A evolução da utilização da arbitragem nos contratos firmados pela Administração Pública[1]

A Arbitragem é uma forma extrajudicial de solução de controvérsias referentes a direitos patrimoniais disponíveis, em que as Partes, pessoas capazes, elegem um terceiro independente e imparcial - o árbitro -, para dirimir a controvérsia. Nesta definição estão presentes três conceitos importantes do Direito da Arbitragem:[2] (a) *arbitrabilidade subjetiva*, quem pode se submeter à arbitragem? Pessoas capazes de contratar; (b) *arbitrabilidade objetiva*, o que pode ser submetido à decisão de árbitros? Matérias que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis; e (c) *o árbitro*, quem pode ser nomeado árbitro? Pessoas físicas que sejam independentes e imparciais e que tenham a confiança das Partes (art. 13 da Lei 9.307/96, Lei de Arbitragem -LA).

A LA foi alterada em 2015, pela Lei 13.129/2015, que aprimorou seu texto, incluindo a previsão expressa sobre a arbitragem na Administração Pública.[3]

Analisaremos a participação da Administração Pública Direta (União, Estados, Municípios e Distrito Federal) e Indireta (Sociedade de Economia Mista, Empresa Pública, Autarquia e Fundações) em arbitragens, no tempo. O passado, com a história da arbitragem nos contratos de concessão na época imperial. O presente em que se verifica uma maior participação da Administração Pública em arbitragens, decorrentes dos contratos de concessões, Parcerias Público - Privadas- PPP e as recentes disposições sobre Parcerias Públicas de Investimentos – PPI. Por fim, o futuro, verificando a tendência e a evolução do tema nesta área e a experiência forânea.

<u>História da arbitragem na Administração Pública em contratos de concessão</u>

[1]Este artigo reproduz a palestra inaugural do "Curso de Arbitragem na Administração Pública" realizado na Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo -PGE no dia 04.08.2017, em parceria com o Comitê Brasileiro de Arbitragem - CBAR.

[2] A identificação de *Direito da Arbitragem* é efetuada como sendo um ramo didático para estudo, com conjunto temático próprio e cuja metodologia de apresentação, por conveniência, tem a finalidade de realçar suas peculiaridades, sem a intenção de dar-lhe autonomia disciplinar.

[3] LEMES, Selma Ferreira, « Anotações sobre a nova lei de arbitragem ». *Revista de Arbitragem e Mediação –RArb*. 47:37/44 out./dez., 2015.

A arbitragem está diretamente vinculada ao início das primeiras concessões publicas ocorridas na época imperial nos contratos firmados pelas Provincias e pelo Governo Geral do Império, a partir de 1850, referentes às construções de estradas de ferro, transporte fluvial e marítimo, serviços de iluminação pública etc. O Decreto n. 7.959, de 29.12.1880 na cláusula XXXV previu a solução de divergências por árbitros nos contratos de concessões de estradas de ferro, lembrando que a arbitragem estava prevista na Constituição Imperial de 1824.[4]

Derivou de um contrato de concessão firmado em 1856, para a construção, uso e custeio de uma estrada de ferro de Santos-Jundiaí uma das mais conhecidas (e longas) arbitragens envolvendo a Administração Pública, no caso a União. Foi por ocasião da encampação em 1946, decorridos 90 anos da concessão que se instaurou controvérsia sobre a propriedade dos bens imóveis lindeiros à ferrovia, se estes estariam incluídos na concessão ou eram de propriedade do concessionário. Instaurou-se ampla discussão e em 1955, por sugestão do consultor Geral da República Themístocles Cavalcanti, em brilhante parecer este recomendou que a matéria fosse dirimida por arbitragem.[5] Mas após o laudo arbitral ter sido expedido a União, em demanda judicial, questiona a ocorrência da prescrição, invocando o Decreto n. 22.910/32 (prescrição em 5 anos). A alegada prescrição foi afastada pelo Tribunal Regional Federal, abrindo página importante para a arbitragem, pois ao interpretar o art. 172 do Código Civil de 1916, esclareceu que com o juízo arbitral estaria interrompida a prescrição, pois o disposto no art. 172 do CC, "ato judicial" significava "ato de julgar". [6]

Houve a necessidade de se superar obstáculos interpretativos (equivocados), que impediam a aceitação e aplicação da arbitragem na área pública, pois por

[4] A arbitragem sempre esteve presente em nossa legislação, desde as Ordenações Filipinas de 1603. Na historiografia brasileira são brilhantes os ensinamentos de Rui BARBOSA e Mendes PIMENTEL a respeito, especialmente quanto à arbitrabilidade subjetiva. Cf LEMES, Selma Ferreira, *Arbitragem na Administração Pública, Fundamentos Jurídicos e Eficiência Econômica.* São Paulo: Quartier Latin. 2007, p. 118/123.

[5] *"[A]dministração realiza muito melhor os seus fins e sua tarefa convocando as partes, que com elas contratarem, a resolver as controvérsias de direito e de fato, perante o juízo arbitral do que denegando o direito das partes, remetendo-as ao juízo ordinário, ou prolongando o processo administrativo, com diligências intermináveis sem um órgão diretamente responsável pela instrução do processo." (*Themístocles B. CAVALCANTI, *Concessão de Serviço Público. Encampação. Juízo arbitra*", RDA, 45:517, jul./set., 1956).

[6] Uma das alterações verificadas na Lei nº 9.307/26 em 2015, foi jstamente incluir a previsão de que a prescrição estará interrompida a apartir da data do requerimento de arbitragem (art. 19, § 2ª).

analogia confundiam o compromisso arbitral com a transação e o mandato (entendendo que a Administração Pública não podia ceder sua função administrativa ao árbitro).[7]

Importa observar que foram raros os textos legais exigindo autorização expressa para a Administração Pública dispor da arbitragem, sendo de registro somente o Código de Processo Civil e Comercial do Distrito Federal de 1910. A única proibição que existia para a União era sobre matéria fiscal (DL 960/38). Pontes de Miranda ao analisar a questão observou que se houvesse autorização legal, a matéria fiscal poderia ser submetida à arbitragem.[8]

Foi com a jurisprudência do denominado caso Lage que se firmou o entendimento quanto à arbitrabilidade subjetiva, no sentido de que a capacidade para firmar cláusula comprometer era matéria de direito civil.[9] Conforme acentua José Carlos de Magalhães "a capacidade de se comprometer é matéria de direito civil, não se podendo negar ao Estado brasileiro sua legitimidade em ajustar convenção de arbitral, como reconhecido pela já citada decisão do Supremo Tribunal Federal." [10] Neste sentido o *caput* do art. 12 da Lei nº 9.3017/96, estipula:" As pessoas capazes de contratar... ". Portanto, mais uma vez se referendava a desnecessidade de lei específica para a Administração Pública dirimir conflitos patrimoniais e disponíveis por arbitragem.

Foi com a reforma operada na Lei de Arbitragem em 2015, pela Lei nº 13.129, que se incluiu os parágrafos 1º e 2º no art. 1º para textualmente dispor que "a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis." Apesar de

[7] No nosso livro *Arbitragem na Administração Pública.. p. 70*analisamos as confusões efetuadas com os diversos conceitos jurídicos.

[8] É de se notar a atualidade do tema da arbitragem na área tributária, momento em que se discute o projeto de lei sobre transação tributária e arbitragem. Digno de notas são os trabalhos do Professor da Universidade de São Paulo Heleno Torres e os diversos estudos e trabalhos acadêmicos. Cf GIANNETTI, Leonardo Varella, *Arbitragem no Direito Tributário: Possibilidade e Procedimentos*. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte. 2017 (inédito) e ESCOBAR, Marcelo Ricardo, *Arbitragem Tributária no Brasil*. São Paulo: Almedina Brasil, 2017, 311 p.). É interessante verificar a regulação da matéria no Direito Português em: www.caad.pt .

[9] Agravo de Instrumento n. 52.181/GB RTJ 68/382.

[10] MAGALHÃES, José Carlos de. "Do Estado na arbitragem privada", *Arbitragem Comercial*, José Carlos de MAGALHAES e Luiz Olavo BAPTISTA, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1986, P. 69/84. e Revista de Inf. Legisl. , Brasília, 86:139, abr./jun., 1985.

desnecessária, a medida foi pedagógica. A previsão expressa na Lei de Arbitragem passou a estar em sintonia com as leis especiais que regula as Concessões de Obras e Serviços Públicos (Lei nº 8.987/95 c/ as alterações efetuada pelas Leis nºs 9.648/98 e Lei nº 11.196/2005, art. 11, III), as Parcerias Público-Privadas - PPP (Lei nº 11.079/2004, alterada pela Lei nº 12.776/2012) e as Parcerias Públicas de Investimentos - PPI (Lei nº 13.488/2017), abordadas logo mais.

A previsão legal expressa também trouxe conforto para o administrador público, evitando ingerências e dúvidas quanto ao seu proceder, especialmente considerando a lei de responsabilidade dos agentes públicos. Outro ponto positivo da inserção expressa da arbitragem nos contratos com a Administração Pública é contribuir para afastar toda a problemática gerada pelo Tribunal de Contas da União - TCU, que empreendia interpretação restritiva ao uso da arbitragem pela Administração Pública. [11] Em 1999 o celebre precedente originado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal obstaculizou a proibição gerada pelo TCU em um contrato que dispunha sobre a adaptação e a ampliação da Estação de Tratamento de Esgotos de Brasília.

O Conselho Especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal salientou que "...para sua consecução havia o fornecimento de diversos bens, prestações de obras civis, serviços de montagens eletromecânicas, etc. No caso, havendo dúvidas atinentes a tais disposições, podem perfeitamente ser solucionadas ante o juízo arbitral, tudo visando a eficiente consecução do objeto contratado." [12] Ao relatar o Mandado de Segurança a então desembargadora Fátima Nancy ANDRIGHI pontificou que "...pelo art. 54 da Lei n. 8.666/93, os contratos

[11] Com a Lei Geral das Concessões o TCU passou a admitir com reservas a previsão da arbitragem nos contratos públicos, desde que as matérias submetidas aos árbitros "não ofendam ao princípio da legalidade e o da indisponibilidade do interesse público" (TCU Processo TC nº006.0986/93-2, Relator Ministro Paulo Affonso Martins de Oliveira, Decisão nº 188/95, Plenário. DOU 22.05.95, p. 277). A interpretação do TCU era incerta. Veja-se a respeito CARVALHO, Andre. *TCU limita a arbitragem e dá um passo e meio para trás.* Consultor Jurídico, 23.10.2012 http://www.conjur.com.br/2012-out-23/andre-carvalho-tcu-limita-uso-arbitragem-passo-meio Posteriormente, no caso de sociedades de economima mista o TCU flexibilizou a vedação e passou a admitir a previsão de arbitragem, desde que justificada e levando em consideração as praticas do mercado em questão e também para matérias técnicas (Plenário, Acórdão 2.145/2013). Fator que contribuiu também para a mudança de entendimento do TCU foi a jurisprudencia do Superior Tribunal de Justiça, que em importantes precedentes manifestou-se favorável à arbitragem, tal como no MS. 11.308-DF.

[12] Julgamento do Mandado de Segurança n. 1998002003066-9, em 18.05.99 (DJ 18.05.99). v.u., Conselho Especial do TJDF.

administrativos regem-se pelas suas cláusulas e preceitos de direito público, aplicando-se-lhes supletivamente os princípios do direito privado o que vem reforçar a possibilidade de adoção do juízo arbitral para dirimir questões contratuais. Cabe à Administração Pública cumprir as normas e condições constantes do Edital de Concorrência, ao qual está vinculada." [13]

Caminhos para a Nova Visão da Arbitragem na Administração Pública: Eficiência e Economicidade

Em uma nova edição de seu livro Tratado de Derecho Administrativo em 1998, o administrativista argentino Agustín GORDILLO pontuou: *"Não incluir a arbitragem nos contratos de infra-estrutura (complexos e de longa duração) piora o preço dos ofertantes, pois é muito mais caro ter que provisionar juízos que levam décadas. Este é um custo que paga a Administração e a sociedade."*[14]

Com esta percepção de que a arbitragem integra a equação econômico-financeira do contrato administrativo e que a cláusula de arbitragem, além de ser uma forma de solucionar conflitos (cláusula jurídica) é também uma cláusula econômica do contrato,[15] suscitou-se alteração significativa no modo de conceber a utilização da arbitragem nos contratos públicos, pois em nome dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade (arts. 37 e 70 da Constituição Federal) a arbitragem não poderia e não deveria ser negligenciada. Os reflexos financeiros da cláusula compromissória nos contratos de Concessão, de PPPs de PPIs impuseram sua utilização.[16] E mais. A bem da adequada conceituação, esses contratos são contratos financiamento de obras de infraestruturas, tais como aeroportos, rodovias, pontes, estradas de ferro, hidrelétricas, portos etc., pois o Estado não dispõe de

[13] Excertos do referido acórdão encontram-se publicados na *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, n. 8, abr./jun. 2000, p. 358/65. CF Clávio VALENÇA FILHO, "Arbitragem e Contratos Administrativos", comentários ao citado acórdão, na mesma obra p. 365/73.

[14] GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*. Bogotá: Diké, 1998, p. XI-22.

[15] A questão deve ser estudada sob a ótica da Analise Econômica do Direito, especialmente no que concerne aos custos de transação. Cf TIMM, Luciano Benetti, "A Arbitragem nos contratos empresariais, internacionais e governamentais". Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2009, p. 17/40 e nosso "Arbitragem e Administração Pública, Fundamentos Jurídicos e Eficiência Econômica", capítulo 9.

[16] Outro fator importante a considerar é que a inclusão da clausula compromissória nos contratos de concessões, PPPs e PPIs, devido aos seus reflexos financeiros passou a ser exigência das agencias de fomento internacionais, tal como o Banco Mundial. Com essa recomendação, a clausula compromissória passou a ser estudada e analisada pela Administração Pública e a partir daí passou a ser prevista nos contratos administrativos. Exemplo típico é o contrato da linha amarela do Metrô de São Paulo.

numerário para executar essas obras. A engenharia financeira que se encontra por trás desses contratos demonstra, como dito, serem estes verdadeiros contratos de financiamento com diversos agentes envolvidos: bancos, seguradoras etc. O agente privado não é apenas o concessionário que executa a obra de engenharia, por exemplo, mas o financiador do Estado, seu parceiro.

É importante observar que a mudança de paradigma do papel da Administração Pública, ou seja, deixar de ser um agente empresário e passar a ser um agente regulador e fomentador de desenvolvimento tem suas origens na década de 80 do século passado na Inglaterra, berço das PPPs. No Brasil essa evolução chegou com as reformas empreendidas na Constituição Federal de 1988, por meio das Emendas Constitucionais nºs 05, 06, 07, 08 e 09 de 1995. No Chile, o grande impulsionar do desenvolvimento de obras de infraestruturas se deu já a partir de 1981, com a Lei de Concessão de Obras Públicas.[17]

Estas mudanças vieram acompanhadas de alterações nas normas infraconstitucionais, dando início à administração pública consensual, com viés mais comercial e empresarial aplicando-se as regras contratuais que priorizam o equilíbrio de interesses, mas continuando a administração pública a dispor das denominadas cláusulas exorbitantes, peculiares aos contatos administrativos.

O princípio da eficiência[18] (e da economicidade) antes comentado faz com que tenhamos um novo olhar para atuação da Administração Pública. Nesta linha, dois pontos são importantes, tal como adverte o jurista português J J Gomes CANOTILHO. A primeira é que " *"o princípio da eficiência da administração ergue-se a princípio constitutivo do princípio da legalidade".* [19] O segundo é que a Administração Pública deve se pautar por objetivos, quando assevera as relações da Lei com a Administração: Neste novo desenho a *"lei deixa de ter em primeira linha*

17 Digno de nota, no contexto chileno é o princípio constitucional da *servicialidad* do Estado, no sentido de que o Estado está a serviço da pessoa humana e sua finalidade é promover o bem comum, para o qual deve construir e criar as condições sociais que permitam a todos e a cada um da comunidade nacional sua maior realização espiritual e material possível, com pleno respeito aos direitos e garantias constitucionais. Cf nosso "Arbitragem e Administração Pública, Fundamentos Jurídicos e Eficiência Econômica", capítulo 11.

[18] O art. 3º, inciso II da Lei nº 13334/2016 (PPI), esclarece que na implementação do PPI serão observados os seguintes princípios "legalidade, qualidade, eficiência e transparência da atuação estatal".

[19]CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*, Coimbra:Almedina, 4ª ed., [1997], p. 713.

uma função de ordem ou delimitação, para determinar principalmente medidas de conformação social e direcção econômica" [20]

No que concerne aos conflitos gerados nos contratos, a inserção da cláusula compromissória e em razão de sua caracterização intrínseca -a consensualidade - faz com que as divergências existentes sejam solucionadas em benefício do objetivo do contrato. Ademais a celeridade e a especialidade contribuem para diminuir o grau de litigiosidade entre as Partes e, é neste sentido também, que se mostra oportuno prever as demais formas *adequadas* de solução de conflitos, tais como a mediação e os Comitês Técnicos de Solução de Divergências (*Dispute Boards*).

O Direito Administrativo Consensual e a nova forma de conceber a função estatal como gestora e reguladora de atividade econômica, no sentido de contar com o setor privado para desenvolver obras de infraestrutura é aferível no art. 1º da Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016,[21] que institui o programa de Parcerias Públicas de Investimentos- PPI, cuja finalidade é a "ampliação e fortalecimento da interação entre o Estado e a iniciativa privada por meio da celebração de contratos de parceria para execução de empreendimentos públicos de infraestrutura e de outras medidas de desestatização." O art. 2º, inciso V esclarece que são objetivos das PPI "fortalecer o papel regulador do Estado e a autonomia das entidade estatais de regulação."

Do objetivo de "assegurar a estabilidade e a segurança jurídica, com a garantia mínima de intervenção nos negócios e investimentos" (art. 2º inciso IV) decorre a necessidade de a Administração Pública ser firme no cumprimento do disposto nos

[20] Op. cit., p. 721.

[21] Lei nº 13.334/2016: *Art. 2º São objetivos do PPI: I - ampliar as oportunidades de investimento e emprego e estimular o desenvolvimento tecnológico e industrial, em harmonia com as metas de desenvolvimento social e econômico do País;II - garantir a expansão com qualidade da infraestrutura pública, com tarifas adequadas; III - promover ampla e justa competição na celebração das parcerias e na prestação dos serviços; IV - assegurar a estabilidade e a segurança jurídica, com a garantia da mínima intervenção nos negócios e investimentos; e V - fortalecer o papel regulador do Estado e a autonomia das entidades estatais de regulação. Art. 3º Na implementação do PPI serão observados os seguintes princípios: I - estabilidade das políticas públicas de infraestrutura; II - legalidade, qualidade, eficiência e transparência da atuação estatal; e III - garantia de segurança jurídica aos agentes públicos, às entidades estatais e aos particulares envolvidos.*

contratos a serem pactuados no sentido de que a garantia jurídica gerada se estende também à arbitragem, seja na modalidade de cláusula compromissória, seja quando firmar compromisso arbitral. A Administração Pública não poderá criar empecilhos para a instauração da arbitragem e, quando tiver que exarar decisão a respeito deve ser célere, pois prolongar decisões que lhe compete, além de ir de encontro com os princípios da eficiência e da prontidão, do ponto de vista prático contribuem, em muitos casos, para gerar imensos passivos para o setor público, onerando com isso toda a sociedade e, ainda, colocando-se de costas ao princípio da economicidade. [22]

A recente Lei 13.448 de 05 de junho de 2017, que estabelece diretrizes gerais para a prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos na Lei nº 13.446/2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário, em evolução aos textos anteriores passou a deixar claro as matérias de direito disponível a serem submetidas à arbitragem (arbitrabilidade objetiva)[23] no art. 31, § 4º:

> *Art. 31 (...) §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.*
> *II - o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de concessão; e*

[22] Esses comentários estão vinculados ao disposto no art. 31 da Lei nº13.448/2017, a serem abordados em seguida.

[23] À guisa de ilustração, o contrato de PPP paulista de São Lourenço da SABESP define que serão submetido à arbitragem as seguintes questões: *(i) reconhecimento do direito e determinação do montante respectivo da recomposição do equilíbrio econômico-.financeiro, em favor de qualquer das partes, em todas as situações previstas no Contrato de Concessão; (ii) reconhecimento de hipóteses de inadimplemento contratual de qualquer das partes ou anuentes; (iii) cálculo e aplicação do reajuste previsto no Contrato de Concessão; (iv) acionamento dos mecanismos de garantia estipulados no Contrato de Concessão; (v) valor da indenização no caso de extinção do Contrato de Concessão; e (vi) inconformismo de qualquer das partes com a decisão da Comissão Técnica. (*JUNQUEIRA, André Rodrigues, OLIVEIRA Mariana Beatriz T. e SANTOS, Michelle Manaia. *Cláusula de Solução de Controvérsias em Contratos de Parcerias Público-Privadas: Estudo de Casos e Proposta de Redação*. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Parcerias Público - Privadas*, 77/78, jan./dez. 2013, p. 303/4).

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

No caso de relicitação o art. 15 da citada Lei, a disposição da arbitragem e dos demais métodos adequados de solução de conflitos (mediação, *dispute boards* etc.) passaram a ser considerados obrigatórios,[24] ou seja, são cláusulas essenciais dos contratos:

> *Art. 15. 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.*

Quanto à prontidão da Administração Pública na tomada de decisões, em decorrência dos princípios que regem as PPIs, especialmente o da eficiência e da segurança jurídica acima mencionados, estes se complementam com os princípios da boa-fé e das expectativas legítimas decorrentes dos contratos firmados sob a égide da Lei nº 13.448/2017. Reitere-se que a Administração Pública deverá ser eficiente e precisa ao momento em que a controvérsia for posta pelo particular, para com a prontidão razoável exarar decisão definitiva a respeito, ou seja, aceitar a objeção do parceiro privado ou a rejeitar e, ato contínuo considerar o conflito instaurado, pois de acordo com o disposto no *caput*

[24] Interessante e peculiar interpretação do art. 31 da Lei nº 13.448/2017 foi efetuada por Cesar PEREIRA, no sentido de que a arbitragem nele regulada se estende aos demais contratos no setor (que não sejam PPIs) mesmo que não exista clausula compromissória estipulada no contrato ou em aditivo contratual. O referido autor entende que o disposto no *caput* do artigo 30 não está vinculado ao seu paragrafo primeiro que menciona a estipulação d e aditovo ao contrato i(*§ 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*). Seria a denominada Oferta de Arbitragem, ou seja, é plenamente vinculante para a Administração Pública, nos casos regulados na citada Lei, basta que o particular assim decida. Para tanto, seriam acionados os dispositivos do arts. 6º e 7º da Lei de Arbitragem, que prevêem a operacionalização da cláusula arbitral vazia. Cf. PEREIRA, Cesar.Inovações na *arbitragem : aeroportos, rodovias e ferrovias. JOTA*. 21.07.2017. Disponível em:https://www.jota.info/colunas/coluna-do-justen/inovacoes-na-arbitragem-aeroportos-rodovias-e-ferrovias-21072017 .

do art. 31,[25] a arbitragem ou a submissão aos demais métodos adequados de solução de conflitos somente poderão ter início a partir do momento em que a autoridade competente exare decisão definitiva a respeito.[26]

Com a participação crescente da Administração Pública Direta e Indireta em procedimentos arbitrais,[27] surgiu a necessidade de se atentar às peculiaridades da área administrativa, tais como, a publicidade a ser observada na arbitragem (art. 2º § 3º da LA), como indicar árbitros e, se optarem pela arbitragem institucional, como indicar câmaras de arbitragem, e quanto as custas da arbitragem, como proceder.

Na linha de auxiliar a operacionalização da arbitragem na área pública a I Jornada de "Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios realizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal em 22 e 23 de agosto de 2016, em Brasília – DF, aprovou quatro enunciados sobre a arbitragem com a Administração Pública, sendo que algumas das questões acima mencionadas foram abordadas e servem de bom norte a ser seguido.[28]

O primeiro deles refere-se à cláusula compromissória: *Enunciado 2 - Ainda que não haja cláusula compromissória, a Administração Pública poderá celebrar compromisso arbitral*. [29]

O segundo, é o enunciado que aborda a questão da publicidade: *Enunciado 4 - Na arbitragem, cabe à Administração Pública promover a publicidade prevista no art. 2º, § 3º, da Lei n. 9.307/1996, observado o disposto na Lei n. 12.527/2011,*

---

[25] *Art. 31 – As controvérsias surgida em decorrência dos contratos nos setores de que trata esta Lei, após decisão definitiva da autoridade cometente, no que se refere aos direitos patrimoniais disponíveis, podem ser submetidas a arbitragem ou a outros mecanismos alternativos de solução de controvérsias.*

[26] Anote-se que durante a tramitação no Congresso Nacional da MP 752 de 24 de novembro de 2016, que se transformou na Lei nº 13.448/2017, houve intensa movimentação da comunidade arbitral brasileira, no sentido de se retirado art. 31 (na MP art. 25) referida condição. Foi inclusive sugerido que se colocasse um prazo para a autoridade administrativa se manifestar.

[27] Os precedentes do STJ definidores da arbitragem na Administração Pública foram os seguintes: Resp. 612.439-RS de 2005, MS 011.308-DF de 2008 e Resp. 904.813, de 2011.

[28] Cf nosso artigo *Incentivos à arbitragem na administração pública*, Valor Econômico, 05.09.2016. Disponível em : http://selmalemes.adv.br/artigos/IncentivosaArbitragemnaAdministra%C3%A7%C3%A3oP%C3%BAblica%20-2016.pdf

[29] Referida disposição está em linha com a jurisprudência do STJ (Resp. 1.389.763, de 12.1'1.2013 Relatora Ministra Nancy Andrighi)

podendo ser mitigada nos casos de sigilo previstos em lei, a juízo do árbitro. A questão da publicidade em arbitragens com a Administração Pública já era analisada, mesmo antes de existir a previsão expressa na LA, por meio da Lei nº 13.129/2015, pois o principio constitucional da publicidade disposto no art. 37 da Constituição Federal já impunha essa obrigação.[30] As Partes na arbitragem podem dispor sobre quais documentos devem ser divulgados, preservando-se a confidencialidade inerente à atividade comercial.[31] Um bom parâmetro é o disposto na Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.527/2011). É importante notar, tal como esclarecido no Enunciado 4, que a obrigação de prestar informações é da parte pública na arbitragem e que as audiências e os debates durante o procedimentos arbitral continuam a respeitar a confidencialidade do procedimento, salvo disposto de outra forma pelos árbitros e Partes.[32]

O terceiro é o enunciado que traz luz à questão da proibição da Administração Pública de se submeter à arbitragem por equidade (art. 2º § 3º da LA). O enunciado esclarece que a Administração Pública pode aceitar as regras internacionais de comércio e os usos e costumes internacionais em setores autorregulados, nos quais vigoram essas regras (*soft law*), quando inerentes à sua atividade.[33] Assim, foi esclarecido no *Enunciado 11 - Nas arbitragens envolvendo a Administração Pública, é permitida a adoção das regras*

---

[30] LEMES, Selma F. *Arbitragem na Concessão de Serviços Públicos. Arbitrabilidade Objetiva. Confidencialidade ou Publicidade Processual?* RDM 134: 148/163, abr./jun, 2004. Também disponível em: http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri15.pdf

[31] No ambito dos contratos publicos na União Européia a Diretiva da UE 2004/18- 31.03.2014, dispôs: *Sem prejuízo do disposto na presente diretiva, nomeadamente no que se refere às obrigações relativas à publicidade de contratos adjudicados e à informação dos candidatos e dos proponentes previstas no n. 4 do artigo 35 e no artigo 41, e nos termos do direito nacional a que está sujeita a entidade adjudicante, esta não deve divulgar as informações que lhe tenham sido comunicadas pelos operadores econômicos que estes tiverem indicado serem confidenciais. Estas informações incluem, nomeadamente, os segredos técnicos ou comerciais e os aspectos confidenciais das propostas.* (grifo acrescentado)

[32] À guisa de ilustração, saliente-se que o Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá – CAM-CCBC emitiu a Resolução nº 15/2016 dispondo sobre a publicidade de arbitragens com a Administração Pública Direta (http://www.ccbc.org.br/Materia/1569/resolucao-administrativa-n%C2%BA-152016) e no mesmo site pode-se conhecer as arbitragens em curso com a Adminstração Direta no CAM-CCBC: http://www.ccbc.org.br/Materia/1616/arbitragens-com-a-administracao-publica-direta

[33] Por ocasião da tramitação do projeto de lei que alterava a Lei nº 9.307/96, que redundou na Lei nº 13.129/2015, preoculpou-nos a vedação da previsão da equidade, especialmente em razão das sociedade de economias mistas e empresas públicas brasileiras que atuam em mercado autoregulados no exterior. Cf nosso artigo *Por que criar amarras à arbitragem ?*, Valor Econômico, 15.08.2014. Disponível em : http://selmalemes.adv.br/artigos/artigovalor15082014.pdf

internacionais de comércio e/ou usos e costumes aplicáveis às respectivas áreas técnicas.

Por fim, o quarto enunciado elucida as questões referentes à arbitrabilidade objetiva (matérias referentes a direitos patrimoniais disponíveis). *Enunciado 13 - Podem ser objeto de arbitragem relacionada à Administração Pública, dentre outros, litígios relativos: I – ao inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes; II - à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, cláusulas financeiras e econômicas*.

As questões quanto aos custos antecipatórios da arbitragem e a indicação das câmaras de arbitragem, a Lei das PPIs, por exemplo, estabeleceu que os adiantamentos dos custos serão arcados pela parte privada[34] e ato do Poder Executivo regulamentará o credenciamento de câmaras arbitrais no que concerne aos contratos firmados o âmbito das PPIs (art. 31, § 5º).

Quanto à indicação de árbitros deve-se seguir o que está adequadamente regulado no capítulo III da LA.[35] O árbitro não é um prestador de serviços para a Administração Pública e, portanto, não há falar em procedimento licitatório para indicar árbitro. O árbitro exerce jurisdição (é juiz de fato e de direito, dispõe o art. 18 da LA) e ao assumir seu mister o faz em prol da solução do conflito e deve decidir a questão de acordo com o seu convencimento racional motivado, com imparcialidade e independência (art. 21, º 2º da LA). O árbitro ou o Tribunal Arbitral são árbitros das Partes e não atuam a favor ou prestam um serviço para a Administração Pública. Os árbitros, reiteramos, exercem jurisdição.

Para finalizar e efetuarmos um exercício de futurologia, parece-nos que a tendência na área da arbitragem em geral, inclusive com a Administração Pública será alargar o âmbito de abrangência do conceito de arbitrabilidade

[34] Note-se que disposição id~entica está regulada na Lei Mineira de Arbitragem (Lei nº 19.477/2011).
[35] Quanto à independencia e imparcilaidade do árbitro cf nosso *Árbitro, Conflito de Interesses e o Contrato de Investidura*. In: *20 Anos da Lei de Arbitragem. Homenagem a Petrônio Muniz,* CARMONA, Carlos Alberto, LEMES, Selma Ferreira e MARTINS, Pedro Batista (coords.). São Paulo: Atlas, 2017, p.271/290.

objetiva, tal como se verifica no direito comparado,[36] para se adotar não mais o conceito vinculado a interesse *disponivel*, mas somente ao critério de *patrimonialidade.* O legislador infraconstitucional poderá assim dispor. Aliás, não constituiria nenhuma novidade no ordenamento pátrio, pois o art. 852 do Código Civil,[37] que trata do compromisso arbitral menciona que somente as questões referentes à patrimonialidade podem ser dirimidas por arbitragem.

Também se poderia pensar em diminuir as potestades (prerrogativas) públicas priorizando o equilíbrio contratual. Outro ponto seria alargar os poderes dos árbitros, inclusive para julgar recursos quanto a multas impostas pela Administração Pública. Enfim, são matérias de *lege ferenda*, que dependem unicamente da conveniência da Administração Pública em equilibrar o mais possível a relação contratual de certos tipos de contratos públicos, especialmente investimentos em infraestrutura e que pela envergadura e valores envolvidos demandam cada vez mais conceder simetria nas operações e equiparar-se ao setor privado, com as cautelas inerentes à Administração Pública.

Não podemos finalizar sem antes trazer alguns dados estatísticos colhidos em seis câmaras de arbitragens brasileiras (AMCHAM, CAM-CCBC, CAM/CIESP/FIESP, CAM-BOVESPA, CAM/FGV e CAMARB) para informar que em 2015 eram 4% o numero de arbitragens com a Administração Pública direta e indireta e em 2016 essas Câmaras processavam 55 arbitragens com o setor público de um total de 609 casos em andamento (9%). Em 2015 os valores envolvidos em arbitragens eram de R$10 bilhões e em 2016 foram R$24 bilhões. Os valores mais que dobraram e isso se deve, especialmente às arbitragens com a Administração Pública.[38]

É surpreendente verificar como nas arbitragens eminentemente privadas a comunidade jurídica brasileira respondeu rapidamente à demanda existente e se aprimorou na prestação desses serviços advocatícios. Hoje, os advogados brasileiros estão capacitados a atuar em arbitragens domesticas e internacionais

[36] Lei Portuguesa de Arbitragem Voluntária de 2011 e Lei Espanhola de Arbitragem de 2003.
[37] *Art. 852 –É vedado o compromisso arbitral para solucionar questões de estado, de direito de família e de outros que não tenham caráter estritamente patrimonial.*
[38] Pesquisa Arbitragem em Valores e Números – 2017. Disponível em: http://selmalemes.adv.br/artigos/An%C3%A1lise-%20Pesquisa-%20Arbitragens%20Ns%20%20e%20Valores%20_2010%20a%202016_.pdf

de mais alto nível. Vislumbramos que em pouco tempo o setor público também estará plenamente apto para atuar em arbitragens, haja vista os esforços que se verificam junto às Escolas das Procuradorias Estaduais e nas Escolas da Advocacia Geral da União. A arbitragem com a participação das sociedades de economia mista, especialmente as que atuam no setor internacional, a utilização da arbitragem não soa estranho, pois de há muito prevêem a arbitragem em contratos e participam de arbitragens no Brasil e exterior.

A arbitragem envolve uma mudança de mentalidade dos agentes públicos, que devem se pautar pela solução célere do conflito em favor do interesse público envolvido que é, preponderantemente, propiciar à sociedade estruturas adequadas em aeroportos, rodovias, ferrovias e tantas outras e que os serviços sejam de qualidade.

A arbitragem dinamiza a pacificação contratual e permite que questões complexas sejam resolvidas por especialistas. Os contratos de Concessão, PPP e PPI são de longa duração e a utilização dos métodos adequados de solução de conflitos está em linha com a nova Administração Pública Consensual[39] e pautada por resultados.

Finalizando é importante fazer eco das palavras de José Luís ESQUÍVEL em estudo específico sobre os contratos administrativos e a arbitragem *: "No último quartel do século XX, o Estado Pós-Social, traz consigo uma Administração Pública que opta pela concertação e pela cooperação com a sociedade civil, para conseguir dar satisfação a um interesse público cada vez mais diversificado e planeado, cabendo ao contrato administrativo um papel reforçado na dinâmica que caracteriza a atividade administrativa."*[40]

***Selma Ferreira Lemes**, advogada, mestre e doutora pela Universidade de São Paulo. Integrou a Comissão Relatora da Lei de Arbitragem. Foi membro brasileiro da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Intenacional – CCI.*

[3939] Cf Diogo F. MOREIRA NETO, *Mutações do direito administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, 2º, ed., 2002, p. 37/48

[40] José Luís ESQUÍVEL, *Os contratos administrativos e a arbitragem*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 19/20.