCO WIWO LACERDA DANTAS:

Creio que se a arbitragem fosse, de fato, considerada como verdadeira jurisdição, com todas as conseqüências (sic) que daí adviriam, estar-se-ia diante de uma flagrante inconstitucionalidade, (...) Penso, no entanto, que diversamente do que se possa imaginar (...) o legislador não criou uma verdadeira jurisdição arbitral, senão uma forma que poderia considerar (...) uma parajurisdição¹³⁰.

Entende assim, porque compreende que a atividade do árbitro se extingue com a prolação de uma sentença arbitral que, posteriormente, terá de ser executada como outro título judicial qualquer, ou seja, perante o Judiciário. Como o árbitro não tem poderes para executar aquilo que havia decidido opta por definir a arbitragem como uma forma da parajurisdição, ou seja, um procedimento destinado à retirada de obstáculos que possam impedir a realização do direito por particulares.

Acerca dessa natureza jurídica “parajurisdicional” pode-se citar ainda CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, o qual enfatiza que o objetivo de pacificação social promovido pelo árbitro possui características que se aproximam da jurisdição estatal, muito embora com ela não se confunda¹³¹. Para JOÃO CAUPERS a arbitragem também é um modo “para-jurisdicional” de solucionar um litígio, visto que é bastante próximo da via jurisdicional¹³².

De fato, acerca da discussão sobre a natureza jurídica da arbitragem o mais importante que se pode extrair é que a tutela jurisdicional estatal não pode ser vista como se o único meio capaz de solucionar conflitos e apto a satisfazer as pretensões dos indivíduos.

Em verdade, a atuação do Estado possui características próprias como a imperatividade¹³³, mas isso não a torna a única capaz de garantir a realização da

¹³⁰ DANTAS, Francisco Wiwo Lacerda. **Breves considerações sobre a constitucionalidade da Lei de Arbitragem**. Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, n. 19, p. 242, ago./nov. 1997.

¹³¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições...**, p. 122.

¹³² CAUPERS, João. **A arbitragem nos litígios entre a administração pública e os particulares**, CJA, n. 18, 1999, p. 3-4 Apud ESQUÍVEL, José Luís. **Os contratos administrativos...**, p. 116.

¹³³ Contudo, importante enfatizar que nem todos os autores entendem a imperatividade como um elemento essencial da jurisdição. Nesse sentido, confira-se: TAVARES GUERREIRO, José Alexandre. **Fundamentos da arbitragem do comércio internacional**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 57.

justiça, sendo um exagero valorizar apenas a tutela estatal e menosprezar os demais meios de pacificação social¹³⁴.

Aliás, o acesso à justiça é uma garantia constitucional fundamental na seara do processo civil e que não se resume ao mero ingresso em juízo.

Como destaca CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, só tem acesso à ordem jurídica justa quem recebe justiça. Para isso é necessário que, além de ser admitido em juízo, se possa participar, contar com a participação adequada do juiz, e, ao fim, receber um provimento jurisdicional adequado¹³⁵.

O procedimento arbitral possui essa vantagem de contato mais próximo com aquele que vai decidir a causa, assim como de participação mais ativa das partes, o que de fato possibilita o acesso à justiça e a legitima como um equivalente jurisdicional¹³⁶.

A busca pelo método arbitral deve ser compreendida como a busca por uma solução diferenciada da oferecida pelo Estado e como forma de se romper com o “mito” do monopólio estatal de jurisdição¹³⁷.

¹³⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições...**, p. 118.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 115.

¹³⁶ *Idem*. *Ibidem*.

¹³⁷ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem...**, p. 110 e 114.

Parte III - Princípios constitucionais e legitimidade constitucional da arbitragem

7. Aplicação da principiologia constitucional aos conflitos submetidos à arbitragem

O papel do Estado sofreu uma reformulação e este passou a deixar de praticar uma série de atividades. Ocorreu o processo de desestatização de muitos encargos sob a responsabilidade estatal, de forma que se evidenciou a prática de uma atuação conjunta entre os particulares e o Estado.

Como enfatiza VITAL MOREIRA o Estado passou por um processo “desintervenção” econômica, composto por três pilares: privatização, liberalização, desregulação. Mas esse processo não implica a redução da atuação estatal, pois essa se transfere para a prática da atividade regulatória. As atividades, mesmo sendo desenvolvidas por particulares, passam a sofrer um intenso controle estatal¹³⁸.

Essa redefinição do papel do Estado refletiu-se na preocupação de previsões normativas atreladas a valorização do desenvolvimento econômico e também humano, assim acarretando em uma modificação na forma de atuar da Administração Pública.

A Constituição Federal de 1988 modificou diversas concepções verificadas nos textos anteriores, passando a ter um viés muito mais democrático e preocupado com o atendimento dos direitos dos cidadãos.

Essas modificações foram tão significativas que o direito administrativo, assim como outros ramos do direito, passou a ser visto sob o enfoque da Constituição, ou seja, sofreu o “fenômeno da constitucionalização¹³⁹”, passando a

¹³⁸ MOREIRA, Vital. “Serviço Público e concorrência: a regulação no sector eléctrico”. In: **Os Caminhos da Privatização da Administração Pública**. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 226.

¹³⁹ GUSTAVO BINENBOJM destaca: “(...) erige-se hodiernamente a idéia (sic) de constitucionalização do direito administrativo (...) pela adoção dos sistemas de direitos fundamentais e de democracia, tal como instituídos na Constituição (...)”. BINENBOJM, Gustavo. **Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo**. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 07.08.10.

incorporar novos conceitos e ideias advindos de uma visão que tem por base os preceitos constitucionais¹⁴⁰.

Como salienta GUSTAVO BINEBOJM, a Constituição passou a ser uma norma habilitadora da atuação administrativa¹⁴¹.

Um dos exemplos a ser citado é a superação do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado com a prevalência dos direitos fundamentais. Como bem destaca DIOGENES GASPARINI, a aplicação da supremacia do interesse público não implica em se desrespeitar os interesses privados¹⁴². Nesse diapasão MARÇAL JUSTEN FILHO destaca:

A supremacia da Constituição não pode ser mero elemento do discurso político. Deve constituir o núcleo concreto e real da atividade administrativa. Isso equivale a rejeitar o enfoque tradicional, que inviabiliza o controle das atividades administrativas por meio soluções opacas e destituídas de transparência, tais como “discricionariedade administrativa”, “conveniência e oportunidade” e “interesse público”. Essas fórmulas não devem ser definitivamente suprimidas, mas sua extensão e importância têm de ser restringidas à dimensão constitucional e democrática¹⁴³.

As alterações sociais evidenciam, portanto um novo contexto, que exige uma adequação dos direitos e princípios em face de cada caso concreto e não mais de forma meramente abstrata¹⁴⁴¹⁴⁵.

Surge um contexto de “consenso-negociação”¹⁴⁶ entre o âmbito público e privado, que acarreta na identificação entre os interesses públicos e

¹⁴⁰ Mas como bem destaca MARÇAL JUSTEN FILHO: “(...) todas essas modificações não ingressaram de modo imediato e em termos integrais no direito administrativo. Em alguns temas, o conteúdo e as interpretações do direito administrativo permanecem vinculados e referidos a uma realidade sociopolítica que há muito deixou de existir”. (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso...**, p. 76).

¹⁴¹ BINEBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo: Direito Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 131.

¹⁴² GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 20.

¹⁴³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Ibidem*, p.77.

¹⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Ordem Econômica e Agências Reguladoras**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, p. 17, fev./mar./abr., 2005. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 23.09.2008.

¹⁴⁵ Importante ainda lembrar: “A invocação de princípios como os da supremacia do interesse público e da indisponibilidade deste não são aptas a afastar a priori o cabimento da arbitragem em toda e qualquer situação em que a Administração se faça presente. Há de se avaliar, em cada caso concreto, a ocorrência ou não dos requisitos autorizadores da adoção da solução arbitral”. KLEIN, Aline Lícia. **A Arbitragem...**, p. 67.

privados. Há uma crescente exigência de que as soluções dos eventuais conflitos, que decorram dessas relações, sejam encontradas de forma rápida e eficaz. A utilização da arbitragem visa justamente viabilizar essa necessidade.

7.1 Garantias constitucionais: o contraditório e a ampla defesa

No texto constitucional foram elencadas diversas garantias como: contraditório, ampla defesa, as quais são componentes do chamado devido processo legal “due process of law”, previsto no art. 5º, incs. LIV. Tal previsão tem por objetivo afastar escolhas de cunho subjetivo e arbitrárias, bem como garantir a efetividade do processo.

No procedimento arbitral, assim como no judicial, é essencial a observância das garantias decorrentes do devido processo legal. O princípio do contraditório estipula que as partes devem ter ciência dos atos do processo, bem como o direito de se manifestar. É em suma um direito de participação dos interessados no procedimento de solução de litígios. Trata-se de exigência obrigatória ao desenvolvimento da via arbitral, sob pena de nulidade, conforme consta no art. 32, inc. VIII¹⁴⁷.

Como define ALEXANDRE FREITAS CÂMARA: “o contraditório é a garantia de que as partes tomarão conhecimento de todos os atos e termos do processo, podendo ainda manifestar-se sobre os mesmos”¹⁴⁸.

O contraditório é uma garantia não apenas à atuação das partes, mas é também um dever imposto ao juiz, visto que deverá instituir os meios necessários a tal atuação¹⁴⁹.

Deve-se entender o contraditório como o direito de influir no processo e, assim, é preciso que sejam propiciadas condições concretas e não a mera eventualidade de utilização. Para isso será necessário haver uma relação de cooperação, ou seja, de diálogo entre juiz e partes, de maneira que não se apresente mais como mera garantia em relação a eventuais abusos do Poder

¹⁴⁶ GROTTI, Dinorá. **As Agências reguladoras**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, n. 6, p. 17, maio/jun./jul., 2006. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 04.06.2008.

¹⁴⁷ VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. **Poder Judiciário...**, p. 45 e 130.

¹⁴⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem...**, p. 84-85.

¹⁴⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições...**, p. 214-215.

Público, mas como um princípio de dupla abrangência, visto que conta tanto com a participação das partes no processo como com uma atuação eficaz do juiz para instituir os meios adequados para o exercício do contraditório ¹⁵⁰.

A ampla defesa, no mesmo sentido que o contraditório, deve possibilitar aos litigantes apresentarem defesa aos atos que lhe forem imputados. Há diversos mecanismos e técnicas processuais aptos a tal fim e os quais devem ser acessíveis às partes.

7.2 A eficiência como parâmetro de escolha da arbitragem

O meio de solução de litígios arbitral, sem dúvida, está diretamente vinculado ao princípio da eficiência, o qual foi incorporado no caput do art. 37 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional 19/98¹⁵¹.

Os objetivos da reforma administrativa foram traçados com base no atingimento de maior eficiência no desempenho das atividades administrativas.

Nessa esteira aduz DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO:

Entendida, assim, a eficiência administrativa, como a melhor realização possível da gestão dos interesses públicos, posta em termos de plena satisfação dos administrados com os menores custos para a sociedade, ela se apresenta, simultaneamente, como atributo técnico da administração, como uma exigência ética a ser atendida, no sentido weberiano de resultados, e como uma característica jurídica exigível, de boa administração dos interesses públicos¹⁵².

O administrador público passa a ter que compatibilizar a satisfação dos interesses coletivos não apenas com os dispositivos legais, mas também com os meios e formas aptos a atendê-los, ou seja, é necessário escolher meios eficientes

¹⁵⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso...**, p. 108.

¹⁵¹ PAULO MODESTO enfatiza que tal princípio não foi trazido para o texto constitucional com o processo de reforma administrativa, vez que já havia previsão tanto no texto constitucional (inc. II do art. 74 e § 7º do art. 144) como nos posicionamentos doutrinário (vide HELY LOPES MEIRELLES – “dever de eficiência”) e jurisprudencial (RMS 2.201-DF, rel. Min. Abner de Vasconcelos, convocado, j. 7.1.1954, DJU 22.7.1954; REsp 169.876-SP, rel. Min. José Delgado, j. 16.6.1998, DJU 21.9.1998). (MODESTO, Paulo. **Notas para um debate sobre o princípio da eficiência**. Revista Trimestral de Direito Público, n. 31, p. 49-51, 2000)

¹⁵² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso...**, p. 117.

para a consecução de suas atividades. Não sendo mais suficiente orientar a atuação estatal meramente em um comando legal¹⁵³.

Deve-se atentar para o objetivo almejado pela disposição normativa e ponderar no caso concreto qual a medida mais eficiente para atingir determinada finalidade e não mais se promover a “fria e mecânica aplicação da lei¹⁵⁴”.

Como ressalta PAULO MODESTO o princípio da eficiência não pode ser compreendido apenas como uma forma de “otimização” dos meios e redução de custos, sendo necessário observar ainda o aspecto da satisfação dos interesses tutelados pela Administração, ou seja, adoção de meios que levem a resultados qualitativamente satisfatórios¹⁵⁵.

Como enfatiza HUMBERTO BERGMANN ÁVILA, a eficiência requer a atuação administrativa satisfatória em termos quantitativos, qualitativos e probabilísticos. Assim, não é suficiente escolher o meio adequado é preciso adotar meios que promovam os fins desejados de maneira satisfatória¹⁵⁶.

Pode-se exemplificar com a seguinte situação: o Poder Público quando proceder à compra de equipamentos eletrônicos não poderá levar em conta, em algumas situações, apenas a questão do menor valor, pois em alguns casos o bem pode ser mais barato, contudo não a praticidade, a tecnologia e durabilidade serem inferiores, o que não irá acarretar no atingimento satisfatório da finalidade almejada¹⁵⁷.

O princípio da eficiência está atrelado à busca pela via arbitral como modo de solução de litígios. Afinal, é um procedimento muito mais célere e apto a atender demandas de alta complexidade.

À Administração Pública também interessa obter uma solução rápida e eficaz para o conflito, não apenas ao particular deve interessar a agilidade do processo. Nesse sentido, submeter um litígio de cunho meramente patrimonial a árbitros particulares representa uma “otimização” do resultado, haja vista que o

¹⁵³ ARAGÃO, Alexandre Santos. **O princípio da eficiência**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, p. 3-4, nov./dez. 2005, jan. 2006. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 04.07.2010.

¹⁵⁴ SILVA, Almiro do Couto e. **Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo**. In: Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul – RPGE, v. 27, n. 57, p. 13, 2003.

¹⁵⁵ MODESTO, Paulo. **Notas...**, p. 54.

¹⁵⁶ ÁVILA, HUMBERTO BERGMANN. **Moralidade, razoabilidade e eficiência na Atividade Administrativa**. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, v. 01, n. 01, p. 132, abr./mai./jun. 2003.

¹⁵⁷ Ibidem, p. 128.

processo judicial tendo a se prolongar por muitos anos, de forma a reduzir a efetiva proteção do direito em causa.

7.3 Apontamentos acerca do princípio da legalidade

A discussão acerca da aplicabilidade da arbitragem nos casos em que a Administração Pública for parte tem em grande parte como foco a questão do atendimento ao princípio da legalidade.

Um dos argumentos contrários à aplicação da arbitragem é o de que não consta a previsão específica de aplicação da arbitragem nos contratos administrativos¹⁵⁸.

Tal compreensão ignora o fato de que é explícito já no art. 1º da Lei 9.307/96 que as pessoas capazes, como o Estado, podem se submeter à arbitragem. Ademais, não há nenhuma previsão de que adotar tal procedimento seja vedado.

Aliás, existem diversos textos normativos específicos que apresentam a previsão da utilização da arbitragem, como a Lei de Concessões, Lei de Parcerias Público-Privadas, leis do setor de petróleo, energia, portuário e de telecomunicações¹⁵⁹.

Não faz sentido que em alguns contratos firmados com o Poder Público seja permitida a aplicação da arbitragem e em outros não. Esse entendimento se pauta em um legalismo meramente formal.

Ademais, é absurdo impor que cada ato a ser praticado pela Administração tenha que advir de um comando legal específico, pois como enfatiza ODETE MEDAUAR, isso seria inviável e paralisaria a atuação da Administração¹⁶⁰.

Há que se ter em vista o princípio da legalidade sofreu transformações e deve ser compreendido não mais como mera adstrição da Administração ao que for expressamente previsto em lei, pois é necessário que se pautem também nos princípios e regras previstas no ordenamento jurídico¹⁶¹.

¹⁵⁸ Nessa linha adverte LUÍS ROBERTO BARROZO: “é necessária autorização legal para que a Administração possa pactuar em seus ajustes cláusula de arbitragem”. BARROSO, Luís Roberto. **Parecer. Sociedade de economia mista...**, p. 434.

¹⁵⁹ Mais adiante irá se tratar especificamente de tais legislações.

¹⁶⁰ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo...**, p. 124.

¹⁶¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **A Concepção pós-positivista do princípio da legalidade**. Revista de Direito Administrativo, n. 236, p. 64, abr./jun., 2004.

Como aduz RAMÓN MARTÍN MATEO:

La Administración viene condicionada y autorizada en su obrar por lo que determinen la Constitución y los supremos órganos del Estado. Ello no quiere decir que la Administración sea simplemente una minuciosa ejecutora de la Ley. La Administración no se vincula sólo con la Ley propiamente dicha, sino que debemos comprenderla de una forma más amplia, relacionándola con el ordenamiento en su conjunto, con la Constitución también¹⁶².

O princípio da legalidade, portanto não pode ter sua interpretação descolada dos demais princípios, assim como não pode ser distanciado dos valores presentes no texto constitucional.

Assim, também destaca GUSTAVO BINEBOJM:

Toda a sistematização dos poderes e deveres da Administração Pública passa a ser traçada a partir dos lineamentos constitucionais pertinentes, com especial ênfase no sistema de direitos fundamentais (...). A filtragem constitucional do direito administrativo dar-se-á, assim, pela superação do dogma da onipotência da lei administrativa e sua substituição por referências diretas a princípios expressa ou implicitamente consagrados no ordenamento constitucional¹⁶³.

Segundo EDUARDO GARCIA DE ENTERRÍA, todas as normas constitucionais devem ser interpretadas com base na Constituição, independentemente de quem faça essa interpretação, ou seja, tanto operadores públicos quanto privados, tribunais, órgãos legislativos ou administrativos devem ter em vista a supremacia do texto constitucional¹⁶⁴.

Com esse entendimento não se busca negar a significativa importância da Administração Pública se pautar no princípio da legalidade, mas é uma forma de enxergá-la em seu sentido mais amplo, qual seja a juridicidade. Pois, entende que a

¹⁶² MATEO, RAMÓN MARTÍN. **Manual de Derecho Administrativo**. 25 ed., Navarra: Thomson Aranzadi, 2006, p. 74.

¹⁶³ BINEBOJM, Gustavo. **Uma teoria...**, p. 144.

¹⁶⁴ ENTERRIA, Eduardo Garcia de. **La constitucion como norma y el tribunal constitucional**. Madrid: Civitas, 1985, p. 95.

atuação mais adequada seja aquela pautada no direito como um todo e não apenas na lei¹⁶⁵.

Tal afirmação não significa que a atividade administrativa deixe de pautar sua atuação na lei, mas que pode encontrar fundamento também na Constituição. Ademais, isso implica em não se ter mais uma vinculação adstrita apenas à lei, porque quando for preciso se valorizar o regramento constitucional está pode inclusive ser contrariada¹⁶⁶.

Nesse diapasão defende ALEXANDRE SANTOS ARAGÃO:

(...) evoluiu-se para se considerar a Administração Pública vinculada não apenas à lei, mas a todo um bloco de legalidade, que incorpora valores, princípios e objetivos jurídicos maiores da sociedade (...) esta formulação é uma via de mão dupla: serve tanto para restringir a ação da Administração Pública não apenas pela lei, mas também pelos valores e princípios constitucionais¹⁶⁷.

Portanto, defender a impossibilidade de utilização da arbitragem com base no princípio da legalidade é se pautar em uma visão limitada do princípio da legalidade, o qual deve ser entendido em sua plenitude e não mais como mera adstrição de uma conduta ao disposto no texto legal, tendo em vista que deve respeitar a todo o ordenamento¹⁶⁸.

Como argumenta SABINO CASSESSE, é desnecessário e equivocado exigir previsões a todos os casos, pois basta que exista um regramento geral para que se atenda ao princípio da legalidade¹⁶⁹.

Na legislação brasileira há tanto a Lei 9.307/96, que funciona como um regramento geral, como leis específicas.

¹⁶⁵ Nesse sentido: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso...**, p. 87. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 50.

¹⁶⁶ BINEBOJM, Gustavo. **Uma teoria...**, p. 38.

¹⁶⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **A Concepção...**, p. 63.

¹⁶⁸ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo...**, p.123-125.

¹⁶⁹ CASSESSE, Sabino. **L'arbitrato nel diritto amministrativo**. Milão: Giuffrè, RTDP n. 2, p. 313,1996.

7.3.1 Considerações acerca da eleição de foro prevista na Lei 8.666/93

Não há como deixar de mencionar a polêmica que envolve a Lei 8.666/93, que trata das normas gerais de licitações e contratação. O § 2º do art. 55 do referido diploma estabelece: “Nos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar necessariamente cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual, salvo disposto no art. § 6º do art. 32¹⁷⁰ desta lei”.

Em decorrência da previsão contida no art. 11 da Lei 9.307/96, as partes, quando se submetem à arbitragem, passam a ter liberdade de estipular o local ou os locais em que serão praticados os atos referentes ao procedimento arbitral. De fato, não há um procedimento rígido como o verificado no processo judicial¹⁷¹. Diante disso, verifica-se uma divergência na doutrina acerca da compatibilidade de tal dispositivo e a utilização da via arbitral.

Existe parcela da doutrina¹⁷² que, pautada em uma visão mais constitucional do direito administrativo, entende pela interpretação de tal dispositivo conforme a Constituição. Assim, optam pela impossibilidade de a Administração Pública aplicar o § 2º do art. 55 da Lei 8.666/93 em decorrência da sua inconstitucionalidade.

Argumenta-se pela ausência de razoabilidade no critério previsto na Lei 8.666/93, visto que obsta à Administração a escolha do foro mais adequado para propor a demanda, impedindo que se adote a solução mais benéfica.

Outro critério para aludir à inconstitucionalidade está pautado no art. 109 do texto constitucional¹⁷³. Verifica-se nesse dispositivo a possibilidade do foro

¹⁷⁰ Art. 32, § 6º O disposto no § 4º deste artigo, no § 1º do art. 33 e no § 2º do art. 55 não se aplica às licitações internacionais para aquisição de bens e serviços cujo pagamento seja feito com o produto de financiamento concedido por organismo financeiro internacional de que o Brasil faça parte, ou por agência estrangeira de cooperação, nem nos casos de contratação com empresa estrangeira, para a compra de equipamentos fabricados e entregues no exterior, desde que para este caso tenha havido prévia autorização do Chefe do Poder Executivo, nem nos casos de aquisição de bens e serviços realizada por unidades administrativas com sede no exterior.

¹⁷¹ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem...**, p. 183-184.

¹⁷² Nessa linha FERRAZ, Rafaella. **Arbitragem...**, p. 105.

¹⁷³ Art. 109, § 1º As causas em que a União for autora serão aforadas na seção judiciária onde tiver domicílio a outra parte, § 2º: As causas intentadas contra a União poderão ser aforadas na seção judiciária em que for domiciliado o autor, naquela onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou, ainda, no Distrito Federal.

ser modificado. Afinal, pode, por exemplo, o foro ser vinculado ao domicílio do autor, ao local onde houver ocorrido ato ou fato que originar a demanda ou onde se situar a coisa¹⁷⁴.

Nesse sentido, MARÇAL JUSTEN FILHO salienta que a obrigatoriedade da cláusula de eleição de foro conflita em partes com o disposto na Constituição, pois não é correto restringir o particular da possibilidade de escolha do foro para litigar com a União, conforme estabelecido no art. 109, § 2º da Constituição Federal¹⁷⁵.

Para esse jurista, o mais importante é que seja definida a jurisdição brasileira como competente, de forma que pouco importa se o foro será no Distrito Federal ou em outra localidade¹⁷⁶.

Fica claro, então, que a preocupação do dispositivo da Lei 8.666/93 é em restringir o foro da controvérsia ao território brasileiro. Assim, não se pode concluir que exista alguma vedação a utilização de cláusula compromissória. Outros autores, inclusive, enfatizam pela compatibilização da norma prevista na Lei 8.666/93 com a arbitragem¹⁷⁷.

A previsão da utilização do foro da sede da Administração deve ser compreendida em relação às situações em que estejam em causa direitos que não serão submetidos à arbitragem.

Afinal, a obrigatoriedade de se adotar o foro da sede da Administração para que o particular possa dirimir seus conflitos pela via da arbitragem destoa dos princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade, pois apenas diante do caso concreto se poderá saber qual a melhor opção para a Administração Pública.

Como bem adverte ALINE LÍCIA KLEIN, com as modificações promovidas na Lei 8.987/95 passou a haver previsão legal que admite que o contrato estipule tanto cláusula de foro como de arbitragem¹⁷⁸.

A convivência entre cláusula compromissória e eleição de foro pode parecer antagônica, mas tal impressão é meramente aparente¹⁷⁹. Oportuno

¹⁷⁴ FERRAZ, Rafaella. *Ibidem*, p. 103-104.

¹⁷⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários...**, p. 717-718.

¹⁷⁶ *Idem*. *Ibidem*, p. 717.

¹⁷⁷ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem...**, p.64-65.

¹⁷⁸ KLEIN, Aline Lícia. **A Arbitragem...**, p. 86.

ressaltar que a arbitragem, diferentemente do que se pode pensar, não é um meio absolutamente desvinculado da atuação do Judiciário. Pelo contrário, há casos em que será necessário recorrer ao poder jurisdicional, como nos casos de imposição de medidas coativas, obtenção de medidas cautelares e cumprimento de sentença arbitral.

O próprio art. 25 da Lei 9.307/96 prevê: “Sobrevindo no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento, o árbitro ou o tribunal arbitral remeterá as partes à autoridade competente do Poder Judiciário, suspendendo o procedimento arbitral”.

Assim, evidencia-se que a estipulação prevista na Lei de Licitações é cabível, mas apenas para as circunstâncias que sejam obrigatoriamente relacionadas ao Judiciário.

Afirma CARLOS ALBERTO CARMONA que a existência de cláusula compromissória e outra de eleição de foro são desejáveis. Basta para isso que sejam bem delineadas, deixando evidente se há ou não vontade em se submeter à arbitragem. Não sendo, portanto razoável compreender que a presença de uma invalide a da outra¹⁸⁰⁻¹⁸¹.

Aliás, o Decreto 2.300/86¹⁸², após as alterações promovidas pelo Decreto-Lei 2.348/87¹⁸³, passou a prever a possibilidade de aplicação do juízo arbitral nas questões referentes às concorrências internacionais. O foro previsto para dirimir qualquer questão contratual era o Distrito Federal.

¹⁷⁹ CARMONA, Carlos Alberto. Considerações sobre a cláusula compromissória e a eleição de foro. Considerações sobre a cláusula compromissória e a eleição de foro. In: LEMES, Selma; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (coords.). **Arbitragem. Estudos em homenagem ao Professor Guido Fernando da Silva Soares, in Memoriam**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 36.

¹⁸⁰ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem...**, p. 38.

¹⁸¹ Mas há autores que interpretam o dispositivo da Lei 8.666/93 como uma vedação da aplicação da arbitragem. Confirmam-se: LEE, João Bosco. **Arbitragem...**, p. 53; BARROSO, Luís Roberto. **Parecer – Sociedade de Economia Mista...**, p. 432.

¹⁸² Art. 45 Parágrafo único: Nos contratos com pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas no estrangeiro deverá constar, necessariamente, cláusula que declare competente o foro do Distrito Federal, para dirimir qualquer questão contratual, vedada a instituição de juízo arbitral.

¹⁸³ Art. 45 Parágrafo único: Nos contratos celebrados pela União ou suas autarquias, com pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar, necessariamente, cláusula que declare competente o foro do Distrito Federal, para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no art. 13 do art. 25, permitido nesse caso o juízo arbitral.

A Lei 8.666/93 revogou este decreto-lei e passou a deixar de mencionar que todas as questões contratuais fossem submetidas ao foro do Distrito Federal, evidenciando o anseio de elastecer tal critério.

Mas omitiu-se o legislador no tocante à arbitragem. Deixou o art. 55, § 2º com uma lacuna, pois o Decreto-lei 2.300/86 inicialmente previa a vedação do juízo arbitral nos contratos celebrados com pessoas domiciliadas no estrangeiro, o que de fato passou a ser explicitamente admitido com a posterior alteração de 1987. Isso permite compreender o atual dispositivo como lacunoso¹⁸⁴.

Interessante ainda o apontamento apresentado na decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal proferida no MS 1998002003066-9 (DF) de relatoria da Des. Nancy Andrichi¹⁸⁵, que se pautou em uma interpretação “*a contrario sensu*” do art. 45 do Decreto-lei nº 2.300/86, ou seja, admitiu a arbitragem nos contratos com pessoas físicas e jurídicas domiciliadas no Brasil, tendo em vista que a vedação se limitava a pessoas domiciliadas fora do país¹⁸⁶.

Autores como ARNOLDO WALD e ADILSON ABREU DALLARI reforçam o cabimento da arbitragem com base no próprio art. 54 da Lei 8.666/93, vez que admite a aplicação supletiva dos princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

Assim, a partir da análise deste dispositivo e da própria Lei 9.307/96, pode-se compreender pela aplicação da via arbitral aos contratos firmados à luz da Lei 8.666/93.

Inclusive, já há um Projeto de Lei da Câmara (de n. 32/2007), em trâmite no Senado Federal, que prevê, em seu art. 40, § 5º, a inclusão de mecanismos privados para solução de disputas, inclusive a inclusão da arbitragem, no âmbito da Lei 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos)¹⁸⁷.

¹⁸⁴ FERREIRA NETTO, Cássio Telles. **Administração Pública...**, p. 38 e ss.

¹⁸⁵ TJDF, MS 1998.002.003.066-9/DF, rel. Des. Nancy Andrichi, DO 18.09.99.

¹⁸⁶ TIBURCIO, Carmen. **A arbitragem envolvendo a administração pública**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 60, 31/12/2008. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4307. Acesso em 03/08/2010.

¹⁸⁷ Art. 40 (...) § 5º O edital poderá prever 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. Tal dispositivo foi incluído no Senado Federal.

7.4 Aspectos concernentes à segurança jurídica

Um dos princípios fundamentais ao ordenamento jurídico é o da segurança jurídica. Já é reconhecido na própria jurisprudência¹⁸⁸ que a segurança jurídica possui dois aspectos diferenciados. Do ponto de vista subjetivo, consiste na proteção da confiança das pessoas. Já o aspecto objetivo pode ser relacionado com os limites impostos ao Estado para que possa fazer retroagir seus atos, como no caso da coisa julgada, ato jurídico perfeito e direito adquirido¹⁸⁹.

Importante retratar sobre o princípio da segurança jurídica, não apenas porque é um dos princípios basilares de nosso ordenamento, mas porque uma interpretação mais restritiva dele pode ensejar posicionamentos meramente mantenedores do *status quo*¹⁹⁰.

Como bem enfatiza ALEXANDRE SANTOS ARAGÃO: “Uma interpretação/aplicação da lei que não esteja sendo capaz de atingir concreta e materialmente os seus objetivos, não pode ser considerada como a interpretação mais correta”¹⁹¹.

Sabe-se que é da própria essência da segurança jurídica proporcionar estabilidade nas relações, ou seja, impedir que os cidadãos sejam surpreendidos com modificações que obstaculizem o exercício de seus direitos¹⁹². Ocorre que não pode ser entendido como um princípio absoluto, sob pena de se impedir inovações necessárias para a satisfação dos interesses em causa.

Em vista do novo contexto do direito administrativo, muito mais dinâmico e atrelado a relações de cooperação e colaboração, impõem-se a busca por novas soluções, como a aplicação da arbitragem para solucionar conflitos que

¹⁸⁸ “Quando está em jogo a anulação de ato administrativo, cabe ao julgador equacionar a autotutela da Administração no controle de sua atuação, levando em consideração os princípios do interesse público, da segurança jurídica, em seus aspectos objetivo (estabilidade das relações jurídicas) e subjetivo (proteção à confiança), bem como o da boa-fé” (MS 13.669-DF, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 22.5.2010).

¹⁸⁹ Confira-se SILVA, Almiro do Couto e. **O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99)**. In: Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul – RPGE, v. 27, n. 57, p.36, 2003.

¹⁹⁰ SILVA, Almiro do Couto e. **O princípio da segurança...**, p. 38.

¹⁹¹ ARAGÃO, Alexandre Santos. **O princípio da eficiência**, p. 2.

¹⁹² BARROSO, Luís Roberto. Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o Novo Código Civil. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes Rocha (coord.). **Constituição e Segurança Jurídica**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 140.

envolvam direitos patrimoniais disponíveis. Não há como se entender que apenas a decisão judicial pode proporcionar uma segurança aos cidadãos.

A própria Lei 9.307/96 preocupa-se em dotar o procedimento arbitral de mecanismos capazes de gerar segurança jurídica, quando equipara os efeitos da sentença arbitral ao da sentença judicial (art. 31). Muito embora seja possível o Judiciário exercer controle sobre a nulidade dessa decisão, consoante art. 32 da Lei 9.307/96, o fato é que o mérito não pode ser rediscutido pelo Judiciário.

Oportuno mencionar os ensinamentos de ALMIRO DO COUTO E SILVA:

o futuro não pode ser um perpétuo prisioneiro do passado, nem podem a segurança jurídica e a proteção à confiança se transformar em valores absolutos, capazes de petrificar a ordem jurídica, imobilizando o Estado e impedindo-o de realizar as mudanças que o interesse público estaria a reclamar. (...) Entre esses dois pólos trava-se a luta entre o novo e o velho dentro do Estado, ao qual caberá escolher os instrumentos jurídicos que lhe permitam aproximar-se o mais possível do ideal de justiça material (...¹⁹³).

A liberdade de escolha do procedimento e a informalidade que regem a arbitragem não violam a segurança jurídica, pelo contrário, são métodos calcados na proporcionalidade, vez que asseguram um método mais adequado à solução concreta.

7.5 Princípios intrínsecos ao procedimento arbitral

7.5.1 *Imparcialidade do árbitro*

Uma garantia que ganha relevo na análise do instituto da arbitragem é a da imparcialidade do árbitro, a qual não deve ser compreendida como um fim em si mesmo, pois tem por objetivo propiciar às partes um tratamento isonômico.

Importante salientar que a imparcialidade não se confunde com a neutralidade, ou seja, deve haver um distanciamento entre os litigantes e o objeto em causa, mas não com os meios e valores que serão utilizados para se obter uma solução ao conflito¹⁹⁴.

¹⁹³ SILVA, Almiro do Couto e. **O princípio da segurança jurídica**, p. 38.

¹⁹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições...**, p. 200-201.

Na seara do processo civil atribui-se à imparcialidade a noção de que o magistrado é imparcial porque não tem nenhum vínculo pessoal com a demanda que julga e leva em conta os valores sociais e não seus próprios interesses. Portanto, o juiz seria um “terceiro, estranho” que julga a lide¹⁹⁵.

A própria Lei 9.307/96, em seu art. 13, § 6º, determina os parâmetros de atuação dos árbitros: “*No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discricão*”¹⁹⁶.

Consoante ressalta CARLOS ALBERTO CARMONA: “a parcialidade do julgador (qualquer julgador) torna inidôneo o processo (qualquer processo). Se não houver garantia para as partes de que o julgador seja equidistante em relação aos litigantes e indiferente quanto ao resultado do processo, não poderá haver justiça”¹⁹⁷.

O critério da imparcialidade, de acordo com ANTÔNIO LEITE PINTO, possui um aspecto objetivo, também denominado independência, e outro subjetivo que seria a imparcialidade propriamente dita. A independência estaria atrelada à existência de interesses do árbitro em relação futura com a parte ou ainda pelo vínculo decorrente de relações atuais ou passadas, implicando na suscetibilidade a ordens e pressões externas, ou seja, a aspectos extrínsecos à arbitragem. Já a imparcialidade interfere nos aspectos psíquicos do árbitro, que podem levá-lo a propiciar privilégios a uma das partes¹⁹⁸.

7.5.2 *Livre convencimento ou persuasão racional*

O art. 21, § 2º prevê como requisito à atuação do árbitro o livre convencimento, que também é conhecido como princípio da persuasão racional. Não se confunde com uma atuação arbitrária, pelo contrário, vincula o julgador aos parâmetros legais para proceder à valoração das provas produzidas no procedimento arbitral¹⁹⁹.

¹⁹⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso...**, p. 118.

¹⁹⁶ JOÃO BOSCO LEE ressalta que o critério de imparcialidade está vinculado a um estado psicológico, ou seja, possui conotação subjetiva, enquanto a independência como situação de fato ou de direito pode ser analisada sob um enfoque objetivo. (LEE, João Bosco. **Arbitragem...**, p. 128).

¹⁹⁷ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem...**, p. 254.

¹⁹⁸ PINTO, Antônio Leite. **Independência, Imparcialidade e Suspeição de Árbitro**. Revista Brasileira de Arbitragem, n. 25, p.110-111, jan./fev./mar. 2010.

¹⁹⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem...**, p.87.

É preciso que exista uma motivação para a decisão adotada pelo árbitro e que essa valoração seja exercida com base em requisitos previamente definidos em lei. Não obstante, as partes podem modificar alguns critérios, como a inversão do ônus da prova²⁰⁰.

Os motivos pelos quais o árbitro vai valorar cada prova irão variar conforme o seu livre convencimento, que será avaliado pelas partes com base na fundamentação apresentada.

O árbitro, a exemplo do que faz o juiz, não julga conforme sua consciência, com base em argumentos pessoais, porque será necessário argumentar a formação de sua decisão. Todas as provas apresentadas serão sopesadas com base em critério legais e estipulações feitas pelas partes, para que se possa concluir o resultado do litígio.

ALEXANDRE FREITAS CÂMARA defende a aplicação do princípio da persuasão racional, inclusive para arbitragens por equidade. Embora, possa o árbitro decidir sem se embasar em regramentos legais não poderá se pautar em fato não comprovado.²⁰¹

Como bem assevera JOSÉ EMILIO NUNES PINTO, a prova é produzida para contribuir com o livre convencimento dos árbitros e caberá a esses estabelecer se há ou não necessidade de produzi-la. Podem, portanto os árbitros indeferirem a produção de prova pericial sem que isso acarrete em cerceamento de defesa. Ademais, a produção de prova deve ser encarada com maior flexibilidade no procedimento arbitral. Em cada caso concreto deve se verificar a necessidade de inversão da produção das provas. Em alguns casos, por exemplo, pode ser mais útil ao procedimento que seja produzida a prova testemunhal antes da pericial²⁰².

7.5.3 Isonomia

Os princípios até agora esboçados de alguma forma implicam na exigência da isonomia entre as partes, a qual é prevista no *caput* do art. 5º da Constituição Federal. A igualdade a que se refere é a igualdade substancial, ou seja, aquela pautada na ideia de que não é permitido se estabelecer diferenciações entre

²⁰⁰ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem...**, p. 254.

²⁰¹ Ibidem, p.89.

²⁰² PINTO, José Emilio Nunes. **Anotações práticas sobre a produção de prova na arbitragem.** Revista Brasileira de Arbitragem. n. 25, p. 12-13, jan./fev./mar. 2010.

pessoas que possuam os mesmo atributos, ou seja, iguais, afinal apenas nas situações de desigualdade entre as partes que se poderia vislumbrar um tratamento diferenciado, mas apenas e tão somente na medida da desigualdade verificada no caso concreto²⁰³.

Possibilitar o contraditório e a ampla defesa possibilita às partes que atuem de forma isonômica na condução do procedimento arbitral. Afinal, são possibilitadas as mesmas oportunidades. Além disso, a imparcialidade visa que o árbitro não seja imbuído de subjetivismos que impeçam a satisfação dos direitos da parte que efetivamente possui razão.

A presença de tais garantias, portanto possibilitam um balanceamento processual adequado ao atingimento da melhor forma de satisfação dos interesses em causa.

7.5.4 Da plasticidade, informalidade e oralidade

O princípio da plasticidade permite às partes pactuarem um procedimento próprio. Não há como no processo jurisdicional um procedimento único e rígido, pois a liberdade de escolha e atuação das partes é que irão delinear o procedimento.

Outro princípio que tendencialmente rege a arbitragem é o princípio da informalidade ou da “desformalização”, como salienta ALEXANDRE CÂMARA FREITAS. Aliás, esse autor diferencia a “desformalização” em duas facetas: em relação ao processo (busca de um processo mais célere, econômico e menos burocrático) e em relação às controvérsias (busca por vias alternativas ao Judiciário)²⁰⁴.

O procedimento arbitral também pauta-se no princípio da oralidade. Não se traduz apenas uma forma de privilegiar a oratória. É muito mais um mecanismo para conferir maior dinamicidade, visto que possibilita um contato muito mais próximo com o julgador da causa, um exemplo é a inquirição do perito na própria audiência.

²⁰³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso...**, p.83-84.

²⁰⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem...**, p. 83.

A produção de prova oral contribui para uma obtenção mais satisfatória dos fatos que envolvem a controvérsia e por isso é preciso que seja utilizada de forma útil a contribuir com o esclarecimento dos árbitros²⁰⁵.

Já quanto ao prazo para se proferir a sentença aplica-se o princípio da concentração dos atos processuais, fixando-se um prazo para que esta seja definida, o que implica em um grau de segurança muito maior às partes.

Como destaca VINCENZO VIGORITI:

In arbitrato, tutti i protagonisti devono sapere che il tempo da gestire è quello, e che (salve ipotesi residuali) basta che una sola parte si opponga perché nessuna proroga sia ammissibile. (...) Insomma, la decisione delle parti (di una di esse) di no concedere agli arbitri proroghe per la pronuncia del lodo può essere irritante, ma è del tutto legittima e va rispettata (...²⁰⁶).

O procedimento, como já mencionado, não é rígido, podendo sofrer modificações que permitam uma correlação maior entre os mecanismos empregados e a solução a ser atingida. A imposição de prazos não pode ser vista sob um aspecto meramente formal, pois no processo arbitral o objetivo é obter efetivamente uma solução para o conflito.

Assim, há uma forte tendência de se evitar soluções meramente formalistas, como a mera extinção do processo por descumprimento do prazo pactuado para se proferir a sentença, aplicam-se, portanto atenuações às preclusões.

7.5.5 *Boa-fé e venire contra factum proprium*

A boa-fé é um princípio de grande importância para o exercício da atividade administrativa e sua aplicação no âmbito da arbitragem também é bastante relevante. A previsão normativa pode ser tanto explícita (parágrafo único, inc. IV do art. 2º da Lei 9.784/99), como implícita (caput do art. 37 da Constituição Federal). Nesse último caso, decorre do princípio da moralidade, visto que orienta uma

²⁰⁵ PINTO, José Emilio Nunes. **Anotações...**, p. 18.

²⁰⁶ VIGORITI, Vincenzo. **Quale fra...**, p. 154-155.

atuação pautada na seriedade, lealdade para o atingimento de determinados fins, sem que se prestigiem preferências pessoais²⁰⁷.

A violação de uma prática pautada no princípio da boa-fé gera inclusive uma descrença dos particulares²⁰⁸ em relação à Administração Pública, o que, na seara contratual, pode acarretar na diminuição dos investimentos feitos em parceria com o Poder Público, por exemplo.

Em diversas situações o Poder Público pactua a previsão de arbitragem, mas no momento de aplicá-la alude à indisponibilidade de direitos. Esse é um típico exemplo, no qual fica patente a violação do princípio da boa-fé, vez que no momento de firmar o contrato entendeu por ser cabível a aplicação de tal mecanismo, como forma, em muitos casos, de atrair a negociação com particulares. Posteriormente, por razões meramente egoísticas e de cunho protelatório entende por invalidar a convenção arbitral²⁰⁹.

Desprestigia-se o princípio da boa-fé quando se tenta impedir à aplicação da arbitragem nas situações que envolvem nitidamente direitos disponíveis. Tal prática não é o que se espera da Administração Pública.

O caso mencionado ainda serve para ilustrar o princípio do *venire contra factum proprium*, que consiste em vedar o comportamento contraditório. Principalmente, a Administração Pública compete atentar a esse princípio, visto que o trato de suas atribuições deve ser feito com seriedade.

7.5.6 O princípio da *kompetenz-kompetenz*

Nas arbitragens firmadas com o Poder Público, como já mencionado, frequentemente se verifica o argumento de que o interesse envolvido em causa é indisponível.

Nessas situações é preciso se ter muita cautela, porque de fato, em algumas situações podem-se vislumbrar em causa direitos indisponíveis, mas, em regra, da análise da própria jurisprudência constata-se que tal alegação é

²⁰⁷ ÁVILA, HUMBERTO BERGMANN. **Moralidade...**, p. 108-109.

²⁰⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Curso...**, 23 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 87.

²⁰⁹ SCHWIND, Rafael Wallbach. As Anti-suit Injunctions nas arbitragens que envolvem a Administração Pública. In. PEREIRA; Cesar Augusto Guimarães; TALAMI, Eduardo (coord.). **Arbitragem e Poder Público**, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 215-216.

meramente procrastinatória, visto que se faz presente mesmo quando os elementos em causa sejam dotados de disponibilidade²¹⁰.

Ressalte-se que em nosso ordenamento a arbitragem possui caráter facultativo, sendo assim, não há obrigatoriedade de se optar pela via arbitral. Ocorre que uma vez que se adote a cláusula compromissória é imperioso respeitá-la.

A Administração Pública, ao indicar a concordância pela adoção da via arbitral, gera uma expectativa no particular contratante. Isso pode implicar na redução dos custos da contratação, por exemplo, haja vista a maior segurança para se solucionar eventual inadimplemento. Portanto, compete aos agentes públicos terem responsabilidade no exercício de suas atividades e assumirem as consequências de suas opções.

Como destaca EDOARDO RICCI:

As teses restritivas acerca da competência e dos poderes dos árbitros, como as teses favoráveis às intervenções do Poder Judiciário na arbitragem, com a finalidade de controle, escondem, às vezes, implícita premissa ideológica: a ideia de certa superioridade da jurisdição estatal sobre a jurisdição privada (...). Tais teses revelam a convicção de que a jurisdição privada mereça menor confiança do que a jurisdição do Poder Judiciário²¹¹.

Nesse sentido, importante se compreender pela aplicação de mecanismos que possibilitem a consolidação da arbitragem, como o princípio da *Kompetenz-Kompetenz*.

Tal princípio decorre de construções doutrinárias alemãs e refere-se à possibilidade de um tribunal arbitral decidir sobre sua própria competência, ou seja, proceder à análise de existência e validade da cláusula compromissória²¹²⁻²¹³.

²¹⁰ “In casu, por se tratar tão somente de contrato administrativo versando cláusulas pelas quais a Administração está submetida a uma contraprestação financeira, indubitável o cabimento da arbitragem. Não faria sentido ampliar o conceito de indisponibilidade à obrigação de pagar vinculada à obra ou serviço executado a benefício auferido pela Administração em virtude da prestação regular do outro contratante. A arbitragem se revela, portanto como o mecanismo adequado para a solução da presente controvérsia” (MS 11.308/DF, rel. Min. Luiz Fux, 1ª S, j. 09.04.2008, DJe 19.05.2008).

²¹¹ RICCI, Edoardo Flavio. **Lei de Arbitragem Brasileira. Oito anos de reflexão: questões polêmicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 66.

²¹² TIBURCIO, Carmen. O princípio da *Kompetenz-Kompetenz* Revisto pelo Supremo Tribunal Federal de Justiça Alemão (*Bundesgerichtshof*). In: LEMES, Selma; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (coords.). **Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 426.

Como enfatiza JOÃO BOSCO LEE, o juiz, ao decidir sobre a competência do árbitro para apreciar determinada controvérsia, afasta a possibilidade de aplicação do princípio da *Kompetenz-Kompetenz*²¹⁴.

A Lei de Arbitragem Brasileira aborda em seu art. 8º que cabe ao árbitro decidir sobre a sua própria competência²¹⁵. Além disso, evidencia que não há correlação entre o plano de validade do contrato e da cláusula compromissória, na medida em que a nulidade de um não implica na do outro.

A sistemática adotada pela legislação brasileira prestigia a aplicação da arbitragem, o que de fato demonstra um avanço na compreensão e aplicação de tal instituto²¹⁶. É um avanço inclusive em termos de direito comparado, pois na própria Alemanha opta-se por uma vinculação com o Poder Estatal para se decidir sobre a validade da cláusula compromissória e por consequência acerca da competência do árbitro²¹⁷.

Como ressalta CARMEN TIBURCIO o Tribunal alemão, no início de 2005, optou por modificar o alcance do princípio da *Kompetenz-Kompetenz*, para que a partir de então o Poder Estatal decidisse sobre o assunto, mesmo que as partes houvessem disposto o contrário no instrumento contratual²¹⁸.

As partes deixam, assim, de poder impor a autonomia da vontade. Aliás, o Judiciário nem precisa mais aguardar a manifestação do Tribunal arbitral para decidir sobre a competência, o que de certa forma desprestigia a correta compreensão do instituto.

A legislação brasileira, ao reconhecer à incidência do princípio da *Kompetenz-Kompetenz* e incentivar a apreciação das questões concernentes à

²¹³ Assegura JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR: “Não caberá ao Estado-juiz decidir acerca da existência, validade ou eficácia da convenção de arbitragem ou do contrato que contenha a cláusula compromissória (...)”. (FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem...*, p. 193).

²¹⁴ LEE, João Bosco. *Arbitragem...*, p. 98.

²¹⁵ Art. 8º “A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória. Parágrafo único: Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória”.

²¹⁶ Afinal, em tempos pretéritos a prática brasileira impossibilitava que a cláusula compromissória fosse um instrumento vinculativo, de modo que em caso de rejeição pela adoção da via arbitral as partes seriam meramente indenizadas.

²¹⁷ TIBURCIO, Carmen. *O princípio...*, p. 434.

²¹⁸ *Ibidem*, p. 425-427.

cláusula compromissória, bem demonstra a preocupação em se conferir máxima eficácia à convenção de arbitragem²¹⁹.

8. Aspectos constitucionais da arbitragem

Oportuno ressaltar alguns aspectos relativos à constitucionalidade da arbitragem, visto que permitem colocar em relevo alguns argumentos centrais à compreensão adequada do procedimento arbitral.

O Supremo Tribunal Federal já concluiu pela constitucionalidade da cláusula compromissória²²⁰, bem como da Lei 9.3907/96, no âmbito do processo de homologação de sentença estrangeira 5206-7 (MBV Commercial and Export Mangement Establishment X Resil Indústria e Comércio Ltda.), julgado em 12.12.2001.

O Ministro Sepúlveda Pertence entendeu pela inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 6º, art. 7º e seus parágrafos da Lei de Arbitragem, vez que impedem o Poder Judiciário de apreciar controvérsias. Muito embora tenha ressaltado o cabimento da arbitragem quando estiverem em causa direitos disponíveis e a cláusula compromissória for celebrada mediante exercício da autonomia da vontade das partes²²¹.

Nessa linha, o Ministro. Néri da Silveira salientou, em seu voto vista, que a Lei 9.307/96 não poderia impor nem a cláusula compromissória e nem o compromisso, uma vez que devem derivar da autonomia da vontade das partes e não de uma imposição legal, pois corresponderia à subtração da atuação do Judiciário²²².

²¹⁹ PITOMBO, Eleonora C. Os efeitos da Convenção de Arbitragem – Adoção do Princípio Kompetenz-Kompetenz no Brasil. In: LEMES, Selma; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (coords.). **Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 337.

²²⁰ Adverte EDUARDO TALAMINI que o Supremo Tribunal Federal nunca questionou a constitucionalidade da arbitragem, mas apenas a eficácia da cláusula compromissória. TALAMINI, Eduardo. **Arbitragem...**, p.336.

²²¹ Veja-se trecho do Voto do Ministro Sepúlveda Pertence: “Não creio que – com relação às primeiras - as sentenças arbitrais brasileiras – à sua equiparação às sentenças judiciais se possa opor a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário” (AgR na SE 5206-7/2001, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 12.12.2001, DOU 19.12.2001)

²²² Nesse sentido: PRUDENTE, Antônio de Souza. **Inconstitucionalidade da Lei de Arbitragem** (publicado no Correio Braziliense, 4.11.96). Apud. Dantas, FRANCISCO WIWO LACERDA. **Breves considerações...**, p. 241.

De fato, não há incompatibilidade entre o dispositivo constitucional previsto no inc. XXXV do art. 5º e as previsões da Lei de Arbitragem, na medida em que as partes são livres para pactuarem ou não a cláusula compromissória. Assim, respeitá-la não representa afronta ao monopólio da jurisdição, pelo contrário, representa uma preocupação em não se burlar o que foi pré-estabelecido no contrato.

Ademais, a própria Lei 9.307/96 menciona a arbitragem como *possibilidade* colocada à disposição do particular e da própria Administração Pública, como se pode verificar da simples leitura do art. 1º ao 3º²²³.

O Ministro. Marco Aurélio destacou, em seu voto, que o inc. XXXV do art. 5º da Constituição refere-se não às partes, mas ao legislador. Além disso, compreende que tal dispositivo pretende conferir maior liberdade, não sendo possível utilizá-lo para se restringir direitos. Enfatiza ainda que não decorre da leitura do dispositivo a existência de obrigatoriedade das partes em submeter o litígio ao Poder Judiciário.

Assim, defende JUVÊNIO VASCONCELOS VIANA: “Não é a lei que exclui a lide da apreciação do Poder Judiciário, mas sim a vontade das partes. A *lex magna* apenas garante (não obriga) o acesso ao Judiciário. (...) A vedação do art. 5º, XXXV, é dirigida ao legislador e não aos sujeitos que precisam resolver o litígio²²⁴”.

A Ministra Ellen Gracie aduziu que a garantia constitucional prevista no inc. XXXV do art. 5º tem por objetivo assegurar o acesso ao Judiciário, tendo em vista que foi criada em contexto que os cidadãos precisavam de proteção contra a atuação de governos autoritários. Observa a Ministra que negar a possibilidade de se conferir validade à cláusula compromissória implica em obstar a utilização de via mais expedita para se solucionar um conflito.

Como destaca CÁSSIO TELLES FERREIRA NETTO:

conceber o instituto da arbitragem na forma disposta na Lei n. 9.307/96 como inconstitucional, implica afirmar que qualquer ato de resolução de controvérsias, como uma negociação, por

²²³ Confira-se FERRAZ, Rafaella. **Arbitragem em Litígios Comerciais com a Administração Pública: exame a partir da principalização do direito administrativo**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 113.

²²⁴ VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **Notas sobre a jurisdição e meios alternativos de solução de litígios**. Revista Dialética de Direito Processual, n.9, p. 68.

exemplo, só seria válido se homologado pelo juiz. Seria preciso, ainda, para sustentar que o juízo arbitral não poderia subsistir em face da Constituição Federal vigente, admitir o absurdo de não se poder renunciar a direitos disponíveis²²⁵.

Portanto, não merecem prosperar os entendimentos de que o devido processo legal e a necessidade de submissão ao Poder Judiciário²²⁶ são entraves à utilização da arbitragem, pelo contrário, o dispositivo legal do art. 5º, inciso XXXV, qual seja “nenhuma lesão ou ameaça a direito será excluída da apreciação do Judiciário”, não está excluindo a possibilidade de se recorrer ao Poder Judiciário, mas abrindo possibilidade de escolha às partes, que estiverem diante de direitos disponíveis²²⁷.

Para MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS a tese pela inconstitucionalidade da cláusula compromissória e da própria Lei 9.307/96 deve ser afastada. Enfatiza que não há violação do inc. XXXV do art. 5º da Constituição Federal, pois as decisões arbitrais estão sujeitas à jurisdição estatal²²⁸, para exemplificar destaca que a sentença arbitral como título executivo dependerá da atuação do Judiciário para ser executada²²⁹.

Frequentemente, a Administração tende a descumprir as previsões de arbitragem nos contratos firmados, ou seja, no momento em que foi firmado o contrato havia concordância com a arbitragem, mas, posteriormente, opta-se por frustrar a confiança dos particulares, o que de fato, demonstra um flagrante desrespeito.

²²⁵ FERREIRA NETTO, Cássio Telles. **Administração Pública...**, p. 21.

²²⁶ Vide § 4º do art. 141 da Constituição de 1946 e inc. XXXV do art. 5º do atual texto Constitucional.

²²⁷ Ademais, a Constituição Federal de 1967 também fazia menção tal a essa garantia no § 4º do art. 153 e a utilização da arbitragem, o que mais uma vez demonstra que a preocupação da garantia de apreciação das controvérsias pelo Judiciário não se relaciona com a arbitragem. Aliás, PEDRO BATISTA MARTINS enfatiza que tal dispositivo é mais atrelado às situações de violação dos princípios democráticos e atuações impositivas por parte do Estado. (MARTINS, Pedro Batista. **A arbitragem e o art. 5º, XXXV, da Constituição de 1988**. In: Revista de Direito Civil, São Paulo, n. 77, p. 230, jul./set. 1996).

²²⁸ Ressalte-se que mesmo havendo previsão de controle por parte do Judiciário, este não está autorizado a reavaliar o mérito da decisão arbitral. (VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. **Poder Judiciário...**, p. 95).

²²⁹ Mas adverte EDOARDO FLAVIO RICCI que a interpretação do art. 5º, inc. XXXV ou se pauta na liberdade das partes para estabelecerem a arbitragem e excluir a atuação do Judiciário ou no entendimento de que não se exclui a participação do Judiciário, porque se pode, por exemplo, impugnar a sentença arbitral, conforme art. 32 da Lei 9.307/96. Aduz esse jurista que entender pelas duas formas de interpretação é tentar conciliar o inconciliável. Ainda menciona que a previsão constitucional aludida apenas refere-se à possibilidade de opção pela via arbitral e que não há como compatibilizá-la para explicar as eventuais interferências do Poder Judiciário no procedimento arbitral. (RICCI, Edoardo Flavio. **Lei de Arbitragem...**, p. 58-59).

Desde que a convenção de arbitragem seja decorrente da livre manifestação das partes, ou seja, caracterize-se por uma opção das partes em submeterem seus litígios à via arbitral, não há como se entender que exista ofensa ao princípio do monopólio do Poder Judiciário.

Ainda, discute-se com relação à constitucionalidade do art. 8º da Lei 9.307/96, que prevê a competência do árbitro para decidir questões relativas à validade da cláusula compromissória.

JOSÉ DE ALBUQUERQUE ROCHA alude a três motivos para atribuir inconstitucionalidade a tal dispositivo. O primeiro é o entendimento de que o árbitro não poderia julgar em causa própria, ou seja, seria contraditório julgar sobre a cláusula da qual deriva seu poder. Já o segundo, consiste na violação do princípio da ampla defesa, tendo em vista que não será possível recorrer ao Judiciário, bem como pelo fato da parte só poder pleitear a anulação do procedimento após o proferimento da sentença arbitral. O terceiro consiste na indisponibilidade da matéria sobre existência, validade e eficácia dos contratos²³⁰.

Tais argumentos são desconstituídos, na medida em que a arbitragem não envolve direitos indisponíveis, afinal um de seus pressupostos é tratar de controvérsias de direitos patrimoniais e disponíveis. Não há qualquer violação à ampla defesa, pelo contrário, ela configura-se em um requisito para a própria validade da sentença arbitral²³¹. Ademais, o procedimento adotado tende a privilegiar a celeridade processual e evitar adoção de meios protelatórios, por isso se afasta, em regra, a utilização de recursos²³².

A previsão contida, no art. 8º da Lei 9.307/96, propicia à cláusula compromissória autonomia em relação ao contrato, implica em maior segurança à própria cláusula arbitral, porque evita a interferência do Judiciário e respeita a própria vontade das partes em se valerem de uma via diversa da judicial²³³. Tal situação ensejaria a redução da celeridade na obtenção da solução da controvérsia.

²³⁰ ROCHA, José Albuquerque. **Lei de arbitragem: uma avaliação crítica**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 21.

²³¹ TALAMINI, Eduardo. **Arbitragem...**, p.336.

²³² RICCI, Edoardo Flavio. **Lei de Arbitragem...**, p. 52-56.

²³³ LEE, João Bosco. **Arbitragem...**, p. 72.

Ademais, o Judiciário poderá invalidar a decisão arbitral, que deixar de atender aos princípios do devido processo legal, mediante ação anulatória ou embargos à execução da sentença arbitral²³⁴.

²³⁴ TALAMINI, Eduardo. **Arbitragem...**, p.212.

PARTE IV – Alguns aspectos da arbitragem com o Poder Público

9. Arbitragem administrativa ou arbitragem no direito administrativo?

Uma questão que surge quando a Administração Pública compõem um dos pólos da arbitragem é a seguinte: a arbitragem será diferenciada, ou seja, uma arbitragem administrativa ou deve se entender pela aplicação da arbitragem no direito administrativo?

De fato, não há um consenso se as peculiaridades concernentes à Administração Pública implicam na existência de um tipo específico de arbitragem, qual seja a arbitragem administrativa.

Na doutrina portuguesa, por exemplo, há diversos autores que se dedicam a tal questão; um deles é JOSÉ LUÍS ESQUÍVEL, que ressalta a existência de dois significados distintos para arbitragem administrativa. O primeiro deles está relacionado com a possibilidade da própria Administração Pública decidir litígios entre particulares, como no caso das Agências Reguladoras. Já o segundo significado corresponderia a uma natureza administrativa, quando a arbitragem for aplicada aos contratos administrativos, pois o tribunal arbitral exerceria uma função jurisdicional como se fosse um tribunal administrativo²³⁵.

Já para ANA PAZ FERREIRA DA CÂMARA PERESTRELO DE OLIVEIRA não há uma arbitrabilidade administrativa distinta da arbitrabilidade comum, da mesma forma que não existe uma arbitragem de direito comum e de direito administrativo. Afirma que a tentativa de fragmentação da arbitragem é um argumento improcedente, pois não há como desnaturar sua natureza jurídica, apenas em função de uma das partes ser um ente público. Afinal, é um mecanismo comum a todo o direito e não restrito ao âmbito do direito privado, pois o critério para balizar sua aplicação é a disponibilidade de direitos²³⁶.

De fato, diversos autores se posicionam pela aplicação da arbitragem no direito administrativo e reconhecem que há peculiaridades nessa aplicação, mas que de maneira alguma isso justificaria uma separação estrutural tão rígida²³⁷.

²³⁵ ESQUÍVEL, José Luís. **Os contratos administrativos...**, p. 296 e 307.

²³⁶ OLIVEIRA, Ana Paz Ferreira da Câmara Perestrelo de. **Arbitragem...**; p. 73 e 82.

²³⁷ Nessa linha: CASSESSE, Sabino. **L'arbitrato...**, Milão: Giuffrè, RTDP n. 2, 1996, p. 317. CASARI, Vittorio Gasparini. **L'arbitrato nelle controversie amministrative: considerazioni preliminari**. IDE, n. 1, 1993, p. 78. Apud ESQUÍVEL, José Luís. **Os contratos administrativos...**, p. 296.

Esta parece ser a posição mais adequada, tendo em vista que a legislação geral utilizada para a arbitragem é a mesma. Além do que, algumas das especificidades aplicadas não desnaturam o instituto da arbitragem, o que leva a concluir que aplicam-se meros temperamentos aos mecanismos da arbitragem.

Como destaca PAULO OSTERNACK AMARAL, quase todas as vantagens da arbitragem aplicada entre particulares se estendem à Administração Pública. Ressalta que as prerrogativas atribuídas a Fazenda Pública não se aplicam ao processo arbitral, caso o fossem representariam uma desvantagem em relação aos particulares. Argumenta que tal prerrogativa tende a desaparecer do próprio processo judicial, pelo menos, é o que fica evidente das recentes reformas legislativas. O autor lembra, nesse sentido, o art. 1º da Lei 10.352/2001, que conferiu nova redação ao art. 475 do Código de Processo Civil ²³⁸.

A prerrogativa de benefícios processuais à Administração só poderá ser aplicada quando não constituir um privilégio ou não decorrer de interesses econômicos, sob pena de se ferir o princípio da igualdade. Além do que, conceder prazos maiores a uma das partes implicaria na redução da celeridade do procedimento arbitral sem que estivessem em causa direitos indisponíveis, visto que a arbitragem está adstrita à seara dos direitos patrimoniais disponíveis²³⁹.

Passa-se agora ao exame de alguns pontos em que se avultam especificidades quando presente na arbitragem à Administração Pública.

9.1 Local

O artigo 11 da Lei 9.307/6 abre uma margem de liberdade para as partes escolherem o local em que será proferida a sentença, bem como o local em que se desenvolverá o procedimento arbitral.

O juízo arbitral, na prática, tende a desenvolver-se em mais de um local, de maneira que o compromisso, a oitiva de testemunhas e própria sentença podem ser proferidos em locais distintos.

O local em que for proferida a sentença arbitral será o foro competente para propor a ação de nulidade em face da decisão arbitral. Ante a ausência de

²³⁸ AMARAL, Paulo Osternack. **Vantagens...**, p.343.

²³⁹ ALMEIDA, Lise de. COSTA, Sérgio de Freitas. **Prerrogativas da Administração Pública no Processo Arbitral: um Imperativo?** Revista Brasileira de Arbitragem, n. 25, p. 78, jan./fev./mar. 2010.

indicação de um local para ser proferida a sentença, poderá se valer do local em que foi desenvolvida a arbitragem. Na hipótese de haver mais de um local entende-se que qualquer um seria válido²⁴⁰.

Há ainda que se aclarar sobre a diferenciação entre “sede da arbitragem” e “local da arbitragem”. Destaca CARLOS ALBERTO CARMONA que a lei brasileira não se preocupou em definir a primeira expressão, visto que menciona apenas o local onde se desenvolverá a arbitragem, sendo irrelevante ao nosso ordenamento aludir-se a “sede da arbitragem”²⁴¹. Mas, há entendimento no sentido de que são termos equivalentes²⁴².

Para JOÃO BOSCO LEE, em alguns ordenamentos, como o argentino e paraguaio, o local da sentença arbitral terá correspondência com o local da sede do tribunal arbitral, mas no caso brasileiro poderá haver dissociação, o que confere maior flexibilidade ao procedimento.

Agora, é preciso ter em vista que há previsões legais, como o art. 23-A da Lei 8.987/95²⁴³ e o art. 11 da Lei 11.079/04²⁴⁴, em que se determinou a obrigatoriedade da arbitragem firmada com o Poder Público ser realizada no Brasil.

Aqui, vale lembrar, mais uma vez, o entendimento de JOÃO BOSCO LEE, no sentido de que na arbitragem interna o direito a ser aplicado deve ser o direito interno, porque, diferentemente, do direito internacional não há interesses que precisem ser harmonizados por diferentes legislações²⁴⁵.

Assim, tais dispositivos só caracterizarão uma especificidade da arbitragem no âmbito do direito administrativo, caso a outra parte não possua domicílio no país.

²⁴⁰ ALVIM, José Eduardo Carreira. **Comentários...**, p. 86-87.

²⁴¹ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem...**, nota 124, p. 184.

²⁴² Confira-se também: BRAGUETTA, Adriana. **A importância...**, p. 18.

²⁴³ Art. 23-A O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei 9.307, de 26 de setembro de 1996.

²⁴⁴ Art. 11 (...) 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 9.307/96, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

²⁴⁵ LEE, João Bosco. **Arbitragem...**, p. 178 e ss.

9.2 Idioma

Outro aspecto a ser enfatizado, em relação aos diplomas das concessões e parcerias público-privadas, é o idioma. Há a exigência de que arbitragem seja feita em língua portuguesa. Mas tal exigência não pode ser compreendida como uma vedação a utilização concomitante de outros idiomas, como no caso da oitiva de testemunhas. Tal requisito tem por escopo evitar que a arbitragem seja realizada em outros idiomas e por árbitros que sequer conheçam a realidade jurídica brasileira.

Como aduz MARÇAL JUSTEN FILHO tanto a exigência de o idioma ser a língua portuguesa como o local da arbitragem o território brasileiro permitem a valorização da relação tridimensional do direito, que se produz pela conjugação das normas, dos fatos e dos valores. Para isso, o árbitro deve conhecer o contexto social em que se insere a controvérsia a ser decidida, sob pena de serem proferidas decisões completamente contraditórias a natureza do próprio direito brasileiro²⁴⁶.

9.3 Ponderações acerca do sigilo em face do princípio da publicidade

O sigilo é uma das grandes vantagens atribuídas à arbitragem, sobretudo, na área comercial, pois grandes empresas, que possuem *know-how* em determinadas áreas, tendem a primar pelo sigilo das questões envolvidas no procedimento arbitral²⁴⁷.

No âmbito do Poder Público, sabe-se que a publicidade é um dos princípios que norteia sua atuação. Questiona-se frequentemente se o sigilo seria um fator impeditivo à realização da arbitragem.

Primeiramente, é preciso se ter em vista que a aplicação da confidencialidade das questões envolvidas no processo arbitral não pode ser encarada como um requisito obrigatório, mas, sim, como uma vantagem que as partes possuem a disposição²⁴⁸.

A aplicação e alcance do sigilo são delineados pela vontade das partes. Ressalta JOSÉ CRETELLA NETO que tal requisito já tem sido mitigado,

²⁴⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso...**, p. 769-770.

²⁴⁷ CRETELLA NETO, José. **Quão sigilosa é a arbitragem?** Revista de Arbitragem e Mediação, n. 25, p. 44, abr./jun., 2010.

²⁴⁸ AMARAL, Paulo Osternack. **Vantagens...**, p.340-341.

inclusive, na área comercial, sendo necessário que as partes estabeleçam acordos prévios para definirem os limites e alcances da confidencialidade²⁴⁹.

O caso da Esso Australia Resources Ltd. e BHP Petroleum (North West Shelf) Pty. Ltd, sobre comercialização de gás natural, foi paradigmático para a questão da confidencialidade no procedimento arbitral, pois estabeleceu limites para a divulgação de informações e relativizou a preservação do sigilo²⁵⁰.

Como visto tal requisito não é obrigatório e será mitigado quando a Administração Pública for compor um dos pólos do litígio. Afinal, suas atividades e ações são pautadas no princípio da publicidade, previsto no caput do art. 37 da Constituição Federal.

E tal princípio deve, consoante ANTÔNIO CARLOS CINTRA DO AMARAL, ser compreendido sob um enfoque mais abrangente, ou seja, sob o viés da transparência nas relações administrativas²⁵¹. É de suma importância que as partes possam também ter acesso às informações sobre o funcionamento e organização da estrutura administrativa, até como forma de controle da atuação dos agentes estatais.

Mas é preciso deixar claro, que o próprio processo judicial comporta, excepcionalmente, o trâmite em “segredo de justiça”, conforme expresso no art. 155 do Código de Processo Civil; inc. IX do art. 93 da Constituição Federal. Em casos excepcionais poderá a Administração restringir a publicidade, o que bem demonstra não ser um princípio absoluto.

9.4 Arbitragem institucional e *ad hoc*

As partes poderão convencionar se a arbitragem será vinculada a uma instituição arbitral ou não²⁵². A arbitragem *ad hoc* é desenvolvida por árbitros desvinculados de qualquer instituição. De modo geral, os litígios mais complexos e

²⁴⁹ CRETELLA NETO, José. **Quão sigilosa...**, p. 55-57, 2010.

²⁵⁰ Idem. Ibidem.

²⁵¹ AMARAL, Antonio Carlos Cintra do. **O princípio...**, p. 16.

²⁵² Em regra, há essa faculdade de escolha pela arbitragem institucional ou *ad hoc*, mas é importante ressaltar uma exceção contida na lei mineira que trata das PPP's - Lei 14.868/2003. Em seu art. 13, § 1º fica estabelecido que a arbitragem a ser adotada é a institucional. Veja-se: “Na hipótese de arbitragem, os árbitros serão escolhidos dentre pessoas naturais de reconhecida idoneidade e conhecimento da matéria, devendo o procedimento ser realizado de conformidade com regras de arbitragem de órgão arbitral institucional ou entidade especializada”.

de maior valor econômico são submetidos à arbitragem institucional, ou seja, contam as partes com a estrutura de uma entidade especializada em arbitragem²⁵³.

Portanto, a distinção entre arbitragem institucional e *ad hoc* refere-se ao modo como será organizado o procedimento arbitral²⁵⁴.

As instituições arbitrais, de modo geral, possuem um regulamento, relação de árbitros, que possibilitam às partes maior segurança no desenvolvimento do procedimento²⁵⁵.

Mesmo quando as partes não optarem por recorrer a uma das entidades arbitrais, poderão indicar no contrato o regulamento de alguma delas, como base para a solução do litígio.

10. Equidade

A partir da análise dos critérios utilizados pelos árbitros para solucionarem um litígio, podemos classificar a arbitragem de duas formas: de direito ou por equidade²⁵⁶.

A arbitragem de direito, como a própria denominação já sugere, consiste em se recorrer ao ordenamento jurídico para fundamentar a decisão arbitral. Diferentemente, no julgamento por equidade o árbitro poderá julgar sem se limitar às normas de direito. Nessa hipótese, poderá decidir valendo-se de critérios diferentes dos previstos nas normas como até contrários, mas, apenas quando à aplicação da norma se mostrar inadequada. Aliás, mesmo quando se optar pelo julgamento por equidade, não será o árbitro obrigado a afastar a aplicação da lei positiva, na medida em que ela se mostre adequada ao caso concreto²⁵⁷.

Segundo adverte LUIZ FERNANDO DO VALE DE ALMEIDA GUILHERME, a equidade não se confunde com os princípios gerais de direito, visto que será aplicada apenas quando não houver mais nenhuma solução normativa prevista.

²⁵³ LIMA, Sérgio Mourão Corrêa. **Arbitragem: aspectos fundamentais**. 1. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 13.

²⁵⁴ GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Arbitragem...**, p. 51.

²⁵⁵ Algumas das entidades arbitrais são: ICC (International Chamber of Commerce); UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law); AAA (American Arbitration Association); Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, Comissão de Arbitragem da Câmara Internacional de Comércio do Brasil, ARBITAC (vinculada à Associação Comercial do Paraná), CAIEP (Câmara de Arbitragem das Indústrias do Estado do Paraná).

²⁵⁶ GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. *Ibidem*, p. 47.

²⁵⁷ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem...**, p. 77.

Essa solução pode advir desde normas constitucionais até de regulamentos. Nos casos em que se verificarem lacunas, impede que, primeiramente, os árbitros recorram à analogia²⁵⁸.

Portanto, a equidade serve como um recurso a ser utilizado apenas quando se esgotar a previsão contida no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, que prevê a utilização de: analogia, costumes e princípios gerais de direito²⁵⁹.

Como destaca SELMA FERREIRA LEMES, a sentença por equidade deve ser compreendida como aquela, na qual as partes autorizam um julgamento de acordo com a consciência e prudência do árbitro, sem que isso importe na obtenção de uma decisão arbitrária ou na renúncia de direitos²⁶⁰.

A equidade é um mecanismo que possui basicamente cinco funções: *interpretativa* (a regra será adequada com base no caso concreto, sempre pautada em critérios de proporcionalidade e igualdade); *quantificadora* (quando a aplicação da norma determina uma quantificação, o valor será realizado proporcionalmente); *supletiva* (aplicada quando a norma for omissa); *corretiva* (forma de coibir excessos e equilibrar a relação contratual) e a *substitutiva* (quando as particularidades do caso concreto exigem que seja aplicada solução diversa da prevista em lei)²⁶¹.

O Código de Processo Civil determina em seu art. 127 que: “O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei”. Já na arbitragem o árbitro dependerá da vontade das partes em escolher tal critério.

Muito embora o art. 2º da Lei de Arbitragem saliente a opção das partes em optar por recorrer à arbitragem, no âmbito do procedimento arbitral firmado com o Poder Público, tendem os autores, com base no princípio da legalidade e até mesmo da juridicidade, a desconsiderarem a aplicação da equidade²⁶².

Essa vedação da aplicação da equidade configura-se, portanto uma peculiaridade da arbitragem firmada com o Poder Público.

²⁵⁸ GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Arbitragem...**, p. 48.

²⁵⁹ Idem. Ibidem.

²⁶⁰ LEMES, Selma Ferreira. A Arbitragem e a Decisão por Equidade no Direito Brasileiro e Comparado. In: LEMES, Selma; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (coords.). **Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 226-227.

²⁶¹ LEMES, Selma Ferreira. **A Arbitragem e a Decisão...**, p. 126.

²⁶² KLEIN, Aline Lícia. **A Arbitragem...**, p. 100; AMARAL, Paulo Osternack. **Vantagens...**, p. 335-336.

PARTE V – Previsão arbitral em legislações específicas

11. Previsões em setores regulados

A previsão da utilização da arbitragem para além da previsão geral contida na Lei 9.307/96 está presente no âmbito dos alguns setores específicos.

11.1 Portuário e de serviços aéreos

É preciso atentar que nessas legislações, além da menção a utilização da arbitragem como solução extrajudicial de litígios, há também referência a um procedimento em que o ente regulador atua como “árbitro”. Essa situação não se refere propriamente à arbitragem, mas a uma espécie de processo administrativo, que estará sujeito a recurso e ao controle por parte do Judiciário²⁶³.

Veja-se a previsão constante na Resolução 126/03 da ANTAQ²⁶⁴:

Art. 29 Além das cláusulas essenciais mencionadas no art. 28, o contrato conterá disposições relativas à obrigação da arrendatária de: (...) XXI - submeter-se à arbitragem da Autoridade Portuária, na hipótese do inciso X do art. 44, observado o disposto no § 1º do mesmo artigo, assegurado o direito de recurso à ANTAQ; (...) Art. 44: Incumbe à Autoridade Portuária, além das demais atribuições e prerrogativas previstas, na legislação, no contrato e nesta Norma: (...) X - arbitrar, em âmbito administrativo, mediante solicitação de qualquer das partes, o preço dos serviços que não estiverem descritos na relação a que se refere o inciso XV do art. 29 e que não puderem ser prestados aos usuários por terceiros, quando não for alcançado acordo entre as partes.

Como bem adverte LUIZA RANGEL MORAES a arbitragem praticada pelos entes reguladores não se confunde com a arbitragem propriamente dita,

²⁶³ Como destacam HELENA CAETANO DE ARÁUJO E JOSÉ CLÁUDIO LINHARES PIRES: “a agência exerce uma função da administração pública idêntica à do julgador nos processos administrativos, a qual em geral, não afasta o recurso ao Judiciário da parte que se sentiu prejudicada com a decisão”. ARÁUJO, Helena Caetano de; PIRES, José Cláudio Linhares. *Regulação e arbitragem nos setores de serviços públicos no Brasil: problemas e possibilidades*. Revista da Administração Pública, n. 34, set./out, p. 24, 2000. Apud. CARDOSO, André Guskow. As agências reguladoras e a arbitragem. In: PEREIRA, César Augusto Guimarães, TALAMINI, Eduardo (coords.). **Arbitragem e Poder Público**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 48.

²⁶⁴ A ANTAQ foi criada pela Lei 10.233/2001, a qual prevê nos arts. 35 inc. XVI e 39 inc. XI a aplicação da arbitragem para solucionar questões relativas ao contrato de concessão e permissão e a execução deste.

porque a atuação exercida por eles desenvolve-se no curso de um processo administrativo. Nesse sentido, seria compatível estabelecer a previsão de recurso à Agência Reguladora com a submissão da decisão à apreciação do Judiciário, podendo inclusive ser suprimida a vontade das partes, pois esse procedimento se equipara a um a procedimento administrativo normal²⁶⁵⁻²⁶⁶.

Tanto no âmbito da ANTAQ como da ANAC verifica-se apenas aplicação da arbitragem como espécie de procedimento administrativo, conforme disposto na Lei 10.233/01 (inc. XVI do art. 35)²⁶⁷ e Decreto 5.731/06 (inc. VII do art. 9º do Anexo I)²⁶⁸, respectivamente.

11.2 Telecomunicações

Ao examinar a previsão contida na Lei Geral de Telecomunicações 9.472/97, MARIA SILVIA ZANELLA DI PIETRO também enfatiza que a arbitragem prevista no âmbito das agências reguladoras não confunde com a prevista na Lei 9.307/96. Enfatiza que a decisão proferida pela agência sempre será passível de apreciação por parte do Judiciário, diferentemente do que ocorre com a sentença arbitral²⁶⁹.

Oportuno enfatizar que no caso do setor de telecomunicações a Lei 9.472/97 no inc. XV do art. 93²⁷⁰ e inc. X do art. 120²⁷¹ menciona a necessidade de se estipular nos contratos de concessão tanto o foro como o modo para se solucionar eventuais litígios. É possível se aplicar nos conflitos concernentes a esses contratos também a arbitragem propriamente dita.

²⁶⁵ MORAES, Luiza Rangel. **Arbitragem...**, p. 83-85.

²⁶⁶ Nesse JOSÉ LUÍS ESQUÍVEL alude à expressão "atividade administrativa arbitral". In: **Os contratos administrativos...**, p. 81.

²⁶⁷ Art. 35 O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais as relativas a: (...) XVI – regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem

²⁶⁸ Anexo I - Art. 9º No exercício de seu poder normativo e de coordenação, supervisão e fiscalização dos serviços aéreos e da infra-estrutura (sic) aeronáutica e aeroportuária, cabe à ANAC disciplinar, dentre outros aspectos, a outorga, a exploração, a administração e a utilização dos serviços aéreos e de infra-estrutura (sic), com vistas a: (...) VII - arbitrar conflitos de interesses;

²⁶⁹ DI PIETRO, MARIA SYLVIA ZANELLA. **Parcerias na Administração Pública**. 4. ed., São Paulo: Atlas, 2002, p. 384.

²⁷⁰ Art. 93 O contrato de concessão indicará: XV o foro e o modo para solução extrajudicial das divergências contratuais.

²⁷¹ Art. 120 A permissão será formalizada mediante assinatura de termo, que indicará: X o foro e o modo para solução extrajudicial das divergências contratuais.

11.3 Transporte terrestre e marítimo

Também é prevista à aplicação da arbitragem no setor de transporte rodoviário de cargas (art. 19 da Lei 11.442/2005)²⁷². Já no âmbito do setor ferroviário encontra-se a Lei 8.693/93 que determina à aplicação da arbitragem nos contratos de crédito externo vinculados ao Tesouro Nacional.

11.4 Petróleo e Gás

Com relação ao setor de petróleo e gás a Lei 9.478/97, editada para regular as alterações promovidas pela EC 9/95, que admitiu particulares na exploração e produção de petróleo e gás natural, também menciona a utilização de meios alternativos à via judicial.

Na Lei 9.478/97 o art. 20²⁷³ apresenta previsão de que o regimento interno da ANP²⁷⁴ definiria o procedimento para solução de controvérsias, com ênfase na conciliação e no arbitramento.

A menção ao termo “arbitramento” levanta discussões na doutrina, porque nem todos entendem que pode haver correspondência de tal termo com a arbitragem.

MARIA D'ASSUNÇÃO COSTA MENEZELLO entende que a alusão a arbitramento não elimina a possibilidade de utilização de mecanismos extrajudiciais na solução de conflitos²⁷⁵. Entretanto, compreende CARLOS ALBERTO CARMONA que os termos arbitragem e arbitramento não se confundem²⁷⁶, visto que o primeiro é um meio de solucionar controvérsias e o segundo uma forma de integrar um elemento faltante em um contrato²⁷⁷.

²⁷² Art. 19. É facultado aos contratantes dirimir seus conflitos recorrendo à arbitragem.

²⁷³ Art. 20: O regimento interno da ANP disporá sobre os procedimentos a serem adotados para a solução de conflitos entre agentes econômicos, e entre estes e usuários e consumidores, com ênfase na conciliação e no arbitramento.

²⁷⁴ O regimento interno da ANP apresenta no art. 36 os casos em que será possível se aplicar a conciliação e o arbitramento (Art. 36: Para os fins previstos no art. 20 da Lei nº 9.478, de 1997, a ANP, mediante conciliação e arbitramento, atuará de forma a: I - dirimir eventuais divergências entre os agentes econômicos e entre estes e usuários e consumidores).

²⁷⁵ MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. **Comentários à Lei do Petróleo**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 99-104.

²⁷⁶ Nesse sentido confira-se: ESQUÍVEL, José Luís. **Os contratos administrativos ...**, p. 81.

²⁷⁷ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem...**, p. 25.

Nessa mesma linha, CARMEN TIBURCIO e SUZANA MEDEIROS enfatizam que a previsão contida na lei do petróleo não se refere à arbitragem, mas a um procedimento administrativo²⁷⁸. Dessa maneira, a previsão contida no referido artigo da Lei 9.478/97 não faz alusão à arbitragem.

Aliás, o próprio art. 19 do Decreto 2.455/98 menciona que a ANP atuará na mediação ou arbitramento de conflitos decorrentes da regulação, contratação e fiscalização das indústrias de petróleo, distribuição e revenda de seus derivados, ressaltando que a decisão será proferida apenas no âmbito administrativo.

Mas no setor de petróleo também há menção a arbitragem enquanto modo de solução de litígios. Conforme se depreende da leitura do inc. X do 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”.

Para JOSÉ ALBERTO BUCHEB tal dispositivo atende a exigência de previsão legal e abarca, além do âmbito internacional, o interno²⁷⁹. Com esse mesmo entendimento CARMEN TIBURCIO e SUZANA MEDEIROS enfatizam que se há previsão da arbitragem internacional, não haveria motivo para se impedir a aplicação no âmbito interno²⁸⁰.

Outro aspecto relevante é a menção prevista no art. 43 da Lei de Petróleo, qual seja a previsão da arbitragem como “cláusula essencial”. A rigor, há autores que entendem pela não obrigatoriedade dessa previsão legal, vez que apenas autorizaria a utilização da via arbitral, de maneira que caberia à ANP estipular qual a forma de solução de conflitos a ser adotada²⁸¹.

Dessa forma, JOAQUIM DE PAIVA MUNIZ expõe que tal previsão refere-se apenas às matérias disponíveis a que se referirem os contratos de concessão, haja vista que não são todos os casos abarcados de interesse público.

²⁷⁸ TIBURCIO, Carmen; MEDEIROS, Suzana. **Arbitragem na indústria do petróleo no direito brasileiro**. Revista de Direito Administrativo, n. 241, Rio de Janeiro: Renovar, p.57-58, jul./set., 2005.

²⁷⁹ BUCHEB, José Alberto. **A arbitragem na indústria do petróleo**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, n. 1, Belo Horizonte: Fórum, p. 31, jan./mar., 2003.

²⁸⁰ Ibidem, p. 64.

²⁸¹ Nessa linha confira-se: BUCHEB, José Alberto. Ibidem, p. 30.

Portanto, o art. 43 seria considerado um permissivo legal específico que autoriza expressamente o uso da arbitragem no âmbito do setor de petróleo²⁸².

Observa LUIZA RANGEL DE MORAES que outro argumento a corroborar a validade de tal dispositivo está balizado nas previsões legais contidas nos art. 25 e 32 da Lei 9.307/96, os quais permitem a intervenção do Poder Judiciário tanto em relação à nulidade da cláusula compromissória quanto em relação a controvérsias sobre direitos indisponíveis que possam surgir no curso da arbitragem²⁸³.

11.5 Energia Elétrica

A Lei 10.848/04 é o marco regulatório do setor de energia elétrica. Tal dispositivo modificou a Lei 10.433/02, que dispunha sobre a reestruturação do setor elétrico. Com essa alteração promovida em 2004 o mercado de energia passou a ser regulado e não mais autorregulado. Contudo, no âmbito da solução de controvérsias não foram apresentadas novas modificações.

Uma discussão relevante que se trava nesse setor é em relação às resoluções expedidas pela ANEEL que contemplam a obrigatoriedade da utilização da arbitragem.

No inc. IX da Resolução 31/02 da ANEEL consta: “assinatura de termo aditivo aos Contratos Iniciais e equivalentes contemplando *fórmula compulsória de solução das controvérsias, para que a ANEEL instaure “ex officio”, caso as partes não o façam em prazo determinado, sem prejuízo da atuação subsidiária da ANEEL na arbitragem de controvérsias*²⁸⁴”.

No âmbito do Mercado Atacadista de Energia Elétrica (MAE) foram editadas normas regulamentadoras que previam a arbitragem. Tanto na Resolução

²⁸² MUNIZ, Joaquim de Paiva. **Os limites da arbitragem nos contratos de concessão de exploração e produção de petróleo e gás natural**. Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 1, n. 2, p. 97, maio/ago. 2004.

²⁸³ MORAES, Luiza Rangel. **Arbitragem...**, p. 82-83.

²⁸⁴ Aliás, para que fossem celebrados os termos aditivos, para obtenção de recomposição da tarifa extraordinária, seria necessário comprovar que não havia nenhuma demanda judicial em curso e que não seria proposta nem futuramente.

73/2002 (art. 35) como na Resolução 102/2002 (art. 11) da ANEEL ficou estabelecida a obrigatoriedade de adesão à convenção arbitral²⁸⁵.

Posteriormente à extinção do MAE, foi criada a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica e, consoante se observa no art. 17 da Resolução 109/2004, também se aprovou a previsão de cláusula arbitral obrigatória: “Os Agentes da CCEE deverão cumprir as seguintes obrigações (...): I – aderir à Convenção Arbitral²⁸⁶”. Aliás, para que fossem celebrados os termos aditivos para obtenção de recomposição da tarifa extraordinária seria necessário comprovar que não havia nenhuma demanda judicial em curso e que não seria proposta nem futuramente.

Como já exposto, um elemento essencial ao procedimento arbitral é a autonomia da vontade. O particular tem direito em optar por empregar esta via, mas seria lícito obrigá-lo adotar tal procedimento?

Há argumentos, como o de JOSÉ EMÍLIO NUNES PINTO, pela constitucionalidade dessa previsão obrigatória da arbitragem, na medida em que os membros comercializadores de energia teriam concordado em Assembleia pela possibilidade de submissão dos conflitos à arbitragem²⁸⁷.

Esse posicionamento carece de fundamentação, visto que os futuros comercializadores não teriam adotado a tal previsão normativa.

Assim, cabe expor o pensamento de CLÁVIO DE MELO VALENÇA FILHO no sentido de que a arbitragem compulsória deve ser compatibilizada com o inc. XXXV do art. 5º da Constituição Federal. Nesse sentido, será equiparada a um procedimento administrativo cujo objeto poderá ser reapreciado pelo Judiciário²⁸⁸.

Contudo, ressalte-se que em algumas situações será aplicada à arbitragem prevista na Lei 9.307/96, conforme art. 58 da Resolução 109/2004: “Os Agentes da CCEE e a CCEE deverão dirimir, por intermédio da Câmara de

²⁸⁵ Art. 35 Os agentes do MAE, em virtude da elevada especificidade do mercado e dos elementos que se afiguram como potenciais fontes de controvérsia e litígio, para a solução de conflitos, deverão celebrar, em um prazo de 30 (trinta dias) a contar da publicação da Convenção definitiva do MAE, uma Convenção Arbitral adotando processo de arbitragem e, para tanto, instituir seu respectivo Regulamento; Art. 11 A adesão à Convenção Arbitral é obrigatória para todos os agentes do MAE, conforme determina o § 3º do art. 2º da Medida Provisória nº 29/2002.

²⁸⁶ Consoante determina o art. 58 dessa Convenção os Agentes da CCEE e a CCEE devem dirimir os conflitos por intermédio de uma Câmara de Arbitragem.

²⁸⁷ Confira-se PINTO, José Emilio Nunes. **A Arbitragem na comercialização de energia elétrica**. Revista de Arbitragem e Mediação, n. 9, p. 182, abr./jun., 2006.

²⁸⁸ VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. **Poder Judiciário...**, p.72.

Arbitragem, todos os conflitos que envolvam direitos disponíveis, nos termos da Lei 9.307/96 (...).”

12. Concessões (Lei 11.196/2005 – Introdução do artigo 23-A)

A partir da década de 90, adotou-se um modelo gerencial de administração pública, por meio do qual foram reduzidas as atribuições estatais. Nesse contexto adotou-se a utilização das concessões de serviços públicos, tal modalidade foi regulamentada pela Lei 8.987/95, pode ser sinteticamente definida como a transferência ao particular da execução de serviços públicos, que são geridos para atingimento de necessidades sociais.

A concessão de serviços públicos é estabelecida, por meio de uma relação contratual, na qual o concessionário tem a responsabilidade de executar o objeto do contrato mediante obtenção de remuneração que permita manter o custo-benefício do empreendimento realizado. De maneira geral, a obtenção da remuneração é auferida da cobrança de taxa do usuário do serviço público, muito embora possa se valer de receitas alternativas ou projetos associados²⁸⁹.

Com a edição da Lei 11.196/2005 alterou-se a Lei de Concessões, que passou a prever no art. 23-A o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas, inclusive a arbitragem.

No âmbito dos contratos de concessão existem questões patrimoniais que podem ser arbitradas, como, por exemplo, aquelas relativas à quebra da equação econômico-financeira, questões relativas à interpretação de cláusulas contratuais, como no caso de ponderação para aplicação de multa por descumprimento contratual²⁹⁰.

A previsão, contida no art. 23-A da Lei 8.987/93, foi essencial para se superar a discussão acerca da impossibilidade de utilização da arbitragem nos contratos de concessão.

Algumas das principais características desse diploma já foram evidenciadas ao longo do trabalho, como: local da arbitragem deve estar adstrito ao território nacional e realização da arbitragem em língua portuguesa.

²⁸⁹ DI PIETRO, MARIA SYLVIA ZANELLA. **Parcerias...**, p. 77.

²⁹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso...**, p. 767.

13. Parcerias Público-Privadas (Lei 11.079/2004)

Mesmo com o desenvolvimento das concessões, na prática, verificou-se grande receio por parte dos particulares em investir nos projetos que demandam somas vultosas de recursos e que serão recompensados em longo prazo. Tal insegurança decorre do fato que o Poder Público, muitas vezes, descumpre com o que foi previamente estipulado no contrato, seja por decorrência de problemas orçamentários, da atuação de maus administradores ou até mesmo por questões políticas²⁹¹.

MARÇAL JUSTEN FILHO define parcerias público-privadas como:

um contrato organizacional, de longo prazo de duração, por meio do qual se atribui a um sujeito privado o dever de executar uma obra pública e (ou) prestar serviço público, com ou sem direito à remuneração, por meio da exploração da infraestrutura, mas mediante uma garantia especial e reforçada prestada pelo Poder Público, utilizável para a obtenção de recursos no mercado financeiro²⁹².

As parcerias público-privadas, modalidade regulada pela Lei Federal 11.079/2004, tem, portanto por escopo precípua conjugar investimentos privados e públicos para a satisfação de necessidades coletivas relacionadas à infraestrutura, tendo em vista que nem o Poder Público e nem particulares poderiam isoladamente desenvolvê-las.

A lei 11.074/2009 prevê duas modalidades de parcerias público-privadas: concessão patrocinada (é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a lei 8.987/95, mas que, adicionalmente, a cobrança de tarifas dos usuários, conta com a contraprestação pecuniária do parceiro público ao privado) e a concessão administrativa (é o contrato de prestação de serviços, no qual a administração pública figure como usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação bens). Não se enquadra na previsão legal das parcerias público-privadas os contratos que tiverem por escopo

²⁹¹ BLANCHET, Luiz Alberto. **Parcerias Público-Privadas: Comentários à Lei 11.079 de 30 de dezembro de 2004**. Curitiba. Juruá, 2005, p. 19.

²⁹² JUSTEN FILHO, Marçal. *Ibidem*, 2005, p. 549.

único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou execução de obra pública²⁹³.

Diante da falta de recursos, da incerteza dos particulares acerca do retorno dos investimentos e da necessidade de revitalização da infraestrutura do país, optou-se pela adoção de nova modalidade de concessão, qual seja a parceria público-privada²⁹⁴.

É preciso ter em vista que a parceria público-privada objetiva proporcionar maior segurança ao investidor privado e não desonerar a Administração Pública, pelo contrário, há responsabilidade em adimplir com o pagamento de parcela das obras, diferentemente do que ocorre com a concessão comum, em que, via de regra, utilizam-se apenas recursos do particular²⁹⁵.

Nesse sentido, compete ao administrador público fazer a escolha de projetos que sejam efetivamente prioritários e compatíveis com o orçamento público. Deve-se ainda atentar para a necessidade de serem efetuados planejamentos de todas as condições e riscos envolvidos, bem como estudos acerca da viabilidade de execução dos projetos, principalmente, ante a característica de alta complexidade do objeto que será executado por meio da parceria público-privada²⁹⁶.

A Lei 11.079/04 menciona no art. 11:

O instrumento convocatório conterà minuta de 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 de mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

Resta evidenciado que as parceiras público-privadas, constituem-se uma nova forma de contratação por parte do Poder Público, em que se valoriza a

²⁹³ Art. 2º (...) § 4º É vedada a celebração de contrato de contrato de parceria público-privada: (...) - III: que tenha como objeto único o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

²⁹⁴ WALD, Arnoldo. **A infra-estrutura, as PPP's e a arbitragem**. Revista de Arbitragem e Mediação, v. 2, n. 5, p. 17, abr./jun. 2005.

²⁹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Curso...**, p.293.

²⁹⁶ BLANCHET, Luiz Alberto. **Parcerias...**, p. 43.

atuação conjunta entre o Estado e os particulares, para que ambos atuem em prol da satisfação de um interesse coletivo, mediante remuneração dos entes públicos.

Nesse cenário de cooperação entre setor público e privado se avulta a aplicação da arbitragem, ARNOLDO WALD, chega a aludir que a arbitragem é um dos pilares para o desenvolvimento da arbitragem²⁹⁷. Afinal, possibilita uma série de vantagens às partes, que podem escolher os árbitros com conhecimento técnico sofisticado, bem como de se obter uma solução mais rápida e eficiente, contribuindo para a valorização dessa concepção de cooperação entre particulares e entes estatais²⁹⁸.

²⁹⁷ WALD, Arnaldo. **A infra-estrutura...**, p. 21.

²⁹⁸ TALAMINI, Eduardo. **Arbitragem ...**, p.334.

14. Conclusão

O presente trabalho perpassou pelos principais aspectos concernentes ao instituto da arbitragem, meio de solução de litígios, que tem sido, cada vez mais, adotado nas relações travadas com os entes públicos.

Novos rumos têm sido traçados pela Administração Pública. O papel do Estado, desde a década de 90, passou a ser reformulado e a propiciar um contato mais próximo com os interesses privados. Assim, vislumbra-se uma atuação, muito mais, pautada em critérios negociais e de cooperação do que na imperatividade.

Portanto, a clássica distinção entre a esfera pública e a privada, que remonta ao século XIX, tem sido mitigada e muitos institutos jurídicos reformulados para harmonizar os mais diversos interesses.

Nesse sentido, é importante se passar a repensar o próprio conceito de interesse público, visto que não há coincidência completa entre todos os interesses verificados na sociedade. Além do que, o interesse da Administração no gerenciamento de suas atividades não pode ser prestigiado em detrimento dos interesses dos particulares, porque, de fato, não visa a satisfação de interesses coletivos.

Adotar o mecanismo arbitral significa romper com uma mentalidade conservadora que pretende manter o Judiciário como a única fonte apta a tutelar os interesses em conflito.

Aliás, a arbitragem é um importante mecanismo para superação de um dos mais graves problemas do Judiciário brasileiro, que é a falta de celeridade processual. Com isso, não se defende a arbitragem como uma via para conter a crise do Judiciário, porque, embora até possa reduzir o número de demandas a ele submetidas, depende da eficiência dele, para que possa bem se desenvolver, afinal há diversas medidas que precisam ser executadas pelo Poder Judiciário, como no caso das medidas cautelares, medidas coercitivas ou até mesmo a homologação de sentença estrangeira.

O fortalecimento da arbitragem, faz com que as partes possuam à disposição um mecanismo muito mais célere, eficiente e participativo. De forma alguma, tais vantagens implicarão na renúncia de direitos.

Os árbitros são pessoas escolhidas com base na qualificação técnica e profissional, de acordo, com a complexidade de cada caso, e que devem ser independentes e imparciais. Além disso, devem pautar suas atuações, tanto nas garantias do devido processo legal, como nos princípios constitucionais.

A conclusão, de que a arbitragem acarreta na redução da liberdade das partes, sem dúvida, não corresponde mais a uma interpretação adequada de tal instituto.

Claro, existem limitações à aplicação do procedimento arbitral, sendo preciso atentar se os direitos em causa são efetivamente direitos patrimoniais disponíveis.

Quanto à exigência de previsão legal, pertinente esclarecer, que a Lei de Arbitragem 9.307/96, por si só, já basta para autorizar o Poder Público a se valer da arbitragem. Não se faz necessário que para cada tipo contratual seja editada uma previsão legal, afinal em cada caso concreto será preciso se avaliar qual o melhor meio para solucionar dada controvérsia, sendo possível até aplicarem-se outros meios, como a mediação e conciliação.

Em diversos setores como o portuário, transportes terrestres e marítimos, energia elétrica, petróleo e gás natural, dentre outros, há previsão ao mecanismo de solução de controvérsias alheio ao Judiciário, em muitos casos, não se configura arbitragem propriamente dita, mas uma espécie de processo administrativo.

Em especial no setor das concessões e parcerias público-privadas a arbitragem representa um fomento às negociações comerciais e aos investimentos, sobretudo, estrangeiros, o que fortalece a economia e os projetos de melhoria de infraestrutura.

Mas, não pode deixar de se mencionar que, quando a arbitragem for firmada com o Poder Público, deverão ser observadas certas peculiaridades, como: restrição à aplicação da confidencialidade, impossibilidade de aplicação da equidade, observância da língua portuguesa e local estar adstrito ao território brasileiro.

Importante notar que essas especificidades não desnaturam a natureza da arbitragem para constituir uma nova espécie de arbitragem

administrativa, porque o instituto arbitral é comum a diversos ramos do direito e, como não poderia deixar de ser, terá peculiaridades em cada um deles.

Diante do exposto, pode-se concluir que o contexto mudou e que o direito precisa se adaptar, aliás, é da própria essência do direito administrativo ser dinâmico e flexível, um dos mecanismos necessários para se acompanhar essas modificações, sem dúvida, é a arbitragem.

15. Referências Bibliográficas

ALESSI, Renato. **Principi di diritto amministrativo**. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1978.

ALMEIDA, Lise de. COSTA, Sérgio de Freitas. **Prerrogativas da Administração Pública no Processo Arbitral: um Imperativo?** Revista Brasileira de Arbitragem. v.6, n. 25, p. 76-83, jan./mar. 2010.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Comentários à Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307, de 23/9/1996)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

AMARAL, Antonio Carlos Cintra do. In: **O princípio da publicidade no direito administrativo**. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, v. 1, n. 2, p. 11-12, jul./set. 2003.

AMARAL, Paulo Osternack. Vantagens, desvantagens e peculiaridades da arbitragem envolvendo o Poder Público. In: PEREIRA, César Augusto Guimarães, TALAMINI, Eduardo (coords.). **Arbitragem e Poder Público**. São Paulo: Saraiva, 2010.

AMARAL, Paulo Osternack. **Mandado de segurança contra decisões arbitrais: inviabilidade**. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n.º 44, outubro 2010, disponível em: <http://www.justen.com.br//informativo.php?informativo=44&artigo=476>, acesso em 21/10/2010.

ARAGÃO, Alexandre Santos. **As Parcerias Público-Privadas (PPP's) no Direito Positivo brasileiro**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, maio/junho 2005. Disponível em <http://direitodoestado.com.br>. Acesso em: 08.08.2010.

_____. **O princípio da proporcionalidade no Direito Econômico**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Renovar, n. 223, p. 212-215, jan./mar. 2001.

_____. **O princípio da eficiência**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, p. 3-4, nov./dez. 2005, jan. 2006. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 04.07.2010.

_____. **A Concepção pós-positivista do princípio da legalidade**. Revista de Direito Administrativo, n. 236, p. 63, abr./jun., 2004.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”**. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo: Malheiros n. 24, p.159-179, 1998.

_____. **Moralidade, razoabilidade e eficiência na Atividade Administrativa**. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, v. 01, n. 01, p. 105-134, abr./jun. 2003.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Parecer. Sociedade de economia mista prestadora de serviço público. Cláusula arbitral inserida em contrato administrativo sem prévia autorização legal. Invalidez**. Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, n. 19, ano 6, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 434, jan./mar. 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Ordem Econômica e Agências Reguladoras**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, p. 17, fev./mar./abr., 2005. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>

BARROSO, Luís Roberto. Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o Novo Código Civil. In: **Constituição e Segurança Jurídica**. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes Rocha (coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2004.

BINEBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo: Direito Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo**. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 07.08.10.

BLANCHET, Luiz Alberto. **Parcerias Público-Privadas: Comentários à Lei 11.079 de 30 de dezembro de 2004**. Curitiba. Juruá, 2005.

BUCHÉB, José Alberto. **A arbitragem na indústria do petróleo**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, n. 1, Belo Horizonte: Fórum, p. 31, jan./mar., 2003.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do processo civil**. v. 1, São Paulo: Saraiva, 2007.

BRAGUETTA, Adriana. **A importância da sede da arbitragem: visão a partir do Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

CAETANO, Luiz Antunes. **Arbitragem e Mediação: rudimentos**. São Paulo: Atlas, 2002.

CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Arbitragem: Lei 9.307/96**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. **Das relações entre a arbitragem e o Poder Judiciário**. Revista brasileira de arbitragem, v. 2, n.6, p.18-28, jun. 2005.

CARDOSO, André Guskow. As agências reguladoras e a arbitragem. In: PEREIRA, César Augusto Guimarães, TALAMINI, Eduardo (coords.). **Arbitragem e Poder Público**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/96.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. Considerações sobre a cláusula compromissória e a eleição de foro. Considerações sobre a cláusula compromissória e a eleição de foro. In: LEMES, Selma; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (coords.). **Arbitragem. Estudos em homenagem ao Professor Guido Fernando da Silva Soares, in Memoriam.** São Paulo: Atlas, 2007.

CASSESE, Sabino. **L'arbitrato nel diritto amministrativo.** Milão: Giuffrè, RTDP, n. 2, p. 311-327, 1996.

CRETELLA NETO, José. **Curso de Arbitragem.** Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Arbitragem como mecanismo de solução de controvérsias envolvendo relações jurídicas de caráter patrimonial.** Revista Jurídica Cesumar, v. 8, n. 2, p. 342, jul./dez. 2008.

_____. **Quão sigilosa é a arbitragem?** Revista de Arbitragem e Mediação, n. 25, p. 43, abr./jun., 2010.

DALLARI, Adilson de Abreu. **Arbitragem na Concessão de Serviços Públicos.** Revista Trimestral de Direito Público, n. 13, p. 8-9, 1996.

DANTAS, Francisco Wiwo Lacerda. **Breves considerações sobre a constitucionalidade da Lei de Arbitragem.** Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, n. 19, p. 242, ago./nov. 1997.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno.** 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil.** 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Curso de Direito Administrativo.** 23 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. **Parcerias na Administração Pública.** 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

ENTERRIA, Eduardo Garcia de. **La constitucion como norma y el tribunal constitucional.** Madrid: Civitas, 1985.

FERREIRA NETTO, Cássio Telles. **Administração Pública e Arbitrabilidade de Conflitos.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

ESQUÍVEL, JOSÉ LUÍS. **Os Contratos Administrativos e a Arbitragem.** Coimbra: Almedina, 2004.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo.** 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

FERRAZ, Rafaela. **Arbitragem em litígios comerciais com a Administração Pública: exame a partir da principalização do direito administrativo.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

FERREIRA, Luís Tarcísio Teixeira. **Parcerias Público-Privadas: aspectos constitucionais.** Belo Horizonte: Fórum, 2006.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, Jurisdição e Execução.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERREIRA NETTO, Cássio Telles. **Administração Pública e Arbitrabilidade de Conflitos.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo.** 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Arbitragem.** São Paulo: Quartier Latin, 2003.

GRAU, Eros Roberto. **Arbitragem e Contrato Administrativo.** Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo: Malheiros, n. 32, p. 16-17, 2000.

GREBLER, Eduardo. **A solução de controvérsias em contratos de Parceria Público-Privada.** Revista de Arbitragem e Mediação. n 2, p. 61-62, maio-ago., 2004.

GROTTI, Dinorá. **As Agências Reguladoras.** Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 6, p. 17, maio/jun./jul., 2006. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 04.06.2008.

HILST, Sílvia de Lima. Arbitragem na Administração Pública - O caso das parcerias público privadas. **Mediação, arbitragem e conciliação.** (coord.). LEITE, Eduardo de Oliveira Rio de Janeiro: Forense, 2008.

KLEIN, Aline Lícia. A arbitragem nas concessões de serviços públicos. In: PEREIRA, César Augusto Guimarães, TALAMINI, Eduardo (coords.). **Arbitragem e Poder Público.** São Paulo: Saraiva, 2010.

LEE, João Bosco. **Arbitragem Comercial Internacional nos Países do Mercosul.** 1 ed. (2002), 4ª tir./ Curitiba: Juruá, 2005.

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

LEMES, Selma; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (coords.). **Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares.** São Paulo: Atlas, 2007.

LIMA, Sérgio Mourão Corrêa. **Arbitragem: aspectos fundamentais.** 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

_____. **Conceito de Interesse Público e a “Personalização” do Direito Administrativo**. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo: Malheiros, n. 26, p. 118, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 7. ed. v. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MATEO, RAMÓN MARTÍN. **Manual de Derecho Administrativo**. 25. ed. Navarra: Thomson Aranzadi, 2006.

MARTINS, Pedro A. Batista. Arbitrabilidade objetiva, Interesse Público, indisponibilidade de direitos e normas de ordem pública. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. (coord.). **Mediação, arbitragem e conciliação** Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. **A arbitragem e o art. 5º, XXXV, da Constituição de 1988**. In: Revista de Direito Civil. São Paulo, n. 77, p. 230, jul./set. 1996.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Contrato administrativo e a lei de arbitragem**. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, n. 223, p.130, jan./mar., 2001.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. São Paulo: RT, 10 ed. 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico. Plano da Validade**. 7 ed. São Paulo: Saraiva.

MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. **Comentários à Lei do Petróleo**. São Paulo: Atlas, 2000.

MODESTO, Paulo. **Notas para um debate sobre o princípio da eficiência**. Revista Trimestral de Direito Público, n. 31, p. 49-51, 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**, Tomo I, 4 ed. 2ª tiragem, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

MORAES, Luiza Rangel. **Arbitragem e agências reguladoras**. Revista de Arbitragem e Mediação: RT, n. 2, maio/ago., p. 85, 2004.

MOREIRA, Vital. “Serviço Público e concorrência: a regulação no sector eléctrico”. In: **Os Caminhos da Privatização da Administração Pública**. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 226.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria A. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

NÓBREGA, Marcos. **Riscos em projetos de infraestrutura-incompletude contratual, concessões de serviços públicos e PPP's**. Revista Brasileira de Direito Público, v. 8, n. 28, p.69-92, jan./mar., 2010.

MUNIZ, Joaquim de Paiva. **Os limites da arbitragem nos contratos de concessão de exploração e produção de petróleo e gás natural**. Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 2, p. 97, maio/ago. 2004.

OLIVEIRA, Ana Paz Ferreira da Câmara Perestrelo de. **Arbitragem de litígios com entes públicos**. Coimbra: Almedina, 2007.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. **Parceria Público-Privada e Direito ao Desenvolvimento: uma abordagem necessária**. Revista Trimestral de Direito Público, n. 49-50, p. 166-188, 2005.

_____. **Arbitragem e a nova contratualização administrativa. Cenários do Direito Administrativo: estudos em homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho**. GUIMARÃES, Edgar (coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2004.

PELUSO, CEZAR [coord.]. **Código Civil Comentado**. São Paulo: Manole, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil, Teoria Geral de Direito Civil**. Forense: Rio de Janeiro, 2004.

PEREIRA, César Augusto Guimarães. Arbitragem e a Administração Pública na jurisprudência do TCU e do STJ. In: PEREIRA, César Augusto Guimarães, TALAMINI, Eduardo (coords.). **Arbitragem e Poder Público**. São Paulo: Saraiva, 2010.

PINTO, António Leite. **Independência, Imparcialidade e Suspeição de Árbitro**. Revista Brasileira de Arbitragem, n. 25, p.110-111, jan./fev./mar. 2010.

PINTO, José Emilio Nunes. **A arbitragem na comercialização de energia elétrica**. Revista de Arbitragem e Mediação, n.. 9, São Paulo: RT, abr./jun. 2006.

PINTO, José Emilio Nunes. **Anotações práticas sobre a produção de prova na arbitragem**. Revista Brasileira de Arbitragem. n. 25, p. 12-13, jan./fev./mar. 2010.

PITOMBO, Eleonora C. Os efeitos da Convenção de Arbitragem – Adoção do Princípio Kompetenz-Kompetenz no Brasil. In: LEMES, Selma; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (coords.). **Arbitragem. Estudos em homenagem ao Professor Guido Fernando da Silva Soares, in Memoriam.** São Paulo: Atlas, 2007.

ROCHA, José Albuquerque. **Lei de arbitragem: uma avaliação crítica.** São Paulo: Atlas, 2008.

ROPPO, Vincenzo. **Il contratto.** Milano: Giuffrè, 2001.

SILVA, Almiro do Couto e. **Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo.** In: Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul – RPGE, v. 27, n. 57, p. 13-31, 2003.

_____. **O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99).** In: Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul – RPGE, v. 27, n. 57, p. 33-75, 2003.

SOUZA JR, Lauro da Gama e. **Sinal Verde para a Arbitragem nas Parcerias Público-Privadas. A construção de um novo paradigma para contratos entre o Estado e o Investidor Privado.** Revista Brasileira de Arbitragem, n. 8, p. 8, out./dez., 2005.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Ensaio sobre a Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais.** Revista Brasileira de Direito Público. v. 2, n. 4, Belo Horizonte: Fórum, p. 167-185, jan./mar. 2004.

SCHWIND, Rafael Wallbach. *As Anti-suit Injunctions nas arbitragens que envolvem a Administração Pública.* In: PEREIRA, César Augusto Guimarães, TALAMINI, Eduardo (coords.). **Arbitragem e Poder Público.** São Paulo: Saraiva, 2010.

Ovídio Baptista de. **Curso de Processo Civil.** v. I, 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari (coord). **Parcerias Público-privadas.** São Paulo: Malheiros, 2005.

TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e Parceria Público-Privada. In: **Parcerias Público-Privadas. Um enfoque multidisciplinar.** TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TALAMINI, Eduardo. **Parecer - sociedade de economia mista, distribuição de gás, disponibilidade de direitos e boa-fé.** Revista de arbitragem e mediação, v. 2, n. 5, jun. 2005, p. 135-154.

TAVARES GUERREIRO, José Alexandre. **Fundamentos da arbitragem do comércio internacional**. São Paulo: Saraiva, 1993.

TIBURCIO, Carmen. O princípio da *Kompetenz-Kompetenz* revisto pelo Supremo Tribunal Federal de Justiça Alemão (*Bundesgerichtshof*). In: LEMES, Selma; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (coords.). **Arbitragem. Estudos em homenagem ao Professor Guido Fernando da Silva Soares**, in Memoriam. São Paulo: Atlas, 2007.

TIBURCIO, Carmen; MEDEIROS, Suzana. **Arbitragem na indústria do petróleo no direito brasileiro**. Revista de Direito Administrativo, n. 241, Rio de Janeiro: Renovar, p. 64, jul./set. 2005.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Garantias Constitucionais do Processo e eficácia da sentença arbitral**. Informativo da Câmara de arbitragem das indústrias do Paraná – CAIEP.

VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. **Poder Judiciário e sentença arbitral: de acordo com a nova jurisprudência constitucional**. Curitiba: Juruá, 2002.

VIANA, JUVÊNCIO VASCONCELOS. **Notas em torno da jurisdição e dos meios alternativos de solução de litígios**, n. 9, p. 57-69, dez. 2003.

VIGORITI, Vincenzo. **Quale fra arbitrato e processo?** In: Revista de Processo. n. 125, ano 30, jul. 2005, p. 155.

WALD, Arnoldo. **A infra-estrutura, as PPP's e a arbitragem**. Revista de Arbitragem e Mediação, v. 2, n. 5, p. 14-28, abr./jun. 2005.