

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ  
FACULDADE DE DIREITO

IARA GUBERT

**CLÁUSULAS ARBITRAIS EM EDITAIS DE LICITAÇÃO: CRISE DA AUTONOMIA  
DA VONTADE?**

CURITIBA

2020

IARA GUBERT

**CLÁUSULAS ARBITRAIS EM EDITAIS DE LICITAÇÃO: CRISE DA AUTONOMIA  
DA VONTADE?**

Projeto de monografia apresentada como requisito avaliativo da disciplina TCC II, do curso de Bacharel em Direito da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Prof. Orientador: Dr. Egon Bockmann Moreira

CURITIBA

2020

## **FOLHA DE APROVAÇÃO**

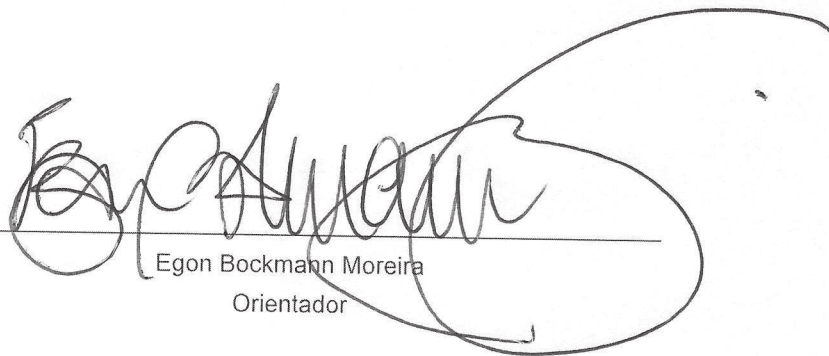
IARA GUBERT

## TERMO DE APROVAÇÃO

CLÁUSULAS ARBITRAIS EM EDITAIS DE LICITAÇÃO: CRISE DA AUTONOMIA DA VONTADE?

IARA GUBERT

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



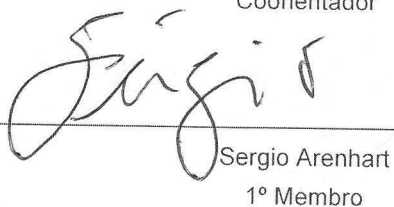
---

Egon Bockmann Moreira  
Orientador

N/A

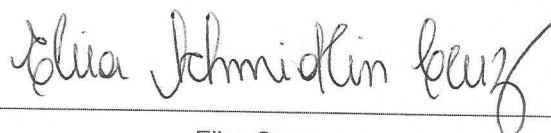
---

Coorientador



---

Sergio Arenhart  
1º Membro



---

Elisa Cruz  
2º Membro

## AGRADECIMENTOS

A Deus.  
A minha família.  
A meus amigos.  
A meus professores.  
Ao meu orientador.

## RESUMO

A presente pesquisa buscou investigar breves repercussões teóricas e práticas sobre a utilização de cláusulas arbitrais em editais de licitação. Por meio de pesquisa bibliográfica e partindo da arbitrabilidade subjetiva da Administração Pública e da característica contratual da arbitragem, analisou-se até que ponto a autonomia da vontade se configuraria como um dos pressupostos de existência da cláusula arbitral, de acordo com a teoria do fato jurídico, quando uma das partes contratantes é a Administração Pública. Fez-se necessário, assim, verificar se esta autonomia da vontade diria respeito à lei ou ao Estado e, diante disso, observou-se que o monismo estatal e a concepção de Estado como entidade abstrata não mais atende às suas funções práticas, como a contratação da arbitragem para resolução de seus litígios. Por outro lado, por mais que a lei positiva determine a obrigatoriedade da arbitragem aos particulares, o Estado não deve tolher a autonomia negocial, que por sua vez, é inerente ao instituto da arbitragem e elemento de sua natureza. O edital de licitação e o contrato administrativo tendem a ser compreendidos como instrumentos que, também por sua própria natureza, restringem a autonomia da vontade. Quando da inserção de uma cláusula arbitral no edital, a autonomia da vontade poderia restar configurada pelo simples aceite do particular em participar do procedimento licitatório. Contudo, novamente, verifica-se como a autonomia negocial dos termos da cláusula, que importam em diversos efeitos jurídicos práticos para a jurisdição arbitral, deve ser mantida. Para tanto, sugerem-se tanto procedimentos que possibilitem a manifestação da autonomia negocial do particular no procedimento licitatório, quanto a adaptação dos conceitos teóricos e dos instrumentos contratuais da Administração Pública para a conservação da arbitragem e sua natureza.

Palavras-chave: Arbitragem; Administração Pública; Cláusulas Arbitrais; Edital de Licitação; Autonomia da Vontade.

## ABSTRACT

This research sought to investigate briefly theoretical and practical repercussions on the use of arbitration clauses in bidding notices. Through bibliographic research and based on the subjective arbitrability of Public Administration and the contractual characteristic of arbitration, it was analysed the extent to which the autonomy of the will could be configured as one of the essential components to existence of the arbitration clause, according to the "*Teoria do Fato Jurídico*", when one of the contracting parties is the Public Administration. It was necessary, therefore, to verify whether this autonomy of the will would concern the law or the State and, in view of this, it was observed that a state monism and the conception of the State as an abstract entity no longer meets its practical functions, such as contracting arbitration to resolve its disputes. On the other hand, even though the positive law determines mandatory arbitration for private individuals, the State should not hinder the negotiating autonomy, which, in its turn is inherent to the arbitration and an element of its nature. The bidding notice and the administrative contract tend to be understood as instruments that, by their very nature, restrict the autonomy of the will. When an arbitration clause is inserted in the notice, the autonomy of the will could remain configured by the simple acceptance of the individual to participate in the bidding procedure. However, again, it is verified how the negotiating autonomy of the clause's terms, which matter in several practical legal effects for the arbitration jurisdiction, must be maintained. To this end, it is suggested both procedures that allow the manifestation of the negotiating autonomy of the individual in the bidding procedure, as well as the adaptation of the theoretical concepts and of the contractual instruments of the Public Administration for the conservation of arbitration and its nature.

Keywords: Arbitration; Public Administration; Arbitration Clauses; Bidding notice; Autonomy of Will.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>1. CLÁUSULA ARBITRAL .....</b>	<b>10</b>
1.1 Pressupostos de existência da cláusula arbitral .....	10
1.2 Autonomia da vontade e Estado.....	14
1.3 “Arbitragem obrigatória” .....	18
<b>2. EDITAL DE LICITAÇÃO .....</b>	<b>22</b>
2.1 O instituto e pressupostos .....	22
2.2 Limitação da autonomia da vontade do particular .....	24
2.3 Contratos administrativos e autonomia negocial .....	25
<b>5. BREVES APONTAMENTOS .....</b>	<b>28</b>
5.1 Possíveis problemas.....	28
5.2 Possíveis soluções .....	29
<b>6. CONCLUSÃO .....</b>	<b>30</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>31</b>

## INTRODUÇÃO

A arbitragem é um dos métodos mais antigos de resolução de conflitos pela heterocomposição. Mas, sua efetiva utilização na prática tem sido ampliada no contexto brasileiro há relativamente pouco tempo, sendo ainda uma novidade para a Administração Pública<sup>1</sup>. Tal ampliação teve como principais impulsionadores a decisão<sup>2</sup> do Supremo Tribunal Federal que declarou a constitucionalidade dos mecanismos previstos pela Lei 9.307/1996, a Lei de Arbitragem, e sua reforma, pela Lei 13.129/2015.

A inserção do §1º no art. 1º na Lei de Arbitragem em 2015 positivou a possibilidade de participação da Administração Pública em arbitragens de modo geral. Recentes reformas em leis esparsas e decretos têm tentado dispor e regulamentar os limites, as condições e espaços de atuação da Administração no procedimento arbitral.

Contudo, há ainda um longo caminho para refinar determinações conceituais e delimitações práticas para que a atuação da Administração especificamente como parte em uma arbitragem se dê de maneira eficaz, e em conformidade com a ordem jurídica. Isso, pois, a utilização da arbitragem inevitavelmente implica o questionamento de princípios clássicos do Direito Administrativo e de pressupostos existenciais dos institutos e instrumentos empregados, como a cláusula arbitral e o edital de licitação.

A presente investigação visa traçar um panorama sobre a compreensão doutrinária de tais institutos, especificamente quanto da análise de seus pressupostos essenciais. Para tanto, o ponto de partida será a compreensão da cláusula arbitral como regida pelo direito privado, com base na teoria do fato jurídico<sup>3</sup>, pela verificação de se a autonomia da vontade se configura como um de seus pressupostos de existência.

---

<sup>1</sup> O presente artigo parte do pressuposto da arbitrabilidade subjetiva da Administração Pública e não visa discutir a arbitrabilidade objetiva.

<sup>2</sup> Julgamento de recurso em processo de homologação de Sentença Estrangeira (AgRg na SE 5.206/ES, rel. Ministro Sepúlveda Pertence).

<sup>3</sup> A utilização da teoria do fato jurídico se dá unicamente em razão de a arbitragem ser um método de resolução de conflitos originalmente privado. A cláusula arbitral, quando firmada pela Administração Pública ganha novos aspectos, levando ao questionamento tanto dos pressupostos essenciais da arbitragem como de supostas prerrogativas da Administração Pública. Mas, de qualquer forma, não seria viável sua análise como um contrato ou ato administrativo.

A redação da cláusula arbitral definirá todos os detalhes específicos que podem ser escolhidos de acordo com a autonomia negocial das partes, como a câmara arbitral a administrar o litígio, o número de árbitros a compor o tribunal arbitral, o direito aplicável ao mérito, o idioma, a sede da arbitragem, entre outras possibilidades. Apesar destes detalhes, na maioria das vezes, impactarem nos efeitos jurídicos que derivam da cláusula e na própria jurisdição arbitral, a presente análise visa investigar somente os aspectos contratuais da inserção da cláusula arbitral nos editais de licitação, quanto ao plano da existência.

Em segundo momento, o conceito da autonomia da vontade será investigado, de modo a se ponderar como e até que ponto está balizado na própria compreensão do que é lei e do que é Estado, e se, apesar do recente ressurgimento de dispositivos legais que determinam a obrigatoriedade da arbitragem, o sistema jurídico como um todo comportaria tal previsão, sem que haja uma desnaturalização do instituto da arbitragem.

Posteriormente, os princípios e pressupostos que regem o edital de licitação serão analisados, visando compreendê-lo como instrumento para a formação de contratos administrativos.

O art. 37, XXI da Constituição Federal determina que, salvo exceções, todo contrato administrativo deve ser precedido de uma licitação. O procedimento licitatório visa satisfazer uma lógica orçamentária em prol da Administração Pública, buscando o melhor custo-benefício a ser oferecido pelos possíveis particulares contratados, garantindo também o princípio da igualdade entre os particulares.

Contudo, a inserção da cláusula arbitral em editais da Administração Pública para a contratação com particulares levaria necessariamente a ideia de uma aparente contradição: ora, se um dos princípios basilares da arbitragem é a autonomia da vontade das partes, como poderia a Administração Pública inserir a cláusula arbitral no edital de licitação? Estar-se-ia impondo ao particular a aderência à cláusula arbitral, sem que tenha efetivamente tido oportunidade para negociar seus termos específicos? Poderiam os particulares questionar a cláusula arbitral constante no edital ou necessariamente estariam sujeitos à obrigatoriedade de sua aderência para não perder no processo licitatório?

Uma das respostas mais claras é que não faria sentido ao particular recusar a utilização da arbitragem como forma de resolução dos seus litígios. Muito pelo contrário. É o particular quem, normalmente, demonstra preferência pela arbitragem.

Ademais, imputar uma obrigação à Administração Pública de se submeter ao Judiciário para a solução dos seus conflitos poderia, em alguns casos, contrariar o princípio da eficiência.

Contudo, certamente surge o questionamento: a obrigatoriedade à arbitragem não poderia relativizar um dos princípios fundamentais da arbitragem, o da autonomia da vontade do particular para a sua contratação?

Observa-se como arbitragem está sendo pioneiramente utilizada pelo Brasil como método de resolução de conflitos inclusive naqueles em que a Administração Pública está envolvida. Tendo isso em vista, prevalece o movimento pendular inerente à evolução do sistema jurídico, em que existe a necessidade de evolução prática dos conflitos, para o acompanhamento da regulamentação sobre o tema.

Deve-se, assim, sempre considerar e aprofundar o conhecimento nas especificidades e nos princípios basilares, tanto do Direito Administrativo, como aqueles estruturantes do instituto da arbitragem, para que haja uma aplicação prática satisfatória e eficiente por parte da Administração Pública.

## **1. CLÁUSULA ARBITRAL**

### **1.1 Pressupostos de existência da cláusula arbitral**

A arbitragem como o método de resolução de conflitos representa uma alternativa à jurisdição estatal. Alternativa que traz diversas vantagens quando comparada ao Judiciário como a rapidez, a efetividade, o custo-benefício, e que pode, muitas vezes, trazer a resolução mais adequada de direito. Por outro lado, as partes privadas que optam por este mecanismo, têm de abdicar expressa e conscientemente à *suposta* prerrogativa do Estado de intervir como terceiro para resolver os seus conflitos<sup>4</sup>, atribuindo a competência a um árbitro ou um Tribunal Arbitral.

---

<sup>4</sup> O fato de o Poder Judiciário ter a prerrogativa de ser o único terceiro interventor competente para a resolução dos litígios derivou de princípios como (i) o princípio constitucional da jurisdição una, que proibiria a lei de excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; e o princípio constitucional de acesso à justiça, ambos previstos no inciso XXXV, do art. 5º, da Constituição Federal (DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. 30ª ed (versão eletrônica). São Paulo: Atlas, 2017, p. 762; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*, 27ª ed. (versão eletrônica). Malheiros, 2010. pp. 120, 121, 946 e 947); especificamente para o controle dos atos da Administração Pública, tem-se o *princípio do controle jurisdicional dos atos administrativos*, no qual, nas palavras de Celso Antonio: “*ato algum escapa ao controle do Judiciário, pois nenhuma ameaça ou lesão de direito pode ser subtraída à sua apreciação (art. 5C, XXXV, da Constituição)*. Assim, todo e qualquer comportamento da Administração Pública que se faça gravoso a direito pode ser fulminado pelo Poder Judiciário, sem prejuízo das reparações patrimoniais cabíveis” (BANDEIRA DE MELLO,

Exige-se que a abdicação da jurisdição estatal tenha como elemento integrante do seu suporte fático uma convenção arbitral existente e válida, nos termos da lei. A convenção arbitral pode ser estipulada tanto como uma cláusula compromissória que é pactuada previamente ao surgimento do litígio, ou seja, no momento da redação do contrato principal, tanto como um compromisso arbitral, que é acordado após o surgimento do litígio<sup>5</sup>. Ambas resultarão na vinculação das partes para a solução do litígio pela arbitragem, ressaltando a sua eficácia positiva (quando atribui jurisdição a um Tribunal Arbitral) e a negativa (exclui a competência de qualquer outra jurisdição para julgar o conflito). Para a presente análise, importa a cláusula compromissória.

Um ponto de antiga investigação é a natureza jurídica da arbitragem. Parte da doutrina compreendia que, por ter como pressuposto a convenção de arbitragem, a natureza jurídica seria contratual<sup>6</sup>. Outra parte entendia que a arbitragem, por substituir o Estado como heterocompositor das partes privadas teria natureza jurisdicional<sup>7</sup>. Com o advento da Lei de Arbitragem, a sentença arbitral passou a ser título executivo judicial (art. 31 e art. 515 do Código de Processo Civil), aos árbitros foi conferido o status de juiz de fato e de direito<sup>8</sup>, e, foi conferida à cláusula compromissória verdadeira eficácia e força vinculante. O instituto da arbitragem foi

---

Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*, 27ª ed. (versão eletrônica). Malheiros, 2010, p. 86). Contudo, ao comentar sobre a arbitragem e o princípio da efetividade da Justiça, Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Marcos Juruena Villela Souto afirmam: “A solução dos conflitos de interesses passou da autotutela à prestação jurisdicional como meio de promover segurança e justiça e de lograr a paz social. Nesse último estágio, o Estado assumiu o monopólio da justiça, uma exclusividade que, embora adequada aos modelos de concentração de poder então vigentes, veio a se tornar incompatível diante de novas realidades que, com a evolução tecnológica e cultural e a revolução das comunicações experimentadas no século passado, apresentam um irreprimível incremento e complexidade de necessidades coletivas e uma explosiva gama de relações sobre elas travadas” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. *Arbitragem em Contratos firmados por Empresas Estatais*. Revista de Direito Administrativo 236: 215-261, Rio de Janeiro, 2004, p. 223). Portanto, verifica-se a importância da ênfase dada por José Pedro Galvão de Sousa sobre a ação do Estado. Esta, para ser legítima a intervir nas atividades dos particulares, deve ser apenas supletiva, visando apenas suprir e completar as deficiências dos particulares. (GALVÃO DE SOUSA, José Pedro. *O Estado Tecnocrático*. Edição Saraiva: 1973, p. 69-73). Assim, toma-se como ponto de partida o princípio da subsidiariedade, e, portanto, justifica-se o fato de a prerrogativa do Estado em intervir ser mera *suposição*.

<sup>5</sup> Assim como definido pela Lei de Arbitragem em seu art. 3º. *Art. 3º 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.*

<sup>6</sup> Denominada teoria privatista ou contratualista, entendia que o vínculo criado entre o árbitro e a parte seria meramente contratual e que a atribuição de competência ao árbitro para resolver o litígio seria nada mais do que o cumprimento do contrato. Assim explica Francisco José Cahali. (CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem: Mediação, Conciliação, Tribunal Multiportas*. 7ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, pp. 133 e 134).

<sup>7</sup> Op. Cit. p. 135. Denominada *teoria publicista* ou *jurisdicionalista*.

<sup>8</sup> *Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.*

fortalecido em suas ambas naturezas. Mais sensato, portanto, seria sustentar uma característica híbrida da natureza da arbitragem, sendo ao mesmo tempo contratual e jurisdicional<sup>9</sup>. De qualquer forma, no presente momento, analisar-se-á apenas os aspectos contratuais da arbitragem.

Como definido pelo art. 4º da Lei de Arbitragem, a cláusula compromissória é “a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato”. Portanto, a cláusula arbitral pressupõe o vínculo contratual, uma vez que é a previsão no próprio contrato de que eventuais litígios que decorram do negócio celebrado sejam resolvidos pela arbitragem<sup>10</sup>.

Mas a própria cláusula também apresenta natureza jurídica contratual, sendo autônoma e independente do contrato em que está inserida<sup>11</sup>. O art. 8º da Lei de Arbitragem determina que a cláusula arbitral detém autonomia em relação ao contrato no qual estiver redigida, sendo que a nulidade do contrato não implica a nulidade da cláusula arbitral<sup>12</sup>. Sendo a cláusula arbitral entendida como um contrato, pode ser analisada de acordo com a teoria do fato jurídico.

O contrato é compreendido como a espécie mais importante de negócio jurídico.<sup>13</sup> Sem adentrar nas pertinentes divergências teóricas mais profundas sobre a definição, o negócio jurídico era compreendido, em uma visão clássica, como “*uma declaração de vontade que visa a produzir um efeito jurídico*”<sup>14</sup>.

---

<sup>9</sup> Francisco Cahali expõe que a teoria privatista entende o contrato como causa e a arbitragem como efeito. (CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem: Mediação, Conciliação, Tribunal Multiportas. 7ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 135).

<sup>10</sup> Op. Cit., p. 165.

<sup>11</sup> APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Cláusula Compromissória: aspectos contratuais*. Revista do Advogado, nº 116, São Paulo: AASP, 2012, pp. 175 - 176.

<sup>12</sup> Art. 8º A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória. *Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.*

<sup>13</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 231.

<sup>14</sup> Op. cit., p. 236. Marcos Bernardes de Mello cita Windsheid (*Diritto delle pandette*, v. I, 1ª Parte, p. 264), como autor que sintetiza a concepção de negócio jurídico sob inspiração ideológica do Estado liberal, cuja característica constitua na preservação da liberdade individual, mais ampla possível, perante o Estado. Assim, o negócio jurídico teria sido concebido como instrumento de realização da vontade individual, respaldado em uma liberdade contratual praticamente sem limites. O autor ainda menciona que, sob a influência de Hans Kelsen, a vontade negocial foi potencializada de tal modo que se chegou a atribuir caráter normativo ao negócio jurídico, ou seja, que criaria normas jurídicas individuais.

Em primeiro momento, é de notável importância a exposição crítica tecida por Marcos Bernardes de Mello sobre tal conceito, por não corresponder à realidade, pois nega a norma jurídica como delimitadora do mundo jurídico. Deve-se atentar que “a exteriorização consciente de vontade somente poderá gerar um negócio jurídico se, estando prevista como suporte fático de norma jurídica, recebe sua incidência”<sup>15</sup>. Consequentemente, não há efeito jurídico *ex voluntate*, o que significa dizer que todos efeitos jurídicos sempre decorrerão da imputação feita aos fatos pelas normas jurídicas, e assim, no negócio jurídico, a vontade não cria efeitos, uma vez que estes já estão definidos pelo ordenamento<sup>16</sup>.

O contrato se constitui, então, a partir da declaração consciente de vontade de duas ou mais partes para realização de um acordo, que, pode ser formado de diversos modos, que, quando entre privados, são regulados pelo Código Civil<sup>17</sup>. Assim sendo, o acordo entre vontades é considerado como um dos elementos integrantes do suporte fático da existência do contrato, o que implica dizer que sem acordo não existe contrato<sup>18</sup>.

A cláusula arbitral pode ser compreendida assim, como um negócio jurídico, sendo aplicáveis os mesmos pressupostos de existência da figura do contrato, adicionando ainda os requisitos específicos que a lei dispõe para a composição de uma cláusula arbitral existente, válida e eficaz<sup>19</sup>. Quando ausentes tais pressupostos, tem-se a possibilidade de decretação de sua inexistência, nulidade ou anulabilidade<sup>20</sup>.

---

<sup>15</sup> Op. Cit., pp. 236 e 237.

<sup>16</sup> Resume-se, portanto, o conceito de negócio jurídico como “o fato jurídico cujo elemento nuclear do suporte fático consiste em manifestação ou declaração consciente de vontade, em relação à qual o sistema jurídico faculta às pessoas, dentro de limites predeterminado e de amplitude vária, o poder de escolha de categoria jurídica e de estruturação do conteúdo eficaz das relações jurídicas respectivas, quanto ao seu surgimento, permanência e intensidade no mundo jurídico”, conceito este que será adotado nesta investigação (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 247).

<sup>17</sup> Arts. 427 a 435 do Código Civil.

<sup>18</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 237.

<sup>19</sup> Conforme sustentado por Ricardo de Carvalho Aprigliano “a celebração da cláusula compromissória, enquanto um tipo de negócio jurídico, está sujeita aos requisitos gerais de todos os negócios jurídicos estabelecidos pelo Código Civil” (APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Cláusula Compromissória: aspectos contratuais*. Revista do Advogado, nº 116, São Paulo: AASP, 2012, p. 180). Identifica-se que a legislação arbitral define requisitos específicos quanto às partes, objeto e forma do negócio jurídico arbitral, como, respectivamente, a arbitrabilidade subjetiva, a arbitrabilidade objetiva e as condições específicas para a redação de uma cláusula arbitral cheia. Para o plano da existência, basta que tais elementos existam. Para o plano da validade, as partes devem ser capazes; o objeto deverá ser lícito, determinável ou determinado e a forma deverá ser prescrita em lei.

<sup>20</sup> MARTIN, André; RIBEIRO, Flávio Santana C.; FACKLMANN, Juliana, GEMIGNANI, Karina. O perecimento da convenção de arbitragem. Revista de Direito Empresarial, vol. 3, pp. 265 – 293, mai/jun 2014, p. 271.

Portanto, um dos pressupostos de existência da cláusula arbitral deve ser o livre acordo derivado da exteriorização de vontade entre as partes, o qual tem como base a autonomia da vontade<sup>21</sup>.

## 1.2 Autonomia da vontade e Estado

É de senso comum que a autonomia da vontade é fundamento arbitragem. Mas questiona-se: autonomia da vontade em relação a que ou a quem? Poder-se-ia pensar em relação à lei ou ao Estado.

A base etimológica da palavra autonomia vem de “*auto*” – “de si mesmo” e “*nomos*” – “lei” e, significa de acordo com o dicionário, dentre outras definições: “*capacidade de autogovernar-se, de dirigir-se por suas próprias leis ou vontade própria*”; e “*liberdade do homem que, pelo esforço de sua própria reflexão, dá a si mesmo os seus princípios de ação, não vivendo sem regras, mas obedecendo às que escolheu depois de examiná-las*”<sup>22</sup>.

Especificamente em relação à lei, o princípio da autonomia da vontade é exercitado no quadro de um ordenamento jurídico, cujo respeito se impõe à ação livre das pessoas. O que significa dizer que a liberdade de autorregulação somente existe verdadeiramente em um sistema jurídico em que os interesses privados sejam reconhecidos e protegidos<sup>23</sup>.

Portanto, a autonomia da vontade perante a lei implicaria dizer que os indivíduos podem livremente compor o suporte fático dos atos jurídicos com o elemento nuclear da vontade, mas somente podendo escolher os efeitos jurídicos correspondentes, quando permitido pelo sistema jurídico<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> Nota-se que para a efetiva existência da cláusula arbitral, todos os elementos que constituem o seu suporte fático devem estar presentes. Verifica-se que a Lei de Arbitragem determina, em seu art. 4, §1º que *a cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira*, sendo este mais um elemento constitutivo do suporte fático do plano existencial da cláusula arbitral.

<sup>22</sup> Michaelis Online. Acesso em 19 de novembro de 2020. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/autonomia/>.

<sup>23</sup> Como Marcos Bernardes de Mello dispõe: “*a amplitude do poder de autorregramento da vontade (autonomia da vontade) varia em razão direta da indeterminação das normas jurídicas; quer dizer: quanto maior a indeterminação das normas jurídicas, maior a autonomia da vontade e, inversamente, quanto menor a indeterminação, menor a autonomia. A questão da indeterminação das normas jurídicas está relacionada com a maior ou menor especificidade de suas disposições. Quanto mais especificante for uma norma jurídica, no que tange à descrição de seu suporte fático e à prescrição de seu preceito, menor a indeterminação*” (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 249).

<sup>24</sup> Op. Cit., p. 251.

Hartmut Maurer, ao analisar a vinculatividade contratual dos contratos administrativos, afirma que o efeito vinculativo pertencente à essência do contrato, mas isso somente vale quando e porque o contrato é reconhecido pelo ordenamento jurídico e assim, alcança a eficácia jurídica pretendida<sup>25</sup>.

Por outro lado, quando da análise do poder do árbitro como resultado de um negócio jurídico fundado na autonomia da vontade, Cândido Rangel Dinamarco indica que o reconhecimento deste poder de julgar dos árbitros, nada muda pelo o fato ter tido origem em um acordo de vontades entre partes e não na Constituição, na lei ou na soberania nacional. Em suas palavras “*esse acordo de vontades, expresso em uma convenção de arbitragem (compromisso ou cláusula compromissória), constitui livre exercício da autonomia da vontade, que por sua vez é filha da liberdade negocial emergente da ampla garantia constitucional da liberdade*”<sup>26</sup>.

Portanto, o acordo de vontades entre partes dotadas de autonomia negocial, que escolhem submeter seus litígios à arbitragem, coloca em xeque as fontes normativas do direito. Os efeitos de tal acordo, para que sejam vinculativos, devem ser reconhecidos pelo ordenamento jurídico e, então é possível falar em autonomia da vontade. Mas, a autonomia negocial está presente, é inerente aos indivíduos, se constituindo como um dos elementos essenciais para a existência da cláusula arbitral.

Quanto à autonomia da vontade perante o Estado, caberia uma investigação muito mais abrangente sobre a legitimidade da autoridade estatal perante a sociedade, o que não é objeto direto da presente análise. Pondera-se apenas se as bases nas quais se fundamentam o conceito de Estado, conforme o Direito Administrativo atual, não se tornam razoavelmente questionáveis. Hoje não mais se sustenta o Leviatã<sup>27</sup>, que diante de uma suposta renúncia dos homens dos seus direitos à liberdade e da sua condição natural como selvagem<sup>28</sup>, por meio de um pacto

---

<sup>25</sup> Nas palavras do autor “*a vinculatividade própria do contrato não é pressuposto, mas consequência da eficácia jurídica*”. (MAURER, Hartmut. *Direito Administrativo Geral*. Tradução de Luís Afonso Heck. 14ª ed. Barueri, SP: Manole, 2006, p. 448).

<sup>26</sup> DINAMARCO. Cândido, Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 48.

<sup>27</sup> VILLEY, Michel. *Questões de Tomás de Aquino sobre Direito e Política*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014, pp. 132 e 133.

<sup>28</sup> O homem, em sua natureza não é um selvagem, mas tem racionalidade e potencialidade para almejar livremente, como fim das suas ações, tanto o bem quanto o mal. Além disso, o homem também é político, subsiste e sobrevive por meio da sociedade, criando instituições, como o Direito e o Estado, para perseguir sua felicidade. E assim como o homem, as comunidades também fazem decisões, que devem ser coordenadas para que, por meio do direito, tenham como fim, o bem comum. Assim sustentam os autores Robert George e Javier Hervada. (GEORGE, Robert P. *The autonomy of Law*.

social, forneceria sua proteção aos indivíduos mediante o temor e a coação<sup>29</sup>, o que levaria a uma concepção abstrata e soberana de Estado. Vê-se como hoje, o Estado e o Direito devem existir para o homem, e não o contrário<sup>30</sup>. Deve existir considerando as fontes do direito, organização sociais e formas de resolução de conflitos, como a arbitragem, não provenientes do monismo estatal<sup>31</sup>.

A partir do momento em que o Estado se encontra como um efetivo ator na economia, também como contratante de serviços, utiliza-se do principal instrumento para a realização das diversas trocas econômicas e pactos obrigacionais: o contrato<sup>32</sup>. A utilização do contrato enquanto instrumento para a efetivação das funções estatais não é nenhuma novidade<sup>33</sup>, mas atualmente, importa a observância às circunstâncias fáticas, econômicas, sociais e jurídicas que irão influenciar na configuração contratual do Estado para com os particulares.

---

*Essays on Legal Positivism*. Clarendon Press, Oxford, 1996, pp. 326 e 327; e HERVADA, Javier. *O que é o direito? A moderna resposta do realismo jurídico*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006, p. 56).

<sup>29</sup> HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. 2ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2012, pp. 108 e 113.

<sup>30</sup> Marcos Bernardes de Mello assim também reconhece que “as instituições jurídicas, no entanto, constituem instrumentos práticos da vida social e, por isso, precisam de estar arraigadas à experiência de cada povo. Esse caráter empírico do direito impõe a impossibilidade de que as suas instituições sejam tratadas como meras entidades abstratas, de puro conteúdo lógico-formal, donde ser necessário que os conceitos jurídicos e as categorias que os configuram não estejam desvinculados da realidade social atual em que se inserem (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 235). Como expõe José Pedro Galvão Sousa: “sendo um ser composto de espírito e matéria, deve o homem, pelo seu corpo, pagar tributo às leis físicas, mas, pela razão, domina a natureza e é senhor de seus atos. Livre e responsável, está sujeito a obrigações, e a razão aponta como obrigação fundamental, a de se conformar à lei da sua natureza. Tem o homem um fim pessoal, a própria felicidade, que só pode conseguir com o auxílio dos seus semelhantes, pelo que deve viver em sociedade, respeitando os direitos dos outros homens e satisfazendo às demais exigências da vida em comum (GALVÃO DE SOUSA, José Pedro. *Direito Natural, Direito Positivo e Estado de Direito*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977, p. 7). Assim também sustenta Marcos Bernardes de Mello, citando Miguel Reale “O Direito é feito para a vida e não a vida para o Direito” (REALE, Miguel. *Filosofia do direito*, p. 535, In: MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 235).

<sup>31</sup> Nas palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Marcos Juruena, a competência atribuída aos árbitros para o julgamento de conflitos entre os particulares decorre do princípio da subsidiariedade “por força do qual o Estado (Jurisdição) não assume uma competência que os próprios legitimados não lhe conferiram” e assim, “não há, pois, como, à luz dos princípios da autonomia da vontade e da subsidiariedade, alterar unilateralmente um vínculo que dimana do consenso; ainda porque, só o árbitro, como primeiro juiz de sua competência, é quem tem, por lei, legitimidade para tanto” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. *Arbitragem em Contratos firmados por Empresas Estatais*. Revista de Direito Administrativo 236: 215-261, Rio de Janeiro, 2004, p. 232).

<sup>32</sup> Hartmut Maurer classifica o contrato administrativo como um “instrumento de regulação necessário e legítimo da administração” e assim “corresponde, em especial, às ideias de uma administração moderna, democrático-estatal-jurídica, que vê o cidadão não só como mero súdito, mas como sujeito de direito independente e parte da administração e, por isso, segundo a possibilidade, o inclui coresponsavelmente no sucesso administrativo”. (MAURER, Hartmut. *Direito Administrativo Geral*. Tradução de Luís Afonso Heck. 14ª ed. Barueri, SP: Manole, 2006, pp. 425).

<sup>33</sup> GONÇALVES, Pedro Costa. *Direito dos Contratos Públicos*. 3ª ed. Vol. 1, Almedina, 2018. pp. 71 e 72.

Quando a autonomia da vontade compõe o suporte fáctico e existencial do contrato entre particulares, resta claro o princípio da subsidiariedade de qualquer forma de intervenção, seja de qualquer terceiro, como também do Estado.

Contudo, quando uma das partes é a Administração Pública caberia uma investigação muito mais profunda sobre a natureza e o nível de verticalidade dos seus atos, o que transcende o objeto da presente investigação. De qualquer forma, do ato para o contrato, há uma diferença entre as prerrogativas concedidas à Administração e as possibilidades de limitação da autonomia do particular para a escolha efeitos jurídicos<sup>34</sup>.

A Lei de Arbitragem, por sua vez, consagrou o ápice do princípio da autonomia da vontade, uma vez que as partes contratantes são livres para escolher tanto o direito material como o processual aplicável à resolução da controvérsia<sup>35</sup>, refletindo o máximo do princípio da subsidiariedade. A possibilidade de escolha dos efeitos jurídicos é entendida como um elemento vital da arbitragem; é protegida pela legislação positiva, e é instrumentalizada pelo negócio jurídico pactuado entre as partes contratantes: a cláusula arbitral<sup>36</sup>.

Portanto, para que se tenha verdadeira autonomia da vontade, os arranjos jurídicos por meio dos quais as relações podem ser efetivadas, devem ser reconhecidos e respeitados pelo Direito e, conseqüentemente, pelo Estado.

---

<sup>34</sup> Pedro Costa Gonçalves explica que “o caminho para a entrada do contrato como forma de exercício de poderes públicos de autoridade havia sido iniciado em 1976, com a lei alemã do procedimento administrativo, que veio disciplinar o designado “contrato de direito público” e consagrar o princípio da utilização do contrato no exercício do poder administrativo. O contrato impunha-se agora como um processo de constituição de relações jurídicas administrativas alternativo ao ato administrativo”. (GONÇALVES, Pedro Costa. *Direito dos Contratos Públicos*. 3ª ed. Vol. 1, Almedina, 2018. p. 14). No mesmo sentido, Hartmut Maurer expõe, sobre o direito alemão, que “a forma típica, e na prática mais frequente, da atuação administrativa é o ato administrativo, a regulação unilateralmente adorada de um caso particular. A autoridade pode, todavia, também escolher o caminho da regulação consensual e celebra com o cidadão um contrato jurídico-administrativo (concisamente: um contrato administrativo). O contrato administrativo, por seu reconhecimento e regulação na lei do procedimento administrativo, experimentou uma revalorização considerável. Ele cresce na prática em número e importância. O âmbito de aplicação do contrato administrativo não se limita à área, que o ato administrativo também compreende, mas vai muito mais além. Porque exatamente também tais relações jurídicas, que não podem ser reguladas unilateralmente por falta de uma posição superior da autoridade, assim, por exemplo, entre duas corporações administrativas, juridicamente capazes, em princípio, equiparadas, são acessíveis à regulação contratual” (MAURER, Hartmut. *Direito Administrativo Geral*. Tradução de Luís Afonso Heck. 14ª ed. Barueri, SP: Manole, 2006, pp. 401 e 402).

<sup>35</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. *Arbitragem em Contratos firmados por Empresas Estatais*. Revista de Direito Administrativo 236: 215-261, Rio de Janeiro, 2004, p. 229.

<sup>36</sup> NANNI, Giovanni Ettore. *Notas sobre os negócios jurídicos da arbitragem e a liberdade de escolha do árbitro à luz da autonomia privada*. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 49, abr/jun, 2016, p. 2.

Exemplificando: para que um pianista como Ryuichi Sakamoto seja verdadeiramente livre para tocar piano de modo tão belo, ele precisa conhecer e dominar todas as regras e técnicas musicais já existentes.

Com base nestas definições, também é possível concluir que a autonomia da vontade não implica uma liberdade absoluta perante o Estado, que pode se expressar por meio do negócio jurídico<sup>37</sup>.

Diante da legalidade da arbitragem, o melhor seria então ponderar sobre a efetiva autonomia negocial prática das partes para definir os termos em que a contratação da cláusula arbitral deve ocorrer. Se os termos são impostos, não há como se falar em autonomia da vontade. Na opinião de Marcos Bernardes de Mello não haveria nem mesmo negócio jurídico, pois “*estaremos diante da discricionariedade do poder público ou até da arbitrariedade, quando se extrapolam os limites da legitimidade*”<sup>38</sup>.

Portanto, quando a cláusula arbitral é inserida em um edital de licitação, a negociação de seus termos pelo particular torna-se, à princípio, impossibilitada e sua aderência torna-se obrigatória. Assim, poder-se-ia aludir hipóteses não excludentes, quais sejam (i) o ordenamento jurídico brasileiro admite a existência de “arbitragem obrigatória”; e (ii) apesar de a autonomia de vontade ser pressuposto do suporte fático existencial da arbitragem, ainda caberia falar em arbitragem se não estiver presente a autonomia negocial do particular.

Por fins metodológicos<sup>39</sup>, abordar-se-á apenas estas duas hipóteses.

### 1.3 “Arbitragem obrigatória”

A arbitragem obrigatória pode figurar como uma contradição em termos. Ora, como já mencionado anteriormente, a autonomia da vontade não seria a base na qual se funda um dos elementos do pressuposto de existência da arbitragem, qual seja, o livre acordo entre as partes contratantes?

---

<sup>37</sup> “A utopia da liberdade absoluta desencadeia, sucessivamente, a ruptura dos vínculos sociais, o *bellum omnium contra omnes* (a guerra de todos contra todos), os expedientes autoritários ou totalitários” Ainda como indica o autor, o *laissez-faire* por si mesmo acaba na destruição da própria liberdade”. GALVÃO DE SOUSA, José Pedro. GARCIA, Clovis Lema; CARVALHO, José Fraga Teixeira de. *Dicionário de Política*. São Paulo: T. A. Queiroz Editor, 1998, p. 55.

<sup>38</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 261.

<sup>39</sup> Como questão de fundo, poder-se-ia questionar até que ponto o conceito de autonomia da vontade dos indivíduos estaria baseado em um conceito abstrato de Estado, como ente soberano e concedente de direitos, de forma a ser compreendido como única fonte do próprio Direito.

Em primeiro momento, entende-se por arbitragem obrigatória aquela que, determinada por regulamento ou lei, deve ser aderida como método de resolução de conflitos entre as partes que se submetem em detrimento de qualquer outro.

Surpreendentemente, a arbitragem obrigatória no Brasil não é novidade. O revogado art. 294 do Código Comercial de 1850 determinava como método obrigatório de resoluções de controvérsias societárias a arbitragem para conflitos societários<sup>40</sup>. O art. 20 estipulava ainda que as questões e controvérsias dadas pelo Código Comercial seriam necessariamente decididas por árbitros<sup>41</sup>.

Ao passar do tempo, a arbitragem obrigatória foi revogada pelo art. 3.º da Lei 1.350, de 14.09.1866, e a revogação foi ainda ratificada pelo art. 1.º do Dec. 3.900 de 1967. Permaneceu, assim, o entendimento de que não haveria previsão de tal instituto no ordenamento jurídico brasileiro.

Contudo, regulamentos e leis foram novamente editados para incluir um caráter obrigatório da arbitragem em determinadas circunstâncias<sup>42</sup>, o que, de fato, pode ser considerado inédito para contratação com a Administração Pública. Um eterno movimento pendular entre a tentativa de regular e desregular a arbitragem.

O exemplo mais recente e significativo é o art. 15, inciso III da Lei nº 13.448 de 2017, a qual estabelece diretrizes gerais para a relicitação dos contratos de parceria definidos na Lei nº 13.434 de 2016<sup>43</sup>, que instituiu a celebração obrigatória da

---

<sup>40</sup> Art. 294 do Código Comercial de 1850. “*Todas as questões sociais que se suscitarem entre os sócios durante a existência da sociedade ou companhia, sua liquidação ou partilha, serão decididas em juízo arbitral*”.

<sup>41</sup> Art. 20 do Código Comercial de 1850. “*Serão necessariamente decididas por árbitros as questões e controvérsias a que o Código Comercial dá esta forma de decisão. (Vide Decreto nº 3.900, de 26 de junho de 1867)*”.

<sup>42</sup> A obrigatoriedade da submissão do litígio à arbitragem também é verificada em arbitragens específicas que não têm a Administração Pública como parte. Este é o caso das companhias abertas que aderem aos regulamentos dos níveis diferenciados de governança corporativa da Bovespa (Nível 1, 2 e Novo Mercado), devendo resolver seus litígios na Câmara de Arbitragem do Mercado (CAM) da B3. Note-se que não só a arbitragem é obrigatória, como também a Câmara específica e especializada para dirimir o conflito.

<sup>43</sup> Art. 15 Lei nº 13.434 de 2016. “*A relicitação do contrato de parceria será condicionada à celebração de termo aditivo com o atual contratado, do qual constarão, entre outros elementos julgados pertinentes pelo órgão ou pela entidade competente:*

[...]

*III – o compromisso arbitral entre as partes com previsão de submissão, à arbitragem ou a outro mecanismo privado de resolução de conflitos admitido na legislação aplicável, das questões que envolvam o cálculo das indenizações pelo órgão ou pela entidade competente, relativamente aos procedimentos estabelecidos por esta Lei*”. A lei ainda menciona “*outro mecanismo privado de resolução de conflitos admitido na legislação aplicável*”, mas considera-se apenas a arbitragem.

convenção de arbitragem para a resolução do cálculo de indenizações<sup>44</sup>, e o art. 31 da mesma lei que dispõe sobre a arbitrabilidade das controvérsias e condições para o procedimento<sup>45</sup>. Note-se que relicitação do contrato de parceria será *condicionada* à celebração de termo aditivo em que conste compromisso arbitral, importando, portanto, a obrigatoriedade da arbitragem tanto à Administração Pública quanto ao particular contratado.

Apesar de se tratar de um de compromisso arbitral, que será celebrado em momento posterior, uma vez que o contrato já existe, pondera-se até que ponto teria o particular a possibilidade de exercer sua autonomia especificamente para a contratação dos termos do compromisso. Ou seja, teria o particular suficiente autonomia negocial para determinar as questões específicas como a escolha da câmara arbitral e a quantidade dos árbitros?

Para enfatizar ainda mais o caráter obrigatório, sustenta-se como cabível ordem judicial que determine a assinatura do compromisso para a instauração da arbitragem, nos termos do art. 7º da Lei de Arbitragem.<sup>46</sup>

Questiona-se: tal nível de obrigatoriedade não chegaria até mesmo a desnaturalizar o instituto da arbitragem?

Poder-se-ia argumentar que tal disposição, por ter força de lei, e oriundos do poder regulamentar do ente federativo poderiam limitar previamente a liberdade de

---

<sup>44</sup> PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Arbitragem na Lei 13.448 e Contratos com a Administração Pública nos setores de Rodovias, Ferrovias e Aeroportos*. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 55/2017, pp. 111-133, out/dez, 2017, p. 125.

<sup>45</sup> Art. 31, Lei nº 13.448 de 2017. "As controvérsias surgidas em decorrência dos contratos nos setores de que trata esta Lei após decisão definitiva da autoridade competente, no que se refere aos direitos patrimoniais disponíveis, podem ser submetidas a arbitragem ou a outros mecanismos alternativos de solução de controvérsias.

§ 1º Os contratos que não tenham cláusula arbitral, inclusive aqueles em vigor, poderão ser aditados a fim de se adequar ao disposto no caput deste artigo.

§ 2º As custas e despesas relativas ao procedimento arbitral, quando instaurado, serão antecipadas pelo parceiro privado e, quando for o caso, serão restituídas conforme posterior deliberação final em instância arbitral.

§ 3º A arbitragem será realizada no Brasil e em língua portuguesa.

§ 4º Consideram-se controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis, para fins desta Lei:

I - as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos;

II - o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de concessão; e

III - o inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes.

§ 5º Ato do Poder Executivo regulamentará o credenciamento de câmaras arbitrais para os fins desta Lei".

<sup>46</sup> Art. 7º Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim. (PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Arbitragem na Lei 13.448 e Contratos com a Administração Pública nos setores de Rodovias, Ferrovias e Aeroportos*. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 55/2017, pp. 111-133, out/dez, 2017, p. 121).

contratação das especificidades das cláusulas e compromissos arbitrais, não limitando a sua autonomia da vontade, o que estaria de acordo com a teoria do fato jurídico. Contudo, certamente limitaria a autonomia negocial do particular.

Por outro lado, pondera-se sobre a constitucionalidade da arbitragem obrigatória, pela violação ao art. 5º, XXXV da CF. Decorre da referida norma constitucional a determinação de que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”. Entende-se que a legislação não poderia vedar o direito de acesso ao Judiciário, mas não se prescreve uma obrigação de levar os conflitos para uma jurisdição heterocompositiva.

Nesse sentido, tomando-se como base a compreensão Estado, como ente que atribui direitos e garantias aos jurisdicionados, torna-se evidente que uma imposição à resolução dos conflitos seja por meio arbitral ou por qualquer outra jurisdição, significaria a violação da liberdade e autonomia das partes contratantes<sup>47</sup>.

Como sustenta Cesar A. Guimarães Pereira, o fato de a Lei nº 13.448 de 2017 incorporar o regime da arbitragem em sua integralidade, possibilitando a renúncia à jurisdição arbitral quando de acordo por Estado e particular, poderia legitimar a obrigatoriedade imposta pela lei<sup>48</sup>.

Mas, poder-se-ia questionar se, ao serem identificado elementos fácticos que suportam a incidência de uma norma que dispõe sobre a obrigatoriedade de uma determinada conduta aos particulares, realmente se falaria em limitação da autonomia da vontade. Seria a própria submissão à lei uma limitação da autonomia da vontade?

Primeiramente, deve-se considerar que a partir da característica híbrida da cláusula arbitral, a jurisdição, como efeito jurídico, somente existe após o contrato ter sido firmado. Para tanto, há de existir o acordo entre vontades.

A partir do momento em que, a própria lei positivou a arbitrabilidade subjetiva da Administração Pública, torna-se imperativa a observância às características que constituem o instituto da arbitragem. E assim, caberia a compreensão do Estado não enquanto aquele que atribui os direitos, mas sim aquele que os reconhece e os protege. Se houver a obrigação de submeter os conflitos à arbitragem, a autonomia

---

<sup>47</sup> TALAMINI, Eduardo. *Competência-competência e as Medidas Antiarbitrais pretendidas pela Administração Pública*. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 50/2016, pp. 127 -153, jul/set 2016, p. 128.

<sup>48</sup> PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Arbitragem na Lei 13.448 e Contratos com a Administração Pública nos setores de Rodovias, Ferrovias e Aeroportos*. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 55/2017, pp. 111-133, out/dez, 2017, p. 121.

negocial do particular, como um de seus direitos inerentes, definitivamente estaria sendo tolhida e a própria natureza da arbitragem, enquanto instituto, estaria sendo profundamente alterada.

Independentemente da discussão legalista, Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara, antes mesmo de a lei de arbitragem ser reformada em 2015, já sustentavam a possibilidade de a Administração Pública utilizar-se da arbitragem, por se tratar de um ato de disposição e possuir plena capacidade para tanto<sup>49</sup>.

Portanto, atendendo à primeira hipótese da presente pesquisa, entende-se que não é possível concluir que o ordenamento jurídico brasileiro reconhece a figura da arbitragem obrigatória. Por mais que não se fale em autonomia da vontade quando da submissão à lei, não só a autonomia da vontade é fundamental para a arbitragem, como também a autonomia negocial para a modulação dos seus efeitos. A “arbitragem obrigatória” seria um outro tipo de jurisdição alternativa, mas, não poderia se constituir verdadeiramente como uma arbitragem.

Vê-se que a arbitragem, quando imposta por lei, ainda é objeto de recentes divergências doutrinárias, apesar de não necessariamente ser acolhida pelo ordenamento jurídico brasileiro. E quando *imposta* por editais de licitação? Faz-se necessária a investigação para a análise da extensão da autonomia negocial.

## 2. EDITAL DE LICITAÇÃO

### 2.1 O instituto e pressupostos

A Constituição Federal estabelece o instituto da licitação no art. 37, inciso XXI<sup>50</sup> e no art. 175, § único<sup>51</sup>. São diversas as modalidades de licitação e contratação, com

---

<sup>49</sup> Novamente, pondera-se sobre as fontes normativas do direito e sobre como a arbitragem pode transcender o texto legal. (SUNDFELD, Carlos Ari. CÂMARA, Jacintho Arruda. *O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos*. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Contratações Públicas e seu Controle*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, pp. 258 e 259).

<sup>50</sup> Art. 37, CF. “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”.

<sup>51</sup> Art. 175, § único, CF. “A delegação da gestão de serviços públicos só se dá por duas maneiras: pela concessão ou pela permissão e sempre, em qualquer caso, mediante licitação. O procedimento licitatório como exigência prévia à delegação, tanto pela concessão como pela permissão, resguarda amplamente o princípio da igualdade”.

leis específicas para cada caso. Tem-se sua regulamentação, principalmente, por meio da Lei Federal nº 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos) e da Lei Federal nº 10.520/02 (Lei do Pregão). No presente momento, analisar-se-á apenas o procedimento previsto pela Lei nº 8.666/93.

Tem-se a definição sugerida por Marçal Justen Filho: “licitação é o procedimento administrativo destinado a selecionar, segundo critérios objetivos predeterminados, a proposta de contratação mais vantajosa para a Administração, assegurando-se a ampla participação dos interessados e o seu tratamento isonômico, com observância de todos os requisitos legais exigidos”<sup>52</sup>.

Enquanto está sendo executada, a licitação reflete o exercício de diversos atos e competências da Administração Pública, sendo que a lei pode tanto disciplinar as condições da atividade administrativa (atos vinculados) de modo exaustivo ou não (atos discricionários)<sup>53</sup>. O ato convocatório da licitação, por sua vez, será elaborado originalmente de forma discricionária, mas, uma vez produzido e divulgado, é vedada a alteração dos critérios e exigências fixadas a não ser pela invalidação do certame<sup>54</sup>.

A minuta do futuro contrato a ser firmado decorrente do procedimento licitatório sempre deverá integrar o edital ou ato convocatório da licitação, estando em objeto e forma, padronizados<sup>55</sup>, em observância ao princípio da vinculação ao edital.

Especificamente quando o edital prevê a arbitragem como método de resolução de conflito, Maria Sylvania Di Pietro expõe que, apesar de a arbitragem não contrariar o princípio da vinculação, os árbitros não podem descumprir os termos do edital e do contrato e que a cláusula arbitral deve estar prevista no edital e no contrato para ser admitida<sup>56</sup>. Ainda, sustenta que a convenção de arbitragem será regida pela legislação específica, qual seja, a Lei de Arbitragem, mas submeter-se-á às normas da Lei nº 8.888/93, *no que couber*<sup>57</sup>.

Em primeiro momento, tem-se que o STJ já decidiu que, quando da contratação com a Administração Pública, a convenção de arbitragem não precisa,

---

<sup>52</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14ª ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 11.

<sup>53</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14ª ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 72.

<sup>54</sup> Op. Cit., p. 73.

<sup>55</sup> Art. 38, inciso X; art. 40, § 2º, inciso III; e art. 62, §1º da Lei nº 8.666/93; e art. 32, inciso I; e art. 40, inciso III da Lei nº 13.303/2016.

<sup>56</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania. *Direito Administrativo*. 30ª ed (versão eletrônica). São Paulo: Atlas, 2017, p. 864.

<sup>57</sup> Op. Cit., p. 865.

necessariamente, ser incluída no edital de licitação ou no contrato celebrado, cabendo a celebração de compromisso arbitral posteriormente ao surgimento do litígio<sup>58</sup>.

De qualquer modo, importa verificar se a inserção da cláusula arbitral pela Administração Pública no edital e na minuta do contrato tolhe a autonomia da parte contratada até o ponto de desconstituir a natureza do instituto da arbitragem.

## 2.2 Limitação da autonomia da vontade do particular

Marçal Justen Filho, ao comentar o art. 2º da Lei n. 8.666/93<sup>59</sup>, estabelece que *“o primeiro requisito para a aplicação do regime licitatório reside na produção de uma relação jurídica por via consensual. Aplica-se a regra da licitação se for produzida uma relação jurídica a partir do ajuste de vontade entre as partes”*<sup>60</sup>.

Contudo, como bem explica Egon Bockmann Moreira, são duas as fases de elaboração das licitações. Na primeira, tem-se a elaboração do ato convocatório e do contrato, exclusivamente pela escolha discricionária da Administração Pública. Na segunda, trata-se da publicação do edital, e da absoluta vinculação dos atos, sob pena de revogação, anulação ou suspensão do certame. Em suas palavras: *“trata-se de ato que constitui nova situação jurídica com força de lei”*<sup>61</sup>.

Quanto à Lei n. 13.303/2016, apesar da possibilidade de a Administração Pública poder utilizar regras mais flexíveis para a contratação pública, também é necessária a observância ao procedimento licitatório para fins de garantir os princípios previstos no art. 37 da CF/88<sup>62</sup>. Mas, nas palavras de Guilherme Carvalho e Sousa, a licitação inibe – *senão impede* – o exercício da plena autonomia da vontade, que é

---

<sup>58</sup> Como já foi decidido pelo caso Compagás, em que houve a celebração de compromisso arbitral entre a estatal Companhia Paranaense de Gás Natural e o Consórcio Carioca Passarelli (STJ, REsp nº 904.813/PR, Rel. Min. Nancy Andrichi).

<sup>59</sup> Art. 2º, Lei n. 8.666/93. *“As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei. Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada”*.

<sup>60</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14ª ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 47.

<sup>61</sup> BOCKMANN MOREIRA, Egon. *Editais de licitação e definição de câmaras arbitrais: como transpor os desafios*. In: CUÉLLAR, Leila; BOCKMANN MOREIRA, Egon; GARCIA, Flávio Amaral; CRUZ, Elisa Schmidlin. *Direito Administrativo e Alternative Dispute Resolution: arbitragem, dispute board, mediação e negociação*. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 142.

<sup>62</sup> SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. *As inovações do procedimento licitatório na lei federal 13.303/2016*, In: FERRAZ, Sergio. *Comentários sobre a Lei das Estatais*. São Paulo: Malheiros, p. 180.

típica e natural à contratação privada<sup>63</sup>, ou seja: “oportunizava-se a simplificação na contratação, mas jamais a ausência de licitação em si”<sup>64</sup>.

Nesse sentido, por mais que a Lei 13.303/2016 possa regular um procedimento licitatório mais adequado à realidade das empresas estatais brasileiras do que a Lei n. 8.666/93<sup>65</sup> ainda há diversos desafios quanto à uma suposta flexibilidade das regras. De acordo com Gustavo Schiefler, “a licitação pública ainda permanece uma arena avessa à prática da livre negociação, em razão do princípio da vinculação ao edital e da isonomia”<sup>66</sup>.

Portanto, resta claro que o procedimento licitatório, por óbvio, restringe a autonomia negocial do particular contratado.

### 2.3 Contratos administrativos e autonomia negocial

Diante da ausência de autonomia negocial das cláusulas inseridas no edital de licitação, em especial a cláusula de arbitragem, investiga-se brevemente a natureza dos contratos administrativos e suas características.

O art. 2º, parágrafo único da Lei 8.666/1993 traz a seguinte definição para contrato: “considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada”.

O contrato é o instituto mais antigo por meio do qual são realizadas trocas e são pactuadas obrigações para um determinado fim, importantíssimo para a economia. Nas palavras de Pedro Costa Gonçalves, o contrato, como categoria geral do direito, também *pertence* ao Direito Público, e em particular ao Direito Administrativo<sup>67</sup>, e nesse sentido, reconhece que o contrato público deverá apresentar sempre dois elementos essenciais, quais sejam “(i) acordo entre as vontades de duas

---

<sup>63</sup> CARVALHO E SOUSA, Guilherme. *O direito privado na Administração Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, pp. 95 e 96.

<sup>64</sup> Op. Cit., p. 102.

<sup>65</sup> SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. *As inovações do procedimento licitatório na lei federal 13.303/2016*, In: FERRAZ, Sergio. *Comentários sobre a Lei das Estatais*. São Paulo: Malheiros, p. 207.

<sup>66</sup> Op. Cit. p. 201.

<sup>67</sup> GONÇALVES, Pedro Costa. *Direito dos Contratos Públicos*. 3ª ed. Vol. 1, Almedina, 2018. pp. 12 e 17.

ou mais pessoas, (ii) formados com o propósito de desencadear a produção de efeitos de direito que se repercutem na esfera jurídica das pessoas que o subscrevem”<sup>68</sup>.

Marçal Justen Filho resume a questão definindo o contrato administrativo como “um ato jurídico cuja produção exige a participação de pelo menos dois sujeitos, os quais concorrem para a determinação do conteúdo das normas contratuais. Não se nega a existência de uma manifestação de consenso entre sujeitos diversos, ainda que tal consenso não seja exatamente idêntico àquele encontrado no âmbito dos contratos tipicamente privados”<sup>69</sup>.

Poder-se-ia alongar a investigação analisando o que caracteriza o contrato administrativo, se as partes, o objeto, o regime jurídico e até que ponto este se diferencia do ato administrativo. Contudo, para o momento, resta reconhecer que a presença de cláusulas exorbitantes poderia contradizer a essência contratual da arbitragem.

Como indica Hartmut Maurer, na prática, o contrato e o ato administrativos acabam se aproximando, pois, na conclusão de um contrato administrativo, muitas vezes, não resta outra opção ao particular senão simplesmente aceitar os termos definidos pela Administração e submete-se<sup>70</sup>. Dessa forma, cita o que na doutrina alemã é entendido por *unfreiwillige Vertrag*, ou seja, contrato “*involuntário*”, no qual o particular acaba assinando o contrato, sem ter uma escolha autêntica<sup>71</sup>.

---

<sup>68</sup> GONÇALVES, Pedro Costa. *Direito dos Contratos Públicos*. 3ª ed. Vol. 1, Almedina, 2018. pp. 12. A aplicação da multiplicidade de regimes jurídicos aplicados aos contratos administrativos tem base legal, nos art. Art. 54, Lei 8.666/93 e Art. 68, Lei 13.303/2016.

<sup>69</sup> Marçal ainda dispõe que “alguns afirmam que a Administração impõe unilateralmente a sua vontade, à qual o particular deve submeter-se. Portanto, não existiria uma manifestação de vontade unitária, produzida pela concordância comum das partes, mas dois atos unilaterais autônomos: a Administração expressaria a sua vontade e o particular manifestaria uma concordância autônoma. Outros sustentam que a figura do contrato administrativo apresenta uma natureza dúplice. Há uma parcela de cunho regulamentar, que é imposta unilateralmente pela Administração, e uma parcela de natureza contratual, resultante do acordo entre as partes. Enfim, há também os que aludem a contrato de adesão, reconhecendo a existência de um acordo de vontades, em que o particular se restringiria a concordar com a vontade imposta pela Administração. Não teria maior utilidade aprofundar o exame dessas várias teorias. O que cabe afirmar é que o contrato administrativo é um ato jurídico cuja produção exige a participação de pelo menos dois sujeitos, os quais concorrem para a determinação do conteúdo das normas contratuais. Não se nega a existência de uma manifestação de consenso entre sujeitos diversos, ainda que tal consenso não seja exatamente idêntico àquele encontrado no âmbito dos contratos tipicamente privados” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14ª ed. São Paulo: Dialética, 2010, pp. 700 e 701). Apesar disso, entende-se que, pela natureza da cláusula arbitral, o exame das teorias torna-se excepcional.

<sup>70</sup> MAURER, Hartmut. *Direito Administrativo Geral*. Tradução de Luís Afonso Heck. 14ª ed. Barueri, SP: Manole, 2006, p. 426.

<sup>71</sup> SCHILLING, Theodor. *Der “unfreiwillige” Vertrag mit der öffentlichen Hand. Erscheinungsformen und Rechtsschutz*. VerwArch 87 (1996). In: MAURER, Hartmut. *Direito Administrativo Geral*. Tradução de Luís Afonso Heck. 14ª ed. Barueri, SP: Manole, 2006, p. 426.

Marçal Justen Filho, ao comentar sobre a relevância do contrato administrativo, destaca que a relevância política seria caracterizada pela democratização. Em um Estado Democrático, seria juridicamente impossível obter serviços privados por meio do autoritarismo, fazendo-se necessária a observância de procedimentos consensuais e limites. Como consequência, há ampliação da legitimidade estatal e redução dos conflitos<sup>72</sup>.

Portanto, o contrato é utilizado pela Administração para a perseguição dos seus fins e para a maior eficiência das funções de servir à sociedade, dentro da legalidade<sup>73</sup>. Nesse sentido, poder-se-ia inferir se a cláusula arbitral, quando firmada em um contrato administrativo, (i) deve seguir a lógica do Direito Administrativo clássico, que, apesar de considerar devidamente o Estado como ente legítimo e soberano para regular as relações sociais, pode acabar utilizando-se de uma arbitrariedade muito grande por conta das cláusulas contratuais exorbitantes em detrimento do particular; ou (ii) deve ser destituída de seu pressuposto de existência passando a ser compreendida como uma espécie estranha de contrato administrativo, que resulta, em última instância, em uma jurisdição especial.

Atendendo à segunda hipótese da presente pesquisa, verifica-se que quando a cláusula arbitral é *aderida* pelo particular, sem que este possa ter autonomia negocial para determinar a câmara arbitral que administrará o litígio, a quantidade de árbitros, a sede da arbitragem, o dever ou não de realizar mediação prévia, entre outras questões, apesar de a cláusula arbitral existir, pelo fato de autonomia da vontade estar concretizada no aceite dos termos, a impossibilidade de escolha dos efeitos jurídicos poderia representar grandes prejuízos para o particular.

---

<sup>72</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14ª ed. São Paulo: Dialética, 2010, pp. 11 e 12.

<sup>73</sup> Outro assunto de interessante investigação seria até que ponto a Administração Pública tem atuado em conformidade com o princípio da legalidade. Conforme alude Pedro Costa Gonçalves, poder-se-ia pensar em uma *“ilusão da legalidade administrativa”*, uma vez que a Administração tem se valido de regulamentações, decretos, *soft law*, e contratos para atuar na sociedade. Mais uma vez, vê-se a insuficiência prática da lei positiva vista como única fonte normativa. (COSTA GONÇALVES, Pedro. Aula de Direito Econômico, Faculdade de Direito UFPR ministrada pelo prof. Dr. Egon Bockmann Moreira, no dia 11 de agosto de 2020. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=GBByTO99ySs&t=5134s>).

## 5. BREVES APONTAMENTOS

### 5.1 Possíveis problemas

Em primeiro momento, verificou-se a insuficiência do conceito clássico de negócio jurídico fundado na declaração da vontade para a produção de efeitos jurídicos de forma a contemplar uma liberdade contratual absoluta e uma autonomia da vontade plena<sup>74</sup>.

Ao analisar a cláusula arbitral como um negócio jurídico, verificou-se que, por meio da teoria do fato jurídico, o simples aceite do particular em participar da licitação, poderia ser suficiente para suprir a *autonomia da vontade* na base do livre acordo originado pela exteriorização de vontade entre as partes. Nesse sentido, poder-se-ia inferir que o pressuposto da arbitragem não é a autonomia da vontade, mas sim, a efetiva autonomia negocial das partes para que o instituto não seja desnaturalizado e o particular, prejudicado.

Assim, por meio de um exemplo bastante específico, como a inserção de uma cláusula arbitral em um edital de licitação, pode-se verificar como novamente a relação entre o Estado e particular pode ser investigada. Partindo de ideias nas quais Estado e Direito se confundem, a autonomia da vontade dos particulares pode ser tolhida por motivos não legítimos.

Diante disso, sustentar a existência da arbitragem obrigatória seria uma contradição não só em termos, mas uma contradição ao próprio ordenamento jurídico brasileiro. O que não significa dizer que a Administração Pública não possa submeter seus litígios à arbitragem. Significa que o instituto da arbitragem transcende o texto legal, de forma a evidenciar a urgente reconsideração de outras fontes normativas e do princípio da subsidiariedade quando da atuação estatal.

Fica explícito que atender ao interesse público não pode significar uma superioridade contratual do Estado em detrimento do particular. O poder de, unilateralmente, estabelecer as cláusulas e disposições contratuais deve ser limitado, se não, deixa de haver *negotium* para haver apenas *imperium*.

---

<sup>74</sup> Brian H. Bix faz importante ponderação no mesmo sentido “*likely, the contract law (and contract theory) rhetoric of “freedom of contract” and “meeting of the minds” never matched contracting practice in more than a small percentage of agreements, even if that small percentage is now getting even smaller. And if we often consent in only the weakest sense to the terms that bind us (as we consent in only a weak sense to the laws that bind us and the government that governs us), there are important interests of the contracting parties themselves, as well as societal interests, that justify giving the full force of law to the vast majority of such agreements*” (BIX, Brian H. Contracts. In: MILLER, Franklin G.; WERTHEIMER, Alan. *The Ethics of Consent. Theory and Practice*. Oxford University Press, 2010, p. 267).

Portanto, apesar de a estrutura da licitação não propiciar a negociação das cláusulas inseridas no contrato, haveria a possibilidade de existir uma prévia fase contratual, em que, tantos os interesses dos particulares como os interesses públicos poderiam ser alinhados<sup>75</sup>.

Para que possa existir uma fase negocial, poder-se-ia questionar, se, no Direito Administrativo, realmente é possível falar em uma autonomia para o exercício de negócios jurídicos. Pelo lado do administrador público, a autonomia estaria caracterizada nos atos e contratos administrativos, pela possibilidade de criação “*de efeitos de direito não predeterminados por normas jurídicas e a titularidade e exercício do correspondente poder ou, por outras palavras, a margem de livre decisão na criação de efeitos de direito nas situações concretas regidas pelo Direito Administrativo*”<sup>76</sup>.

Outro problema com consequências práticas graves que poderia surgir seria se, por meio da contratação da cláusula arbitral, a Administração Pública *impusesse* ao particular uma cláusula vazia ou ainda pior que decorresse em possíveis ilícito.

## 5.2 Possíveis soluções

Uma possível solução, que vem sido sustentada pela doutrina é a análise prévia de minutas de editais e contratos administrativos, em que constem a cláusula arbitral. A Lei nº 8.666, dispõe de uma possibilidade análoga em seu art. 38<sup>77</sup>, determinando a competência da assessoria jurídica por parte da Administração Pública para a análise dos termos. Contudo, a Administração Pública é a mesma que propõe as cláusulas e condições dos editais e dos contratos administrativos e que faz a análise prévia<sup>78</sup>. Poder-se-ia utilizar tal previsão para dar oportunidade ao particular para se manifestar e expressar sua autonomia negocial quanto às cláusulas arbitrais?

---

<sup>75</sup> SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. *As inovações do procedimento licitatório na lei federal 13.303/2016*, In: FERRAZ, Sergio. *Comentários sobre a Lei das Estatais*. São Paulo: Malheiros, p. 201.

<sup>76</sup> CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Lisboa: Almedina, 2003, p. 778. In: SAAD, Amauri Feres. *Liberdade das Formas nas Contratações Públicas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2019, p. 78.

<sup>77</sup> Art. 38. Lei n. 8.666/93 “*O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente: Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração*”.

<sup>78</sup> Note-se que o TCU, mesmo sem necessariamente atender as competências constitucionais que lhe foram atribuídas, tem aferido para si tal função. No Acórdão 2876/209-Plenário, o TCU, ao avaliar os atos e procedimentos preparatórios para a prorrogação antecipada do contrato de concessão da

Outra solução seria a instauração de Procedimentos de Manifestação de Interesse (PMI), ou em consultas e audiências, com o máximo de transparência e publicidade, de forma a garantir a participação dos particulares na negociação dos termos e cláusulas e a oportunidade prática de exercer sua autonomia negocial.

Como alude Hartmut Maurer, no direito alemão, a autoridade não está autorizada a fixar suas pretensões do contrato administrativo por um ato administrativo, impondo sua vontade por meio de coerção<sup>79</sup>. Para solucionar a questão, a Administração Pública depende de uma demanda no tribunal administrativo. Tal hipótese se difere em muito do sistema brasileiro, mas não deixa de servir como inspiração para busca de soluções.

## **6. CONCLUSÃO**

Nota-se como o Estado, com suas supostas prerrogativas, já não mais se sustenta para a realidade atual. Como alude Javier Hervada, a justiça sucede o direito, ou seja, age em relação ao direito existente. A arbitragem junto de seus pressupostos, sejam eles a autonomia negocial ou autonomia da vontade, é um direito inerente a todos aqueles capazes de contratar e dispor de direitos patrimoniais e disponíveis. É inerente e independente do Estado. Verifica-se que todas soluções demandam a necessária adaptação dos conceitos teóricos para o mundo fático. Assim, cabe a adaptação dos mecanismos contratuais do Estado para proteção deste direito e a manutenção da arbitragem e sua natureza.

---

Ferrovia Malha Paulista, acompanhou o entendimento do Ministério Público de Contas para determinar as correções materiais de modo a eliminar cláusulas com eventuais inconsistências e minimizar o risco de interpretações equivocadas, e, especificamente recomendou que fossem feitos ajustes necessários à cláusula arbitral do termo aditivo do contrato.

<sup>79</sup> MAURER, Hartmut. Direito Administrativo Geral. Tradução de Luís Afonso Heck. 14ª ed. Barueri, SP: Manole, 2006, pp. 452.

## BIBLIOGRAFIA

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Cláusula Compromissória: aspectos contratuais*. Revista do Advogado, nº 116, pp. 174 - 192. São Paulo: AASP, 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Curso de Direito Administrativo, 27ª ed. (versão eletrônica). Malheiros, 2010.

BIX, Brian H. Contracts. In: MILLER, Franklin G.; WERTHEIMER, Alan. *The Ethics of Consent. Theory and Practice*. Oxford University Press, 2010.

BOCKMANN MOREIRA, Egon. *Editais de licitação e definição de câmaras arbitrais: como transpor os desafios*. In: CUÉLLAR, Leila; BOCKMANN MOREIRA, Egon; GARCIA, Flávio Amaral; CRUZ, Elisa Schmidlin. *Direito Administrativo e Alternative Dispute Resolution: arbitragem, dispute board, mediação e negociação*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem: Mediação, Conciliação, Tribunal Multiportas*. 7ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CARVALHO E SOUSA, Guilherme. *O direito privado na Administração Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos. Lisboa: Almedina, 2003, p. 778. In: SAAD, Amauri Feres. *Liberdade das Formas nas Contratações Públicas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2019.

COSTA GONÇALVES, Pedro. *Direito dos Contratos Públicos*. 3ª ed. Vol. 1. Coimbra: Almedina, 2018.

COSTA GONÇALVES, Pedro. *Aula de Direito Econômico*, ministrada pelo prof. Dr. Egon Bockmann Moreira, Faculdade de Direito da UFPR, no dia 11 de agosto de 2020. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=GBByTO99ySs&t=5134s>.

DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. 30ª ed (versão eletrônica). São Paulo: Atlas, 2017.

DINAMARCO. Cândido, Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

GALVÃO DE SOUSA, José Pedro. *Direito Natural, Direito Positivo e Estado de Direito*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977.

GALVÃO DE SOUSA, José Pedro. *O Estado Tecnocrático*. Edição Saraiva: 1973.

GALVÃO DE SOUSA, José Pedro. GARCIA, Clovis Lema; CARVALHO, José Fraga Teixeira de. *Dicionário de Política*. São Paulo: T. A. Queiroz Editor, 1998, p. 55.

GEORGE, Robert P. *The autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*. Clarendon Press, Oxford, 1996.

HERVADA, Javier. *O que é o direito? A moderna resposta do realismo jurídico*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006.

HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. 2ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14ª ed. São Paulo: Dialética, 2010.

MARTIN, André; RIBEIRO, Flávio Santana C.; FACKLMANN, Juliana, GEMIGNANI, Karina. O perecimento da convenção de arbitragem. *Revista de Direito Empresarial*, vol. 3, pp. 265 – 293, mai/jun, 2014.

MAURER, Hartmut. *Direito Administrativo Geral*. Tradução de Luís Afonso Heck. 14ª ed. Barueri, SP: Manole, 2006, p. 426.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 231.

MICHAELIS ONLINE. Dicionário. Acesso em 19 de novembro de 2020. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/autonomia/>.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. Arbitragem em Contratos firmados por Empresas Estatais. *Revista de Direito Administrativo* 236: 215-261, Rio de Janeiro, 2004.

NANNI, Giovanni Ettore. *Notas sobre os negócios jurídicos da arbitragem e a liberdade de escolha do árbitro à luz da autonomia privada*. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 49, abr/jun, 2016.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Arbitragem na Lei 13.448 e Contratos com a Administração Pública nos setores de Rodovias, Ferrovias e Aeroportos*. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 55/2017, pp. 111-133, out/dez, 2017, p. 125.

SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. *As inovações do procedimento licitatório na lei federal 13.303/2016*, In: FERRAZ, Sergio. *Comentários sobre a Lei das Estatais*. São Paulo: Malheiros, p. 180.

SCHILLING, Theodor. Der “unfreiwillige” Vertrag mit der öffentlichen Hand. Erscheinungsformen und Rechtsschutz. *VerwArch* 87 (1996). In: MAURER, Hartmut. *Direito Administrativo Geral*. Tradução de Luís Afonso Heck. 14ª ed. Barueri, SP: Manole, 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. *O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos*. In: *Contratações Públicas e seu controle*. Pp. 252 – 264. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

TALAMINI, Eduardo. Competência-competência e as Medidas Antiarbitrais pretendidas pela Administração Pública. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 50/2016, pp. 127 -153, jul/set 2016, p. 128.

VILLEY, Michel. Questões de Tomás de Aquino sobre Direito e Política. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.