

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

ISABELLA MOREIRA DE ANDRADE

**A ESCOLHA DA INSTITUIÇÃO ARBITRAL EM ARBITRAGENS EM QUE O
PODER PÚBLICO É PARTE**

CURITIBA

2011

ISABELLA MOREIRA DE ANDRADE

**A ESCOLHA DA INSTITUIÇÃO ARBITRAL EM ARBITRAGENS EM QUE O
PODER PÚBLICO É PARTE**

Monografia apresentada ao Programa de
Graduação em Direito da Universidade
Federal do Paraná como requisito parcial
à obtenção do título de bacharel.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Talamini

CURITIBA

2011

Aos meus pais, Vera e Isaias,
que possibilitaram tudo.

À Manoela e ao Douglas,
com todo o meu amor.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Professor Eduardo Talamini, pela constante disponibilidade e dedicação, não apenas durante a elaboração deste trabalho, mas durante toda a graduação.

Agradeço aos meus pais, Vera e Isaias, à minha irmã, Manoela – sem os quais essa conquista não seria possível e não teria razão – pelo constante exemplo de amor, dedicação e compreensão. A vocês eu devo tudo.

Agradeço ao Felipe Wladeck, pelo constante incentivo, pelas conversas instigantes e esclarecedoras e pela ideia que deu origem a esta monografia.

Agradeço ao Ivo Medaglia, à Mayara Isfer, à Fernanda Davidoff, ao Diego Franzoni, à Marina Kukiela, à Caroline Klamas, ao Guilherme Eiras e ao Adriano Gomes, integrantes do Grupo de Arbitragem da UFPR e responsáveis pelo meu interesse e dedicação ao estudo da arbitragem. Agradeço também aos professores Rafael Munhoz de Mello e César A. Guimarães Pereira, nossos *coaches*, que, ao lado do professor Eduardo Talamini, tornaram as nossas conquistas possíveis.

Agradeço à Stephanie Gomes e à Larissa Polak, amigas queridas que me ajudam, incentivam e apoiam nesse “mundo do direito”.

RESUMO

A utilização da arbitragem como modo de solução de conflitos de que o Poder Público é parte vem sendo amplamente reconhecida tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência. Por outro lado, é certo que a Administração Pública está sujeita ao regime de direito público, que impõe, no que concerne às contratações da Administração, a regra geral da licitação. O presente trabalho tem como objetivo de verificar se, em se tratando de opção pela arbitragem institucional, a escolha da instituição arbitral está ou não sujeita ao regime das licitações. Para tanto, buscou-se discorrer sobre a regra geral da licitação e as hipóteses de contratação direta. Em seguida, foi abordado o tema da Administração Pública parte em arbitragens, verificado as diferentes formas e momentos para a convenção da arbitragem, bem como suas consequências para o objetivo proposto. Por fim, procurou-se verificar em qual das modalidades de contratação a escolha da câmara arbitral poderia ser enquadrada.

Palavras-chave: Arbitragem. Poder Público. Arbitragem Institucional. Escolha da Instituição Arbitral.

ABSTRACT

The use of arbitration as a mean of resolution of conflicts in which the Government is party has been widely recognized by both doctrine and case law. On the other hand, there are no doubts that the Estate must obey to the public law regime, which comprises the general rule of bidding. This study aims to determine whether, in the case of choice of institutional arbitration, the choice of the institution should or should not be made by bidding. For this purpose, we sought to discuss the rule of the bid and the chances of direct contracting. It was then addressed the issue of Public Administration as party in arbitration, verified the different methods and times for the convention of arbitration, as well as its consequences to the proposed objective. Finally, we tried to determine in which of the methods of contracting the choice of arbitration organization could be framed.

Keywords: Arbitration. Estate. Institutional Arbitration. Choosing the Organization.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ampl.	–	Ampliada
art.	–	Artigo
atual.	–	Atualizada
CAM	–	<i>Camera Arbitrale di Milano</i>
CC	–	Código Civil Brasileiro de 2002
CCBC	–	Câmara de Comércio Brasil-Canadá
CCI	–	Câmara de Comércio Internacional
CF	–	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CIETAC	–	<i>China International Economic and Trade Arbitration Commission</i>
coord.	–	coordenador
des.	–	desembargador
ed.	–	edição
<i>et al.</i>	–	<i>et alii</i>
<i>et seq.</i>	–	<i>et sequentia</i>
etc.	–	<i>et Cetera</i>
<i>i.e.</i>	–	<i>id est</i>
inc.	–	inciso
LBA	–	Lei Brasileira de Arbitragem
LCIA	–	<i>London Court of International Arbitration</i>
min.	–	ministro
MS	–	mandado de segurança
org.	–	organizador
p.	–	página
rel.	–	relator
Resp	–	recurso especial
rev.	–	revisada
STJ	–	Superior Tribunal de Justiça
TJMG	–	Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
TJSP	–	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
v.	–	ver
vol.	–	volume

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	11
2.1 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	11
2.2 CONTRATOS PRIVADOS DA ADMINISTRAÇÃO	12
2.3 O REGIME DE CONTRATAÇÕES PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	13
2.3.1 Regra geral da licitação	13
2.3.2 Contratação direta	17
2.4 RESUMO DO CAPÍTULO	34
3 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PARTE EM ARBITRAGENS	36
3.1 BREVES CONSIDERAÇÕES INICIAIS	36
3.2 A PACTUAÇÃO DA ARBITRAGEM.....	38
3.2.1 Cláusula compromissória.....	40
3.2.2 Compromisso Arbitral	42
3.3 O MOMENTO DA PACTUAÇÃO E SUAS DIFERENTES IMPLICAÇÕES	43
3.3.1 A previsão da arbitragem no edital	43
3.3.2 A pactuação da arbitragem após a assinatura do contrato e antes do surgimento da controvérsia.....	45
3.3.3 A convenção da arbitragem após o surgimento da controvérsia (compromisso arbitral).....	45
4 A ESCOLHA DA INSTITUIÇÃO ARBITRAL	47
4.1 ARBITRAGEM <i>AD HOC</i> E ARBITRAGEM INSTITUCIONAL	47
4.2 NATUREZA DO CONTRATO COM A INSTITUIÇÃO ARBITRAL: CONTRATO PRIVADO DA ADMINISTRAÇÃO	49
4.3 A FORMA DE ESCOLHA: LICITAÇÃO, INEXIGIBILIDADE OU DISPENSA?	49
4.3.1 A (in)viabilidade de competição	50
4.3.2 As peculiaridades do serviço a ser contratado	52
5 CONCLUSÃO	58
REFERÊNCIAS	59

1 INTRODUÇÃO

A arbitragem é um meio de solução de litígios por meio do qual duas partes, em comum acordo, atribuem a um terceiro poderes para solucionar a controvérsia entre elas sem intervenção estatal (CARMONA, 2007, p. 51). A decisão tem efeito vinculante entre as partes e possui caráter de título executivo.

Como principais vantagens deste meio alternativo de solução dos litígios podem ser apontadas a especialidade do julgamento, a redução dos custos do conflito, a celeridade da obtenção da solução, a plasticidade do procedimento e a possibilidade de escolha da lei aplicável (tanto ao mérito quanto ao procedimento).

A utilização da arbitragem como modo de solução de conflitos de que o Poder Público é parte vem sendo amplamente reconhecida tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência. Igualmente, em dois dos modelos mais importantes de contratação administrativa (PPP e concessão), há previsão normativa da arbitragem como forma de solução de conflitos (TALAMINI e PEREIRA, 2010, p. 8-10).

Além disso, a opção pela via arbitral, além de possibilitar a redução dos custos de transação, traz maior segurança tanto para a Administração quanto para o particular contratado (KLEIN, 2010).

Por outro lado, é certo que a Administração Pública está sujeita ao regime de direito público, que impõe, no que concerne às contratações da Administração, a regra geral da licitação (GASPARINI, 2003, p. 413).

Dessa forma, surge a necessidade de verificar se, em se tratando de opção pela arbitragem institucional, a escolha da instituição arbitral está ou não sujeita ao regime das licitações. É neste contexto que se insere o presente trabalho, cujo objetivo é analisar se a escolha da instituição arbitral responsável pela administração de arbitragem em que a Administração é parte está sujeita ao procedimento licitatório ou se se enquadra em uma das hipóteses de contratação direta.

Para tanto, foi preciso deter-se tanto a aspectos do direito público quanto do direito privado, de modo que, no primeiro capítulo, buscou-se discorrer sobre a regra geral da licitação e as hipóteses de contratação direta. Neste momento, procurou-se definir quando a regra geral da licitação será excluída, tendo espaço a contratação direta.

O segundo capítulo, dedicado ao instituto da arbitragem, trata sobre a Administração Pública parte em arbitragens, abordando as diferentes formas e momentos para a convenção da arbitragem, bem como suas consequências para o objetivo proposto.

Por fim, no último capítulo procurou-se verificar em qual das modalidades de contratação a escolha da câmara arbitral poderia ser enquadrada.

2 CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Antes de entrar no tema referente ao requisito da licitação para as contratações da Administração Pública, são necessárias algumas considerações sobre os tipos de contratos da Administração.

Os contratos da Administração podem ser orientados (de maneira geral) pelo regime de Direito Administrativo ou pelo regime de Direito Privado (GASPARINI, 2003, p. 533). Os primeiros são os contratos Administrativos propriamente ditos, enquanto os segundos correspondem ao que se denomina de contratos privados da administração¹.

Embora haja diferença quanto à disciplina contratual, ambas as espécies de contrato têm as condições e formalidades para estipulação e aprovação regidas pelo Direito Administrativo (MELLO, 2010, p. 615).

Passa-se à análise dessas duas figuras.

2.1 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Os contratos administrativos são regulados pelo Direito Administrativo. Trata-se daqueles contratos cuja característica marcante é o poder exorbitante da Administração, que garante ao ente estatal a possibilidade de, em razão do interesse público, modificar o contrato de forma unilateral (GASPARINI, 2003, p. 534). Trata-se da possibilidade de *instabilização* do vínculo contratual – que abrange tanto a alteração quanto a extinção unilateral do vínculo (MELLO, 2010, p. 615; GASPARINI, 2003, p. 534)². Tal faculdade visa, exatamente, à consecução e ao atendimento do interesse público (MELLO, 2010, p. 624).

¹ Toshio Mukai adota a terminologia “Contrato Público” para abranger tanto os contratos administrativos quanto os contratos privados da administração. Para o autor, todos os contratos firmados pela Administração são públicos porque têm sua referência a um objeto de direito público e seguem a normas gerais de direito administrativo (1999, p. 87). Inobstante a terminologia adotada, entendemos que o posicionamento adotado pelo autor não difere daquele exposto pela doutrina majoritária que entende que determinadas regras de Direito Administrativo são aplicáveis tanto aos contratos privados quanto aos administrativos – especialmente no que tange aos seus requisitos.

² Celso Antônio Bandeira de Mello aponta para a incorreção da adoção do termo contrato, eis que as cláusulas exorbitantes, que independem de previsão contratual, não podem ser classificadas como cláusulas contratuais (porque não disponíveis). Além disso, o autor assevera que o “contrato” administrativo não tem o condão de propiciar ao particular senhorio sobre um interesse público (seja

O poder de instabilizar o vínculo, contudo, não exclui o direito do particular ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato (MELLO, 2010, p. 625).

Os contratos administrativos são firmados sempre com uma pessoa de direito privado. Segundo Diógenes Gasparini, isso se dá devido à impossibilidade de, em um contrato entre duas pessoas de Direito Público, uma delas se utilizar da prerrogativa de alterar unilateralmente o contrato (2003, p. 534).

Exemplos de contratos administrativos são a concessão de serviço público, a concessão de uso de bens públicos e ainda o contrato de obra pública (MELLO, 2010, p. 615).

2.2 CONTRATOS PRIVADOS DA ADMINISTRAÇÃO

Os contratos privados da Administração são aqueles regidos pelo Direito Privado. Tal fato, como já mencionado acima, não exclui a observância das regras de Direito Administrativo sobre as condições e formalidades da contratação (MELLO, 2010, P. 615)³.

A conceituação de contratos privados é tema problemático e um tanto indefinido. Marçal Justen Filho coloca que

talvez a melhor solução seja reconhecer que a satisfação de determinadas necessidades estatais pressupõe a utilização de mecanismos próprios inerentes ao regime privado, subordinados inevitavelmente a mecanismos de mercado. As características da estruturação empresarial conduzem à impossibilidade de aplicar o regime de direito público, eis que isso acarretaria a supressão do regime de mercado que dá identidade à contratação ou o desequilíbrio econômico que inviabilizaria a empresa privada. (2010a, p. 762).

com relação à forma de satisfação, seja com relação ao prazo de duração de vínculo versando sobre eles). Por isso, para o autor, é incorreto o emprego do termo contrato – pois não há disponibilidade de autonomia de vontade (2010, p. 618 *et seq.*). Embora concordemos com a indisponibilidade do interesse público e com a inegável faculdade de instabilização do vínculo, entendemos que a utilização do termo contrato é adequada – guardadas as devidas peculiaridades, o contrato administrativo não deixa de estabelecer obrigações para ambas as partes. Além disso, como assevera o próprio autor, “a qualificação ‘administrativo’ aposta à palavra ‘contrato’ parece, no caso, ter o condão de modificar o próprio sentido do substantivo” (2010, p. 616).

³ Segundo Diógenes Gasparini, exemplo disso é a exigência de empenho e licitação, o que não descaracteriza o regime e a natureza de contrato privado. O autor menciona ainda que as exigências em questão são encontradas, por exemplo, no art. 17, I, da Lei 8.666 (2003, p. 533).

Essa espécie de contratos é abrangida pela Lei 8.666 em seu art. 62, §3^{o4}. O dispositivo traz elenco exemplificativo de hipóteses de contratos privados da administração (JUSTEN FILHO, 2010a, p. 762).

Ao contrário do que ocorre nos contratos administrativos, os contratos privados da Administração podem ser firmados não apenas com particulares, mas também com pessoas da Administração.

O próprio parágrafo terceiro do art. 62 traz exemplos de contratos privados da Administração. São eles: contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o poder público seja contratado, entre outros.

2.3 O REGIME DE CONTRATAÇÕES PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

2.3.1 Regra geral da licitação

O art. 37, XXI, da Constituição Da República Federativa do Brasil (CF) dispõe o seguinte:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Como se vê, tal dispositivo consagra a regra geral da licitação para a contratação pela Administração⁵.

⁴ § 3o Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, no que couber: I – aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado; II – aos contratos em que a Administração for parte como usuária de serviço público.

⁵ Como adiantado no item anterior, a regra geral da licitação aplica-se a ambas as espécies de contratos da Administração – tanto aos contratos administrativos quanto aos contratos privados da Administração (JUSTEN FILHO, 2010a, p. 762).

Como asseverado por Adilson Abreu Dallari, a obrigatoriedade da licitação decorre diretamente do regime de Direito Administrativo, caracterizado por dois aspectos principais: a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade dos interesses públicos (2000, p. 2).

Referido artigo é regulamentado pela Lei 8.666/1.993, que, nos termos do seu art. 1º, “estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive os de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

Estão sujeitos ao regime da licitação, além da administração pública direta, “os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios” (art. 1º, parágrafo único, da Lei 8.666).

Além disso, do art. 2º da Lei extrai-se a obrigatoriedade da licitação para a contratação de obras, serviços, compras, alienações, concessões, permissões e locações “quando contratadas com terceiros”. O dispositivo, em seu parágrafo único, ainda “consagrou uma definição ampla de contrato administrativo, que abrange situações jurídicas diversas” (JUSTEN FILHO, 2010a, p. 47).

Para Marçal Justen Filho, são requisitos para a aplicação do regime licitatório (i) a produção de uma relação jurídica por via consensual; (ii) na qual pelo menos uma das partes seja integrante da Administração Pública; (iii) na qual haja contratação com terceiros (excetuada a hipótese de convênio administrativo); (iv) da qual resulte direitos e obrigações e (v) nos contratos que pressuponham a competição entre particulares, de modo que não se admita a satisfação concomitante de todos os interessados (JUSTEN FILHO, 2010a, p. 47 *et seq.*).

Quanto aos objetivos da licitação, estão dispostos no art. 3º da Lei 8.666:

Art. 3º: A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Nas palavras de Marçal Justen Filho, “a licitação envolve a prática de uma série ordenada de atos jurídicos (procedimento) que permite aos particulares interessados apresentar-se perante a Administração Pública, competindo entre si de forma isonômica” (2010b, p. 446). O procedimento em questão visa tanto à seleção de proposta mais vantajosa para a Administração quanto à promoção do desenvolvimento nacional, observando-se sempre a isonomia entre todos os competidores (JUSTEN FILHO, 2010b, p. 446).

Adicionalmente à seleção de proposta mais vantajosa, Romeu Felipe Bacellar Filho leciona que uma das finalidades da licitação é “propiciar, democraticamente, que todos os interessados que reúnam as condições exigidas em lei possam disputar, em igualdade de condições, a possibilidade de contratar com a Administração” (2008, p. 111). Posicionamento no mesmo sentido é adotado por Celso Antonio Bandeira de Mello (2010, p. 526) e por Diógenes Gasparini (2003, p. 396).

No que tange à seleção da proposta mais vantajosa,

se apresenta quando a Administração Pública assume o dever de realizar a prestação menos onerosa e o particular se obriga a realiza a melhor e mais completa prestação. Configura-se, portanto, uma relação custo-benefício. A maior vantagem corresponde à situação de menor custo e maior benefício para a Administração Pública. (JUSTEN FILHO, 2010b, p. 448).

Já com relação à promoção do desenvolvimento nacional, imposta pelo parágrafo 2º do art. 3º da Lei 8.666, ressalta-se que “não se trata apenas de obter a contratação economicamente e tecnicamente mais vantajosa, mas também de aproveitar a oportunidade da contratação para fomentar o desenvolvimento nacional” (JUSTEN FILHO, 2010b, p. 448).

Entretanto, importa salientar que a simples busca da vantajosidade⁶, por si só, poderia acarretar na prática de arbitrariedades e abusividades. Assim, além disso, é preciso respeitar os princípios norteadores da licitação, tendo especial relevância o princípio da isonomia (JUSTEN FILHO, 2010b, p. 449).

⁶ A expressão, embora inexistente no vernáculo português, é empregada por Marçal Justen Filho tendo-se em vista “a não satisfatoriedade do vocábulo ‘vantagem’. A vantajosidade é a qualidade de vantajoso que algo apresenta” (JUSTEN FILHO, 2010a, p. 65).

Segundo Celso Antonio Bandeira de Mello, são princípios cardeais da licitação os seguintes: a) competitividade, b) isonomia, c) publicidade, d) respeito às condições prefixadas no edital, e) possibilidade de o disputante fiscalizar o atendimento aos princípios anteriores. Para o autor, à exceção do princípio da competitividade, que é da essência da própria licitação, os demais princípios derivam da isonomia, “pois são requisitos necessários para garantir-lhe a existência” (MELLO, 2010, p. 536).

Não cabe, no escopo do presente trabalho, uma análise detida sobre o procedimento licitatório e as suas fases. Dessa forma, sobre o assunto, alude-se à esquema analítico proposto por Celso Antônio Bandeira de Mello. As fases da licitação foram resumidas pelo autor da seguinte forma:

- a) *edital* – ato pelo qual são convocados os interessados e estabelecidas as condições que irão reger o certame;
- b) *habilitação* – ato pelo qual são admitidos proponentes aptos;
- c) *juízo* com a classificação – ato pelo qual são ordenadas as propostas admitidas;
- d) *homologação* – ato pelo qual se examina a regularidade do desenvolvimento do procedimento anterior;
- e) *adjudicação* – ato pelo qual é selecionado o proponente que haja apresentado proposta havida como satisfatória. (MELLO, 2010, p. 577-578).

Assim, é possível resumir o procedimento licitatório da seguinte maneira: verificados os requisitos para a sua instalação, a Administração Pública publica o edital licitatório. Na sequência, há análise quanto à habilitação dos proponentes, verificando-se se os interessados preenchem os requisitos necessários para a disputa. Em um momento seguinte, verifica-se a adequação das propostas às exigências do edital, seguindo-se com a avaliação das propostas – o que acarreta na classificação das propostas de acordo com as vantagens que oferecem. Superada essa fase, passa-se à homologação e, em seguida, à adjudicação (MELLO, 2010, p.577 *et seq.*).

Sendo a licitação procedimento visando à seleção da proposta de contratação mais vantajosa e à promoção do desenvolvimento nacional (JUSTEN FILHO, 2010b, p. 446), uma vez constatada a regularidade do procedimento, será promovida a decisão de homologação da licitação (MELLO, 2010, p. 580). “Homologada a licitação, segue-se a ela a adjudicação, ato pelo qual o primeiro classificado é

definido como futuro contratante e convocado para travar o vínculo” (MELLO, 2010, p. 578).

Para o Professor Marçal Justen Filho, no regime constitucional de 1988, a obrigatoriedade da contratação é efeito da adjudicação (2010b, p. 487). Isso porque “se a Administração Pública não for obrigada a contratar o adjudicatário, então a atividade licitatória será transformada num ensaio destituído de compromisso para ela” (JUSTEN FILHO, 2010b, p. 487). A não contratação do adjudicatário, para o autor, iria de encontro ao princípio da República, na medida em que conduziria à elevação dos preços nas contratações administrativas, e à moralidade administrativa, pois o exame sobre a validade e conveniência do resultado é feito antes da adjudicação e, deixar de proceder à contratação tornaria inútil e ineficaz os atos anteriores, “frustrando a seriedade ética de que se deve revestir a sua atuação” (2010b, p. 487).

Assim, tem-se que, uma vez homologada a licitação, procede-se à adjudicação do objeto licitado. A adjudicação, por sua vez, acarreta na obrigatoriedade da contratação, salvo motivo excepcional.

2.3.2 Contratação direta

Embora a regra geral para as contratações administrativas seja o procedimento licitatório, há hipóteses em que a contratação pode se dar de maneira direta (ou seja, independentemente do procedimento licitatório).

Sobre o assunto, Celso Antônio Bandeira de Mello elenca pressupostos de para a existência da licitação: pressupostos lógico, jurídico e fático. Quanto ao pressuposto jurídico, o autor assevera que o certame deve se mostrar como meio apto, ao menos em tese, para o atendimento do interesse a ser provido (2010, p. 539).

Posto que a função de tal instituto é servir – e não desservir – o interesse público, em casos que tais percebe-se que falece o pressuposto jurídico para sua instauração. Com efeito: a licitação não é um fim em si mesmo; é um meio para chegar utilmente a um dado resultado: o travamento de uma certa relação jurídica. Quando nem mesmo em tese pode cumprir tal função, seria descabido realizá-la. Embora fosse logicamente possível realizá-la, seria ilógico fazê-lo em face do interesse jurídico a que se tem que atender.

Diante de situações desta ordem é que se configuram os casos acolhidos na legislação como de “dispensa” de certame licitatório ou os que terão que ser considerados como de “inexigibilidade” dele. (2010, p. 539).

Além disso, o autor destaca que “são licitáveis unicamente objetos que possam ser fornecidos por mais de uma pessoa, uma vez que a licitação supõe disputa, concorrência, ao menos potencial, entre ofertantes” (2010, p. 540). Assim, para Celso Antônio Bandeira de Mello, carece de viabilidade lógica a licitação em duas hipóteses: quando o objeto pretendido é singular e quando só há um ofertante.

Já o pressuposto fático diz respeito à existência de interessados em disputá-la.

No mesmo sentido posiciona-se Marçal Justen Filho, para quem

a licitação é um pressuposto do desempenho satisfatório pelo Estado das funções administrativas a ele atribuídas. No entanto, existem hipóteses em que a licitação formal seria impossível ou frustraria a realização adequada das funções estatais. O procedimento formal licitatório conduziria ao sacrifício dos fins buscados pelo Estado e não asseguraria a contratação mais vantajosa. Por isso, autoriza-se a Administração a adotar outro procedimento, em que formalidades são suprimidas ou substituídas por outras. (2010a, p. 295).

Quanto às diferentes modalidades de contratação direta, Celso Antônio Bandeira de Mello coloca que

em tese, a dispensa contempla hipóteses em que a licitação seria possível; entretanto, razões de tomo justificam que se deixe de efetuar-la em nome de outros interesses públicos que merecem acolhida. Já a inexigibilidade resultaria de inviabilidade da competição, dada a singularidade do objeto ou do ofertante, ou mesmo – deve-se acrescentar – por falta dos pressupostos jurídicos ou fáticos da licitação não tomados em conta no arrolamento dos casos de licitação dispensável. (2010, p. 542).

Posicionamento no mesmo sentido é adotado por Marçal Justen Filho (2010a, p. 300), por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2010, p. 365), por Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 542) e por Diogenes Gasparini (2003, p. 453).

A contratação direta, contudo, “não significa ausência de respeito aos princípios básicos que orientam a atuação administrativa. Permanece o dever de realizar a melhor contratação possível, dando tratamento igualitário a todos os possíveis contratantes” (JUSTEN FILHO, 2010b, p. 499). Mesmo a contratação direta está sujeita a um processo administrativo.

Ou seja, ausência de licitação não equivale a contratação informal, realizada com quem a Administração bem entender, sem cautelas nem documentação. Ao contrário, a contratação direta *exige* um procedimento prévio, em que a observância das etapas e formalidades é imprescindível. Somente em hipóteses-limite é que a Administração estaria autorizada a contratar sem o cumprimento dessas formalidades. (JUSTEN FILHO, 2010a, p. 295).

Para Marçal Justen Filho, inclusive, não seria absurdo “afirmar que a contratação direta é modalidade anômala de licitação” (2010b, p. 499). Para o autor, mesmo que a contratação direta não se confunda com as modalidades de licitação, essa modalidade pressupõe um procedimento formal prévio, cujo objetivo é exatamente produzir a melhor escolha de contratação possível. Assim, o procedimento prévio à contratação direta teria como objetivo não apenas comprovar o preenchimento dos requisitos de inexigibilidade ou dispensa, mas também de selecionar a melhor proposta possível, observando-se o princípio da isonomia (2010b, p. 499).

Feitas essas primeiras observações, passa-se à análise das hipóteses de inexigibilidade e de dispensa de licitação.

2.3.2.1 Hipóteses de inexigibilidade de licitação

As hipóteses de inexigibilidade de licitação são tratadas pelo art. 25 da Lei 8.666, que prevê o seguinte:

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

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

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

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

§ 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

§ 2º Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

Para Marçal Justen Filho, é possível “configurar a inexigibilidade como situação em que a licitação, tal como estruturada legalmente, torna-se via inadequada para a obtenção do resultado pretendido” (2010a, p. 357). O autor assevera, ainda, que, segundo a lei, a inexigibilidade decorre da inviabilidade de competição.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, a licitação é inexigível quando o objeto a ser licitado é singular, sem perfeito equivalente ou quando há apenas um ofertante, mesmo que haja objetos equivalentes (2010, p. 540). Indo adiante, o autor salienta que

só se licitam bem homogêneos, intercambiáveis, equivalentes. Não se licitam coisas desiguais. Cumpre que sejam confrontáveis as características do que se pretende e que quaisquer dos objetos em certame possam atender ao que a administração almeja. (MELLO, 2010, p. 540-541).

Ainda no que diz respeito às hipóteses de inexigibilidade de licitação, importante salientar que não se restringem àquelas previstas na lei, já que o rol do

art. 25 e exemplificativo – e não taxativo (MELLO, 2010, p. 548; DI PIETRO, 2010, p. 376; JUSTEN FILHO, 2010a, p. 360).

Assim,

outras hipóteses de exclusão de certame licitatório existirão, ainda que não arroladas nos incisos I a III, quando se proponham situações nas quais estejam ausentes pressupostos jurídicos ou fáticos condicionadores dos certames licitatórios. Vale dizer: naquelas hipóteses em que ou (a) o uso da licitação significaria simplesmente inviabilizar o cumprimento de um interesse jurídico prestigiado no sistema normativo e ao qual a Administração deva dar provimento ou (b) os prestadores do serviço almejado simplesmente não se engajariam na disputa dele em certame licitatório, inexistindo, pois, quem, com as aptidões necessárias, se dispusesse a disputar o objeto de certame que se armasse a tal propósito. (MELLO, 2010, p. 548).

A expressão “inviabilidade de competição”, utilizada no *caput* do art. 25, diz respeito a situações peculiares nas quais não se verificam pressupostos para uma escolha objetiva e é uma consequência que pode ser produzida por diversas causas diferentes (JUSTEN FILHO, 2010a, p. 357).

Para análise da questão de inexigibilidade de licitação (sem, contudo, sistematizar todos os eventos que podem conduzir à inviabilidade de competição – o que seria inviável), pode-se ter como base dois grandes grupos, identificados a partir da sua natureza. O primeiro deles se refere à inviabilidade de competição decorrente de circunstâncias relativas ao sujeito a ser contratado. O segundo, por sua vez, trata dos casos de inviabilidade de competição relativos à natureza do objeto a ser contratado (JUSTEN FILHO, 2010a, p. 357; FERRAZ e FIGUEIREDO, 1994, p. 69 et. seq.)⁷.

Marçal Justen Filho propõe também que as possibilidades de inexigibilidade podem ser organizadas com base nos exemplos citados no art. 25, da seguinte forma (2010a, p. 358):

- a) Ausência de alternativas
- b) Ausência de mercado concorrencial
- c) Ausência de objetividade na seleção do objeto
- d) Ausência de definição objetiva da prestação a ser executada.

⁷ Diógenes Gasparini não faz tal distinção. Ao contrário, o autor afirma que a inexigibilidade de licitação decorre da ausência de possibilidade de competição decorrente de circunstância própria da pessoa com quem se quer contratar (2003, p. 453).

A primeira hipótese de inviabilidade de competição trata da “ausência de pluralidade de alternativas de contratação para a Administração Pública” (JUSTEN FILHO, 2010a, p. 358). Trata-se, aqui, daqueles casos em que o objeto a ser contratado é insubstituível, inexistindo equivalente substituto. Assim, haverá um único ofertante, por não haver outros que disponham do objeto único a ser contratado (MELLO, 2010, p. 540).

Referida hipótese pode ser exemplificada pela circunstância descrita no inciso I do art. 25⁸.

Para Marçal Justen Filho, as hipóteses de ausência de alternativas dizem respeito à inviabilidade de competição em decorrência do sujeito: aqui, a natureza do objeto é irrelevante; a inviabilidade de competição se configura porque há apenas um sujeito a ser contratado (2010a, p. 357)⁹.

Sérgio Ferraz e Lúcia Valle Figueiredo, por sua vez, asseveram que essa hipótese de inexigibilidade pode decorrer da padronização do objeto. Contudo, nem toda padronização de objeto acarretará na inexigibilidade: é preciso que o objeto seja possuído por apenas um sujeito. O mesmo acontece na escolha de marca, ressalvados sempre a pertinência e o cabimento da padronização e da limitação de marca (1994, p. 69-70).

A segunda hipótese advém da ausência de mercado concorrencial por uma peculiaridade do próprio serviço a ser contratado. Há casos em que, pelas próprias características do mercado privado, inexistente competição direta entre concorrentes com a formulação de propostas (JUSTEN FILHO, 2010a, p. 358).

Segundo Marçal Justen Filho, exemplo de situação que configura a ausência de mercado concorrencial é a contratação de cirurgião cardíaco (2010a, p. 358)¹⁰. Celso Antônio Bandeira de Mello utiliza-se do mesmo exemplo, adicionando ainda a

⁸“aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo (...)”

⁹ Diversamente, Sérgio Ferraz e Lúcia Valle Figueiredo entendem que as hipóteses de inexigibilidade relacionadas ao objeto são aquelas em que se verifica a natureza singular do objeto e em que há padronização ou escolha de marca. As hipóteses de inexigibilidade ligadas ao sujeito, para os autores, seriam aquelas referentes à notória especialização e à singularidade subjetiva (1994, p. 69 et. seq.)

¹⁰O autor ressalva, contudo, que a hipótese em questão se caracteriza também pela impossibilidade de seleção segundo critérios objetivos, referida no parágrafo seguinte.

contratação de jurista para fornecer parecer ou de advogado para realização de sustentação oral (2010, p. 540)¹¹.

Já as hipóteses de ausência de objetividade na seleção do objeto caracterizam-se pela impossibilidade de definição precisa sobre a relação custo-benefício, “eis que a natureza da prestação envolve fatores intelectuais, artísticos, criativos e assim por diante. Não há critério objetivo de julgamento para escolher o melhor”. Assim, “ainda que seja possível determinar o custo, os benefícios que serão usufruídos pela Administração são relativamente imponderáveis” (JUSTEN FILHO, 2010a, p. 358).

A última hipótese diz respeito às situações em que o conteúdo da obrigação assumida pelo particular apenas será definido ao longo da própria execução, não havendo possibilidade de competição “pela ausência de definição prévia das prestações exatas e precisas as serem executadas ao longo do contrato” (JUSTEN FILHO, 2010b, p. 359).

Há que se considerar ainda a questão da singularidade do objeto a ser contratado. A questão é de extrema importância para a verificação das hipóteses de inexigibilidade de licitação, já que é exatamente da singularidade do objeto a ser contratado que decorre a inviabilidade de competição descrita no *caput* do art. 25 (JUSTEN FILHO, 2010a, p. 359). É que “a inviabilidade de competição é uma característica do universo extranormativo mas resultante da peculiaridade da necessidade a ser satisfeita pelo contrato administrativo” (JUSTEN FILHO, 2010a, p. 359).

Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 541), a singularidade dos bens pode decorrer (a) da singularidade em sentido absoluto; (b) de evento externo a ele ou (c) da sua natureza íntima¹².

Já os serviços singulares, de modo geral, são

¹¹Celso Antônio Bandeira de Mello se refere aos exemplos em questão ao tratar da inexigibilidade por ausência dos pressupostos fáticos da licitação. O autor assevera que “é pressuposto fático da licitação a existência de interessados em disputá-la. Nos casos em que tal interesse não concorra, não há como realizá-la” (2010, p. 540). Para Sérgio Ferraz e Lúcia Valle Figueiredo, essa hipótese é de inexigibilidade em razão da pessoa (1994, p. 76).

¹²Tendo-se em vista que o tema do presente trabalho diz respeito à contratação de um serviço – e não se um bem – deixa-se de se proceder análise mais detida quanto aos bens singulares.

todas as produções intelectuais, realizadas isolada ou conjuntamente – por equipe -, sempre que o trabalho a ser produzido se defina pela marca pessoal (ou coletiva), expressada em características científicas, técnicas ou artísticas importantes para o preenchimento da necessidade administrativa a ser suprida. (MELLO, 2010, p. 541).

Importa salientar, ainda, que a singularidade não quer dizer que outros não possam realizar o objeto em questão – são singulares, mas não necessariamente únicos (MELLO, 2010, p. 542).

Assim, nas situações em que se estiver diante de situações das quais decorram a inviabilidade de competição, o objeto poderá ser contratado diretamente, por inexigibilidade de licitação.

Conforme o art. 26, a inexigibilidade de licitação deverá ser justificada por meio de processo administrativo próprio, no qual devem ser observados os princípios da república e da isonomia, norteadores do procedimento licitatório. Além disso, faz-se necessário a verificação da razoabilidade dos preços praticados pelo particular a ser contratado (JUSTEN FILHO, 2010a, p. 387-391).

2.3.2.2 Hipóteses de dispensa de licitação

As hipóteses de dispensa de licitação são tratadas pelos arts. 17 e 24 da Lei 8.666. Para a maioria da doutrina, há diferenciação entre as hipóteses do art. 17 e aquelas do art. 24 (MELLO, 2010, p. 542 *et seq.*; BACELLAR FILHO, 2008, p. 122; PEREIRA JUNIOR, 2009, p. 290; DI PIETRO, 2010, p. 365; FERRAZ e FIGUEIREDO, 1994, p. 41; GASPARINI, 2003, p. 423).

Há, contudo, entendimento no sentido de que não há que se falar em diferenciação entre licitação dispensada e licitação dispensável. Esse é o entendimento, por exemplo, de Marçal Justen Filho¹³. O autor salienta que, ao contrário do que pretendem os defensores da corrente acima exposta,

a distinção mais profunda entre os casos do art. 17 do art. 24 relaciona-se com outro item. É que o art. 17 disciplina hipóteses de alienação de bens e direitos, enquanto o art. 24 contempla regras gerais acerca de contratos envolvendo compras, obras e serviços. (2010a, p. 300).

¹³E também de Américo Servídio *apud* José Cretella Júnior, 1996, p. 112.

Nas palavras de Marçal Justen Filho, “a dispensa de licitação verifica-se em situações em que, embora viável competição entre particulares, a licitação afigura-se objetivamente incompatível com os valores norteadores da atividade administrativa” (2010a, p. 301)¹⁴. Para o autor,

a dispensa de licitação decorre do reconhecimento por lei de que os custos inerentes a uma licitação superam os benefícios que dela podem advir. A lei dispensa a licitação para evitar o sacrifício dos interesses coletivos supraindividuais. (2010a, p. 301).

Importante salientar, entretanto, que, como adiantado acima, a dispensa de licitação, assim como a inexigibilidade, não afasta a aplicação obrigatória do princípio da isonomia e o tratamento igualitário a todos os administrados (JUSTEN FILHO, 2010a, p. 301).

Para Marçal Justen Filho, “as hipóteses de dispensa de licitação podem ser sistematizados segundo o ângulo de manifestação de desequilíbrio na relação custo/benefício” (2010a, p. 301), da seguinte forma:

- e) custo econômico da licitação
- f) custo temporal da licitação
- g) ausência de potencialidade de benefício
- h) função extraeconômica da licitação

A seguir, passe-se a analisar as hipóteses de dispensa de licitação utilizando-se a sistematização proposta pelo autor.

2.3.2.2.1 Custo econômico da licitação (incs. I e II, art. 24, Lei 8.666)

Trata-se das hipóteses em que o custo econômico da licitação for superior ao benefício extraível. Assim, “a pequena relevância econômica da contratação não justifica gastos com uma licitação comum” (JUSTEN FILHO, 2010a, p. 302).

Dispõem os dispositivos que é dispensável a licitação

¹⁴Ao diferenciar dispensa e inexigibilidade, o autor afirma, inclusive, que “Na dispensa, a competição é viável e, teoricamente, a licitação poderia ser promovida. Não o é porque, diante das circunstâncias, a Lei reputa que a licitação poderia conduzir à seleção que não seria a melhor, tendo em vista circunstâncias peculiares. Em suma, a inexigibilidade é uma imposição da realidade extranormativa, enquanto a dispensa é uma criação normativa” (JUSTEN FILHO, 2010a, 357).”

I - para obras e serviços de engenharia de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso I do artigo anterior, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente;

II - para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso II do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez;

2.3.2.2.2 Custo temporal da licitação (art. 24, incs. III, IV, XII e XVIII)

Trata-se, neste caso, de hipóteses em que “a demora na realização da licitação puder acarretar a ineficácia da contratação” (2010a, p. 301).

Os dispositivos que tratam dessas hipóteses dispõem o seguinte:

III - nos casos de guerra ou grave perturbação da ordem;

IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;

XII - nas compras de hortifrutigranjeiros, pão e outros gêneros perecíveis, no tempo necessário para a realização dos processos licitatórios correspondentes, realizadas diretamente com base no preço do dia;

XVIII - nas compras ou contratações de serviços para o abastecimento de navios, embarcações, unidades aéreas ou tropas e seus meios de deslocamento quando em estada eventual de curta duração em portos, aeroportos ou localidades diferentes de suas sedes, por motivo de movimentação operacional ou de adestramento, quando a exiguidade dos prazos legais puder comprometer a normalidade e os propósitos das operações e desde que seu valor não exceda ao limite previsto na alínea "a" do inciso II do art. 23 desta Lei.

Tais casos tratam hipóteses diversas.

O inciso III trata da dispensa de licitação em situação de guerra ou perturbação da ordem, abrangendo as contratações para proteger a segurança nacional e aqueles que exijam diligência (JUSTEN FILHO, 2010a, p. 305).

Já o inciso IV trata da contratação em situação emergencial ou de calamidade pública e “refere-se aos casos em que o decurso de tempo necessário ao

procedimento licitatório normal impediria a adoção de medidas indispensáveis para evitar danos irreparáveis” (JUSTEN FILHO, 2010a, p. 305).

No que se refere ao inciso XII, trata de compras eventuais de alimentos perecíveis, nas quais “o decurso do tempo acarreta a desnaturação do produto. Logo, uma licitação provocaria, de regra, sérios problemas” (JUSTEN FILHO, 2010a, p. 324).

Por fim a hipótese do inciso XVIII trata das contratações vinculadas a operações militares. Para Marçal Justen Filho, trata-se de “especificação da hipótese prevista no art. 24, IV” (2010a, p. 334), tratado acima. Para o autor, a demora decorrente do trâmite no certame licitatório “acarretaria prejuízos irreparáveis, seja para o pessoal militar, seja para os interesses envolvidos na operação” (2010a, p. 334).

2.3.2.2.3 A ausência de potencialidade de benefício (art. 24, incs. V, VII, VIII, XI, XIV, XVII, XXIII, XXVI, XXVIII e XXIX)

Trata-se aqui de hipóteses nas quais inexistente potencialidade de benefício em decorrência da licitação (JUSTEN FILHO, 2010a, p. 301).

Os dispositivos em questão dispõem o seguinte:

V - quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas;

VII - quando as propostas apresentadas consignarem preços manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional, ou forem incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes, casos em que, observado o parágrafo único do art. 48 desta Lei e, persistindo a situação, será admitida a adjudicação direta dos bens ou serviços, por valor não superior ao constante do registro de preços, ou dos serviços

VIII - para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;

XI - na contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido;

XIV - para a aquisição de bens ou serviços nos termos de acordo internacional específico aprovado pelo Congresso Nacional, quando as condições ofertadas forem manifestamente vantajosas para o Poder Público;

XVII - para a aquisição de componentes ou peças de origem nacional ou estrangeira, necessários à manutenção de equipamentos durante o período de garantia técnica, junto ao fornecedor original desses equipamentos, quando tal condição de exclusividade for indispensável para a vigência da garantia;

XXIII - na contratação realizada por empresa pública ou sociedade de economia mista com suas subsidiárias e controladas, para a aquisição ou alienação de bens, prestação ou obtenção de serviços, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.

XXVI – na celebração de contrato de programa com ente da Federação ou com entidade de sua administração indireta, para a prestação de serviços públicos de forma associada nos termos do autorizado em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação.

XXVIII – para o fornecimento de bens e serviços, produzidos ou prestados no País, que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional, mediante parecer de comissão especialmente designada pela autoridade máxima do órgão.

XXIX – na aquisição de bens e contratação de serviços para atender aos contingentes militares das Forças Singulares brasileiras empregadas em operações de paz no exterior, necessariamente justificadas quanto ao preço e à escolha do fornecedor ou executante e ratificadas pelo Comandante da Força.

Quanto à hipótese do inc. V, verifica-se mediante a presença de quatro requisitos: “a) a ocorrência de licitação anterior; b) ausência de interessados; c) risco re prejuízo (...) decorrente do processo licitatório; d) inevitabilidade do prejuízo

mediante contratação direta; e) manutenção das condições ofertadas no ato convocatório anterior” (FERNANDES, 1997, p. 186.)¹⁵.

O inc. VII, por sua vez, disciplina hipótese em que a “licitação pode conduzir a resultado radicalmente oposto àquele que lhe dá razão de ser” (JUSTEN FILHO, 2010a, p. 314) – a contratação mais vantajosa para a administração. Nessa hipótese, será vedada a contratação. Na hipótese em questão, a licitação resulta infrutífera porque, mesmo existindo interessados, as propostas são superiores aos valores admissíveis (JUSTEN FILHO, 2010a, p. 315).

Os incs. VIII e XXIII aludem a hipóteses semelhantes. Trata-se do “mesmo princípio: a contratação entre entidades autônomas mas interligadas não se sujeita a licitação” (JUSTEN FILHO, 2010a, p. 342). Tais casos se referem a “‘contratação direta’ entre a pessoa de direito público e a entidade por ela criada [para atuação exclusiva em favor da Administração Pública], cujo objeto seja a prestação de serviços públicos (em sentido amplo), o que abrange tanto o serviço público propriamente dito como s atividades de ‘suporte’ administrativo” (JUSTEN FILHO, 2010a, p. 318).

O inc. XI diz respeito à hipótese em que tenha havido licitação anterior, da qual resultou contratação que foi rescindida pela Administração. Nesse caso, ao invés de promover nova licitação, a Administração convocará os demais licitantes, na ordem de sua classificação anterior, para que executem o remanescente, pelo preço do licitante vencedor (JUSTEN FILHO, 2010a, p. 324).

No que se refere ao inc. XIV, trata de contratações vinculadas a acordos internacionais. “Restringe-se a remeter o tema às condições previstas em tratado internacional, às quais caberá disciplinar os requisitos e os pressupostos da contratação direta” (JUSTEN FILHO, 2010a, p. 331), exigindo-se, contudo, a vantajosidade exacerbada.

Já o inc. XVII trata de contratações acessórias para a manutenção de garantia. Assim, a Administração “efetiva a compra direta de componentes ou peças de procedência nacional ou estrangeira, vinculadas a equipamentos anteriormente adquiridos” (JUSTEN FILHO, 2010a, p. 333).

¹⁵Marçal Justen Filho, citando Jacoby Fernandes, entende os requisitos citados são resumidos em quatro elementos: a realização de licitação anterior; a ausência de interessados; o risco de prejuízo na repetição da licitação e a manutenção das condições da primeira licitação (2010a, p. 312).

A hipótese prevista no inc. XXVI diz respeito aos consórcios públicos. A dispensa, neste caso, “se destina a simplificar o desenvolvimento das atividades dos consórcios públicos” (JUSTEN FILHO, 2010a, p. 350).

O inciso XXVIII remete ao fornecimento de objeto de alta complexidade e relevante para a defesa nacional, sendo necessária a presença concomitante de ambos os requisitos (JUSTEN FILHO, 2010a, p. 353).

Por fim, a hipótese prevista no inc. XXIX diz respeito ao fornecimento de objeto para atender operações de paz do exterior. Para Marçal Justen Filho, a aplicação do dispositivo em questão pressupõe a existência de contingente militar brasileiro atuando fora do país como força de paz e a necessidade de aquisição de bens e serviços para aparelhamento ou manutenção de tal contingente. “As circunstâncias desaconselham a realização de licitação, eis que o cumprimento das formalidades correspondentes acarretaria dificuldades práticas quase insuperáveis” (JUSTEN FILHO, 2010a, p. 354).

2.3.2.2.4 Função *extraeconômica* da contratação (art. 24, incs. VI, IX, X, XIII, XV, XIX, XX, XXI, XXIV, XXV e XXVII)

Tais hipóteses ocorrem “quando a contratação não for norteadada pelo critério da vantagem econômica, porque o Estado busca realizar outros fins” (JUSTEN FILHO, 2010a, p. 301).

Os dispositivos em questão dispõem o seguinte:

- VI - quando a União tiver que intervir no domínio econômico para regular preços ou normalizar o abastecimento;
- IX - quando houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos em decreto do Presidente da República, ouvido o Conselho de Defesa Nacional;
- X - para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia;
- XIII - na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos;
- XV - para a aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, de autenticidade certificada, desde que compatíveis ou inerentes às finalidades do órgão ou entidade.
- XVI - para a impressão dos diários oficiais, de formulários padronizados de uso da administração, e de edições técnicas oficiais, bem como para prestação de serviços de informática a pessoa jurídica de direito público interno, por órgãos ou entidades que integrem a Administração Pública, criados para esse fim específico;
- XIX - para as compras de material de uso pelas Forças Armadas, com exceção de materiais de uso pessoal e administrativo, quando houver necessidade de manter a padronização requerida pela estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres, mediante parecer de comissão instituída por decreto;
- XX - na contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.
- XXI - para a aquisição de bens e insumos destinados exclusivamente à pesquisa científica e tecnológica com recursos concedidos pela Capes, pela Finep, pelo CNPq ou por outras instituições de fomento a pesquisa credenciadas pelo CNPq para esse fim específico;
- XXIV - para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão.
- XXV - na contratação realizada por Instituição Científica e Tecnológica - ICT ou por agência de fomento para a transferência de tecnologia e para o licenciamento de direito de uso ou de exploração de criação protegida.
- XXVII - na contratação da coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, efetuados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública.

A primeira das hipóteses em questão, disposta no inc. VI, trata das contratações para promover intervenção da União no domínio econômico. Neste caso, a vantajosidade da contratação é secundária na medida em que “a contratação é instrumento de que se vale a União na intervenção no domínio

econômico, nos estritos limites constitucionais (art. 173)” (JUSTEN FILHO, 2010a, p. 313).

O disposto no inc. IX trata de contratação que compreenda risco para a Segurança Nacional. Neste caso, é preciso que, além do interesse da segurança nacional, haja risco à segurança nacional provocado pela publicidade, relacionada inclusive à divulgação da mera intenção de contratar (JUSTEN FILHO, 2010a, p. 322).

A hipótese do inc. X trata de compra ou locação de imóvel pela Administração. Nesse caso, “a ausência de licitação deriva da impossibilidade de o interesse sob tutela estatal ser satisfeito através de outro imóvel, que não aquele selecionado” (JUSTEN FILHO, 2010a, p. 323).

Os incs. XIII e XX são diretamente relacionados – em ambos os casos, trata-se de modalidade indireta de fomento (JUSTEN FILHO, 2010a, p. 335). O primeiro deles remete à contratação com instituição sem fins lucrativos cujo objeto específico abranja a pesquisa, ensino, desenvolvimento institucional ou a recuperação social do preso. O segundo, por sua vez, remete à contratação de associações de portadores de deficiência. Um aspecto importante é que o contrato em questão (em se tratando de um ou outro inciso) deve produzir execução de objeto inerente à atividade da instituição contratada e que a estrutura da própria instituição deve ser suficiente para satisfazer a necessidade estatal (JUSTEN FILHO, 2010a, p. 328 *et seq.*; p. 336).

O disposto no inc. XV impõe a dispensa de licitação para a aquisição e a restauração de obras de arte. Marçal Justen Filho assevera que deve haver justificado interesse estatal na aquisição e que, quanto à restauração, “envolve atividades técnicas especializadas” (JUSTEN FILHO, 2010a, p. 332).¹⁶

O inc. XIX faz referência à contratação para padronização de materiais de uso militar¹⁷.

A previsão do inc. XXI diz respeito à aquisição de bens para pesquisa científica. Trata-se de regra relacionada com atividade universitária e que alude à

¹⁶Para o autor, a hipótese “se enquadra, teoricamente, como impossibilidade de competição e seria mais apropriado reconhecer a ocorrência de inexigibilidade de licitação” (JUSTEN FILHO, 2010a, p. 332).

¹⁷Também nesse caso, Marçal Justen Filho salienta que a introdução do dispositivo seria desnecessária por tratar-se de hipótese de inexigibilidade de licitação (JUSTEN FILHO, 2010a, p. 335).

compra de bens destinados a pesquisa científica e tecnológica (JUSTEN FILHO, 2010, p. 337)¹⁸.

O inc. XXIV, por sua vez, trata da contratação com organização social. O dispositivo em questão estabelece que “a dispensa abrangerá contratos de prestação de serviços relacionados com as atividades previstas no ‘contrato de gestão’”. (JUSTEN FILHO, 2010a, p. 345)¹⁹.

Já a regra do inc. XXV tem como objetivo incentivar a pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e, para tanto, admitiu “a contratação direta nas hipóteses de transferência de tecnologia e para o licenciamento de direito de uso ou de exploração de criação protegida” (JUSTEN FILHO, 2010a, p. 349).

Por fim, o inc. XXVII previu a dispensa de licitação para a contratação de catadores de materiais recicláveis e “traduz a importância econômica das atividades da população de baixa renda, versando sobre coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos” (JUSTEN FILHO, 2010a, p. 351).

2.3.2.2.5 A hipótese do inc. XXII

A hipótese em questão não se enquadra perfeitamente em nenhum dos casos tratados acima. Como asseverado pelo autor, “trata-se, muito mais, de ausência de licitação em vista da aplicação dos princípios da legislação específica acerca de um serviço público cujas características são totalmente singulares” (JUSTEN FILHO, 2010a, p. 301).

Dispõe o dispositivo que haverá dispensa de licitação “na contratação de fornecimento ou suprimento de energia elétrica e gás natural com concessionário, permissionário ou autorizado, segundo as normas da legislação específica” (art. 24, inc. XXII, Lei 8.666).

¹⁸Para Marçal Justen Filho, “o campo de abrangência do dispositivo atinge inúmeras hipóteses enquadráveis no conceito de inexigibilidade de licitação” (2010a, p. 337). O objetivo principal da contratação, nesses casos, não visaria diretamente à obtenção da maior vantagem e não se cogitaria de competição. É que “as peculiaridades da atividade de pesquisa excluem a adoção dos critérios usuais de julgamento e seleção de propostas” (JUSTEN FILHO, 2010a, p. 337-338).

¹⁹“A regra do inc. XXIV produz dúvida acerca da extensão da dispensa de licitação” (JUSTEN FILHO, 2010a, p. 345). Discute-se se a dispensa abrange apenas os contratos de prestação de serviços decorrentes de um contrato de gestão ou se abrange também a contratação que dará origem às demais (JUSTEN FILHO, 2010a, p. 345). O tema, contudo, escapa ao objeto do presente trabalho.

2.3.2.2.6 As hipóteses introduzidas pela Lei 12.349/2.010

A Lei 12.349, de 15 de dezembro de 2010, introduziu duas novas hipóteses de dispensa de licitação:

XXX - na contratação de instituição ou organização, pública ou privada, com ou sem fins lucrativos, para a prestação de serviços de assistência técnica e extensão rural no âmbito do Programa Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural na Agricultura Familiar e na Reforma Agrária, instituído por lei federal.

XXXI - nas contratações visando ao cumprimento do disposto nos arts. 3o, 4o, 5o e 20 da Lei no 10.973, de 2 de dezembro de 2004, observados os princípios gerais de contratação dela constantes.

Assim, referidos dispositivos não foram abordados na sistematização adotada para os fins do presente trabalho. De todo modo, aponta-se desde logo que a dispensa da licitação para as hipóteses referidas nos dispositivos em questão não diz respeito à hipótese objeto do trabalho (escolha da câmara arbitral em arbitragens em que seja parte a administração).

2.4 RESUMO DO CAPÍTULO

Como se viu, a Constituição Federal, em seu art. 37, prevê a regra geral da licitação para os contratos da Administração – sejam eles contratos administrativos ou contratos privados da Administração.

A regra geral da licitação, contudo, contém exceções: são as hipóteses de dispensa e inexigibilidade, tratadas pelos arts. 17, 24 e 25 da Lei 8.666. Em tais casos, a contratação será direta, *i.e.*, independentemente de licitação.

As hipóteses de dispensa de licitação são aquelas em que, embora seja possível a licitação, a própria lei reconhece que os custos a ela inerentes superariam os benefícios a serem alcançados. Trata-se de hipóteses em que o procedimento licitatório seria incompatível com os valores norteadores da atividade administrativa (JUSTEN FILHO, 2010a, p. 301).

As hipóteses de inexigibilidade de licitação, por sua vez, são aquelas em que se verifica inviabilidade de competição, seja em decorrência da singularidade do

objeto a ser contratado, seja em decorrência da inexistência de mais de um sujeito apto a oferecer o objeto a ser contratado.

A contratação direta (por inexigibilidade ou dispensa), contudo, não dispensa a observância de um procedimento administrativo prévio, cuja função é demonstrar a presença dos requisitos para a contratação direta e selecionar a proposta mais vantajosa (JUSTEN FILHO, 2010a, p. 299).

3 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PARTE EM ARBITRAGENS

3.1 BREVES CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Para que determinado litígio possa ser submetido à arbitragem é necessário que estejam configurados dois requisitos: a arbitrabilidade subjetiva e a arbitrabilidade objetiva.

A arbitrabilidade subjetiva diz respeito à possibilidade de determinada pessoa ser parte em arbitragens. Como já mencionado na introdução do presente trabalho, parte-se do pressuposto de que a Administração Pública (seja direta ou indireta) pode ser parte em arbitragens, tendência reconhecida tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência brasileiras (KLEIN, 2010, p. 67)^{20 21}.

É que o art. 1º da Lei Brasileira de Arbitragem (LBA – Lei nº 9.307/1996) impõe que podem se submeter à arbitragem as pessoas capazes de contratar²². Norma no mesmo sentido está contida no art. 851 do CC²³. Assim, uma vez que a Administração Pública direta e indireta é indiscutivelmente capaz de contratar, é certo que possui aptidão para optar pela arbitragem (TALAMINI, 2005a, p. 336; KLEIN, 2010, p. 69)²⁴.

A arbitrabilidade objetiva, por sua vez, diz respeito ao objeto, à matéria a ser arbitrada que, segundo o art. 1º da LBA deve corresponder a “direitos patrimoniais

²⁰Sobre o assunto é também majoritário o entendimento dos Tribunais no sentido de que a Administração pode se submeter à arbitragem. Confirma-se, por exemplo, o acórdão proferido no MS 11.308/DF – STJ – rel. Min. Luiz Fux. In: Revista de Arbitragem nº 21, p. 286 e artigo de Cesar Augusto Guimarães Pereira, 2010, p. 131 *et. seq.* Confira-se ainda obra de Rafaella Ferraz – Arbitragem em litígios comerciais com a Administração Pública: exame a partir da principalização do direito administrativo, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008.

²¹Essa tendência foi, inclusive, recentemente reafirmada em julgamento no STJ. Trata-se do recurso especial 904.813/PR, interposto por sociedade de economia mista em ação declaratória de nulidade de compromisso arbitral julgada improcedente. No julgamento, a ministra Nancy Andrighi consignou que doutrina e jurisprudência reconhecem a inexistência de óbice legal na convenção de arbitragem pelo poder público. O julgamento ocorreu em 20/10/2011 e o acórdão ainda não foi publicado.

²²Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

²³Art. 851. É admitido compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que podem contratar.

²⁴Sobre o assunto, João Bosco Lee afirma que “Quando o Estado negocia, ele age como qualquer pessoa de direito privado. Desta forma, a arbitrabilidade subjetiva é admitida nos países do MERCOSUL.” (2003, p. 56).

disponíveis”. Verifica-se, portanto, dois requisitos: a disponibilidade e a patrimonialidade da matéria²⁵.

Segundo Eduardo Talamini, a concepção de indisponibilidade que interessa para determinar-se a arbitrabilidade da matéria é aquela relacionada à necessidade de intervenção jurisdicional – indisponibilidade esta que não está presente, via de regra, nas relações de direito público (2005, p. 340)²⁶. Ao contrário: é decorrência do próprio regime de direito público o dever do Estado de submeter-se à legalidade. Assim, uma vez constatando que o particular tem um direito em face dele, o Estado deve dar cumprimento a este direito. Tal obrigação decorre do próprio princípio de legalidade e da boa-fé, presentes no art. 37, *caput*, CF (TALAMINI, 2005a, p. 340-341).

Dessa forma, “cabe a arbitragem sempre que a matéria envolvida possa ser resolvida pelas próprias partes, independentemente de ingresso em juízo” (TALAMINI, 2005a, p. 343). Em outras palavras, pode-se dizer que a arbitrabilidade objetiva prescinde da renunciabilidade da matéria envolvida²⁷.

Além da disponibilidade da matéria, a lei faz referência à sua patrimonialidade. Sobre o assunto, Eduardo Talamini afirma que o caráter patrimonial estará presente não apenas quando o objeto do interesse se revista

²⁵Há, contudo, quem defenda que a arbitrabilidade objetiva decorre do caráter jurisdicional da arbitragem, apontando para a necessidade de revisão do art. 1º da LBA. Confira-se, por exemplo, posicionamento de Cláudio Valença Filho (2000, p. 369). Há ainda entendimento do sentido da desnecessidade de disponibilidade do objeto para a admissibilidade da arbitragem, uma vez que não haveria disposição das partes, mas sim decisão por um terceiro (conf. RICCI, Edoardo. Desnecessária conexão entre disponibilidade do objeto da lide e admissibilidade de arbitragem: reflexões evolutivas. *In*: LEMES, Selma; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista. Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, *in memoriam*, São Paulo: Atlas, 2007, p. 402-412),

²⁶Segundo o autor, outra possível aceção de indisponibilidade seria a “vedação à renúncia de um direito existente” (2005a, p. 343), que incide, via de regra, sobre todas as relações de direito público. Essa concepção, contudo, comporta gradações, podendo o Estado renunciar determinadas decorrências ou derivações do bem indisponível (2005a, p. 338 *et seq.*). Ainda, é importante ressaltar que submeter um litígio à solução arbitral não equivale à renúncia do direito (2005a, p. 344). Nas palavras de Aline Lícia Klein, “submeter o litígio à solução arbitral não implica renúncia do direito envolvido na controvérsia. Este poderá ou não ser reconhecido no final do processo” (2010, p. 71).

²⁷João Bosco Lee aponta critério semelhante (transacionabilidade) como um dos três possíveis para definição de arbitrabilidade objetiva. O autor afirma, contudo, que este critério (da transacionabilidade ou renunciabilidade) não seria referido pela legislação brasileira para definição das matérias arbitráveis e ainda que tal referência seria inadequada, por já ter suscitado diversas controvérsias de qualificação no âmbito do direito comparado (2003, p. 60-61). Entendemos que a referência à renunciabilidade feita por Eduardo Talamini não se restringe à transacionabilidade mencionada por João Bosco Lee. Enquanto esta seria um dos requisitos impostos pela lei, a renunciabilidade referida por Eduardo Talamini é um dos aspectos que demonstra a disponibilidade da matéria – esta sim imposta pela lei como requisito para a arbitragem.

diretamente de valor econômico, mas também quando seu inadimplemento puder ser “reparado, compensado ou neutralizado por medidas com conteúdo econômico” (2005a, p. 345).

De forma resumida,

Se o conflito entre o particular e a Administração Pública é eminentemente patrimonial e ele versa sobre matéria que poderia ser solucionada diretamente entre as partes, sem que se fizesse necessária a intervenção jurisdicional, então a arbitragem é cabível. (TALAMINI, 2005b, p. 146).

Assim, é certo que a Administração pode se submeter à arbitragem. Quanto à arbitrabilidade da matéria, deve ser verificada caso a caso, a depender do objeto litigioso.

Além disso, é preciso ressaltar que, em um novo contexto de Administração Pública e de atuação conjunta dos setores público e privado (KLEIN, 2010, p. 65; TALAMINI, 2005a, p. 335),²⁸ “a valorização da arbitragem é o reflexo processual da importância do consenso, da parceria, no direito material” (TALAMINI, 2005a, p. 335).

3.2 A PACTUAÇÃO DA ARBITRAGEM

Como visto, a validade da pactuação da arbitragem depende tanto da arbitrabilidade subjetiva (capacidade para contratar) quanto da arbitrabilidade objetiva (possibilidade de a matéria ser submetida à arbitragem).

Além disso, sendo a arbitragem uma forma de exclusão da jurisdição estatal (VALENÇA FILHO, 2008, p. 60), para que a jurisdição estatal seja realmente

²⁸Aline Lícia Klein afirma que, com o objetivo de melhor realização do interesse público, tem-se procurado dar prioridade a decisões das quais participem não apenas a Administração, mas também os particulares envolvidos. Assim, alia-se à realização do interesse público “o menor sacrifício possíveis de outros interesses públicos e dos interesses dos particulares envolvidos (2010, p. 65). Sobre o assunto, confira-se artigo de Floriano Marques Azevedo – Do contrato administrativo à administração contratual, in: Revista do advogado, nº 107, ano XXIX, São Paulo: AASP, 2009, p. 74-81 e de Lauro da Gama e Souza Júnior – Sinal Verde para a arbitragem nas parcerias público-privadas (a construção de um novo paradigma para os contratos entre o Estado e o investidor privado, in: Revista Brasileira de Arbitragem, nº 08, vol. 2, out/dez 2005, p. 7-42).

afastada, estando o litígio sujeito à arbitragem, é preciso que as partes assim pactuem de forma expressa (TIBÚRCIO e BARROSO, 2008, p. 102; 109-111).

Neste sentido o art. 3º da LBA dispõe que “As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral”. O art. 4º, parágrafo 1º, de LBA, por sua vez, prevê a exigência da forma escrita²⁹.

Dessa forma, para que a Administração submeta as questões decorrentes de determinado contrato à arbitragem é preciso que o faça por escrito.

A contratação da arbitragem pode ser feita mediante cláusula compromissória ou compromisso arbitral (LEE, 2003, p. 50)^{30 31}. Embora a diferença entre ambas as formas de convenção de arbitragem seja reconhecida pela lei, é preciso destacar que, conforme posicionamento de grande parte da doutrina, seus efeitos se equivalem.

Sobre o assunto, Kroetz *et al.*, afirmam que, a partir de uma interpretação sistemática da LBA, é possível concluir por uma “equivalência funcional entre cláusula compromissória cheia ou completa e compromisso arbitral”, já que ambos afastam a competência da jurisdição estatal e impõe a competência do juízo arbitral (2004, p. 132-133). Neste mesmo sentido é o posicionamento adotado por Carmona e Carmen Tibúrcio e Luis Roberto Barroso que, embora reconheçam a distinção entre ambos os conceitos, afirmam que houve, com a edição da LBA, a unificação dos efeitos da cláusula e do compromisso – ambos excluem a jurisdição estatal (2007, p. 34-35; 2008, p. 107). Assim, “o compromisso não é mais necessário para produzir o efeito da opção pela arbitragem” (RICCI, 2004, p. 97).

Passa-se então a discorrer sobre ambos os mecanismos.

²⁹Art. 4º, §1º - A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

³⁰Conforme Philip Fouchard *et al*, atualmente, a distinção perdeu sua importância uma vez que a cláusula arbitral passou a ser exequível independentemente de compromisso arbitral (1999, p. 194) No mesmo sentido, João Bosco Lee afirma que a distinção não tem praticamente nenhuma relevância no âmbito internacional e que, mesmo no direito interno “existe uma tendência à suavização” (2003, p. 49-50). O autor assevera ainda que a distinção tem relevância nos países do MERCOSUL, já que a “indeterminação do litígio provoca uma certa desconfiança em relação à cláusula compromissória” (op. cit, p. 50).

³¹Gary Born aponta que nem a Convenção de Nova Iorque, em seu art. II(1), nem a Lei Modelo da UNCITRAL, em seu art. 7(1), fazem diferença entre compromisso e cláusula arbitral (2009, p. 212-213). O autor salienta ainda que as definições contidas nas citadas regras deixam claro que uma convenção arbitral pode ser aplicada a disputas futuras ou existentes – o que expressamente rejeita uma visão histórica (ainda seguida por algumas jurisdições) de que uma convenção arbitral apenas será válida para disputas existentes (op. cit., p. 303).

3.2.1 Cláusula compromissória

A cláusula compromissória, nos termos da LBA, “é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato”. A principal característica da cláusula compromissória (e o que a distingue do compromisso) é que a cláusula compromissória é firmada antes do surgimento de um conflito – trata-se do acordo pelo qual as partes de um contrato se comprometem a submeter à arbitragem eventuais disputas relacionadas àquele contrato (FOUCHARD *et al.*, 1999, p. 193; LEE, 2003, p. 50; TJSP, 1999, p. 8).

De acordo com Carlos Alberto Carmona, a LBA dedicou especial atenção ao assunto, já que, até então, o direito brasileiro não havia dado qualquer atenção ao tema. Isso se deu em razão de, a partir da LBA, a cláusula compromissória ter deixado de ser mero pré-contrato de compromisso, podendo o juízo arbitral ser instituído independentemente deste último (2007, p. 35).

Esta cláusula compromissória pode ser *cheia* ou *vazia*, a depender do seu detalhamento e da forma de estipulação.

3.2.1.1 Cláusula Compromissória Cheia

Tem-se que cláusula compromissória cheia é aquela que contém, desde logo, todos os requisitos para a instauração da arbitragem. Assim, a cláusula compromissória cheia é aquela que contém, além da informação de que as partes irão submeter determinado litígio à arbitragem, certo detalhamento sobre a arbitragem a ser desenvolvida. Trata-se de acordo prévio não apenas sobre a submissão de eventual litígio à arbitragem, mas também de prévio acordo sobre a forma de instituição da arbitragem.

Dessa forma, a cláusula compromissória cheia contém as seguintes informações:

- a) se a arbitragem será institucional ou *ad hoc* e, caso institucional, qual a câmara responsável pela administração do procedimento³²;
- b) o número de árbitros que decidirão a questão e a forma de escolha desses árbitros;
- c) a regra material aplicável ao caso;
- d) a regra processual que conduzirá a arbitragem;
- e) o local da arbitragem;

Tais informações são necessárias para que o compromisso arbitral possa ser firmado assim que seja verificado um litígio entre as partes, instaurando-se, conseqüentemente, a arbitragem.

A ausência de tais dados, por outro lado, impede a instauração da arbitragem de forma rápida e eficiente.

3.2.1.2 Cláusula Compromissória Vazia

A cláusula compromissória vazia é aquela na qual as partes se restringem a se comprometer a submeter eventual litígio à arbitragem, sem qualquer detalhamento (CARMONA, 2007, p. 36). Na cláusula compromissória vazia, “há uma obrigação de instituir-se um compromisso arbitral, sem, no entanto, haver acordo prévio sobre a forma de instituir-se a arbitragem” (TJSP, 1999, p. 9).

Sobre a distinção entre ambas as modalidades de cláusula compromissória, é elucidativo o entendimento adotado em acórdão do TJSP: “tem-se, assim, dois tipos de cláusula compromissória. Uma, que não prevê as regras sobre a forma de instituição da arbitragem. Outra, que a prevê [*sic*].” (1999, p. 8)

Diante de um conflito e de uma cláusula arbitral vazia, uma parte deverá proceder de acordo com o art. 6º da LBA:

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

³² V. item 4.1

Como se vê, a previsão de uma cláusula compromissória cheia é, sem dúvidas, muito mais vantajosa. Tal previsão, além de conferir maior celeridade e efetividade, evita a necessidade de eventual recurso à jurisdição estatal para a garantia da instauração da arbitragem (CARMONA, 2007, p. 37; TJSP, 1999).

3.2.2 Compromisso Arbitral

O compromisso arbitral, por sua vez, de acordo com o art. 9º da LBA, “é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial”. Assim, tem-se que o compromisso arbitral apenas poderá ser firmado *após* o surgimento do conflito (LEE, 2003, p. 82), e, nos termos do art. 10 da LBA, identificará as partes, o(s) árbitro(s), a matéria a ser arbitrada e o lugar em que será proferida a sentença.

Como asseverado por Fouchard, Gaillard e Goldman, o compromisso arbitral é o acordo pelo qual as partes de uma disputa resolvem submetê-la à arbitragem (1999, p. 193).

João Bosco Lee coloca que, no direito brasileiro, a existência de cláusula arbitral não é suficiente para a constituição do tribunal arbitral, sendo exigido o compromisso arbitral³³. Para o autor, a legislação brasileira apresenta um sistema híbrido sobre a validade da cláusula compromissória, que é ora suficiente, ora não suficiente (2003, p. 83).

Entendimento no mesmo sentido foi adotado pelo TJMG em julgamento de recurso de agravo de instrumento, no qual restou consignado que “a cláusula compromissória não dispensa o compromisso arbitral posto que, tem este, [*sic*] o condão de o condão de regulamentar a mesma” (BARROS, 2009, p. 133)³⁴.

Dessa forma, embora a cláusula arbitral seja suficiente para o afastamento da jurisdição estatal, não é suficiente para a instauração do tribunal arbitral. Portanto, decorrência da exigência do compromisso é que este limita os efeitos da cláusula compromissória (LEE, 2003, p. 86-89; 96-98).

³³Como destacado acima, Carlos Alberto Carmona ensina que para a instituição da arbitragem basta a cláusula compromissória, “dispensada a formalidade do compromisso” (2007, p. 35).

³⁴O autor entende, contudo, que o entendimento adotado pelo acórdão foi equivocado, reputando ser sendo desnecessário o compromisso arbitral diante de cláusula cheia (2009, p. 152).

Firmado o compromisso arbitral, poderá ser instituída a arbitragem (o que efetivamente acontece com a aceitação dos árbitros, nos termos do art. 19 da LBA). Embora tal fato possa, aparentemente, ser despido de maiores consequências, tem grande relevância prática: uma vez instaurada a arbitragem, eventuais medidas de urgência devem ser requeridas e apreciadas exclusivamente pelos árbitros³⁵.

3.3 O MOMENTO DA PACTUAÇÃO E SUAS DIFERENTES IMPLICAÇÕES

Como visto no item anterior, a arbitragem pode ser pactuada antes ou depois do surgimento da controvérsia. Isso ocorre também quando o Poder Público convenciona a arbitragem. A possibilidade foi recentemente afirmada pelo STJ no julgamento do recurso especial 904.813/PR, no qual reconheceu-se a desnecessidade de previsão da cláusula compromissória no edital para que a arbitragem possa ser pactuada pela Administração (AGUIAR, 2011).

Durante o julgamento, a Ministra Nancy Andrigli, relatora do recurso, ressaltou que “o fato de não haver previsão da arbitragem no edital de licitação ou no contrato celebrado entre as partes não invalida o compromisso arbitral firmado posterior” (*apud* AGUIAR, 2011).

Dessa forma, a cláusula poderá ser prevista no edital da licitação, e conseqüentemente no contrato, ou ainda poderá ser pactuada entre as partes após a assinatura do contrato – seja antes ou depois do surgimento do conflito.

3.3.1 A previsão da arbitragem no edital

A arbitragem poderá ser, desde logo, prevista no edital. Embora a previsão não seja obrigatória, “interessa especialmente à Administração” (TALAMINI, 2005a, p. 350).

³⁵Antes da instituição da arbitragem, salvo acordo das partes em outro sentido, as medidas de urgência podem ser requeridas ao juízo estatal, que poderá apreciar a questão liminarmente. Uma vez instituída a arbitragem, cabe ao árbitro re-analisar a questão, mantendo ou revogando a medida concedida.

Por um lado, permite à Administração, nos casos em que lhe pareça conveniente, assegurar-se de antemão do futuro e eventual emprego da arbitragem. Ao participar da licitação cujo edital prevê a arbitragem, e ao assinar o contrato que repete a previsão, o particular desde logo concorda com o emprego da arbitragem.

Por outro, a predefinição da via arbitral pode servir para incentivar mais e melhores propostas no processo licitatório. A prévia indicação de que, se necessário, recorrer-se-á à arbitragem pode funcionar como um fator positivo na avaliação de riscos feita pelos potenciais interessados na contratação. A perspectiva de que eventuais litígios serão solucionados de modo mais célere e por julgadores especializados na matéria pode significar uma diminuição de riscos. (TALAMINI, 2005a, p. 350).

Sobre a não obrigatoriedade da previsão da arbitragem no edital, importante ressaltar que isso se dá em razão de a opção pela arbitragem não integrar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato (TALAMINI, 2005a, p. 351). O autor assevera que

A arbitragem não constitui em si mesma uma vantagem material que precise estar previamente estipulada. Trata-se de mera submissão de um litígio contratual a uma forma legal de solução de conflitos – razão pela qual é dispensável sua previsão em edital. (...)

Em primeiro lugar, não se trata de uma vantagem objetivamente aferível e passível de qualificação.

Ademais, por ser um mecanismo legalmente previsto, todo interessado deve considerar a hipótese de vir a ser empregada a arbitragem no caso concreto, a despeito de não estipulada no edital. (2005a, p. 351).

Trata-se de fator de segurança adicional aos investidores, que poderão recorrer ao judiciário para instauração da arbitragem independentemente de concordância da Administração (KLEIN, 2010, p. 94-95).

A previsão de cláusula arbitral no edital da licitação, e a sua consequente inclusão no contrato administrativo a ser firmado, traz consequências para o objeto do presente trabalho.

É que se é possível que a cláusula arbitral seja prevista no edital da licitação (e, conseqüentemente, antes do surgimento de qualquer conflito entre os *futuros* contratantes), há que se admitir que se a Administração poderá, desde logo, escolher uma instituição arbitral para a administração dos futuros e eventuais procedimentos arbitrais.

Tal previsão, como mencionado, seria inclusive salutar. Isto porque a previsão de uma cláusula compromissória cheia possibilita uma maior celeridade e

efetividade na instauração da arbitragem – conferindo maior segurança a ambas as partes.

Assim, tem-se que a escolha da câmara arbitral seria feita em momento anterior à escolha da outra parte (o contratante do contrato administrativo no qual seria inserida a cláusula compromissória) e em momento anterior à delimitação da complexidade e do valor do objeto que seria submetido à arbitragem.

3.3.2 A pactuação da arbitragem após a assinatura do contrato e antes do surgimento da controvérsia

Uma segunda alternativa seria a pactuação da arbitragem após a assinatura do contrato administrativo, mas antes do surgimento da controvérsia.

Como adiantado no item anterior, tal alternativa não feriria qualquer direito dos demais licitantes, uma vez que, embora a arbitragem possa representar uma diminuição dos custos de transação, “a instalação do juízo arbitral não consistirá em nenhuma vantagem indevida outorgada ao contratado” (KLEIN, 2010, p. 95).

Assim como na hipótese analisada anteriormente, a opção pela arbitragem após o edital e antes do surgimento do contrato também traz implicações para os fins do presente trabalho. É que, exatamente como na primeira alternativa, a contratação de uma cláusula compromissória cheia seria recomendável e implicaria na escolha da instituição arbitral já neste momento – antes mesmo da delimitação do litígio a ser arbitrado.

A diferença, neste caso, é que já haveria definição quanto à outra parte da possível arbitragem.

3.3.3 A convenção da arbitragem após o surgimento da controvérsia (compromisso arbitral)

A terceira e última hipótese para a opção pela via arbitral seria a assinatura de compromisso arbitral sem a existência de cláusula compromissória anterior, o que

seria perfeitamente possível, desde que haja consenso entre as partes (TALAMINI, 2005b, a. 351)³⁶.

Assim como as hipóteses anteriores, também esta traz implicações para o objeto do presente trabalho.

Uma vez surgido um conflito, as partes, pretendendo submeter a solução deste conflito à arbitragem, negociam a assinatura de um compromisso arbitral. Em se tratando da opção pela arbitragem institucional³⁷, seria preciso, antes de qualquer coisa, definir qual instituição seria responsável pela administração do procedimento.

A diferença entre as hipóteses anteriores é que aqui, além de já haver definição da outra parte (o contratado), haveria uma determinação quanto ao litígio a ser dirimido.

³⁶Como visto anteriormente, esta hipótese pressupõe o prévio surgimento do conflito para a posterior opção pela via arbitral.

³⁷V. item 4.1, abaixo.

4 A ESCOLHA DA INSTITUIÇÃO ARBITRAL

4.1 ARBITRAGEM *AD HOC* E ARBITRAGEM INSTITUCIONAL

Antes de adentrar na questão da escolha da instituição arbitral, faz-se necessário diferenciar arbitragem institucional de arbitragem *ad hoc*.

Arbitragem *ad hoc* é aquela em que as próprias partes organizam e administram o procedimento arbitral e escolhem diretamente os árbitros (FOUCHARD *et al.*, 1999, p. 33). Nessa modalidade de arbitragem, o procedimento é conduzido sem a supervisão de uma instituição arbitral (BORN, 2009, p. 149).

Fouchard, Gaillard e Goldman apontam que as vantagens de arbitragens *ad hoc* são a confiança das partes nos árbitros escolhidos diretamente por elas (sem a intermediação de qualquer instituição) e a flexibilidade de um procedimento adequado para cada caso em particular (1999, p. 33). Os autores ainda asseveram que, no âmbito internacional, essa modalidade de arbitragem vem se tornando cada vez mais rara. Ao contrário, instituições arbitrais são responsáveis pela administração da vasta maioria dos procedimentos arbitrais (FOUCHARD *et al.*, p. 33).

Já Gary Born, além de apontar a flexibilidade das arbitragens *ad hoc* como uma vantagem da modalidade, ressalta que esse tipo de arbitragem é mais barata e certamente mais confidencial do que a institucional (2009, p. 150). No mesmo sentido posiciona-se Pierre Lalive (1991, p. 317).

Arbitragem institucional, por sua vez, é aquela administrada por uma câmara de arbitragem, ou entidade congênere (TALAMINI, 2005a, p. 352). Para Gary Born, arbitragens institucionais são aquelas conduzidas de acordo com regras de uma instituição arbitral e, em geral, supervisionadas por uma autoridade administrativa responsável por vários aspectos relacionados à constituição do tribunal arbitral, à remuneração dos árbitros, etc. (2009, p. 148 e 1.782).

É importante destacar ainda que não cabe às instituições arbitrais se imiscuir na solução do mérito da controvérsia e que os árbitros a ela vinculados não são empregados da instituição, mas pessoas privadas selecionadas pelas partes para solucionares a questão (BORN, 2009, p. 149).

As vantagens desse tipo de arbitragem são a diminuição do risco de quebras processuais, principalmente no começo da arbitragem, e de defeitos técnicos no processo e na sentença arbitral³⁸. Além disso, a escolha de uma instituição arbitral é de grande utilidade para a solução e problemas relacionados à escolha e impugnação dos árbitros (BORN, 2009, p. 150).

Ademais, a escolha de uma instituição arbitral pode influenciar, de forma menos direta, na integridade e auto-executabilidade da sentença arbitral, uma vez que a instituição arbitral empresta sua reputação à sentença proferida, o que pode aumentar a probabilidade de cumprimento espontâneo e de execução judicial (BORN, 2009, p. 150).

Daí que

a definição já no edital de uma entidade com experiência e reputação tende a produzir resultados bastante positivos. Por um lado, pode servir para diminuir a resistência ao emprego da arbitragem, afastando definitivamente o temor de desvios de finalidade. Por outro, oferece mais segurança e previsibilidade aos particulares interessados na parceria – podendo, no sentido antes indicado, implicar propostas que reflitam essa adicional diminuição de riscos. (TALAMINI, 2005a, p. 352).

Assim, optando as partes pela arbitragem institucional, devem também escolher a instituição arbitral que administrará o procedimento. Essa escolha interferirá não apenas nas regras procedimentais a serem aplicadas. A escolha da câmara arbitral, como será pormenorizado abaixo (item 4.3), poderá interferir na escolha no árbitro e em outros aspectos da arbitragem.

Daí decorre a importância da escolha adequada da instituição que administrará o procedimento.

³⁸Gary Born aponta que é comum que as regras das instituições arbitrais tragam mecanismos para a solução de diversos problemas processuais, dentre os quais mecanismos aptos a garantir a executabilidade da sentença. Nas palavras do autor, as regras institucionais tipicamente autorizam as instituições “*to review the arbitrators’ awards to reduce the risk of unenforceability on formal grounds*” (2009, p. 149).

4.2 NATUREZA DO CONTRATO COM A INSTITUIÇÃO ARBITRAL: CONTRATO PRIVADO DA ADMINISTRAÇÃO

A arbitragem é um método privado de solução de conflitos, marcado, sobretudo, pela autonomia da vontade pelo qual as partes, por meio de um contrato, atribuem poder a um terceiro para que resolva o litígio entre elas (FOUCHARD *et al*, p. 1; 11).

Para que a arbitragem possa ser processada, as partes podem submeter a administração do procedimento arbitral a instituições arbitrais. Ao fazerem isto, estarão contratando um serviço – o serviço de administração de procedimentos.

Assim, estipulando a Administração que os conflitos oriundos de determinado contrato serão submetidos à arbitragem institucional, deverá também contratar uma instituição arbitral que administre o procedimento.

Este contrato da Administração terá natureza de contrato privado. Aplica-se aqui a lição de Marçal Justen Filho referida no capítulo 2 deste trabalho. Trata-se de mecanismo próprio e inerente ao regime privado (2010a, p. 762).

Tal fato, contudo, não altera nem afasta a aplicação do regime de direito público no que concerne às condições e formalidades da contratação (MELLO, 2010, p. 615).

Assim, mesmo em se tratando de um mecanismo próprio do direito privado, no qual as partes livremente optam pela arbitragem e escolhem a instituição que será responsável pela administração do procedimento, a contratação da instituição arbitral estará sujeita ao regime de direito privado. Aplica-se, a priori, o dever de licitar.

4.3 A FORMA DE ESCOLHA: LICITAÇÃO, INEXIGIBILIDADE OU DISPENSA?

Para determinar se a contratação da câmara arbitral estará sujeita à regra geral de licitação (ou se se enquadra em uma das hipóteses de contratação direta), faz-se necessário, antes de tudo, analisar se há viabilidade de competição para, em seguida, verificar-se a modalidade de contratação. É que, como demonstrado no capítulo 2, a licitação prescinde a possibilidade de competição.

4.3.1 A (in)viabilidade de competição

Primeiramente, importa ressaltar que a contratação de instituição arbitral não se enquadra em nenhuma das hipóteses elencadas no art. 17 ou no art. 24 da Lei 8.666, que tratam de dispensa de licitação. Descarta-se, portanto essa modalidade de contratação (dispensa). Dessa forma, a contratação em questão pode ser feita mediante licitação ou, no caso de inviabilidade de competição, de forma direta com base no art. 25 da Lei 8.666 (inexigibilidade de licitação).

Passa-se então à análise dos pressupostos da licitação.

Como visto, para que seja viável, a licitação deve se mostrar como meio apto, ao menos em tese, para o atendimento do interesse a ser provido (MELLO, 2010, p. 539). Assim, se não for viável a competição, se estará diante de uma hipótese de inexigibilidade de licitação (FERNANDES, 2009, p. 30).

Segundo Floriano de Azevedo Marques Neto,

o que determina a inviabilidade de competição é o fato de que o objeto é de natureza singular exatamente porque ele há de ser executado por um profissional que, nos termos da lei, detenha um “conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato”. Vale dizer, então, que o objeto é singular porque ele demanda a execução por notório especialista, e ele demanda este profissional exatamente porque é singular. (2009, p. 8).

O autor ainda destaca, embora tratando especificamente da contratação de advogado, que a inviabilidade de competição se dá porque não é possível comparar objetos dotados de singularidade (2009, p. 9).

Neste sentido, há que se ponderar, antes mesmo de se cogitar a inexigibilidade de licitação, se seria possível que outros serviços dotados de singularidade, que não os previstos no art. 13 da Lei 8.666, poderiam ser objeto de contratação direta³⁹. A resposta parece ser positiva por duas razões.

³⁹O art. 25, inc. II, dispõe o seguinte: Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

A primeira é que, como bem destacado por Joel de Menezes Niebuhr, a inviabilidade de competição não decorre da lei, mas sim da realidade fática. Assim, sempre que se estiver diante de situações de inviabilidade de competição, terá lugar a inexigibilidade. Dessa forma, “se houver outros serviços que revelam natureza singular, afora os enunciados no artigo 13 da Lei nº. 8.666/93, também eles não se encontram sujeitos à obrigatoriedade de licitação pública, visto que inviável é a competição” (2009, p. 45).

A segunda razão a ser considerada é o fato de o rol do art. 25 ser meramente exemplificativo. Assim, uma vez configurada a inviabilidade de competição (que pode decorrer a singularidade do objeto da contratação ou de qualquer outra peculiaridade da situação fática), estará preenchido o requisito da inexigibilidade⁴⁰.

Fato é que, como destacado por Marçal Justen Filho, as hipóteses previstas no art. 25 não esgotam as possibilidades de configuração dos pressupostos da contratação direta por inexigibilidade de licitação (2010a, p. 380).

Há casos em que o interesse sob tutela estatal apresenta-se com tamanhas peculiaridades que seu atendimento não pode ser reconduzido aos casos e parâmetros comuns e usuais. Existe uma singularidade nesse interesse, que exclui a competição entre particularidades. (JUSTEN FILHO, 2010a, p. 380-381).

Assim, haverá casos em que a necessidade estatal a ser satisfeita será incompatível com a natureza da licitação, o que apenas pode ser verificado caso a caso (JUSTEN FILHO, 2010a, p. 381). Dessa forma, nas hipóteses em que se verificar que o atendimento à necessidade a ser satisfeita seja incompatível com a licitação, será caracterizada a inviabilidade de competição.

A escolha da câmara arbitral pode ser considerada uma dessas hipóteses.

⁴⁰Niebuhr afirma, inclusive, que “pouco importa que o inciso II do artigo 25 remeta aos serviços enumerados no artigo 13, porque, no que tange às hipóteses que dão azo à inexigibilidade, o fator determinante é a situação fática, minimizando a vontade do legislador. Em resumo: sempre que o serviço for de natureza singular, a contratação se fará por inexigibilidade, em virtude da situação fática de inviabilidade de competição, independentemente do teor do artigo 25, que, no máximo, as reconhece” (2009, p. 45).

4.3.2 As peculiaridades do serviço a ser contratado

Há diversas peculiaridades relacionadas ao serviço a ser prestado que levam à inviabilidade de competição:

- a) a determinação do serviço a ser prestado apenas será possível após o surgimento do conflito;
- b) as regras da instituição arbitral terão forte impacto na arbitragem;
- c) as regras da instituição podem ser determinantes na escolha dos árbitros;
- d) a reputação da instituição é relevante para o serviço;
- e) dadas as peculiaridades do mercado em questão, seria improvável que as instituições adequadas se interessassem em participar da concorrência;

Passa-se à análise de cada uma delas.

4.3.2.1 A determinação do serviço a ser prestado apenas será possível após o surgimento do conflito

A primeira razão cogitada tem relação com o momento da convenção da arbitragem e da escolha da instituição tratado acima (item 3.3).

Como já demonstrado, há razões de relevo que levam à conclusão de que a pactuação de cláusula compromissória cheia traz maiores benefícios tanto para o particular quanto para a Administração. Diante de uma cláusula compromissória vazia, a parte que, diante de um conflito, precisasse se socorrer da arbitragem dependeria de prévia negociação com a parte adversa para determinar os detalhes para a instituição da arbitragem. Apenas após essa negociação é que poderia ser instituída a arbitragem⁴¹.

Assim, tem-se que a instituição arbitral poderá ser determinada em três momentos distintos: no edital de licitação, após a assinatura do contrato e antes do

⁴¹Note-se que, uma vez instaurado um conflito, é comum que a outra parte, inclusive, se negue a chegar em um acordo sobre os detalhes para a instituição da arbitragem. Neste caso, a parte interessada poderá valer-se da ação prevista no art. 7º da LBA.

surgimento da controvérsia e após o surgimento da controvérsia. Nas duas primeiras hipóteses, como já demonstrado acima, não seria possível determinar, desde logo, o objeto da arbitragem. Assim, seria inviável a competição entre instituições arbitrais para a prestação de um serviço eventual e indeterminado. A formulação de propostas, nestes termos, seria descabida e não acarretaria na maior vantajosidade da contratação.

Argumentação em sentido contrário poderia cogitar que eventuais propostas poderiam ser formuladas em relação ao valor envolvido na controvérsia – assim, a instituição contratada poderia fornecer uma tabela do valor de serviço em relação ao “valor da causa”. Ocorre que, dada a peculiaridade do serviço prestado, o valor envolvido na controvérsia não é o único fator determinante para apuração dos custos do serviço.

Na LCIA, por exemplo, uma das principais instituições arbitrais internacionais, os valores cobrados pela instituição não são baseados apenas no valor envolvido na causa, mas sim na complexidade técnica ou legal da questão⁴².

Desta forma, verifica-se que, antes do surgimento do conflito, seria inviável a competição entre as instituições, do que decorre a configuração de inexigibilidade de licitação⁴³. Aplica-se aqui a lição de Marçal Justen Filho, já referida anteriormente, que ressalta a inviabilidade de competição “pela ausência de definição prévia das prestações exatas e precisas as serem executadas ao longo do contrato” (2010b, p. 359).

⁴²“*The LCIA's charges, and the fees charged by the tribunals it appoints, are not based on the sums in issue. The LCIA is of the view that a very substantial monetary claim (and/or counterclaim) does not necessarily mean a technically or legally complex case and that arbitration costs should be based on time actually spent by administrator and arbitrators alike.*” (LCIA)

⁴³Como será adiante demonstrado, há outras razões de também justificam a inexigibilidade de licitação para a escolha e contratação da instituição arbitral. Mas, mesmo que assim não fosse, pretender impor à Administração que apenas pactuasse cláusulas compromissórias vazias – deixando para efetivar a escolha da instituição apenas após o surgimento da arbitragem – seria ilógico e até mesmo um meio de inviabilizar a utilização desse método de resolução de conflitos. Contrariamente a realizar o interesse público (fim último da licitação), tal solução atravancaria a resolução dos conflitos surgidos de contratos com cláusula compromissória vazia.

4.3.2.2 As regras da instituição arbitral terão forte impacto na arbitragem

Outra razão da qual decorre a inviabilidade de competição é a inexistência de parâmetros objetivos que permitam a comparação dos diferentes regulamentos arbitrais.

Como mencionado quando abordada a questão das vantagens da escolha pela arbitragem institucional, os diferentes regulamentos arbitrais trazem mecanismos específicos com o objetivo de minimizar eventuais defeitos materiais relacionados ao procedimento arbitral e à sentença arbitral. Exemplo disso é o art. 33 do regulamento da CCI, que prevê um exame prévio da sentença pela Corte para que sejam verificados aspectos formais da decisão⁴⁴.

A comparação objetiva entre os diversos mecanismos de proteção e garantia de executabilidade do laudo seria inviável e descabida. Impossível pensar critérios objetivos de avaliação. É certo que tais provisões podem ser comparadas. Entretanto, eventual comparação será feita com base em uma análise subjetiva voltada para os interesses a serem resguardados.

Tal fato também configura a inexigibilidade de licitação.

Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello, “não se licitam coisas desiguais. Cumpre que sejam confrontáveis as características do que se pretende e que quaisquer dos objetos em certame possam atender ao que a administração almeja” (2010, p. 540-541). Trata-se de hipótese de ausência de objetividade na seleção do objeto, tal como sugerida por Marçal Justen Filho (2010a, p. 538).

4.3.2.3 As regras da instituição podem ser determinantes na escolha dos árbitros

O fator em questão guarda forte proximidade com o tratado no item imediatamente anterior. Aqui também não há possibilidade de comparação objetiva

⁴⁴“Art. 33: Antes de assinar qualquer sentença arbitral, o tribunal arbitral deverá apresentá-la sob a forma de minuta à Corte. A Corte poderá prescrever modificações quanto aos aspectos formais da sentença e, sem afetar a liberdade de decisão do tribunal arbitral, também poderá chamar a atenção para pontos relacionados com o mérito do litígio. Nenhuma sentença arbitral poderá ser proferida pelo tribunal arbitral antes de ter sido aprovada quanto à sua forma pela Corte.” (CCI, 2011, p. 36).

entre as diferentes modalidades de escolha dos árbitros, o que configura a inviabilidade de competição.

Assim, inobstante as partes possam, desde a cláusula compromissória, fixar a forma de escolha dos árbitros, haverá casos em que a escolha de determinada instituição restringirá a liberdade das partes neste aspecto.

É que determinadas instituições impõem a restrição de que pelo menos o árbitro apontado como presidente do Tribunal deve fazer parte da lista de árbitros daquela instituição. É o caso, por exemplo, da CCBC⁴⁵ e da CIETAC⁴⁶.

Além disso, muitas instituições arbitrais prevêm que os árbitros indicados pelas partes (ou pelo menos o presidente do tribunal) deve ser confirmado pela instituição. Exemplos de câmaras que impõem regra são a CCBC, a CAM, a CCI e a CIETAC.

Em se tratando de arbitragens envolvendo o poder público, a previsão de tais regras tem especial relevância. Se, por um lado, a regra pode restringir a escolha a tal ponto em que não seja possível a indicação de um árbitro que atenda às necessidades da Administração⁴⁷, por outro lado a restrição poderá ser vista como algo positivo, enquanto atue como uma forma de restringir a discricionariedade do administrador na escolha do árbitro⁴⁸.

A comparação objetiva entre tais aspectos é impossível. Dessa forma, há a inviabilidade de competição, decorrente da ausência de objetividade na seleção do objeto.

⁴⁵4.9. 4.9. Decorrido os prazos dos artigos 4.7 e 4.8, a Secretaria do CAM/CCBC notificará aos árbitros indicados pelas partes que deverão, no prazo de 15 (quinze) dias, escolher o terceiro árbitro dentre os membros integrantes do Corpo de Árbitros, o qual presidirá o Tribunal Arbitral. (CCBC, 2011).

⁴⁶"Article 21 Panel of Arbitrators 1. The parties shall appoint arbitrators from the Panel of Arbitrators provided by the CIETAC. 2. Where the parties have agreed to appoint arbitrators from outside of the CIETAC's Panel of Arbitrators, the arbitrators so appointed by the parties or nominated according to the agreement of the parties may act as co-arbitrator, presiding arbitrator or sole arbitrator after the appointment has been confirmed by the Chairman of the CIETAC in accordance with the law". (CIETAC, 2005).

⁴⁷Pode-se cogitar, por exemplo, que nenhum profissional do quadro de árbitros da instituição fale português ou ainda que nenhum deles tenha conhecimento técnico ou jurídico adequado para a solução da controvérsia.

⁴⁸A indicação de um árbitro é baseada na confiança da parte naquele profissional e, em se tratando da administração pública, a restrição a essa discricionariedade através de uma seleção de profissionais que façam parte da lista pode ser salutar. Trata-se de restringir o leque de opções do administrador com base em uma "pré-seleção" de profissionais qualificados feita pela própria instituição.

4.3.2.4 A reputação da instituição é relevante para o serviço

Além dos aspectos já mencionados, também a reputação da instituição deve ser levada em conta para a escolha e, conseqüentemente, acarreta a inviabilidade de competição.

Trata-se, novamente, de hipótese em que há ausência de critérios objetivos de comparação entre os possíveis interessados.

Sobre o assunto, destaca-se posicionamento de Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado:

Quanto à escolha da câmara arbitral, alguns levantam que seria necessária a prévia licitação, ou a utilização do instituto da inexigibilidade de licitação, neste caso, com base no art. 25, II e § 1º, da Lei 8.666/1993. Parece-nos perfeitamente cabível o uso da inexigibilidade de licitação. Note-se que “reputação” é o principal ativo das câmaras arbitrais. Como se aferir em competição a reputação de uma câmara arbitral? Como comparar reputações? No nosso entendimento, trata-se de hipótese de inviabilidade de competição. (2007, p. 291).

Além disso, é importante lembrar que a escolha de uma ou outra instituição pode influenciar na integridade e auto-executabilidade da sentença, já que a reputação da instituição pode aumentar a probabilidade de cumprimento espontâneo e de execução judicial (BORN, 2009, p. 150).

4.3.2.5 Dadas as peculiaridades do mercado em questão, seria improvável que as instituições adequadas se interessassem em participar da concorrência

Como se viu, há diversos fatores a serem levados em conta na escolha da instituição arbitral. A ponderação entre tais fatores é que leva à determinação da melhor escolha para a Administração. Trata-se de um juízo subjetivo em que serão sopesadas as vantagens e desvantagens da escolha de uma ou outra instituição. Aspectos subjetivos, como a reputação da instituição, terão, portanto, grande relevância.

Inobstante o fato de os fatores indicados acima já configurarem, por si só, a inviabilidade de competição, há outro aspecto a ser considerado. Dada a

peculiaridade do mercado em que atuam as instituições arbitrais, seria pouco provável imaginar que as instituições de maior renome optassem por participar de uma licitação para contratação com o poder público.

Assim como ocorre no caso do cirurgião cardíaco, apontado por Marçal Justen Filho (2010a, p. 358) e Celso Antonio Bandeira de Mello (2010, p. 540), também aqui há uma situação em que a reputação e a habilidade técnica do profissional são de importância peculiar e, além disso, trata-se de “mercado peculiar, eis que não existe a dimensão concorrencial encontrada no âmbito de compras, obras e outros serviços” (JUSTEN FILHO, 2010a, p. 358).

Dessa forma, resta também caracterizada a inviabilidade de competição por ausência de “mercado concorrencial”.

5 CONCLUSÃO

Inobstante a Constituição imponha a regra geral da licitação para as contratações administrativas, a contratação de instituição arbitral para a administração de arbitragens em que o Poder Público é parte não está sujeita a tal regra, tratando-se de hipótese de inexigibilidade de licitação.

Trata-se de hipótese em que se verifica inviabilidade de competição, em decorrência da singularidade do objeto a ser contratado, que possui diversas peculiaridades.

Não bastasse o fato de o objeto da contratação, via de regra, não poder ser determinado quando da definição da instituição arbitral – o que, por si só, inviabiliza a formulação de propostas pelas instituições aptas a prestar o serviço – ainda há que se considerar que há a impossibilidade de determinação de critérios objetivos para a comparação entre as diversas instituições arbitrais.

É que as regras da instituição escolhida têm forte impacto na arbitragem, podendo ainda ser determinantes na escolha dos árbitros. As diferentes regras podem até mesmo criar mecanismos que visem garantir a exequibilidade da sentença a ser proferida. A comparação entre tais mecanismos, mediante licitação, seria inviável e não acarretaria necessariamente na contratação da proposta mais vantajosa para a Administração.

Outro fator que acarreta na inviabilidade de competição é o fato de a reputação da instituição ser relevante para a obtenção do melhor resultado possível, já que a reputação da instituição tem relação direta com o cumprimento espontâneo da sentença arbitral e com a sua exequibilidade.

Por fim, outro aspecto do qual decorre a inviabilidade de competição é a improbabilidade de que as instituições de renome se submetessem a eventual procedimento licitatório para contratação com a Administração. É característica deste ramo a ausência de competição direta entre as diversas instituições prestadoras do serviço.

Dessa maneira, conclui-se que a contratação da instituição arbitral para a administração de procedimento de que o Poder Público seja parte é hipótese de inexigibilidade de licitação, uma vez que seria inviável a competição entre os possíveis contratados.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Adriana. Arbitragem não precisa estar prevista em edital. **Valor Econômico**. 08 nov. 2011. Disponível em: <http://www.valor.com.br/brasil/1086218/arbitragem-nao-precisa-estar-prevista-em-edital>. Acesso em 23/11/2011.

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

BARROS, Octávio Fragatta M. de. Agravo de Instrumento – Suspensão de Procedimento Arbitral – Necessidade de Compromisso – TJMG. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo de Instrumento nº 1.0024.07.790963-8/001. 12 de junho de 2008. Fernando Valle S/A Const. Incorporações Com. Imóveis e outro(a) v. Metro Inv. Imobiliários Ltda. Relator: Desembargador Wagner Wilson. In: **Revista Brasileira de Arbitragem**, vol. 5, nº 23, Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem, jul/set 2009, p. 133-153.

BORN, Gary. **International Commercial Arbitration**, vol. I, Boston: Kluwer Law International, 2009.

BRASIL. Código Civil Brasileiro, Lei nº. 10.046, de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial Da União, D.O.U. de 11.1.2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em 15/11/2011.

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

BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. **Diário Oficial Da União, D.O.U. de 22.6.1993 e republicado em 6.7.1994 e retificado em de 6.7.1994**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm. Acesso em 15/11/2011.

BRASIL. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Diário Oficial Da União, D.O.U. 24.9.1996**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm. Acesso em 15/11/2011.

CCBC. **Regulamento do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá**, 2011. Disponível em <http://www.ccbc.org.br/arbitragem.asp?subcategoria=regulamento%202012>. Acesso em: 23/11/2011.

CCI. **Regulamento de Arbitragem e ADR da CCI**, 2011. Disponível em http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/Court/Arbitration/other/2012_Arbitration%20and%20ADR%20Rules%20PORTUGUESE.pdf. Acesso em 15/11/2011.

CIETAC. **Arbitration Rules**, 2005. Disponível em: <http://www.cietac.org/index.cms>. Acesso em 15/11/2011.

CRETELLA JR, **Das Licitações Públicas: comentários à Lei Federal nº 8.666**, de 21 de junho de 1993, Rio de Janeiro: Forense, 1993.

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

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby, **Contratação Direta sem Licitação**, 3ª ed., Brasília: Brasília Jurídica, 1997.

FERNANDES. Flávio Satiro. A inexigibilidade de licitação para contratação de serviços advocatícios. In: **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 8, n. 94, p. 25-30, out, 2009.

FERRAZ, Sérgio; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Dispensa e Inexigibilidade de Licitação**, 3ª ed. rev., ampl. e atual. de acordo com as Leis 8.666/93 e 8.883/94, São Paulo: Malheiros, 1994.

FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. **On international commercial arbitration**. Boston: Kluwer Law International, 1999.

GASPARINI, Diógenes, **Direito Administrativo**, 8ª ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, 14ª Ed, São Paulo: Dialética, 2010a.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**, 6ª ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2010b.

KLEIN, Aline Lícia. A arbitragem nas Concessões de Serviço Público. In: PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo (coord.). **Arbitragem e Poder Público**, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 63-109.

KROETZ, Tarcísio Araújo. CAVALI, Rodrigo Costenaro; BONFIM, Alexandre Bley Ribeiro. Notas sobre a equivalência funcional entre o compromisso arbitral e a cláusula compromissória Completa. In: **Revista Brasileira de Arbitragem**, nº 3, Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem, jul/set 2004, p. 125-143.

LALIVE, Pierre. Avantages et inconvénients de l'arbitrage *ad hoc*. In: **Etudes offertes à Pierre Bellet**, Paris: Litec, 1991, p. 301-321. Disponível em: http://www.lalive.ch/data/publications/pla_Avantages-inconvenients_1991.pdf. Acesso em: 15/11/2011.

LCIA. **Arbitration**. Disponível em http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/LCIA_Arbitration.aspx. Acesso em 15/11/2011.

LEE, João Bosco. **Arbitragem Comercial Internacional nos Países do MERCOSUL**, Curitiba: Juruá, 2003.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A contratação direta de advogados pelo poder público. A singularidade intrínseca aos serviços advocatícios. In: **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 8, n. 94, p.7-9, out, 2009.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 27ª ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 64, São Paulo: Malheiros, 2010.

MUKAI, Toshio, **Licitações e Contratos Públicos: comentários à lei n. 8.666/93, com as alterações da lei 9.648/98 e análise das licitações e contratos da E.C. n. 19/98**, 5ª ed. atual., rev. e ampl., São Paulo: Saraiva, 1999.

NIEBUHR, Joel de Menezes. Serviços técnicos profissionais especializados de natureza singular. In: **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 8, n. 94, p.45-55, out, 2009.

PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães. Arbitragem e a Administração Pública na Jurisprudência do TCU e do STJ. In: PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo (coord.). **Arbitragem e Poder Público**, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 131-149.

PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e Poder Público: o esboço de um consenso e novos desafios. In: PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo (coord.). **Arbitragem e Poder Público**, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 7-14.

RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à Lei de PPP-Parceria Público-Privada. Fundamentos Econômico-Jurídicos**, São Paulo. Malheiros, 2007

RICCI, Edoardo Flávio. **Lei de arbitragem brasileira: oito anos de reflexão: questões plôemicas**; com a colaboração de Mariulza Franco. São Paulo: RT, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e Contrato Administrativo de acordo com as leis 8.666/93 e 8.883/94**, São Paulo: Malheiros, 1994.

TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e parceria público-privada (PPP). In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia. **Parcerias Público-Privadas: um enfoque multidisciplinar**. Orgs. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005a, p. 333-358.

TALAMINI, Eduardo. Sociedade de economia mista. Distribuição de gás. Disponibilidade de direitos. Especificidades técnicas do direito litigioso. Boa-fé e moralidade administrativa. In: **Revista de Arbitragem e Mediação** n. 5, São Paulo: RT, abr./jun. 2005b, p. 135-154.

TIBÚRCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto. Cláusula Compromissória: interpretação, efeitos e a questão intertemporal. In: FERRAZ, Rafaella; MUNIZ, Joaquim de Paiva. **Arbitragem doméstica e internacional: estudos em homenagem ao Prof. Theóphilo de Azeredo Santos**, Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 101-124.

TJSP. **Agravo de Instrumento 124.217.4/0 – São Paulo. 5ª Câmara de Direito Privado**, Rel. Des. Rodrigues Carvalho, 01/10/1999. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcord=1544953&v1Captcha=jcudn>. Acesso em 23/11/2011.

VALENÇA FILHO, Cláudio de Melo. Arbitragem e Contratos Administrativos: comentários ao acórdão proferido pelo TJDF, em 18.05.1999, no caso Seveng Civilsan S.A Empresas associadas de Engenharia e Construtora Andrade Gutierrez S.A. c. Tribunal de Contas do Distrito Federal. In: VALENÇA FILHO, Cláudio de Melo; LEE, João Bosco. **Estudos de Arbitragem**. Curitiba: Juruá, 2008.

VALENÇA FILHO, Clávio. Arbitragem e Contratos Administrativos. In: **Revista de Direito bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, nº 8, ano 3, abr/jun de 2000, p. 359-373.