Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

João Pedro Accioly

Administração Pública e Arbitragem:
arbitrabilidade, execução e conflitos intra-administrativos.

Rio de Janeiro

2018

João Pedro Accioly

Administração Pública e Arbitragem:
arbitrabilidade, execução e conflitos intra-administrativos.

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de Pesquisa: Direito Público.

Orientador: Prof. Titular Alexandre Santos de Aragão

Coorientadora: Prof. Titular Carmen Tiburcio

Rio de Janeiro

2018

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

A171 Accioly, João Pedro.
Administração Pública e arbitragem: arbitrabilidade, execução e conflitos intra-administrativos / João Pedro Accioly - 2018.

207 f.
Orientador: Prof. Alexandre Santos de Aragão
Coorientadora: Prof. Carmen Tiburcio

Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Arbitragem - Teses. 2. Administração pública - Teses. 3. Execução de Sentença – Teses. I. Aragão, Alexandre Santos de. II. Tiburcio, Carmen. III. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. IV. Título.

CDU 347.918:35

Bibliotecária: Angélica Ribeiro CRB7/6121

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

_____ _____

Assinatura Data

João Pedro Accioly

Administração Pública e Arbitragem:

arbitrabilidade, execução e conflitos intra-administrativos.

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de Pesquisa: Direito Público.

Aprovada em 19 de dezembro de 2018.

Banca Examinadora:

_____

Prof. Titular Alexandre Santos de Aragão (Orientador)
Faculdade de Direito – UERJ

_____

Prof. Titular Carmen Tiburcio (Coorientadora)
Faculdade de Direito – UERJ

_____

Prof. Titular Carlos Ari Sundfeld
Fundação Getúlio Vargas de São Paulo

_____

Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira
Universidade Federal do Paraná

_____

Prof. Dr. José Vicente Santos de Medonça
Faculdade de Direito – UERJ

Rio de Janeiro

2018

À Educação Pública.

Ao Colégio Pedro II.

À UERJ.

AGRADECIMENTOS

A gratidão é sentimento nobre e sem efeitos colaterais. Sempre que possível, convém extravasá-lo. Não há sentido em ser grato secretamente.

A experiência de ter cursado o Mestrado em Direito Público, na UERJ, foi mais feliz do que pude antecipar. Para além do programa rigoroso, dos debates profícuos e dos muitos desafios (quantitativos e qualitativos), ela me proporcionou conhecer ou aprofundar o convívio com um seleto grupo de professores e pós-graduandos.

Esses encontros deram inúmeros frutos: trocas acadêmicas, projetos profissionais e amizades genuínas e, quero crer, perenes. Em que pese a intensidade, por vezes massacrante, da rotina de um curso tão concentrado, o convívio sempre foi prazeroso.

As aulas, bem como os almoços que costumavam sucedê-las, foram momentos frequentemente ansiados. Um privilégio autêntico, dentre os muitos que a UERJ já me concedeu.

Regressando às pessoas, que trilharam essa aventura comigo, vale registrar que suas qualidades não se limitam ao plano intelectual. Em meio que não raro é dominado pela vaidade, individualismo e competividade desmedida, tivemos, por sorte (*ou destino*), a oportunidade preciosa de conviver com acadêmicos que, embora brilhantes e ambiciosos, souberam conservar a generosidade, a gentileza e a abertura ao diálogo sincero e cordial.

Embora pudesse referir a todos, agradeço aos colegas do Mestrado e Doutorado em nome de Teresa, Leonardo, Ana, Renato, Carina, Pedro e Alexandre.

Agradeço aos professores do PPGD/UERJ, fontes de conhecimento e de inspiração, em nome de todos os docentes que compõem a Linha de Direito Público: Alexandre Aragão, Ana Paula de Barcellos, André Cyrino, Daniel Sarmento, Gustavo Binenbojm, Jane Reis, José Vicente, Luís Roberto Barroso, Patrícia Baptista, Rodrigo Brandão, Sérgio Ferrari e Valter Shuenquener.

Agradeço aos colegas do Laboratório de Regulação Econômica – UERJ Reg., pela oportunidade de ajudar a fundar um instrumento original e poderoso que a UERJ forneceu à

sociedade para acompanhar, debater e intervir, em processos - administrativos, legislativos e judiciais - que sejam relevantes sob o prisma do direito regulatório.

Agradeço ao Professor Alexandre Aragão pela orientação segura e crítica desta dissertação e, também, pela intensa parceria acadêmica e profissional que mantivemos ao longo dos últimos 4 anos, em diversos flancos. O agradecimento não é protocolar, especialmente em relação à dissertação. Os sucessivos – *para não dizer infindáveis* – desafios, provocações, críticas e estímulos propostos pelo Aragão elevaram este trabalho a patamar que jamais lograria alcançar sozinho.

Agradeço à Professora Carmen Tiburcio, a quem já muito admirava como docente incansável, didática e entusiasmada, pela coorientação atenta desta dissertação. Impressionou-me a profundidade de sua leitura, revisão e críticas – que certamente elevaram significativamente a qualidade deste trabalho.

Agradeço ao Professor José Vicente Santos de Mendonça, acadêmico brilhante e amigo querido, por aceitar o convite de participar tanto da qualificação como da avaliação final desta dissertação. As críticas e sugestões vindas do José Vicente engrandecem qualquer projeto.

Aos Professores Carlos Ari Sundfeld e Egon Bockmann Moreira, formuladores de proa do Direito Administrativo brasileiro, além de árbitros reconhecidos em Direito Público, agradeço por aceitarem compor a Banca desta dissertação.

Agradeço, nas pessoas de Marcelo Barroca e Munique Cavalcanti, aos amigos que me acompanham, de perto ou de longe, em todas as jornadas que decido trilhar.

Por fim, agradeço à minha família, pelo amor incondicional e suporte constante, nas pessoas da minha mãe, Ana Paula Accioly, e das minhas irmãs, Marina Accioly e Júlia Accioly.

"Il diritto amministrativo e le scienze applicate alla pubblica amministrazione tradizionali assumevano un corpo amministrativo immobile perché prigionieri del motto 'i governi passano, l'amministrazione resta'. Il diritto amministrativo cambia e quindi non si capisce se non si padroneggiano le regole del mutamento. (...) Ecco una terza e importante sfida che viene dal mutamento del nuovo diritto amministrativo: occorre inglobare nello studio le esigenze del mutamento ed esaminare istituzioni, non fissarsi solo su un certo momento storico

destinato a diventare obsoleto nel giro di breve tempo, per evitare un'opera avvilente, faticosa e alla fine inutile".

(Sabino Cassese)

RESUMO

ACCIOLY, João Pedro. Administração Pública e arbitragem: arbitrabilidade, execução e conflitos intra-administrativos. 2018. 207 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

Esta dissertação estuda a participação da Administração Pública direta e indireta em arbitragens. O principal objetivo deste trabalho é definir o raio de arbitrabilidade objetiva dos conflitos havidos com a Administração, para o que será proposto um critério geral, uma metodologia para a sua aplicação e, ainda, estudadas incidências concretas de tal parâmetro sobre os principais institutos do Direito Administrativo. Além disso, disserta-se sobre outros aspectos relevantes da arbitragem dos conflitos com a Administração, todos essenciais ao seu funcionamento adequado, dentre os quais estão: a arbitrabilidade subjetiva das entidades administrativas; a competência para celebrar convenções de arbitragem; as peculiaridades do regime arbitral das empresas estatais; a sistemática de cumprimento de sentenças arbitrais desfavoráveis a entidades administrativas; os conflitos; as arbitragens intra-administrativas e o tratamento do instituto arbitral, aplicável aos conflitos com a Administração Pública, por ordenamentos jurídicos estrangeiros e supranacionais.

Palavras-chave: Arbitragem. Administração Pública. Arbitrabilidade Objetiva. Arbitrabilidade Subjetiva. Execução de sentenças arbitrais. Arbitragens intra-administrativas.

ABSTRACT

ACCIOLY, João Pedro. Arbitration and Public Administration: arbitrability, enforcement and intragovernmental disputes. 2018. 207 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

This research covers the participation of administrative entities in arbitrations. Its main aim is to define the range of arbitrability regarding conflicts with the Government. To reach this objective a general criterion and a methodology for its application will be proposed, further to the analysis of some concrete examples of such parameter regarding the main institutes of Administrative Law.

Besides that, we will discuss the subjective arbitrability of administrative entities, the competence to conclude arbitration agreements, the peculiarities of the arbitration regime of competing state companies the enforcement mechanisms of arbitration awards unfavorable to Brazilian administrative entities, intra-administrative arbitrations and the regulation of the matter by foreign and international legal systems.

Keywords: Arbitration. Public Administration. Arbitrability. Enforcement. Intragovernmental disputes.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	11
1	**DEFINIÇÕES PRELIMINARES.**.....	16
1.1	**Arbitragem: conceito e**	16
1.2	**A arbitragem no contexto da Administração**	18
1.3	**Contratos administrativos e convenção**	20
1.4	**Quando convém**	23
1.5	**Diferenciações relevantes**.....	25
2	**PANORAMA GLOBAL**.....	30
2.1	**A importância da perspectiva**	30
2.2	**Critérios para a escolha dos países**	34
2.3	**Panorama Internacional**.....	36
2.4	**Conclusões parciais**.....	52
3	**ARBITRABILIDADE SUBJETIVA**.....	54
3.1	**Conceito e critério**	54
3.2	**Administração e arbitrabilidade subjetiva**.....	55
3.3	**Competências administrativas**	56
3.4	**Peculiaridades das estatais**.....	59
4	**ARBITRABILIDADE OBTIVA**.....	63
4.1	**Colocação do**	63
4.2	**Direitos patrimoniais disponíveis e**	65
4.2.1	O que são direitos patrimoniais?	65
4.2.2	O que são direitos disponíveis?	68
4.2.3	Os critérios propostos pela literatura	72
4.2.3.1	Interesses públicos primários e secundários	72
4.2.3.2	Atos de império versus atos de gestão	74
4.2.3.3	O critério da transacionabilidade	76
4.2.3.4	O critério da dispensabilidade judicial	77
4.2.3.5	O critério da contratualidade	79
4.3	**Proposta de operacionalização conceitual**	84
4.3.1	Cognoscibilidade e poder decisório.....	86
4.4	**Conclusões parciais**.....	102
5	**INCIDÊNCIAS CONCRETAS**.....	105

5.1 **Disputas contratuais**..... 105
5.2 **Poder de polícia**..... 108
5.3 **Responsabilidade civil do** 110
5.4 **Disputas com servidores** 111
5.5 **Atos normativos**..... 112
6 **DENSIFICAÇÃO E SINDICABILIDADE**..... 115
6.1 **Leis, regulamentos e cláusulas** 115
6.2 ***Kompetenz-Kompetenz***..... 118
6.3 **Parâmetros de sindicabilidade judicial**..... 122
7 **EXECUÇÃO DE SENTENÇAS ARBITRAIS**..... 124
7.1 **Cumprimento espontâneo**..... 126
7.2 **O regime de precatórios e possíveis** 130
7.3 **Execução nacional**..... 132
7.4 **Execução** 134
7.5 **Conclusões** 141
8 **CONFLITOS INTRA-ADMINISTRATIVOS**..... 144
8.1 **Administração Pública** 144
8.2 **O desafio da coordenação intra-** 147
8.3 **A solução de conflitos intra-** 149
8.3.1 A solução de litígios intra-administrativos por 158
8.4 **Conclusões parciais**..... 162
CONCLUSÕES GERAIS 163
REFERÊNCIAS..... 179

INTRODUÇÃO

No Brasil, o processo de admissão das arbitragens tem sido longo e acidentado. Houve até quem questionasse a constitucionalidade dos procedimentos arbitrais realizados entre particulares, a respeito de direitos incontroversamente patrimoniais e disponíveis, mesmo após a edição de diploma autorizativo: a Lei nº 9.307, 23 de setembro de 1996.[1] Alegava-se, nesse caso, violação à cláusula constitucional de acesso à justiça (CRFB/88, art. 5º, XXXV)

Nos domínios da Administração, a aceitação do foro arbitral foi ainda mais conturbada e demorada.[2] Na sistematização de Marco Antonio Rodrigues,[3] três óbices constitucionais eram geralmente opostos à utilização da arbitragem para dirimir litígios administrativos: (i) o princípio da legalidade (artigo 37, *caput*, da Constituição);[4] (ii) a indisponibilidade do interesse público (princípio de esteio doutrinário; sem base normativa) e (iii) o princípio da publicidade (também inscrito no artigo 37, *caput*, da Constituição). O disposto no artigo 55, parágrafo 2º, da Lei 8.666[5] era também, com alguma frequência, invocado pelos que entendiam não ser possível a submissão da Fazenda Pública a juízo arbitral.

Antes da reforma da Lei da Arbitragem, embora já se constatasse forte tendência *favor arbitratis* no direito público brasileiro (liderada, em especial, pelo Superior Tribunal de

---

[1] A constitucionalidade da Lei da Arbitragem chegou a ser discutida pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos do processo de homologação de Sentença Estrangeira nº 5.206, relatado pelo Min. Sepúlveda Pertence. Naquela oportunidade, 12/12/2001, quatro ministros da Corte se posicionaram pela inconstitucionalidade de diversos dispositivos da Lei 9.307/96. Na literatura, remete-se à posição de: LIMA, Alcides de Mendonça. O Juízo Arbitral em face da Constituição. In: *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 27, p.383-385.

[2] Para que se possa dimensionar o quanto, chegou-se a propor emenda à Constituição (PEC nº 29) para impedir que pessoas de direito público pudessem se submeter a arbitragem. O Tribunal de Contas da União, por seu turno, exarou um sem número de decisões declarando a injuridicidade dos procedimentos arbitrais envolvendo a Administração Pública (e.g., decisão 286/93, decisão 394/95, acórdão 584/03, acórdão 1271/05 e acórdão 1099/06).

[3] RODRIGUES, Marco Antonio. *A Fazenda Pública no Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2016, p. 392-293.

[4] Em linhas gerais, argumentava-se que, na ausência de expressa lei autorizativa, a Administração não poderia se submeter à arbitragem. Os adeptos dessa tese lançavam mão de uma visão oitocentista do princípio da legalidade, advogando que todos os atos da Administração deveriam ter o conteúdo preestabelecido pelo legislador.

[5] Lei nº 8.666/1993, art. 55, 2º: "Nos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar necessariamente cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no § 6o do art. 32 desta Lei". Defendendo que tal dispositivo configuraria empecilho à realização de arbitragens que envolvessem a Administração Pública, v. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Adminstrativo*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 95.

Justiça),[6] a possibilidade de participação de entidades administrativas em arbitragens ainda estava longe de ser um consenso – renitentes decisões do Tribunal de Contas da União confirmam o diagnóstico.[7]

Com a edição da Lei 13.129/2015, contudo, esvaziaram-se as teses que pugnavam pela total inarbitrabilidade subjetiva da Administração Pública. O § 1º, acrescido ao art. 1º da Lei 9.307/96, é cristalino, ao estabelecer que "a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis".

Nesta nova fase, a discussão passa a girar em torno de questões mais concretas (e, talvez, mais desafiadoras): a execução de sentenças arbitrais desfavoráveis à Administração, as arbitragens intra-administrativas, o grau de publicidade dos procedimentos, os poderes arbitrais associados à análise da juridicidade de atos da Administração e, sobretudo, a definição exata do espectro de arbitrabilidade objetiva incidente quando uma das partes do procedimento seja ente ou entidade administrativa.[8]

---

[6] Ilustrativamente, cita-se os seguintes precedentes: STJ, REsp 612.439/RS, rel. Min. João Otávio Noronha, *DJ* 14.09.2006: "São válidos e eficazes os contratos firmados pelas sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços (CF (LGL\1988\3), art.173, § 1.º) que estipulem cláusula compromissória submetendo à arbitragem eventuais litígios decorrentes do ajuste"; STJ, REsp 612.345/RS, rel. Min. João Otávio Noronha, *DJ* 14.09.2006; STJ, AgRg no MS 11.308/DF, rel. Min. Luiz Fux, *DJ* 14.08.2006; STJ, EDcl no AgRg no MS 11.308/DF, rel. Min. Luiz Fux, *DJ* 30.10.2006.

[7] Exemplificativamente, veja-se os seguintes julgados do Plenário do TCU: Acórdão nº 286/1993, Acórdão nº 188/1995, Acórdão nº 584/2003, Acórdão nº 537/2006, Acórdão nº 341/2008, Acórdão nº 2573/2012.

[8] Há muitas outras questões práticas pendentes de resolução que escapam dos objetos de pesquisa abrangidos por esta dissertação. Algumas delas são enumeradas por OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A Agenda da Arbitragem com a Administração Pública: 'Mais do mesmo' ou há espaço para inovação? In: *Contraponto Jurídico* – Posicionamentos divergentes sobre grandes temas do Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 31: "No que tange à concretização da via arbitral, sobre a escolha da Câmara Arbitral e indicação dos árbitros, quais os procedimentos legais e administrativos devem ser seguidos quando o Estado é parte na arbitragem? A presença do interesse público modifica o procedimento arbitral em si e provoca mudanças no modo de condução do processo pelo Tribunal Arbitral? Se a publicidade desse procedimento impera nos termos da Lei Brasileira de Arbitragem, a quem é dirigido o dever de publicidade: partes, Tribunais e Câmaras Arbitrais? Tratando-se de um litígio administrativo de caráter público, é possível a intervenção de amicus curiae no processo arbitral? Uma vez expedido o laudo arbitral e sendo vencida a Fazenda Pública, pode haver cumprimento espontâneo da decisão ou o vencedor haverá de executá-la pela via dos precatórios? Como devem se posicionar os Tribunais Arbitrais diante de alegações de corrupção nos contratos públicos? E ainda: muitos advogados públicos pretendem exercer a advocacia pública concomitantemente à privada e à função privada. Não existiria aí um imanente conflito de interesses?".

Os desafios colocados, conquanto menos abstratos, são urgentes. Pior do que a inadmissão *in totum* da arbitragem no Direito Administrativo, é a patológica e persistente indefinição quanto ao que se pode ou não arbitrar – por exemplo.[9]

Se, num primeiro momento, garantiu-se a possibilidade abstrata de o Estado dirimir conflitos pelo método arbitral, é chegada a hora de consolidar a via que fora aberta; asfaltá-la, desenhar as faixas, construir acostamentos, fixar as placas. Enfim, prover a segurança (*jurídica*) necessária à sua utilização adequada e efetiva. O presente trabalho visa a contribuir para esse propósito.

As próximas páginas se sucedem na seguinte ordem. O primeiro capítulo, dedicado às definições iniciais da matéria, principia por um conceito operativo de arbitragem e perpassa por breves reflexões acerca de seus princípios informadores e por classificações que serão úteis ao longo desta dissertação – como a diferenciação entre arbitragens internas e internacionais; sentenças arbitrais estrangeiras e nacionais; arbitragens de direito internacional público e arbitragens de direito internacional privado.

Ainda no primeiro capítulo, trata-se, de maneira geral, da utilização da arbitragem no campo dos conflitos com a Administração Pública, destacando-se os seus principais riscos e enfocando-se a relação entre os contratos administrativos e as convenções arbitrais.

O segundo capítulo é dedicado à análise de como o instituto arbitral, no contexto dos conflitos com pessoas estatais, é tratado por diferentes ordens jurídicas – o que, além de iluminador para a melhor compreensão do sistema brasileiro, é fundamental diante do intenso uso da arbitragem no contexto do comércio exterior e do seu regramento supranacional.

Enfrenta-se, em seguida, a discussão quanto à arbitrabilidade subjetiva da Administração Pública brasileira, abordando-se inclusive a competência para a celebração de convenções arbitrais. Ao fim do terceiro capítulo, são abordadas as peculiaridades do regime jurídico arbitral aplicável às empresas estatais, particularizando-se o caso das estatais exploradoras de atividade econômica em sentido estrito e sujeitas à concorrência com a iniciativa privada.

[9] Em alguns casos relevantes, tribunais arbitrais foram suspensos, por decisão liminar, logo após serem instituídos. A contenda judicial quanto à extensão de suas competências se arrasta com alguma frequência até o Superior Tribunal de Justiça (e.g., CC nº 139519 – ainda em julgamento), consumindo anos e, por vezes, mesmo décadas. Nesse cenário, valores fundamentais às arbitragens – como a segurança jurídica e a celeridade – são frustrados antes mesmo de a atividade cognitiva se iniciar.

Os três capítulos posteriores tratam da tormentosa questão da arbitrabilidade objetiva os conflitos com a Administração. No quarto, analisa-se criticamente os critérios propostos pela literatura para a interpretação do parâmetro legal e propõe-se uma forma de operacionalizar concretamente aquele que parece mais adequado, no que se discute inclusive os poderes dos árbitros para apreciarem questões prévias inarbitráveis necessárias à composição dos conflitos patrimoniais e disponíveis que lhe sejam submetidos pelas partes.

No quinto capítulo, analisa-se algumas incidências concretas do critério de arbitrabilidade objetiva proposto. Enfoca-se as disputas relacionadas às contratações administrativas (licitação, rescisão, modificação e reequilíbrio contratual); ao poder de polícia; à responsabilidade civil do Estado; ao funcionalismo público e aos atos normativos.

No sexto capítulo, discorre-se acerca do papel das leis setoriais, decretos regulamentares e cláusulas compromissórias na definição da arbitrabilidade dos conflitos envolvendo a Administração e a respeito de parâmetros para a sindicabilidade judicial da arbitrabilidade objetiva de conflitos com a Administração, dentre os quais destaca-se o Princípio da *Kompetenz-Kompetenz*.

Como necessidade de eficácia e funcionamento adequado das arbitragens não se exaure com a prolação da sentença, dedica-se o sétimo capítulo ao exame das formas de cumprimento de decisões arbitrais desfavoráveis à Administração Pública. Dentre outras questões, debate-se a possibilidade de adimplemento espontâneo, a aplicabilidade do regime de precatórios (*e possíveis alternativas a ele*) e as formas de execução internacional de títulos arbitrais gravosos a pessoas estatais estrangeiras.

O oitavo capítulo examina os conflitos entre entidades estatais, as disputas intra-administrativas, enfocando-se a sua composição pela via das arbitragens privadas, regidas pela Lei nº 9.307/1996,[10] e pelos mecanismos de arbitramento administrativo, a exemplo daquele que se processa perante a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF.

[10] Aliás, vale anotar nesta seção introdutória que as discussões travadas até o sétimo capítulo enfocam exclusivamente as arbitragens regidas pela Lei nº 9.307/1996 de que ente ou entidade administrativa sejam parte. No geral, este é o campo de arbitragens público-privadas, isto é, que reúnem uma pessoa estatal e um particular. Entretanto, como será aprofundado no capítulo sete, é possível que se desenvolvam arbitragens propriamente ditas, as regidas pela Lei nº 9.307/1996, que oponham apenas pessoas jurídicas estatais, como ocorre no caso de um ente político concedente e uma sociedade de economia mista concessionária de serviço ou monopólio público, em uma disputa relativa ao contrato de concessão.

Especialmente diante da escassez da literatura a respeito do tema e de sua relevância econômica e política, o estudo confrontado dos sistemas parece se justificar. Como se verá, eles se diferenciam sensivelmente não só no que toca ao seu processamento e eficácia jurídica, como nas restrições subjetivas e objetivas à arbitrabilidade.

Em desfecho da exposição, sintetiza-se, de modo objetivo, mas sem a pretensão de esgotá-los, os principais pontos que serão tratados ao longo desta dissertação.

CAPÍTULO I – DELIMITAÇÕES CONCEITUAIS E DEFINIÇÕES PRELIMINARES.

I.1. Arbitragem: conceito operativo e princípios informadores.

A arbitragem é um instrumento extrajudicial de heterocomposição de conflitos de interesses, informado pela celeridade, *expertise*, consensualidade, confidencialidade e informalidade procedimental. [11] Trata-se de mecanismo privado, mas com caráter jurisdicional, pelo qual as partes de uma disputa delegam a um terceiro imparcial o poder de solucionar o conflito por elas travado.[12]

O árbitro, assim, substituirá as vontades contendentes pela solução que reputar justa, de acordo com o critério escolhido pelos próprios litigantes (direito positivo, equidade, princípios gerais do direito, usos e costumes, *lex mercatoria*).[13]

A consensualidade e a flexibilidade procedimental são fortes traços identitários do sistema arbitral. Como a própria arbitragem só ocorre por acordo das partes, não há porquê negar-lhes o direito de conformar o procedimento de modo a melhor atender às suas necessidades e

---

[11] NANNI, Giovanni Ettore. *Direito Civil e Arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 3.

[12] ALVIM, José Eduardo Carreira. *Tratado Geral da Arbitragem*. Belo Horizonte: Mandamento, 2005, p. 14: "A arbitragem é a instituição pela qual as pessoas capazes de contratar confiam a árbitros, por elas indicados ou não, o julgamento de seus litígios relativos a direitos transigíveis. Esta definição põe em relevo que a arbitragem é uma especial modalidade de resolução de conflitos; pode ser convencionada por pessoas capazes, físicas ou jurídicas; os árbitros são juízes indicados pelas partes, ou consentidos por elas por indicação de terceiros, ou nomeados pelo juiz, se houver ação de instituição judicial de arbitragem; na arbitragem existe o 'julgamento' de um litígio por uma 'sentença' com força de coisa julgada". SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antonio. *Manual de arbitragem, mediação e conciliação*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 2: "A arbitragem pode ser definida, assim, como meio privado, jurisdicional e alternativo de solução de conflitos decorrentes de direitos patrimoniais e disponíveis por sentença arbitral, definida como título executivo judicial e prolatada pelo árbitro, juiz de fato e de direito, normalmente especialista na matéria controvertida".

[13] CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei nº 9.307/96*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2004, p. 51/52: "A arbitragem – meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial – é colocada à disposição de quem quer que seja, para a solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor. Trata-se de mecanismo privado de solução de litígios, através do qual um terceiro, escolhido pelos litigantes, impõe sua decisão, que deverá ser cumprida pelas partes. Esta característica impositiva da solução arbitral (meio heterocompositivo de solução de controvérsias) a distância da mediação e da conciliação, que são meios autocompositivos de solução de litígios, de tal sorte que não existirá decisão a ser imposta às partes pelo mediador ou pelo conciliador, que sempre estarão limitados à mera sugestão (que não vincula as partes)".

interesses – faculdade que também foi introduzida, com maiores restrições, aos litigantes em processos judiciais pelo Código de Processo Civil de 2015.[14]

Outra nota distintiva da arbitragem é a celeridade, especialmente quando confrontada com a via judicial.[15] Nos processos arbitrais, mesmo os que correm perante câmaras ou instituições do gênero, o árbitro é contratado ou o painel constituído especificamente para cada disputa. Além de o volume de processos analisados ser menor, as decisões arbitrais são, em regra, irrecorríveis; o único remédio a elas oponível, ressalvados os casos de nulidade da sentença,[16] são os pedidos de esclarecimento – instituto similar aos embargos de declaração.[17]

O mecanismo arbitral ainda possibilita que a apreciação da disputa seja feita por um especialista na matéria controvertida. No lugar de um operador do direito generalista e assoberbado (*o juiz*), a função arbitral tende a ser exercida por *experts*; não raro especializados em outros saberes, que não o jurídico.

Por ser realizada fora das lindes do Estado, no interesse (privado) das partes, a arbitragem é ainda, como regra geral, processada em sigilo. Diversamente dos processos judiciais, onde a regra é a publicidade (e o sigilo a exceção), a arbitragem costuma se pautar pela confidencialidade – o que, sobretudo em disputas comerciais estratégicas, é outra grande vantagem do sistema.

---

[14] CPC/2015, art. 190: "Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade".

[15] DALLARI, Dalmo de Abreu. A tradição da Arbitragem e sua Valorização Contemporânea. In: PUCCI, Adriana Noemi (Coord.). Aspectos atuais da arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 99. WALD, Arnoldo. As novas regras de arbitragem: maior eficiência e transparência. Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo, v. 33, p. 239-244, abr./jun. 2012.

[16] A Lei nº 9.307/96, art. 18, estabelece que: "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". No entanto, o mesmo diploma elenca taxativamente hipóteses de nulidade das sentenças arbitrais (art. 32), que se verificadas autorizam a parte interessada a pleitear a declaração de nulidade do documento perante o órgão do Poder Judiciário competente em até 90 dias após notificada da decisão viciada (art. 33, *caput* e parágrafo único).

[17] Lei nº 9.307/96: "Art. 30. No prazo de 5 (cinco) dias, a contar do recebimento da notificação ou da ciência pessoal da sentença arbitral, salvo se outro prazo for acordado entre as partes, a parte interessada, mediante comunicação à outra parte, poderá solicitar ao árbitro ou ao tribunal arbitral que: I - corrija qualquer erro material da sentença arbitral; II - esclareça alguma obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral, ou se pronuncie sobre ponto omitido a respeito do qual devia manifestar-se a decisão. Parágrafo único. O árbitro ou o tribunal arbitral decidirá no prazo de 10 (dez) dias ou em prazo acordado com as partes, aditará a sentença arbitral e notificará as partes na forma do art. 29".

Naturalmente, esses princípios gerais da arbitragem sofrem temperamentos e restrições relevantes quando o procedimento tenha como parte a Administração Pública. Além disso, como se expõe na sequência, as arbitragens também propiciam riscos particulares, especialmente preocupantes na seara dos conflitos havidos com a Administração Pública.

I.2. Arbitragem no contexto da Administração Pública: principais riscos.

As coisas, na vida, não costumam ter apenas lados positivos. É assim também com a arbitragem, mais ainda em disputas que envolvem entidades estatais.

Uma dificuldade comum ao instituto é assegurar a imparcialidade e a neutralidade dos árbitros. Embora seja frequente que cada parte nomeie um integrante do painel, os árbitros não podem ser parciais. Não há árbitros de parte. A eles, aplicam-se deveres de imparcialidade, independência e neutralidade análogos aos juízes estatais.[18]

No entanto, a garantia desses deveres é mais complexa em sede arbitral do que nas lindes do Poder Judiciário, onde o tema já não é trivial. De um lado, como antecipado, são as partes que remuneram e escolhem, direta ou indiretamente, os árbitros que julgarão o processo. Do outro, os profissionais escolhidos têm interesse econômico na manutenção ou intensificação das atividades arbitrais, no geral altamente lucrativas, que exercem.

Contribuições, vindas da Academia e de instituições variadas, representam avanços relevantes para promover a imparcialidade e a neutralidade dos árbitros. A elaboração em torno do dever de revelação do árbitro é um exemplo desse movimento em âmbito doutrinário.[19] As diretrizes para prevenção de conflitos de interesse de Câmaras e de instituições internacionais são outro.[20]

Ponto que também traz preocupações é o déficit de publicidade típico das arbitragens. Especialmente nos procedimentos havidos por empresas estatais, o sigilo acaba constituindo forte obstáculo ao escrutínio das disputas, sobretudo ao controle social. Embora a Lei preveja

---

[18] LANIER, E. R.; DOLINAR, Hans. The judicial analogue: on the impartiality of arbitral tribunals in international commercial arbitration. In: *Zbornik Pravnog Fakulteta u Zagrebu*, Tomo 42, suplemento nº 4, 1992, p. 619 e segs.

[19] Análise aprofundada do tema pode ser encontrada em: MARQUES, Ricardo Tadeu Dalmaso. *O dever de revelação do árbitro*: extensão e consequências de sua violação. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

[20] Veja-se, por exemplo, as rigorosas diretrizes da International Bar Association: *IBA Guidelines on Conflict of Interest*. Adopted by resolution of the IBA Council on 23 October 2014. Disponível em: <https://www.ibanet.org/ENews_Archive/IBA_July_2008_ENews_ArbitrationMultipleLang.aspx>.

que as arbitragens que envolvam a Administração Pública devem respeitar o princípio da publicidade,[21] a prática arbitral parece não ter caminhado sempre nesse sentido.[22]

Em último caso, há mesmo o risco de utilização da via arbitral para a evasão do Direito ou '*legalização*' de irregularidades manifestas, mesmo de decisões ilegítimas frutos de corrupção. Esse não é um risco meramente hipotético, como indicam a delação de Lúcio Funaro a respeito da Medida Provisória nº 595/2012, conhecida como "MP dos Portos".[23-24-25]

---

[21] Lei nº 9.307/1996, § 3º: "A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade".

[22] O diagnóstico parece ser especialmente verdadeiro no campo das disputas envolvendo empresas estatais. Faltam dados estatísticos para subsidiar a afirmação, até pela sistemática (e prática) falta de transparência em meio a qual as arbitragens envolvendo a Administração têm sido processadas. No entanto, pode se dizer que ela representa a percepção de boa parte dos profissionais que atuam no setor, como árbitros ou advogados – inclusive dos três membros da banca de qualificação deste trabalho.

[23] As delações premiadas dão conta de que se teria incluído em Lei autorização para submeter litígios relativos a tarifas portuárias à arbitragem, com vistas a permitir que empresas devedoras de tais exações fossem beneficiadas pela prorrogação ou celebração de novos contratos de concessão. Ou seja, por conluio das partes, a arbitragem seria utilizada como meio de elidir restrição à celebração ou à prorrogação de contratos administrativos. De fato, a redação vigente da Lei nº 12.815/2013 contempla previsão nesse exato sentido: "Art. 62. O inadimplemento, pelas concessionárias, arrendatárias, autorizatárias e operadoras portuárias no recolhimento de tarifas portuárias e outras obrigações financeiras perante a administração do porto e a Antaq, assim declarado em decisão final, impossibilita a inadimplente de celebrar ou prorrogar contratos de concessão e arrendamento, bem como obter novas autorizações. *§ 1º Para dirimir litígios relativos aos débitos a que se refere o caput, poderá ser utilizada a arbitragem, nos termos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996*".

[24] A informação consta do Anexo 26, da redução à termo da delação premiada de Lúcio Funaro. "ANEXO 26 – MEDIDAS PROVISÓRIAS EM QUE HOUVE PAGAMENTO DE PROPINA E FUNDO GARANTIDOR DE CRÉDITO. QUE o COLABORADOR tem conhecimento sobre as articulações dentro do Congresso para a aprovação de Medidas Provisórias como troca de pagamentos indevidos ou doações de campanhas. QUE além da MP 595/2012 dos PORTOS, já citada em anexo anterior, o qual acredita que beneficiou o GRUPO LIBRA, cujo os acionistas doaram R$ 1.000.000,00 à campanha de MICHEL TEMER, (que nessa MP foi incluída uma emenda que permite a renovação de contratos de concessão na área portuária , mesmo para empresas que tenham debito com a união , desde que essas empresas aceitem discutir o debito em tribunal arbitral) beneficiando também GONÇALO TORREALBA (dono do GRUPO LIBRA) e grande amigo de EDUARDO CUNHA, o COLABORADOR tem conhecimento de outras Medidas Provisórias que foram aprovadas e serão descritas nesse anexo". Disponível em: <https://www.jota.info/justica/os-29-anexos-da-delacao-de-lucio-funaro-14092017>. Ressalva-se, aqui, que as delações não constituem, *per se*, meios de provas bastante para o oferecimento e recebimento de ação penal. Sobre o tema, veja-se: STF, Segunda Turma, Inquérito nº 4074, Rel. p/ Acórdão Min. Dias Toffoli, DJe 17/10/2018.

[25] "Pela definição dessa MP, o grupo Libra não ia poder renovar mais as suas concessões portuárias. Por quê? Porque tinha vários débitos fiscais inscritos em dívida ativa. O que o Eduardo Cunha fez? Pôs dentro dessa MP uma cláusula que empresas que possuíam dívida ativa inscrita poderiam renovar seus contratos no setor portuário desde que ajuizassem arbitragem para discutir este débito tributário", afirmou o delator. (...) O grupo Libra, que opera contêineres no porto, conforme a Folha noticiou em junho do ano passado, foi especialmente beneficiado pela MP de 2013 que incluiu na legislação a possibilidade de arbitragem de dívidas que empresas portuárias tinham com a União. A arbitragem possibilitou que a Libra estendesse seu prazo de atuação no porto de Santos. Como revelou a reportagem, o escritório escolhido pela administração do porto para fazer a arbitragem era de um advogado próximo de políticos do PMDB". (CASADO, Letícia

O intuito de se identificar os riscos que as arbitragens envolvendo a Administração propicia serve à construção de uma narrativa menos romantizada do instituto, frequentemente propalada pela comunidade arbitral, e à elaboração de propostas para a sua contenção ou superação.

I.3. Contratos administrativos e compromisso arbitral.

A aguda crise pela qual passa o sistema judiciário, não só no Brasil,[26] tem incentivado a disseminação da arbitragem, tanto em número de procedimentos quanto no espraiamento do instituto para áreas do direito em que ele foi inicialmente repelido.[27]

Sendo a Administração Pública uma das maiores usuárias do sistema judiciário, ela é especialmente atingida pela demora crônica e pela baixa qualidade técnica da prestação jurisdicional estatal.

---

et. al. "Temer atuou em favor de empresas portuárias, diz Funaro; veja vídeo". *Folha de São Paulo*. 13 de outubro de 2017. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/10/1926893-temer-atuou-em-favor-de-empresas-portuarias-diz-funaro-veja-video.shtml>). Veja-se também seguinte notícia: SCHMITT, Gustavo. Cunha diz que MP dos Portos pretendia beneficiar Odebrecht. *O Globo*. 03 de abril de 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/cunha-diz-que-mp-dos-portos-pretendia-beneficiar-odebrecht-1-22552096>.

[26] ZUCKERMAN, Adrian A.S. *Civil Justice in Crisis: Comparative Perspectives of Civil Procedure*. New York: Oxford, 1999, p. 12-13: "*A sense of crisis in the administration of civil justice is by no means universal, but it is widespread. Most countries represented in this book are experiencing difficulties in the operation of their system of civil justice. Whether the difficulties take the form of exorbitant costs or of excessive delays, they have serious implications. As we have seen, cost can place access to justice beyond the reach of citizens with limited means. Delays may render access to justice useless. Each of these phenomena may have many and varied ramifications for the social fabric. A denial of justice to the poor contributes to deprivation and social alienation. Delays can render the judicial protection of rights ineffectual, reduce the value of rights, adversely affect economic activity, and lead to economic distortions. Of course, there are always cost implications to justice, as we have observed, and there are inevitable delays. But no society can remain indifferent when cost and delay reach proportions that threaten the justice system as a whole*". Tradução livre: Se um senso de crise na administração da justiça cível não é universal, é certamente bem espraiada. A maioria dos países representados neste livro está experimentando dificuldades na operação do seu sistema de Justiça. Tais dificuldades estão particularmente associadas a custos exorbitantes e a demoras excessiva na prestação jurisdicional, possuindo sérias implicações. Como vimos, custos podem colocar o acesso à justiça fora do alcance de cidadãos de posses limitadas. Demoras prolongadas podem tornar o acesso à justiça inútil. Cada um desses fenômenos apresenta muitas e variadas ramificações para a fábrica social. A obstrução da Justiça aos pobres contribui para a marginalização e alienação social. Atrasos podem tornar a proteção judicial a direitos fundamentais ineficaz, reduzindo o valor dos direitos, afetando negativamente as atividades econômicas e provocando distorções econômicas. Claro, a Justiça sempre implicará custos e existem também atrasos inevitáveis. Mas nenhuma sociedade pode permanecer indiferente quando custos e atrasos alcançam proporções que ameaçam a integridade do seu sistema judicial como um todo.

[27] CAPPELLETI, Mauro. *Os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Quadro do Movimento Universal de Acesso à Justiça*. Revista de Processo, nº 74, ano 19, abril-junho de 1994, p. 97.

Embora haja outras hipóteses,[28] as arbitragens com a Administração Pública costumam decorrer das contratações públicas – especialmente aquelas de maior vulto econômico e complexidade técnica. A solução costuma ser especialmente ambicionada por investidores estrangeiros, dos quais o Estado brasileiro tanto é dependente para a concreção de projetos de infraestrutura.

A essa altura, deve-se pontuar que a própria convenção arbitral é, em si, um contrato, que além de autônomo em relação ao pacto principal, é de direito privado, mesmo que celebrado pela Administração.

Aliás, ainda que a arbitragem diga respeito a um contrato administrativo, permeado de cláusulas exorbitantes, o pacto arbitral deve ser concebido como um contrato de direito privado celebrado pela Administração Pública. Essa conclusão é válida inclusive para a hipótese, frequente, de o pacto arbitral se materializar na forma de uma cláusula inserida no bojo do contrato administrativo respectivo.

A abertura da instância arbitral para a solução de conflitos estatais reflete uma tendência central à Administração Pública contemporânea: a consensualidade.[29] A Administração, outrora imperiosa e imperial, retira-se voluntariamente de seu antigo pedestal, e abre-se a formas mais horizontais e democráticas de resolver suas disputas com particulares, o que muitas vezes propicia o atingimento de finalidades públicas de forma mais eficaz.[30]

---

[28] O Estatuto das Estatais, por exemplo, prevê que a "A sociedade de economia mista poderá solucionar, mediante arbitragem, as divergências entre acionistas e a sociedade, ou entre acionistas controladores e acionistas minoritários, nos termos previstos em seu estatuto social" (Estatuto das Estatais, art. 12, parágrafo único). A arbitragem também pode ser utilizada para solver disputas de responsabilidade aquiliana do Estado ou de particulares em face do Estado. Alguns também entendem ser possível utilizar o mecanismo na sede de disputas empregatícias com funcionários de alto escalão de estatais e há quem defenda a admissibilidade do instituto mesmo na seara tributária. Nesse sentido, veja-se: OSTINI, João Fernando; OSTINI, Taísa Magro. Arbitragem em Matéria Tributária – um preconceito a ser superado. In: *Arbitragem e Administração Pública*: Temas Polêmicos. Joaquim de Paiva Muniz et. al. (Orgs.). Ribeirão Preto: Migalhas, 2018, p. 217-234.

[29] "O movimento pró-consenso atualmente verificável é apontado como decorrência de a celebração de acordos no âmbito da Administração Pública se coadunar com as demandas, cada vez mais incisivas, por celeridade no provimento administrativo, participação do administrado na tomada de decisões administrativas e eficiência quanto à conformação da atuação administrativa. Ademais, a preocupação com a governança também pelo Direito (Administrativo) coloca em voga o tema da consensualidade, então visualizada como um instrumento de grande valia à eficácia na atuação administrativa". SCHIRATO, Vitor Rhein; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Consenso e legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual ao Direito. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, n. 24, 2011. p. 3.

[30] BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações Administrativas*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 325: "O Estado Democrático de Direito (eficiente, pluralista, participativo e infraestrutural) permite a consolidação da ideia de uma 'Administração concertada', como 'modo de administrar' pelo qual a

O movimento da consensualidade comporta variadas gradações, abrangendo desde a simples oportunidade de manifestação, que muitas vezes se revela simplesmente retórica, à efetiva contratualização. Mas, mesmo na seara contratual, há espaço para níveis de horizontalidade distintos; sobretudo a depender da existência e da intensidade das cláusulas exorbitantes em cada tipo de pacto.

No caso das convenções arbitrais, a natureza privada do ajuste exclui a possibilidade de invocação de poderes unilaterais pela Administração Pública, previstos em leis genéricas ou encartados nos manuais doutrinários. A regra deve ser a paridade e tal diretriz deve nortear também o colmatamento de lacunas constantes da Lei ou da convenção.

A fixação de direitos e obrigações díspares entre as partes deve ser desencorajada, porquanto incompatível com os valores fundamentais do instituto arbitral. Embora juridicamente possível, será preciso averiguar, caso a caso e sob a ótica da abusividade, quando a desigualação colidirá com os princípios da autonomia negocial e da igualdade jurídica que deve viger entre as partes de um procedimento jurisdicional (em sentido lato).

A Lei de Arbitragem, convém pontuar, estabelece que "serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento".[31] Trata-se de norma cogente; inderrogável por ajuste volitivo.

Não bastasse o comando legal, não se pode esquecer que a arbitragem permite o exercício privado da jurisdição. Para o seu aperfeiçoamento válido, o que implica a exclusão da jurisdição estatal, é imprescindível que o processo arbitral se assente sobre bases igualitárias. Do contrário, permitir-se-ia que uma parte subjugue a outra com força de sentença – exequível por intermédio do Poder Judiciário.

A título de exemplo, não parece válido que a convenção arbitral conceda à Administração o poder de definir unilateralmente a composição total ou majoritária do painel arbitral. Por outro lado, até em atenção às limitações orçamentárias e burocráticas impostas à máquina

---

Administração Pública, a princípio, renuncia à imposição de seu próprio critério de forma imperativa e unilateral e se esforça para encontrar um ponto de equilíbrio adequado entre os interesses públicos que deve perseguir e os interesses particulares das pessoas física e jurídicas, sem o concurso de quem, mais dificilmente, pode atingir seus objetivos". No mesmo sentido, v. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; TOMÁS-RAMÓN, Fernandes. *Curso de Derecho Administrativo*. 5. ed. v. II, Madrid: Civitas, 1998. p. 499.

[31] Lei nº 9.307/1996, art. 21, § 2º.

estatal, não parece antijurídica cláusula arbitral que preveja que o particular deve adiantar as despesas arbitrais, desde que seja ressarcido, ao final, em caso de sucumbência administrativa.[32]

Não se pode esquecer que a maior parte das convenções arbitrais com o Estado, são apresentadas aos particulares como anexo do edital de abertura de procedimentos licitatórios. Dada essa sistemática estreiteza negocial, característica dos contratos com a Administração, é preciso analisar com cuidado redobrado disposições díspares.[33]

Os operadores do Direito devem buscar resguardar a igualdade substantiva entre as partes, sobretudo no que diz respeito ao seu espaço de influência no conteúdo e no processo decisório da arbitragem. Contudo, devem ser toleradas, sob pena de inviabilização prática de muitos procedimentos, apenas as discrepâncias de ordem burocrática, que não criem relações de preponderância de uma parte sob a outra.

I.4. Quando convém à Administração Pública se submeter à arbitragem? Alguns parâmetros.

O legislador vem impondo ao Estado a função de promover a solução consensual de conflitos. Nesse sentido apontam, por exemplo, o Código de Processo Civil de 2015, particularmente no art. 3º, e a Lei nº 13.140/2015, que trata da mediação e da autocomposição de conflitos no âmbito da Administração.

A opção pela arbitragem, e a isso se voltará no Tópico III.3, compete ao administrador, no exercício de uma margem de discricionariedade técnica.[34] Embora devam ser considerados

---

[32] Disposição nesse sentido consta mesmo da Lei do Estado de Minas Gerais de nº 19.477/2011, art. 11: "No edital de licitação de obra e no contrato público constará a previsão das despesas com arbitragem, taxa de administração da instituição arbitral, honorários de árbitros e peritos e outros custos administrativos. Parágrafo único. As despesas a que se refere o caput deste artigo serão adiantadas pelo contratado quando da instauração do procedimento arbitral".

[33] Como será mencionado no próximo capítulo, algumas decisões do Conselho de Estado francês impedem mesmo que a adesão à arbitragem seja exigida como condição de participação em procedimentos licitatórios.

[34] SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Controle judicial dos atos administrativos: as questões técnicas e os limites da tutela de urgência. *Interesse Público*, v. 16. Porto Alegre, 2002, p. 13: "A existência de opiniões abalizadas divergentes apenas indica que, entre as alternativas em confronto, não sendo possível refutar de modo inquestionável qualquer uma delas, cabe à autoridade administrativa responsável decidir a respeito de qual adotar. O exercício desta competência de escolha envolve o que se convencionou chamar de discricionariedade técnica e não está sujeita a refutação por argumentos jurídicos; ou seja, não é matéria cuja responsabilidade possa ser atribuída a órgão jurisdicional, cuja função foi delimitada constitucionalmente ao campo do direito".

elementos técnicos, há um espaço para a escolha discricionária, porém justificada, do gestor público.

Em lista não exaustiva, sugere-se abaixo alguns parâmetros que devem ser considerados na decisão quanto à adoção ou não de compromisso arbitral.

Na seara dos contratos administrativos, a complexidade técnica, o vulto econômico, a longa duração, a necessidade de soluções céleres e a presença de elementos de estraneidade são fatores indutores da arbitragem. Explica-se.

Por permitir que os conflitos sejam compostos por especialistas nas matérias controvertidas, a arbitragem deve ser considerada prioritariamente em casos de alta complexidade técnica, especialmente no que diz respeito a outras áreas de saber.

Além disso, a arbitragem é procedimento relativamente caro, que tende a não se justificar no campo de disputas de menor lastro econômico. Na regulamentação do Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, restringiu-se a opção pela arbitragem aos contratos de concessão ou a contratos administrativos cujo valor exceda 20 milhões de reais.[35]

No mesmo sentido, as arbitragens costumam ser especialmente indicadas para solver disputas relacionadas a contratos cuja execução se protraia no tempo e, por outro lado, demandem soluções céleres para as disputas que surjam no seu bojo. É o caso de projetos de infraestrutura ou de megaeventos, por exemplo.

Em função das restrições e das dificuldades práticas das jurisdições estatais no contexto do comércio internacional, a arbitragem é também particularmente afeita às disputas que contenham elementos de estraneidade, como partes de nacionalidades distintas. No contexto dos contratos governamentais, o desiderato de atrair investimentos estrangeiros também pode ensejar a opção pela arbitragem.

Nos Estados Unidos, conforme a disciplina introduzida em 1996 pelo *Administrative Dispute Resolution Act*, as entidades administrativas devem considerar não se valer de meios alternativos de resolução de conflitos – entre eles a arbitragem – quando: (1) for conveniente que se estabeleça um precedente judicial a respeito do tema controvertido; (2) o objeto da

[35] Decreto nº 46.245/2018, do Estado do Rio de Janeiro, art. 3º: "Os contratos de concessão de serviços públicos, as concessões patrocinadas e administrativas e os contratos de concessão de obra poderão conter cláusula compromissória, desde que observadas as normas deste Decreto. § 1º - Poderá, ainda, conter cláusula compromissória qualquer outro contrato ou ajuste do qual o Estado do Rio de Janeiro ou suas entidades façam parte e cujo valor exceda a R$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais)".

controvérsia consistir em relevante política de governo; (3) houver possibilidade de se criar disparidades em relação a outros casos individuais de idêntica natureza; (4) a matéria afetar significativamente pessoas ou organizações que não sejam partes da disputa; (5) for necessário produzir e conservar ampla documentação a respeito do conflito; (6) for recomendável que a decisão seja adotada pela própria entidade administrativa, a fim de preservar a sua autoridade.[36]

Como bem aponta o professor Gustavo Justino de Oliveira, a opção pela arbitragem deve ser compreendida e processada como uma escolha estratégica pela Administração Pública, devendo ser precedida de estudos de impacto que avaliem a eficiência do uso da arbitragem no contexto de cada tipo de contrato público.[37-38]

I.5. Diferenciações importantes: arbitragens internas; arbitragens internacionais; sentenças arbitrais estrangeiras; sentenças arbitrais nacionais; arbitragens de direito internacional público e arbitragens de direito internacional privado.

[36] ADRA, §572: "An agency shall consider not using a dispute resolution proceeding if: (1) a definitive or authoritative resolution of the matter is required for precedential value, and such a proceeding is not likely to be accepted generally as an authoritative precedent; (2) the matter involves or may bear upon significant questions of Government policy that require additional procedures before a final resolution may be made, and such a proceeding would not likely serve to develop a recommended policy for the agency; (3) maintaining established policies is of special importance, so that variations among individual decisions are not increased and such a proceeding would not likely reach consistent results among individual decisions; (4) the matter significantly affects persons or organizations who are not parties to the proceeding; (5) a full public record of the proceeding is important, and a dispute resolution proceeding cannot provide such a record; and (6) the agency must maintain continuing jurisdiction over the matter with authority to alter the disposition of the matter in the light of changed circumstances, and a dispute resolution proceeding would interfere with the agency's fulfilling that requirement. (c) Alternative means of dispute resolution authorized under this subchapter are voluntary procedures which supplement rather than limit other available agency dispute resolution techniques".

[37] OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A Agenda da Arbitragem com a Administração Pública: 'Mais do mesmo' ou há espaço para inovação? In: *Contraponto Jurídico* – Posicionamentos divergentes sobre grandes temas do Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 36: "A arbitragem não é uma panaceia para a solução de litígios decorrentes de todo e qualquer contrato público. Assim, a previsão de cláusula compromissória coadunar-se-ia a contratos de alta complexidade e que demandem uma resolução altamente técnica e célere, como são os contratos da área de infraestrutura, por exemplo. O uso indiscriminado da arbitragem pela Administração revela-se contraproducente, e, por isso, tal opção estratégica haverá de ser reservada para determinados casos e modelagens contratuais, e previamente motivada pela realização de estudos de impacto que avaliem a eficiência do uso da arbitragem".

[38] Interessante estudo de caso acerca da eficiência das arbitragens na seara dos contratos administrativos foi conduzido por JUNQUEIRA, André Rodrigues. *Arbitragem na Administração Pública*: um estudo de caso sobre a eficiência do instituto nas Parcerias Público-Privadas do Estado de São Paulo. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 2017.

Os Estados nacionais, incluindo o Brasil, têm utilizado arbitragens para dirimir controvérsias com outros países há séculos. Diversas disputas territoriais importantes para a definição das fronteiras do país, por exemplo, foram solucionadas pelo método arbitral.[39-40] Essas são as arbitragens de Direito Internacional Público, que costumam ser precedidas pela celebração de um tratado internacional entre as partes do litígio.

Não nos ocuparemos dos procedimentos referidos.[41] Para este estudo, interessam as arbitragens de direito interno e as de direito internacional privado de que um ente político ou entidade administrativa seja parte. Analisaremos, centralmente, as arbitragens que se desdobram dos contratos firmados pela Administração Pública.[42]

Prosseguindo nas definições, é importante que também fixemos, de modo preciso, o que se deve entender por i) arbitragens internas; ii) arbitragens internacionais; iii) sentenças arbitrais estrangeiras e iv) sentenças arbitrais nacionais. Essa classificação não ostenta interesse meramente acadêmico; pelo contrário, como se verá em seguida, atrai relevantes consequências jurídicas.

Comecemos pela categoria de mais fácil apreensão. Um laudo arbitral é considerado estrangeiro, sob o prisma do Direito brasileiro, quando tenha sido proferido fora do território

---

[39] No campo do Direito Internacional Público, a "arbitragem pode ser definida como o meio de solução pacífica de controvérsias entre estados por uma ou mais pessoas livremente escolhidas pelas partes, geralmente por meio de um compromisso arbitral que estabelece as normas a serem seguidas e onde as partes contratantes aceitam, de antemão, a decisão a ser adotada". (CASELLA, Paulo Borba; ACCIOLY, Hidelbrando. *Manual de Direito Internacional Público*. 22. ed. Saraiva, 2016, Capítulo 7, item 7.1.2.4).

[40] Como relata Pedro Batista Martins, a arbitragem foi utilizada pelo Brasil, dentre outra oportunidades, para solucionar conflitos territoriais com a Argentina (o laudo arbitral, elaborado pelo ex-Presidente dos EUA Grover Cleveland, data de 1900 e foi inteiramente favorável ao Brasil); com a Guiana Francesa (o laudo arbitral, também favorável ao Brasil, foi emitido por Walter Hauser, então Presidente do Conselho Federal Suíço, em 01.12.1900) e com a Bolívia, em 1903, em relação ao atual território do Estado do Acre. (MARTINS, Pedro Antônio Batista. "Arbitragem Através dos Tempos Obstáculos e Preconceitos à sua Implementação no Brasil". Disponível em: <https://goo.gl/xBhjhL>. Acesso em: 11.07.2017).

[41] Sobre o tema, consulte-se: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1057/1062; REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

[42] Além dos contratos administrativos, haveria os contratos de direito privado celebrados pela Administração, que seriam regidos essencialmente pelo Direito Civil (por exemplo: contratos locatícios ou de seguro). Quando se fala em contratos da Administração Pública, pois, pretende-se referir a gênero do qual os contratos administrativos e os contratos de direito privado celebrados pela Administração são espécies. Sobre o tema, *v.* ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 353-356. Na doutrina comparada, defendendo o esbatimento da distância entre tais categorias jurídicas, *cf.* a clássica obra de ESTORNINHO, Maria João. Réquiem pelo contrato administrativo. Coimbra: Almedina, 2003.

nacional. É esse o teor do parágrafo único, do art. 34, da Lei nº 9.307/96.[43] *A contrario sensu*, considerar-se nacional a sentença arbitral que houver sido prolatada em território brasileiro.

Essa distinção é relevante, pois as sentenças arbitrais proferidas no Brasil são imediatamente executáveis perante a justiça de primeiro grau. Por outro lado, os laudos arbitrais estrangeiros, a exemplo das sentenças proferidas no exterior,[44] devem ser homologados perante o Superior Tribunal de Justiça para que, só então, possam ser executados.[45] É o que dispõe o art. 35 da Lei de Arbitragem.[46]

A divisão entre arbitragens internas e internacionais assume contornos diversos e mais complexos. Considera-se internacional o procedimento arbitral que, por dizer respeito a uma operação comercial internacional, reúna elementos de estraneidade. A literatura, jurisprudência e órgãos internacionais propuseram índices variados para balizar a aludida qualificação.[47] No entanto, diante da falibilidade de todo plexo de critérios objetivos, tem-se preferido diferenciar uma arbitragem internacional de uma interna com base na presença ou não de interesses comerciais de nível internacional.[48]

---

[43] Lei nº 9.307/96, art. 34, parágrafo único:

[44] Art. 105, I, I, combinado com o art. 109, X, ambos da Constituição Federal de 1988.

[45] CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 242-243.

[46] Lei nº 9.307/96, art. 35: "Para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Superior Tribunal de Justiça".

[47] Veja-se, por exemplo, a Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional, art. 1º: "(3) Uma arbitragem é internacional se: a) As partes em uma convenção de arbitragem tiverem, no momento da sua conclusão, as suas sedes comerciais em diferentes Estados; ou b) Um dos locais a seguir referidos estiver situado fora do Estado no qual as partes têm a sua sede; (i) O local da arbitragem, se determinado na, ou de acordo com, convenção de arbitragem; (ii) Qualquer local onde deva ser cumprida uma parte substancial das obrigações resultantes da relação comercial ou o local com o qual o objeto da disputa tenha vínculos mais estreitos; ouc) As partes tiverem convencionado expressamente que o objeto da convenção de arbitragem envolve mais de um país". Tradução não oficial realizada por Flavia Foz Mange *et alli*. Disponível em: <s.conjur.com.br/dl/lei-modelo-arbitragem-elaborada.pdf>. Acesso em 12/07/2017.

[48] Para a Ministra Eliana Calmon, tem-se entendido "como internacional a arbitragem convencionada no contrato em que há interesses comerciais em nível internacional. Trata-se, como visto, de critério objetivo, identificado pela natureza do litígio e pela natureza dos interesses da parte contratante − comércio internacional. Esse é, aliás, o critério adotado pela Câmara de Comércio Internacional, entidade que abriga um dos mais importantes tribunais de arbitragem, a Corte Internacional de Arbitragem". CALMON, Eliana. A Arbitragem Internacional. *Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva*, v. 16, n. 1, 2004, p. 13/14. Disponível em: <www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/informativo/article/viewFile/434/392>. Acesso em 12/07/2017.

A razão dessa caracterização é de suma importância, pois, como narra Caio Cesar Vieira Rocha,[49] em arbitragens internacionais a parte estatal não pode alegar embaraços do seu Direito interno para evadir-se do procedimento com o qual tenha previamente assentido.[50]

Tal orientação foi, inclusive, consagrada pelo art. 2º, item 2, da Lei nº 60/2003 do Reino da Espanha – que assim dispõe:

> *Ley nº 60/2003: "Artículo 2. Materias objeto de arbitraje 1. Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho. 2. Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones dimanantes del convenio arbitral".*[51]

Essa construção parece tributária da teoria do *venire contra factum proprium* e do princípio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, que proscrevem, respectivamente, a adoção de comportamentos contraditórios e a alegação da própria torpeza. Assim, se um Estado ou uma entidade estatal se comprometem a submeter dada controvérsia à arbitragem internacional, mesmo sendo o referido compromisso vedado por sua legislação interna, a arbitragem desenrolar-se-á regularmente. Tal entendimento deve valer, sublinhe-se, tanto para a arbitrabilidade subjetiva, quanto para a arbitrabilidade objetiva.[52]

---

[49] ROCHA, Caio Cesar Vieira. Arbitragem e administração pública: nova disciplina normativa após a lei 13.129/2015. *Revista de Arbitragem e Mediação*, 2016, v. 49, p. 103-126: "No âmbito da arbitragem internacional, entretanto, já vigora há algum tempo o entendimento de que as partes estatais, signatárias de convenção de arbitragem válida, não podem argumentar limitações decorrentes da legislação local para escapar ao processo arbitral. Tal entendimento foi erigido com base na ordem pública internacional e na boa-fé".

[50] No mesmo sentido, veja-se o trabalho de: CASELLA, Paulo Borba. Arbitragem internacional e boa-fé das partes contratantes: cláusula compromissória em contrato internacional. *Revista dos Tribunais*, v. 80, p. 239-241, 1991.

[51] Tradução livre: "Artigo 2º. Matérias objeto de arbitragem. 1. São suscetíveis de arbitragem as controvérsias sobre matérias de livre disposição conforme o Direito. 2. Quando a arbitragem for internacional e uma das partes for um Estado ou uma sociedade, organização ou empresa estatal, essa parte não poderá invocar as prerrogativas de seu próprio Direito para eximir-se das obrigações constantes da convenção arbitral".

[52] Se o Estado brasileiro, por exemplo, firmar cláusula compromissória em contrato de concessão petrolífera com empresa multinacional domiciliada no exterior prevendo a arbitrabilidade de sanções de polícia aplicadas pela ANP, não poderá demitir-se do encargo assumido alegando óbice legal que já existia no momento da assinatura da avença. *Mutatis mutandis*, é o que se passa quando adolescente ludibria terceiros, passando-se por maior de idade, e, depois, alega em juízo a menoridade para se escusar da obrigação assumida.

As classificações acima apresentadas não se excluem nem se pressupõem; devem ser processadas paralelamente. Com efeito, tanto pode haver laudo estrangeiro em arbitragem interna - quando, embora a sentença seja proferida por Tribunal arbitral baseado no exterior, não haja elementos de estraneidade no caso apreciado; como laudo nacional em arbitragem internacional – trata-se da hipótese em que a sentença arbitral é emitida no Brasil, mas o caso apreciado consiste em operação comercial internacional.

Fixados esses conceitos iniciais, relevantes para o deslinde das questões propostas, examina-se a seguir o tratamento do tema em diferentes ordens jurídicas.

CAPÍTULO II – PANORAMA GLOBAL DA PARTICIPAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM ARBITRAGENS.

O aporte trazido pelo Direito Comparado pode ser muito iluminador para o melhor entendimento do fenômeno arbitral no Brasil, especialmente no que toca aos procedimentos em que a Administração é parte – seara em que as novidades, as dúvidas e os problemas ainda são muitos.

Mas não é só. Traçar um panorama global e paralelos internacionais a respeito da matéria, sendo a arbitragem o método preferencial para a solução de disputas no contexto do comércio exterior, é fundamental para que melhor equacionemos o instituto em si – que, por sua natureza, não depende de uma só legislação nacional e, talvez, em larga medida, já não mais dependa de nenhuma.[53]

II.1. A importância geral e especial da perspectiva comparada para a compreensão do fenômeno arbitral.

Não há sistema ou instituto jurídico, na contemporaneidade, que possam ser plenamente compreendidos de modo isolado, com abstração do que se passa nos demais países. Em um mundo progressivamente globalizado, não há *Direito 100% nacional*. Como aponta Sabino Cassese, o planeta se transformou num 'bazar cultural', onde "não há somente transplantes legais, mas também fertilizações cruzadas, emulações, penetrações, harmonizações e auto-harmonizações".[54]

A abertura ao diálogo jurídico transnacional não só propicia oportunidades de exportar técnicas jurídicas, como ajuda a melhor entender, aplicar, repensar e melhorar o direito interno. Como bem captou Marcelo Neves, "o ponto cego, o outro pode ver".[55]

---

[53] GAILLARD, Emmanuel. *Teoria Jurídica da Arbitragem Internacional*. Trad. Natália Mizrahi Lamas. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 13-59.

[54] CASSESE, Sabino. New paths for administrative law: a manifesto. *International Journal of Constitutional Law*. Vol. 10 (3): 603-613. New York: New York University School of Law, 2012, p. 611. Disponível eletronicamente em: <https://academic.oup.com/icon/article/10/3/603/673508/New-paths-for-administrative-law-A-manifesto>. Acesso em: 27/07/2017. Trecho original: "The world has become a 'cultural bazaar', where it is possible to go 'institution-shopping', and consequently move sets of principles from one legal order to another. There are not only legal transplants, but also cross-fertilizations, emulations, penetrations, harmonizations and self-harmonizations".

[55] NEVES, Marcelo. (Não) solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões. *Lua Nova*, v. 93, 2014, p. 227.

Na bonita alegoria de Günter Frankenberg, o Direito Comparado é equiparado ao ato de viajar: "O viajante e o comparatista são convidados a interromper a rotina diária, a encontrar o inesperado e, talvez, a conhecer o desconhecido. Viajar oferece a oportunidade de aprender tanto sobre a cultura e o país visitado quanto sobre a própria cultura e país de origem".[56]

Além disso, novas tarefas incumbidas aos Estados, como o combate ao terrorismo e ao aquecimento global, só podem ser satisfatoriamente desempenhadas com coordenação internacional, inclusive do ponto de vista jurídico – o que propicia a convergência e a uniformização de arcabouços normativos, ao menos setorialmente.

Em paralelo, assim como a política, a economia e a generalidade dos fenômenos sociais, parte cada vez mais relevante do Direito, até mesmo do Direito Público, é produzida e aplicada fora das lindes estatais. Estamos assistindo ao crescimento de espaços e de atores globais que se articulam sem o auxílio dos Estados nacionais e, em vez de territórios e povos, disputam funções.[57] É nesse contexto que há muito se fala, por exemplo, em *lex mercatoria*[58] e, mais recentemente, em autorregulação.[59]

São esses os fatores que, em linhas gerais, demonstram a importância da perspectiva comparada para a melhor compreensão do Direito contemporâneo como um todo. No entanto,

---

[56] FRANKENBERG, Günter. Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law. *Harvard International Law Review*, n. 2, vol. 26, 1985, p. 411/412.

[57] CASSESE, Sabino. New paths for administrative law: a manifesto. International Journal of Constitutional Law. Vol. 10 (3): 603-613. New York: New York University School of Law, 2012, p. 605. Disponível eletronicamente em: <https://academic.oup.com/icon/article/10/3/603/673508/New-paths-for-administrative-law-A-manifesto>. Acesso em: 27/07/2017.

[58] A *lex mercatoria* corresponde aos usos, costumes e princípios, de base jurídica supranacional, que foram forjados e são aplicáveis no contexto do comércio internacional. GOLDMAN, Berthold. The applicable law: general principles of law - the lex mercatoria. In: *Contemporary problems in international arbitration*. Julian Lew (edit.). Londres: Queen Mary College Press, 1986, p. 116: "lex mercatoria é um conjunto de principios gerais e regras costumeiras, referidas espontaneamente ou criadas dentro da estrutura do comércio internacional, sem referenda a um sistema juridico nacional em particular". Sobre o assunto, consultar ainda: OSMAN, F. Les Principes Généraux de la lex mercatoria. Contribtion à l'étude d'um ordre juridique anational. Paris: LGDJ, 1992; LAGARDE, P. Approche critique de la lex mercatoria. *Le dorit des relations économiques internationals: Etudes offertes à Berthold Goldman*. Paris: Litec, 1982, p. 125-130; SCHMITTHOFF, C. The Law of International Trade: Its Growth, Formulation and Operation. The sources of the Law of International Trade. Londres: Stevens & Sons, 1964, p. 03-20.

[59] Sobre o tema, consulte-se: BOQUIMPANI, Bruno. A autorregulação: delineamento de um modelo policêntrico de regulação jurídica. Dissertação de mestrado em Direito Público. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2010; WERNEK, Bruno. A autorregulação da atividade econômica no Brasil. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 625-641. BLUNDELL, John; ROBINSON, Colin. *Regulação sem o Estado*. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 2000.

o comparativismo é especialmente relevante para o estudo da arbitragem, que consiste no principal método de solução de controvérsias internacionais.[60]

Na ótica dos particulares, a preferência pelo método arbitral é ainda mais forte quando uma ou ambas as partes da avença comercial internacional consiste num ente político ou entidade administrativa, eis que os ordenamentos costumam prever benefícios, em termos de direito material e processual, para sua Administração Pública – que, em geral, também detém grande poder de influência sobre o Judiciário local e maior conhecimento do Direito interno. Os receios costumam ser justificadamente maiores quando a contraparte é Estado com baixos níveis de institucionalização e desenvolvimento.

As partes estatais, por seu turno, frequentemente apresentam grande resistência em se verem submetidas ao Poder Judiciário de outro país, de modo que a via arbitral exsurge como alternativa preferível também aos olhos dos entes e entidades administrativas que atuam no comércio exterior.[61]

Em setores com forte atuação estatal, como o petrolífero, o energético, o de transportes e o de telecomunicações, o quadro exposto pode ser facilmente verificado. Terry Griffiths e Thimothy Tyler bem ilustram o argumento ao analisarem as arbitragens internacionais no setor de óleo e gás:

> Quando um acordo internacional de petróleo e gás dá errado, as partes irão resolver suas disputas por meio de negociação, litígio ou arbitragem. Se as partes não optarem pela arbitragem e as negociações não forem bem-sucedidas, a situação resultará em litígio. Dado que nenhuma das partes quer que um litígio ocorra na cidade da outra parte – o que ocorre especialmente quando uma das partes é de um país estrangeiro ou uma empresa estatal de óleo e gás – as partes costumam escolher a arbitragem.[62]

---

[60] DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito Internacional Privado*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 201, p. 633.

[61] MOLL, Leandro. Imunidade Arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*. Vol. 30:155-179, 2011, p. 156.

[62] GRIFFITHS, Terry; TYLER, Thimothy. Arbitrating International oil and gas disputes: practical considerations. In: KRONMAN, George; FELIO. *International oil and gas ventures: a business perspective*. Tulsa: AAPG, 2000. p. 187-198.

Daí a especial importância de uma abordagem comparada para a melhor compreensão do fenômeno arbitral e, mais especificamente, das arbitragens envolvendo entidades estatais: na dinâmica globalizada do comércio internacional não faz sentido que a matéria seja tratada idiossincraticamente por cada país.[63]

As teses que reduziam a arbitragem internacional a um componente de uma determinada ordem jurídica estatal perderam terreno em favor de *abordagens multilocalizadoras* – que consideram os ordenamentos de todos os países que entraram ou potencialmente entrarão em contato com a arbitragem[64] – e, mais recentemente, de *teorias internacionalistas* – que sustentam que as arbitragens internacionais buscam fundamento em uma ordem jurídica arbitral, desvinculada de ordenamentos estatais, seja o do país da sede, o da execução do contrato ou o da execução da sentença arbitral.[65]

A hipótese, a ser verificada nas páginas seguintes, é justamente a de que o regramento interno das arbitragens envolvendo a Administração Pública esteja convergindo para um consenso internacional. Aliás, não só a admissão e a regulamentação das arbitragens público-privadas em si estão se uniformizando, como já se sustenta que este é o principal lócus para o desenvolvimento de uma *lex mercatória publica*.

Essa é a tese do *Lex Mercatoria Publica Project*, desenvolvida com o apoio do *European Research Council* pelo Instituto Max-Planck em parceria com a Universidade de Amsterdam. De acordo com os pesquisadores à frente do projeto, as arbitragens transnacionais entre atores econômicos privados e entidades públicas (*private-public arbtrations*) constituem mecanismo de governança regulatória global.[66-67]

---

[63] LOQUIN, E. L'application de règles anationales dans l'arbitrage commercial international. *L'apport de la jurisprudence arbitrale*. Paris: CCI, 1987, p. 67-75.

[64] GAILLARD, Emmanuel. *Teoria Jurídica da Arbitragem Internacional*. Trad. Natália Mizrahi Lamas. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 22-30

[65] GAILLARD, Emmanuel. *Teoria Jurídica da Arbitragem Internacional*. Trad. Natália Mizrahi Lamas. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 31-59.

[66] "Rompendo com a visão prevalecente de que as arbitragens seriam apenas um meio para a resolução de disputas individuais, a hipótese do projeto é a de que os árbitros exercem autoridade pública em dois sentidos principais: em primeiro lugar, ao analisar a legalidade de atos e contratos governamentais e, em segundo, ao criar regras que governam as relações público-privadas. Esse processo acontece independentemente de sistemas legais domésticos e de seus processos democráticos; tribunais arbitrais, em outras palavras, se transformam em importantes legisladores transnacionais. O conjunto de normas por eles erigidos é o que o projeto designa como 'lex mercatória publica' – em alusão ao Direito apátrido, gerado por tribunais arbitrais em disputas privadas internacionais, frequentemente denominado de 'lex mercatória'. As arbitragens público-privadas, embora afetem questões centrais ao interesse público, constituem campo amplamente negligenciado da governança global regulatória. Elas repercutem sobre países mundo afora e

Além de oferecer oportunidade para melhor compreender a legislação brasileira quanto à matéria, bem como desvelar possíveis aperfeiçoamentos e alternativas a ela, a perspectiva comparada sobre a participação de organismos estatais em procedimentos arbitrais mostra-se vital no quadrante histórico atual – de intensas trocas comerciais internacionais, de desterritorialização do poder político e do Direito, de diálogos jurídico-culturais, de aprofundamento da globalização.

II.2. Critérios para a escolha dos países analisados.

Um dos maiores problemas de estudos comparados reside na seleção dos objetos a serem analisados. Por vezes, pesquisadores escolhem artificialmente países que subsidiarão a hipótese ou tese que queiram defender, descartando propositalmente os demais. Noutras, a suposta comparação não passa de breve e irrefletida menção a leis, livros ou decisões judiciais estrangeiras com fins meramente cosméticos. Em geral, não há mais que adornos.

Comparar, define Jean Rivero, é "estudar, paralelamente, as regras e os institutos jurídicos, para esclarecê-los mediante confronto".[68] Para Thiago Marrara, a "natureza dessa operação impede que se comparem objetos sem qualquer ponto comum ou sem qualquer ponto de divergência"; de modo que o sucesso da comparação "demanda um grau razoável de diversidade de características, porém aproximação funcional mínima entre os objetos".[69]

Seguindo diretriz proposta por Daphne Barak-Erez, no sentido de que a comparação tende a ser mais frutífera quando os países cotejados pertencem à mesma família jurídica ou compartilham princípios e valores fundantes,[70] optou-se por priorizar a análise de sistemas jurídicos que se desenvolveram a partir da tradição romano-germânica. Ainda que não mais se

---

possuem efeitos transformativos, para a governança pública, comparáveis à europeização e à internacionalização do Direito Público". Tradução livre das informações constantes em: <http://www.mpil.de/de/pub/forschung/archiv/erc-project.cfm>. Acesso em: 01/07/2017.

[67] Para uma análise instigante do papel normogenético dos tribunais arbitrais, consulte-se o seguinte trabalho: SCHILL, Stephan. International Arbitrators as System-Builders. *American Society of International Law*. Vol. 106, 2012, p. 295-297. O Professor Stephan Schill é o atual coordenador do *Lex Mercatoria Publica Project*

[68] RIVERO, Jean. *Curso de direito administrativo comparado*. São Paulo: Editora RT, 1995, p. 17.

[69] MARRARA, Thiago. Método comparativo e direito administrativo. Revista Brasileira de Direito Público, v. 46, p. 87-98, 2014.

[70] BARAK-EREZ, Daphne. Institutional Aspects of Comparative Law. *Columbia Journal of European Law*, vol. 15, 2009, p. 487: "The inclination to learn from precedents decided in other jurisdictions is stronger when the basic principles of both the borrowing and the lending systems are similar. Courts find it easier to learn from precedents which have been formulated within their so-called 'legal family' (such as the common law system) or their legal culture understood in the broad sense".

tenha rígida distinção entre a *common law* e a *civil law*, nesta última família os entraves à afirmação da arbitrabilidade de contendas envolvendo a Administração Pública são presumidamente maiores e mais resistentes.

Pertencemos à tradição jurídica da legalidade estrita (lida por alguns, ainda hoje, como necessidade de que o conteúdo do agir administrativo esteja exaustivamente prefixado em Lei)[71] e da indisponibilidade e supremacia do interesse público, valores que frequentemente davam esteio a uma visão organicista, muitas vezes confessada, de superioridade da Administração em relação aos particulares. No Brasil, nem mesmo o contrato administrativo foi aceito sem resistência doutrinária,[72] que dirá a arbitragem de litígios envolvendo o Poder Público.

O sistema do *common law*, no qual sempre imperou uma lógica de relativa igualdade entre a Administração e os particulares, não apresenta significativos óbices estruturais à afirmação de métodos extrajudiciais para a composição de conflitos entre cidadãos e o Estado, muitos dos quais abertos à profunda consensualidade. Trata-se de realidade tão diversa da brasileira, que a comparação se torna pouco proveitosa.

Dentro do escopo delineado, debruçar-nos-emos sobre países europeus que, em maior ou menor medida, influenciaram na formação do Direito Administrativo brasileiro (Alemanha,

---

[71] A respeito das possíveis acepções do princípio da legalidade, consulte-se: EISENMANN, Charles. *Cours de Droit Administratif*. Tomo I. Paris: Ed. L.O.DJ, 1982, p. 462 a 472 e ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. *Revista de Direito Administrativo*, v. 236, p. 51-64, 2004.

[72] Relata Maria Sylvia Zanella Di Pietro que os adeptos de tal corrente "argumentam que o contrato administrativo não observa o princípio da igualdade entre as partes, o da autonomia da vontade e o da força obrigatória das convenções, caracterizadores de todos os contratos. Com relação ao primeiro, afirma-se não estar presente porque a Administração ocupa posição de supremacia em relação ao particular. Quanto à autonomia da vontade, alega-se que não existe quer do lado da Administração, quer do lado do particular que com ela contrata: a autoridade administrativa só faz aquilo que a lei manda (princípio da legalidade) e o particular submete-se a cláusulas regulamentares ou de serviço, fixadas unilateralmente pela Administração, em obediência ao que decorre da lei. Mesmo com relação às cláusulas financeiras, que estabelecem o equilíbrio econômico no contrato, alegam os adeptos dessa teoria que não haveria, nesse aspecto, distinção entre os contratos firmados pela Administração e os celebrados por particulares entre si. Quanto ao princípio da força obrigatória das convenções (pacta sunt servanda), seria também desrespeitado no contrato administrativo, em decorrência da mutabilidade das cláusulas regulamentares, que permite à Administração fazer alterações unilaterais no contrato. A autoridade administrativa, por estar vinculada ao princípio da indisponibilidade do interesse público, não poderia sujeitar-se a cláusulas inalteráveis como ocorre no direito privado. Essa posição foi adotada, no direito brasileiro, entre outros, por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (2007:684). Segundo ele, as cláusulas regulamentares decorrem de ato unilateral da Administração, vinculado à lei, sendo as cláusulas econômicas estabelecidas por contrato de direito comum". (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 264).

França, Itália, Portugal), e países latino-americanos, que não só provêm do mesmo berço, como compartilham conosco significativos – porém frequentemente esquecidos – laços geográficos, econômicos e culturais (Argentina, Chile e Uruguai).

No entanto, como um dos principais propósitos deste Capítulo é traçar um panorama global quanto à participação de entidades administrativas em arbitragens, algumas breves notas serão feitas a respeito dos Estados Unidos, da China, do Japão e do Reino Unido – países que, ao lado da Alemanha, compõem a lista das cinco maiores economias do mundo. Quanto a tais países, o intuito não é propriamente o de comparar; mas o de radiografar – para que uma análise do tema em escala global seja possível.

II.3. Panorama internacional.

A Convenção Europeia de Arbitragens Comerciais Internacionais, firmada em 1961, é o único documento internacional a tratar da arbitrabilidade subjetiva da Administração Pública. Em seu segundo artigo, a Convenção prevê que as "pessoas jurídicas de Direito Público possuem o direito de firmar válidos compromissos arbitrais":

> *Article 2: Right of Legal Persons of Public Law to Resort to Arbitration. (1) In the cases referred to in Article 1, paragraph 1, of this Convention, legal persons considered by the law which is applicable to them as "legal persons of public law" have the right to conclude valid arbitration agreements. (2) On signing, ratifying or acceding to this Convention any State shall be entitled to declare that it limits the above faculty to such conditions as may be stated in its declaration.*[73]

No entanto, o Tratado reúne um diminuto número de ratificantes – Áustria, Bélgica, Dinamarca, França, Alemanha, Itália, Luxemburgo e República Moldova – e, no segundo item do dispositivo transcrito, prevê que "ao assinar, ratificar ou aderir a esta Convenção, qualquer Estado deve ter direito de opor limites e condições à faculdade acima concedida".

[73] Tradução livre: "Artigo 2º. O direito de pessoas jurídicas de Direito Público de recorrerem à arbitragem. (1) Nos casos referidos no artigo 1º, parágrafo 1º, desta Convenção, pessoas jurídicas consideradas pela Lei como pessoas jurídicas de Direito Público possuem o direito de firmar válidos compromissos arbitrais. (2) Ao assinar, ratificar ou aderir a esta Convenção, qualquer Estado deve ter direito de opor limites e condições à faculdade acima concedida".

Embora o *site* do Conselho da União Europeia não registre denúncias formais à Convenção,[74] o fato é que alguns dos países signatários não incorporaram essa disposição. É o caso da França, Estado pelo qual iniciaremos a nossa incursão pelos ordenamentos estrangeiros.

Dentre as maiores economias do mundo, a França é o país mais restritivo às arbitragens que envolvam a Administração Pública. A proibição, que ainda hoje é a regra, de longa data era extraída do Código de Processo Civil Francês de 1806, que previa que as causas transmissíveis ao Ministério Público não eram suscetíveis de arbitragem e, em outro ponto, que os litígios administrativos eram transmissíveis ao Ministério Público.

Foi o que restou sublinhado, dentre outros precedentes, em célebre decisão do Conselho de Estado de 1986:

> *Les personnes publiques ne peuvent pas se soustraire aux règles qui déterminent la compétence des juridictions nationales en remettant à la décision d'un arbitre la solution des litiges auxquelles elles sont parties. (...) Aussi, une clause d'arbitrage avec l'Etat sera nulle et la nullité sera d'ordre publique: si un compromis est souscrit, le juge pourra invoquer d'office ce moyen*. (CE, Avis 6 mars 1986, n°339.710).[75]

A regra geral do sistema continua a ser, ainda hoje, a proibição de que entidades públicas se submetam a arbitragens.[76] O disposto nos arts. 2.059 e 2.060, do atual Código Civil Francês, aponta nesse sentido.[77]

A interdição à via arbitral é interpretada de modo ampliativo pelo Poder Judiciário francês, sobretudo pela Justiça Administrativa. Desde 1957,[78] o Conselho de Estado vem

---

[74] Consulte-se o seguinte endereço eletrônico: <http://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/042/declarations?p_auth=6ZQqSUfJ>. Acesso em: 12/07/2017.

[75] Tradução livre: "As pessoas públicas não podem se evadir das regras de determinação da competência dos tribunais nacionais, remetendo a um árbitro à resolução de litígios de que sejam partes. (...) Além disso, uma cláusula de arbitragem com o Estado será nula e essa nulidade será de ordem pública: se um compromisso for assinado, o juiz pode invocá-la de ofício".

[76] LIN, Ching-Lan. Arbitration in Administrative Contracts: Comparative Law Perspective. Tese de Doutorado. Paris: École Doctorale de Sciences Po, 2014.

[77] Code Civil Français: Article 2059. Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition. Article 2060. On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public. Toutefois, des catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre.

entendendo que a proibição alcança todos os entes e entidades públicas, mesmo as autoridades locais e as empresas estatais (inclusive as que exploram, em concorrência com a iniciativa privada, atividades econômicas em sentido estrito).[79]

Indo ainda mais longe, o Conselho de Estado – em decisão proferida em março de 1989 – entendeu que a interdição à arbitragem se estende também aos concessionários e delegatários de serviços públicos, quanto aos contratos por eles firmados que repercutam ou possam repercutir sobre a concessão ou delegação respectiva.

No *leading case* examinado pelo Conselho, uma concessionária rodoviária firmou contrato de subconcessão com outra empresa privada, em que constava cláusula compromissória. Por ter sido condenada a pagar 46 milhões de francos àquela, a concessionária buscou anular a convenção arbitral e o pedido foi deferido pelo Conselho de Estado.[80]

Essa postura altamente restritiva à participação do Poder Público em arbitragens parece decorrer, em alguma medida, dos dogmas insepultos do administrativismo francês e da dualidade de jurisdições. Como a análise da validade dos compromissos arbitrais firmados pela Administração é geralmente examinada pela Justiça Administrativa, que tem como órgão de cúpula o Conselho de Estado, há uma tendência de que a jurisprudência sobre a matéria preze pela exclusividade da jurisdição estatal.[81] Reter competências é preservar poder e prestígio.

A única exceção à inarbitrabilidade subjetiva da Administração Pública que havia na França era aquela instituída pela parte final, do art. 2.060, do Código Civil Francês: "as

---

[78] CE, Ass., 13 décembre 1957, Société Nationale de Vente des Surplus, p. 677, concl F. Gazier. Conforme narrado por SAUVÉ, Jean-Marc. L'arbitrage et les personnes morales de droit public. In: *Le Conseil d'État et la Jurisdiction Administrative*. Paris, 2009. Disponível em: <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/L-arbitrage-et-les-personnes-morales-de-droit-public#_ftn8>. e por LIN, Ching-Lan. Arbitration in Administrative Contracts: Comparative Law Perspective. Tese de Doutorado. Paris: Ecole Doctaorale de Sciences Po, 2014, p. 73/74.

[79] Esse entendimento é objeto de consistente crítica por parte da literatura francesa. Nesse sentido, veja-se: RIVERO, Jean. Personnes Publiques et Arbitrage. *Rev. Arb*. 1973, p. 265/281.

[80] A respeito do caso narrado, consulte-se: LIN, Ching-Lan. *Arbitration in Administrative Contracts: Comparative Law Perspective*. Tese de Doutorado. Paris: Ecole Doctaorale de Sciences Po, 2014, p. 77.

[81] MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. A Arbitragem e os contratos da Administração Pública. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 39: "A Corte, desde então, registra a excepcionalidade da adoção da arbitragem pela Administração, a qual deve ser restrita a questões específicas. Considera ser contraditório que o Estado organize uma justiça estatal e deixe de a ela submeter os litígios nos quais se encontre envolvido, o que implicaria no reconhecimento do descrédito da justiça estatal".

entidades públicas de caráter industrial ou comercial poderão ser autorizadas por decreto a firmar compromissos arbitrais". Tal autorização foi concedida somente às seguintes empresas estatais: (i) a *Société Nationale des Chemins de fer Français – SNCF*;[82] (ii) *La Poste*;[83] e (iii) a *Réseau Ferré de France – RFF*.[84] O campo de matérias suscetíveis de arbitragem deve ser demarcado pela lei ou decreto autorizativo.[85]

Mais recentemente, também por expressa autorização legal, admitiu-se que os contratos de parceria público-privada previssem compromissos arbitrais para a solução de controvérsias deles decorrentes. É o que dispõe o art. 11, da *Ordonnance* nº 2004-559, com as modificações introduzidas pela Lei 2008-735, ao prever como cláusula necessária desse tipo de avença a que regule "as modalidades de prevenção e de solução de litígios, incluindo eventualmente a que preveja arbitragem, desde que seja aplicável a Lei francesa".[86]

A Assembleia Nacional francesa examina, desde 2010, projeto de lei que pretende ampliar as hipóteses de arbitragem envolvendo o Estado para todas as disputas contratuais de que a Administração seja parte, com exceção das que concernam à prestação de serviços públicos.[87]

Mesmo na França, o último bastião da inarbitrabilidade do Poder Público, tem-se verificado sucessivas exceções ao que hoje ainda persiste como regra-geral do sistema, sobretudo para as arbitragens internas. No campo das arbitragens internacionais, a

---

[82] Loi n°82-1153 du 30 décembre 1982, article 25.

[83] Loi n°90-568 du 2 juillet 1990, article 28.

[84] Loi n°97-135 du 13 février 1997, article 3.

[85] MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. *A Arbitragem e os contratos da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 41: "A lei permite, de maneira expressa, o uso da arbitragem pelos estabelecimentos públicos de caráter industrial e comercial que possuírem permissão legal expressa para tanto, nos termos do que dispõe o artigo 2060, alínea 2 do Código Civil. Esses entes podem recorrer à arbitragem para a solução de controvérsias de direito privado de ordem contratual ou extracontratual, ou de direito público. O campo passível de arbitragem de arbitragem e as condições que regem sua utilização são dados pelo decreto que veicular a autorização".

[86] MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. *A Arbitragem e os contratos da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 42.

[87] Trata-se da Proposição Legislativa nº 2.887, apresentada pelo Deputado Pascal Clément no dia 19/10/2010. Diz o artigo 1º do Projeto: "*Toute personne morale de droit public qui a conclu un contrat autre que de louage de services peut, par clause compromissoire ou par compromis, soumettre à arbitrage tout litige né de ce contrat et l'opposant à l'un de ses co-contractants*". Disponível em: <http://www.assemblee-nationale.fr/13/propositions/pion2887.asp>. Acesso em 27/07/2018.

participação de pessoas administrativas em arbitragens vem sendo progressivamente admitida pelos tribunais franceses.[88]

Outro exemplo desse movimento de abertura é que os países intensamente influenciados pelo Direito Administrativo francês vêm também flexibilizando a rígida restrição de outrora. É o caso da Bélgica, que já admite a utilização da via arbitral para dirimir quaisquer contendas com a Administração, quando haja autorização por lei específica ou por decreto adotado pelo Conselho de Ministros.[89]

Da França, viajaremos para a Itália. O Direito Administrativo flutua ao sabor das circunstâncias políticas e o tratamento legislativo da matéria na Itália bem evidencia isso. Conforme relata Marco Corsini,[90] a participação de entidades administrativas em arbitragens foi totalmente vedada pela Lei de Contratos Públicos de 1994. Em 1995, uma nova versão da Lei admitiu, de modo muito amplo, o que há pouquíssimo tempo havia se proibido em termos absolutos.

Nos anos que se seguiram, decisões judiciais – como a Decisão nº 152, de 9 de maio de 1996, da Corte Constitucional – e novas leis alteraram profundamente o tratamento da matéria.

Em 2008, por meio de Lei Financeira,[91] suprimiu-se retroativamente (de 30/09/2007 em diante) a arbitrabilidade dos contratos públicos de trabalho, serviços e fornecimento firmados pela Administração Pública direta e indireta (inclusive as estatais). De acordo com Giovanni Battista de Luca, esse movimento legal foi motivado pelos seguintes fatos: i) os custos dos procedimentos arbitrais eram maiores do que os da Justiça administrativa estatal; ii) a Administração sucumbia com maior frequência perante tribunais arbitrais e iii) grande parte das sentenças arbitrais judicialmente questionadas pelo Governo acabava anulada. [92]

---

[88] DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito Internacional Privado*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 640.

[89] Código Judiciário da Bélgica, artigo 1676, parágrafos segundo e terceiro. Ver também: MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. *A Arbitragem e os contratos da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 43/44.

[90] CORSINI, Marco. L'arbitrato. In: SANDULLI, Maria Alessandra; DE NICTOLIS, Rosanna; GAROFOLI, Roberto. *Trattato sui contratti pubblici*. Vol. II. Milão: Giuffré, 2008, p. 3.803-3.808

[91] Na Itália, a Lei Financeira é uma espécie de lei orçamentária. A Lei Financeira de 2008 foi promulgada em 24 de dezembro de 2007, sob o número 244.

[92] DE LUCA, Giovanni Battista. *La disciplina arbitrale nei contratti pubblici*. Tese de Doutorado em Direito da Arbitragem Interna e Internacional. Libera Università Internazionale degli Studi Sociali - LUISS.

Em 2010, com a edição do Decreto-Legislativo nº 53, que alterou diversos dispositivos do Código de Contratos Públicos, a arbitragem voltou a ser amplamente permitida. O art. 12, do referido Código, dispõe que "a controvérsia concernente a direito subjetivo reservada à Justiça Administrativa pode ser resolvida mediante arbitragem de Direito, na forma do artigo 806 e seguintes do Código de Processo Civil".[93]

A exemplo do que ocorre no Brasil, na Itália o principal desafio agora é definir o campo de matérias que podem ser levadas à instância arbitral; é interpretar a expressão "*diritti soggettivi*" que, a exemplo da nossa locução ("direitos patrimoniais disponíveis"), foi importada do Direito Privado para o Público.[94]

Da Itália, iremos a Portugal – um dos países da tradição romano-germânica mais favoráveis à arbitrabilidade de contendas com a Administração. A Constituição de Portugal, por exemplo, contém autorização expressa à instituição de tribunais arbitrais (CP/74, art. 209, nº 2).

Desde o final do século passado, o Supremo Tribunal Administrativo vem entendendo que as relações de direito privado da Administração, as questões meramente contratuais das avenças administrativas e os pleitos de responsabilização civil por atos de gestão pública

---

Orientadora: Roberta Tiscini. Roma, 2013, p. 67. Disponível eletronicamente em: <http://eprints.luiss.it/1196/1/20130306-de-luca.pdf>. Acesso em 12/07/2017. Confira-se o trecho original, em italiano: "*Per capire quali fossero state le ragioni alla base del radicale cambiamento di rotta, bisogna passare in rassegna la relazione illustrativa della legge finanziaria 2008; in particolare venivano posti alla base del divieto dell'istituto arbitrale una serie di motivazione, tra le quali (i) i costi elevati dei giudizi arbitrali rispetto al giudizio ordinario; (ii) la soccombenza della Pubblica Amministrazione nella stragrande maggioranza dei giudizi arbitrali e (iii) i lodo arbitrali impugnati venivano quasi sempre dichiarati nulli dalla Corte d'Appello*".

[93] CCP, art. 12: "Le controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo possono essere risolte mediante arbitrato rituale di diritto ai sensi degli articoli 806 e seguenti del codice di procedura civile".

[94] Nesse sentido, SANDULLI, Aldo. L'arbitrato nel codice del processo amministrativo. *Giornale di diritto amministrativo*, vol. 2, 2013, p. 205-211. Disponível em: <www.irpa.eu/wp-content/uploads/2011/10/A.-Sandulli-2_2013.pdf>. Acesso em 22/07/2017: "Una questione ancora aperta: quali controversie relative a diritti siano compromettibili in arbitri. Tra i nodi lasciati irrisolti dal codice, una questione ancora dibattuta concerne il modo di intendere la locuzione «diritti soggettivi» in seno all'art. 12 c.p.a. E, cioe`, se, quando tale disposizione parla di «controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo»: a) si debba far riferimento, soltanto ai diritti soggettivi tout court o possano essere investiti da arbitrato, ad esempio, anche i profili relativi al risarcimento della lesione degli interessi legittimi; b) si debba restringere il campo alla sola giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ovvero si possano ritenere compromettibili in arbitri anche le controversie relative a diritti riconducibili alla giurisdizione generale di legittimitá".

podem ser objeto de arbitragem.[95] Essa jurisprudência, ao menos em parte, foi convertida em lei:

> Lei nº 63/2011 – Lei das Arbitragens Voluntárias, art. 1º, 5: "O Estado e outras pessoas colectivas de direito público podem celebrar convenções de arbitragem, se para tanto forem autorizados por lei especial ou se elas tiverem por objecto litígios respeitantes a relações de direito privado".

O tema também é tratado no Código de Processo nos Tribunais Administrativos. Antes da importante reforma de 2015, o CPTA, em seu art. 180, 1, assim dispunha:

> Sem prejuízo do disposto em lei especial, pode ser constituído tribunal arbitral para o julgamento de: (a) Questões respeitantes a contratos, incluindo a apreciação de actos administrativos relativos à respectiva execução; (b) Questões de responsabilidade civil extracontratual, incluindo a efectivação do direito de regresso; (c) Questões relativas a actos administrativos que possam ser revogados sem fundamento na sua invalidade, nos termos da lei substantiva.

Em sua nova redação, o CPTA encampou tratamento ainda mais favorável ao instituto da arbitragem na seara da Administração – admitindo, salvo disposição específica em sentido contrário, a apreciação da validade de atos administrativos (em geral) e de demandas respeitantes a relações jurídicas de emprego público.[96] Para Tiago Serrão,[97] as mudanças "colocaram um ponto final na conhecida (embora paulatinamente enfraquecida) resistência à arbitragem administrativa em domínios 'não disponíveis'"; podendo-se falar no "fim da posição primacial (quanto à extensão de matérias sindicáveis)" que a jurisdição estatal detinha em face dos tribunais arbitrais, em matéria administrativa.

---

[95] Nesse sentido, confira-se o acórdão proferido pelo STA, em 14/05/1988, nos autos do processo nº 42938. Sobre o ponto, MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. *A Arbitragem e os contratos da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 49.

[96] Observe-se a nova redação do art. 180 do CPTA: "1. Sem prejuízo do disposto em lei especial, pode ser constituído tribunal arbitral para o julgamento de: a) Questões respeitantes a contratos, incluindo a anulação ou declaração de nulidade de atos administrativos relativos à respetiva execução; b) Questões respeitantes a responsabilidade civil extracontratual, incluindo a efetivação do direito de regresso, ou indemnizações devidas nos termos da lei, no âmbito das relações jurídicas administrativas; c) Questões respeitantes à validade de atos administrativos, salvo determinação legal em contrário; d) Questões respeitantes a relações jurídicas de emprego público, quando não estejam em causa direitos indisponíveis e quando não resultem de acidente de trabalho ou de doença profissional".

[97] SERRÃO, Tiago. A arbitragem no CPTA revisto: primeiras impressões. In: GOMES, Carla Amado; NEVES, Ana Fernanda; SERRÃO, Tiago (Coords.). Comentários à revisão do ETAF e do CPTA. 3. ed. Lisboa: AAFDL, 2017. p. 477-478.

O CPTA, em seu art. 185, segue excluindo do alcance das arbitragens a competência para apreciar pleitos de responsabilidade civil relacionados ao exercício da função política, legislativa ou jurisdicional. No entanto, na revisão do CPTA, incluiu-se um segundo e importante dispositivo ao mencionado artigo – que determina que os árbitros, ao examinarem a legalidade de atos ou contratos públicos, decidam "estritamente segundo o direito constituído, não podendo pronunciar-se sobre a conveniência ou oportunidade da atuação administrativa, nem julgar segundo a equidade".[98]

A leitura do art. 182 do CPTA indica, quase insuperavelmente (do ponto de vista gramatical), que as arbitragens solicitadas com base no art. 180 seriam compulsórias para a Administração. Ou seja, o particular poderia recorrer à instância arbitral unilateralmente: "O interessado que pretenda recorrer à arbitragem no âmbito dos litígios previstos no artigo 180 pode exigir da Administração a celebração de compromisso arbitral, nos termos da lei".

No entanto, o dispositivo não vem sendo interpretado assim pela literatura. De acordo com Fausto de Quadros, no que é acompanhado por Mário Aroso, não há direito potestativo do particular à via arbitral. A Administração deveria, apenas, responder justificadamente ao requerimento apresentado pelo administrado.[99]

O Código de Contratos Públicos revisto, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 2018, em diversos artigos, prevê a possibilidade de dirimir litígios havidos em contratos administrativos por meio do método arbitral (*e.g.*, arts. 311, 330, 332, 373 etc.). Em outros preceitos, o Código exclui o cabimento de arbitragem (*e.g.*, art. 313, n. 3 – disputas quanto ao fundamento da modificação unilateral de contrato administrativo por interesse público).

O CCP revisto (art. 476, 2, 3 e 4) privilegia fortemente as arbitragens institucionais em detrimento das *ad hoc*, prevendo ainda que, quando a Administração opte por utilizar a

---

[98] A disposição parece corresponder "à moeda de troca" da admissão da arbitrabilidade, inclusive no que respeita ao exame de validade, dos atos administrativos em geral: atos unilaterais de autoridade, certamente distantes da lógica da disponibilidade e do mundo do direito privado. É um dispositivo a ser celebrado e, a rigor, deveria condicionar o exame da validade de atos administrativos também perante o Poder Judiciário estatal. Cf. SERRÃO, Tiago. A arbitragem no CPTA revisto: primeiras impressões. In: GOMES, Carla Amado; NEVES, Ana Fernanda; SERRÃO, Tiago (Coords.). Comentários à revisão do ETAF e do CPTA. 3. ed. Lisboa: AAFDL, 2017. p. 499.

[99] QUADROS, Fausto de. Arbitragem "necessária", "obrigatória", "forçada": breve nótula sobre a interpretação do artigo 182º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos. Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles, v. 2, Coimbra, 2012. Ver também: MORAIS, Carlos Blanco de. Apontamentos sobre a submissão de litígios a arbitragem necessária: algumas dúvidas de constitucionalidade. Newsletter do Centro de Arbitragem Administrativa e Fiscal, n. 1, Lisboa, 2013.

arbitragem para dirimir disputas relacionadas a um contrato público, deve-se exigir dos candidatos e concorrentes, como condição para participar da licitação, a aceitação do compromisso.[100]

A pior inovação da revisão do CCP parece ser a introduzida pelo art. 476, n. 5 – que prevê o cabimento de recurso, com efeito devolutivo, para o tribunal administrativo territorialmente competente, se o valor da causa for superior a 500 mil euros. Por impedir a rápida estabilização decisória e submeter as sentenças arbitrais a um controle judicial de mérito, essa disposição mostra-se totalmente descompassada com o instituto arbitral,[101] tal como ele vem se desenvolvendo no mundo e em Portugal (*vide* a LAV e o CPTA).

Em paralelo, convém destacar que Portugal é um dos poucos países do mundo a permitir que disputas laborais (contra o Estado) e tributárias sejam dirimidas em tribunais arbitrais.[102] O Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD), instituição privada fundada por associações patronais e sindicais,[103] está autorizado, desde 2009, a dirimir conflitos concernentes a empregos e contratos públicos e, desde 2011, a resolver contendas fiscais (Decreto-lei nº 10/2011).

O pródigo modelo português, em geral, parece estar colhendo bons resultados, no entanto peca pela complexidade. Há regras demais e elas estão dispersas em variados diplomas – o que acaba propiciando dúvidas, dificuldades, colisões normativas. O aperfeiçoamento do sistema lusitano, seguramente, passa por uma simplificação e pela revogação da possibilidade de recurso judicial contra sentenças arbitrais para causas com valor superior a 500 mil euros (CCP, art. 476, n. 5).

Deixando Portugal, rumamos para a nossa última parada europeia: a Alemanha. Talvez a Alemanha tenha chegado à melhor fórmula de fixação do campo de arbitrabilidade objetiva. Ela não exige que os direitos controvertidos sejam concomitantemente patrimoniais e

---

[100] SERRÃO, Tiago. Considerações sumárias sobre a arbitragem no CCP revisto. Revista de Direito Administrativo, Lisboa, v. 1, 2018, p. 96.

[101] SERRÃO, Tiago. A arbitragem no CCP revisto. In: GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo; SERRÃO, Tiago; CALDEIRA, Marco (Coords.). Comentários à revisão do código dos contratos públicos. Lisboa: AAFDL, 2018. p. 986-987.

[102] Vide Decreto-lei 10, de 20 de janeiro de 2011. Em sede doutrinária, ver FIGUEIRAS, Cláudia Sofia Melo. Arbitragem: a descoberta de um novo paradigma de justiça tributária? In: FONSECA, Isabel Celeste (Coord.). A arbitragem administrativa e tributária: problemas e desafios. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2013. p. 81-102.

[103] Estatuto Social do CAAD, art. 4º. Disponível em: [https://www.caad.org.pt/home/caad-estatutos]. Acesso em: 22.07.2017.

disponíveis. Para a Lei alemã, qualquer direito patrimonial pode ser objeto de arbitragens. No entanto, também se admite a arbitrabilidade de conflitos não pecuniários, aí sim, desde que disponíveis (preservando-se nesta hipótese a acepção civilista de disponibilidade; o que naturalmente exclui a sua aplicação em lides de que o Estado seja parte).[104]

Para a Administração Pública e os administrados o que interessa é que: quaisquer conflitos que tenham por objeto direitos pecuniários podem ser resolvidos pelo método arbitral. Na Alemanha, assim como em Portugal, há instituições extraestatais, porém reconhecidas pelo Poder Público, que realizam mediações e arbitragens em matérias tipicamente administrativas. A SÖP, por exemplo, *ex vi* da Lei de Resolução Extrajudicial de Litígios de Consumo, resolve extrajudicialmente conflitos consumeristas com concessionárias de transporte.

Na América do Sul, a nossa viagem começará pelo Uruguai. Não há, no ordenamento uruguaio, dispositivo que regule a arbitrabilidade subjetiva. O *Código General del Proceso de Uruguay* demarca somente o campo de arbitrabilidade objetiva: "não podem ser submetidas ao processo arbitral as questões a respeito das quais esteja proibida a transação".[105]

A interpretação do dispositivo transcrito foi, durante anos a fio,[106] o cerne do debate quanto à possibilidade de a Administração Pública assumir a condição de parte em processos arbitrais. A jurisprudência, segundo relata Ruben Belandro, acabou posicionando *favor arbitrandum*:

> *Caso nº 469 – No son ilegales las cláusulas contenidas en el pliego general de condiciones que obliga a resolver por árbitros cualquier diferencia que surja entre el Municipio y el empresário, porque ella no se encuentra consagrada em ninguna disposición expressa de la Ley Orgánica municipal, ni de su historia, di se su espíritu, desde que*

[104] "CPC, Section 1030 - Eligibility for arbitration (1) Any claim under property law may become the subject matter of an arbitration agreement. An arbitration agreement regarding non-pecuniary claims has legal effect insofar as the parties to the dispute are entitled to conclude a settlement regarding the subject matter of the dispute. (2) An arbitration agreement regarding legal disputes arising in the context of a tenancy relationship for residential space in Germany is invalid. This shall not apply to the extent the residential premises concerned are of the type determined in section 549 subsection (2) numbers 1 to 3 of the Civil Code (Bürgerliches Gesetzbuch, BGB). (3) Any stipulations of the law outside of the present Book, according to which disputes may not be subjected to arbitration proceedings, or only if specific prerequisites have been met, shall remain unaffected hereby".

[105] CGPU, art. 476: "No pueden someterse a proceso arbitral las cuestiones respecto a las cuales está prohibida la transacción".

[106] SALLA, Ricardo Medina. *Arbitragem e Administração Pública: Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p.136/137.

> *no existe ninguna disposición legal que prohíba al Municipio comprometer en árbitros sus controvérsias.*
>
> ***
>
> *Caso nº 1.667 – El Municipio de Montevideo está capacitado para comprometer en árbitros, desde que falta um texto legal categórico que disminuya o elimine esa facultad. No es, por lo demás, correcto que si el Municipio há impuesto em su pliegos de condiciones esse requesito, impugne luego su aplicación cuando sea el caso de aplicarlo*[107]

Com o passar dos anos, o Uruguai tem intensificado o uso da via arbitral para solucionar conflitos entre Administração Pública e administrados, especialmente os atores privados que com aquela se relacionem contratualmente. Exemplo disso é que a Lei uruguaia sobre Parcerias Público-Privadas, aprovada em 2011, impõe a arbitragem como único método de solução de controvérsias decorrentes da aplicação, interpretação, execução, cumprimento ou extinção de contratos de PPP.[108] A literatura uruguaia vem denominando procedimentos do gênero de "*arbitraje necesario-legal*".

O único limite objetivo que a doutrina vislumbra à atuação dos tribunais arbitrais nos domínios da Administração Pública são as competências exclusivamente atribuídas pela Constituição ou legislação a determinado órgão judicial ou administrativo. Assim, tem se entendido que não cabe à autoridade arbitral revogar ou anular atos administrativos nem declarar, mesmo que incidentalmente, a inconstitucionalidade de leis. [109]

Cruzando o Rio da Prata, chegamos à Argentina – que, historicamente influenciada pelo administrativismo francês, resistiu bastante ao avanço arbitral sob os domínios da Administração Pública.[110]

---

[107] BELANDRO, Ruben Santos. *Seis Lecciones sobre el Arbitraje Privado (interno e internacional)*. Montevideo: Asociacion de Escribanos del uruguay, 2002, p; 80.

[108] Ley nº 18.786, de 19/08/2011, Artículo 54: "*Para la solución de los conflictos que surjan con motivo de la aplicación, interpretación, ejecución, cumplimiento y extinción de los contratos celebrados en el marco de la presente ley, las partes deberán recurrir al arbitraje*". Disponível em: <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp7560436.htm>. Acesso em 25/07/2017.

[109] Cf. GUTIÉRREZ, Adrián. Solución de controvérsias (arbitraje) em la Ley de Participación Público Privada (PPP). In: DELPIAZZO, Carlos (Coord.). *Pasado y Presente del Derecho Administrativo Uruguayo*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2012, p. 394/395.

[110] GORDILLO, Agustín Alberto. *Tratado de derecho administrativo*. Tomo II. Buenos Aires: F.D.A, 2006, p. 527: "Existen, por um lado, muchos tratados que admiten el arbitraje internacional em los conflitos com la Administración, pero hay uma tradición normativa local, muy arraigada, contraria al arbitraje. En todo el mundo y también entre nosotros se declama acerca de la necesidad de promover medios alternativos de resolución de conflictos, el principal de los cuales es el arbitraje: Pero cuando llega el momento de

Uma relevante peculiaridade argentina é que a competência para legislar sobre processo civil é atribuída concorrentemente ao ente federal e aos entes locais – sendo a arbitragem considerada procedimento especial (matéria sobre a qual compete às províncias legislar).[111] Assim, enquanto em Santa Fé a arbitragem é largamente admitida,[112] o Código de Processo Civil de Mendoza proíbe que todas as entidades públicas da província participem de arbitragens.[113]

Em âmbito nacional, o Código de Processo Civil argentino prevê que "as pessoas que não podem transigir não podem firmar compromissos arbitrais".[114] No entanto, a literatura portenha entende não ser vedado que a Administração transija, bastando para tanto existir autorização legal ou da autoridade competente.[115]

A Lei nº 23.982/1991, aliás, expressamente autorizara que o alto Poder Executivo Nacional (Presidente e Ministros de Estado) transacionasse, desde que aprovado pelo Tribunal de Contas e homologado judicialmente, e firmasse compromissos arbitrais, quando fosse conveniente para os interesses de Estado.[116]

---

utilizarlo, alguna parte reacciona con inusitada prevención o timidez, y subsisten impertérritos los mecanismos tradicionales con sus conocidos defectos".

[111] ROBIOLO, Jorge Alberto. *Derecho Arbitral*. Buenos Aires: La Ley, 2007, p. 167.

[112] Segundo Roque Caivano, o Código de Processo Civil de Santa Fé permite que quaisquer pessoas que saibam ler e escrever podem dirimir qualquer conflito jurídico pela via arbitral. CAIVANO, Roque. *Arbitraje*. 2. Ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2008, p. 111.

[113] CPC de Mendoza, art. 295: "Cuando la ley así lo disponga o lo convengan los interesados, podrá deferirse la resolucion de una o mas cuestiones determinadas, al juicio de arbitros de derecho, amigables componedores o peritos arbitros. El arbitraje voluntario no procede sobre derechos indisponibles o cuando esta interesado el orden publico. El estado provincial y sus dependencias no pueden someter sus cuestiones al arbitraje voluntario. Tampoco pueden hacerlo los representantes legales de los incapaces, sin autorización judicial".

[114] CPCNA, art. 738.

[115] Nesse sentido, veja-se CIFUENTES, Santos. *Código Civil Comentado y Anotado*. 2. Ed. Tomo II. Buenos Aires: La Ley, 2008, p. 27; CAZEAUX, Pedro; REPRESAS, Félix. *Derecho de las Obligaciones*. 3. Ed. La Plata: LEP, 1991, p. 487/488.

[116] Ley nº 23.982, de 1º de abril de 1991, artículo 18: "El Poder Ejecutivo nacional o cualquiera de los ministros que le asisten, con el previo asesoramiento del servicio jurídico permanente, podrán acordar transacciones, que en todos los casos deberán contar con la aprobación del Tribunal de Cuentas de la Nación, la Sindicatura General de Empresas Públicas o los organismos de control que correspondan en cada caso y ser homologadas judicialmente. Será competente para la homologación el juez actuante o el que lo hubiera sido para entender en la cuestión. Los medios para la cancelación de las obligaciones, dinerarias emergentes de la transacción serán los previstos por esta ley, salvo que existieren partidas presupuestarias específicas. El Poder Ejecutivo nacional o cualquiera de los ministros que le asisten, con el asesoramiento previo del servicio jurídico permanente, podrán someter a arbitraje las controversias que mantengan con los particulares en sede administrativa o judicial, cuando los asuntos revistan significativa trascendencia o sea ello conveniente para los intereses del Estado. En el compromiso arbitral se pactarán las

Guido Tawil e Ignacio Lima relatam que a Corte Suprema da Argentina entende ser lícito que o Estado participe de arbitragens nos casos em que atua como particular ou nas hipóteses em que haja autorização legal.[117]

A Lei nº 27.328, promulgada em 17 de fevereiro de 2017, permitiu que qualquer controvérsia oriunda de contrato de Parceria Público-Privada possa ser dirimida em instância arbitral. As arbitragens realizadas em território argentino podem ser pactuadas pela autoridade responsável pela assinatura do contrato de PPP. As arbitragens realizadas no exterior, contudo, sujeitam-se à aprovação do Executivo Nacional e precisam ser comunicadas ao Congresso Nacional.[118]

Atravessando os Andes, chegamos ao Chile. Tal como na Argentina, a matriz do Direito Administrativo chilena é europeia, sobretudo francesa e espanhola. Assim, não é difícil intuir que a introdução da arbitragem no campo da Administração Pública não foi processo simples nem rápido.

---

costas por su orden y se renunciará a todo recurso con excepción del previsto por el artículo 14 de la Ley N° 48. Los medios para la cancelación de las obligaciones dinerarias emergentes del laudo serán los previstos por esta ley, salvo que existieren partidas presupuestarias específicas. El Poder Ejecutivo nacional reglamentará lo relativo a transacción y arbitraje a los fines de esta ley".

[117] TAWIL, Guido Santiago; LIMA, Ignacio Minorini. El Estado y el Arbitraje: primeira aproximación. *Revista de Arbitragem e Mediação*, nº 14, 2007, p. 125/126.

[118] Lei nº 27.328/2017, artículo 25: "1. En el Pliego y en el Contrato PPP podrá encomendarse la administración del arbitraje y la designación de árbitros a asociaciones civiles u otras entidades nacionales o extranjeras de reconocida trayectoria en la materia. en tal caso, los reglamentos de arbitraje de las entidades administradoras regirán el proceso arbitral e integrarán el contrato de arbitraje. 2. el tribunal arbitral estará integrado por uno (1) o tres (3) árbitros de derecho. en el supuesto en que el tribunal arbitral esté integrado por un (1) árbitro, el mismo será designado por acuerdo entre las partes o, en su defecto, por la entidad administradora del arbitraje designada o por el órgano que se prevea en el pliego o en el contrato ppp. en el caso restante, los árbitros serán designados, uno (1), a propuesta del ente contratante, uno (1) a propuesta del contratista ppp y uno (1) que será nombrado por la entidad administradora del arbitraje o, en su defecto, por el órgano que se prevea en el pliego o en el contrato ppp. el pliego podrá prever que el presidente del tribunal no podrá tener la nacionalidad de ninguna de las partes o de cualquier accionista que tenga más del diez por ciento (10%) de las acciones del contratista ppp. 3. en el contrato ppp las partes deberán reconocer: (i) que la cláusula o contrato de arbitraje es autónomo respecto del contrato ppp con el que se relaciona, por lo que la eventual ineficacia de éste no obsta a la validez de la cláusula o del contrato de arbitraje, y los árbitros conservarán su competencia, aun en caso de nulidad del contrato ppp, para determinar los respectivos derechos de las partes y pronunciarse sobre sus pretensiones y alegaciones, y (ii) que la cláusula o el contrato de arbitraje otorga al tribunal arbitral la atribución para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia, el alcance o validez de las cláusulas o contrato de arbitraje o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. 4. en caso de optarse por arbitraje que tenga sede fuera del territorio de la república argentina, la respectiva cláusula arbitral o el contrato de arbitraje deberán ser aprobados por el poder ejecutivo nacional. dicha aprobación deberá ser comunicada por el jefe de gabinete de ministros al honorable congreso de la nación".

Como no Brasil, a arbitragem em si foi conquistando o seu espaço gradualmente. Eduardo Jequier relata que:

> A evolução do instituto arbitral nas últimas décadas demonstra como, cada vez mais, matérias consideradas comumente como inarbitráveis tem cedido terreno à arbitrabilidade de forma paulatina e crescente, abrindo assim caminho a esta forma alternativa de solução de controvérsias em terrenos que antes lhe eram vedados. É o que ocorre, por exemplo, com a arbitragem administrativa ou de Direito Público e, mais concretamente, com a arbitrabilidade daquelas controvérsias que tenham como causa matérias de ordem negocial em que intervém o Estado por meio de seus órgãos.[119]

Tal como no Uruguai, a legislação chilena prevê casos de *"arbitraje forzoso*", como na Lei de Concessões de Obras Públicas e na Lei sobre Financiamento Urbano Compartido.[120] Para os contratos de concessão de serviço público, a arbitragem é possível, porém voluntária.[121] Leis esparsas também autorizam, com ampla discrição objetiva, determinadas autoridades a firmarem compromissos arbitrais.[122]

---

[119] JEQUIER, Eduardo. La arbitrabilidad de la controversia contencioso-administrativa en el ámbito de las relaciones contractuales del Estado. *Revista chilena de derecho*, vol.40, 2013. Disponível em: <www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372013000100007>. Acesso em: 26/07/2017: "La evolución del instituto arbitral en las últimas décadas demuestra cómo, cada vez más, materias consideradas comúnmente como inarbitrables han ido cediendo terreno a la arbitrabilidad en forma paulatina y creciente, abriéndose así camino a esta forma alternativa de solución de controversias en terrenos que comúnmente le estaban vedados. Es lo que ocurre, por ejemplo, con el arbitraje administrativo o de Derecho público y, más concretamente, a la arbitrabilidad de aquellas controversias que traen causa en materias del orden negocial en que interviene el Estado a través de sus órganos".

[120] JEQUIER, Eduardo. *Op. Cit*.: "Tratándose en primer término del arbitraje forzoso, y sin detenernos a analizar aquí la innegable contradicción conceptual que subyace en la imposición por ley del arbitraje sobre materias disponibles en derecho6, pueden citarse como ejemplos de lo dicho (a) el art. 36 de la Ley sobre Concesiones de Obras Públicas, D.F.L. N° 164 del año 1991, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el Decreto N° 900 del Ministerio de Obras Públicas, de 31 de octubre de 1996 (D.O. de 18 de diciembre de 1996), que regula el contrato de concesión de obras públicas; y (b) la Ley Nº 19.865, sobre Financiamiento Urbano Compartido (D.O. de 1 de abril de 2003), que establece también un sistema de Comisiones Conciliadoras que pueden transformarse en 'Comisiones Arbitrales', similares en todo a los contemplados en la recién nombrada ley de Concesiones de Obras Públicas".

[121] Ley de Chile n° 18.803 y su Reglamento (D.S. N° 21 de 16 de enero de 1990, Ministerio de Hacienda).

[122] JEQUIER, Eduardo. *Op. Cit*.: "En otros casos, en fin, la ley ni siquiera condiciona la vía arbitral a una determinada materia de la que deba traer causa la controversia en que interviene el órgano público, sino que la autoriza de manera directa e incluso indirectamente. a) Como ejemplos de la primera situación planteada, de autorización amplia y directa de arbitrabilidad, puede mencionarse (a) el caso contemplado en el art.19 del D.L. N° 2763 de 1979, que reorganiza el Ministerio de Salud y crea los Servicios de Salud (D.O. de 3 de agosto de 1979), en donde se autoriza expresamente al Director del Servicio de Salud respectivo, en

Enquanto a literatura chilena tem defendido majoritariamente que o poder de dirimir conflitos em sede arbitral não requeira autorização legal expressa,[123] a jurisprudência administrativa sobre o tema ainda mantém antigo entendimento no sentido de ser necessária Lei autorizativa para que entidades públicas participem de arbitragens.[124] Oportunamente, no entanto, o parlamento do Chile tem aprovado diversas leis que habilitam grande número de entidades públicas a firmarem – cada vez mais amplos – compromissos arbitrais.

A nossa viagem se encerra com rápidos sobrevoos pela Inglaterra, Estados Unidos, China e Japão. No Reino Unido, como relata Maria João Estorninho, a arbitragem é especialmente difundida e incentivada, inclusive no que toca aos contratos governamentais – os quais, via de regra, estabelecem cláusula compromissória.[125]

Por razões históricas, as contratações realizadas pela Administração britânica sujeitam-se, em mais larga medida, ao mesmo regime jurídico aplicável aos negócios firmados entre particulares. Não há grande desigualdade jurídica entre o particular contratado e a entidade governamental contratante; não abundam cláusulas exorbitantes que decorram diretamente da Lei; não se tem jurisdição dual; nem se fala num (único) "regime jurídico administrativo", muito menos como algo superior e imanente à natureza das coisas.[126] Nesse contexto, não é

---

cuanto jefe superior del Servicio, para designar árbitros en términos amplios, con la sola limitación de no poder asignarles la calidad de arbitradores ni otorgarles sus facultades a los que sean de derecho9; y (b) el caso regulado en el art. 58 de la Ley N° 18.482 (D.O. de 28 de diciembre de 1985), interpretativo del art. 25 de la Ley N° 6.440 (Ley Orgánica de la Corporación de Fomento de la Producción –CORFO–, D.O. de 10 de enero de 1941), en donde se señala expresamente: "Art. 58.- Declárase, interpretando el artículo 25º de la Ley Nº 6.640, que la Corporación de Fomento de la Producción ha estado y está facultada para pactar toda clase de arbitrajes en los contratos que ella celebre". b) Como ejemplo de la segunda situación mencionada, de autorización amplia e indirecta de arbitrabilidad como se dijo, puede citarse lo dispuesto por el art. 65 letra h) de la Ley N° 18.695, Orgánica de Municipalidades (DFL N° 1, del Ministerio del Interior, D.O. de 26 de julio de 2006), en donde se le reconoce al alcalde –con el acuerdo previo del Concejo municipal– la facultad de transigir judicial y extrajudicialmente, lo que presupone necesariamente la disponibilidad de los respectivos derechos controvertidos y, por ende, la posibilidad de solucionar esa controversia por vía arbitral aun cuando la ley no lo diga expresamente. En otros términos, si la ley le reconoce aquí al órgano municipal la posibilidad de obtener la solución de una controversia jurídica por una vía directa y autocompositiva, sin la intervención de los órganos jurisdiccionales estatales por ende, no se divisa razón alguna para impedir que la misma consecuencia se obtenga por la vía arbitral, si las partes así lo quieren".

[123] Cf. VÁSQUEZ PALMA, Fernanda. Arbitraje en Chile. *Análisis crítico de su normativa y jurisprudência*. Santiago de Chile: Legal-Publishing, 2009, p. 118/126.

[124] Dictámenes de la Contraloría General de la República N°10.657/1985, N°14.810/1991, N°344/1996, N°17.160/1996 y N° 54.844/2003.

[125] ESTORNINHO, Maria João. *Direito Europeu dos Contratos Públicos*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 195.

[126] Durante muitos anos, negou-se no Reino Unido a própria existência de um Direito Administrativo. "For the term droit administratif English legal phraseology supplies no proper equivalent. The words

difícil de entender como as arbitragens com a Administração são tão e há tanto tempo difundidas no Reino Unido.[127]

Nos Estados Unidos, a matéria é tratada com minúcias no *Administrative Dispute Resolution Act of 1996* – ADRA. Algumas especificidades merecem destaque. De acordo com ADRA, as partes devem especificar previamente uma quantia monetária máxima para as condenações do Tribunal Arbitral e podem pactuar outras condições que limitem a gama de possíveis resultados.

Ademais, a Administração não pode impor o uso da arbitragem como condição para a obtenção de um benefício ou a assinatura de um contrato – medida problemática para o contexto brasileiro, em que a minuta do contrato é definida na fase interna da licitação. Nos Estados Unidos, a arbitragem pode ser autorizada por qualquer servidor que tenha poderes para concluir um acordo sobre a matéria controvertida ou quando haja permissão especial da instância diretora de sua entidade.[128]

A China, durante as últimas décadas, engajou-se em promover profundas reformas com vistas a se abrir para o mundo. Com esse movimento, o número de conflitos comercias

---

'administrative law', which are its most natural rendering, are unknown to English judges and counsel, and are in themselves hardly intelligible without further explanation. This absence from our language of any satisfactory equivalent for the expression droit administratif is significant; the want of a name arises at bottom from our non-recognition of the thing itself. In England, and in countries which, like the United States, derive their civilisation from English sources, the system of administrative law and the very principles on which it rests are in truth unknown" (DICEY, Albert Venn. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. 8ª ed. Londres: Macmillan, 1915, p. 214-215). Por mais idealizada e ideológica que essa visão possa ser, fato é que ela gerou um menor distanciamento, entre as práticas administrativas e privadas, do que aquele observado nos países de tradição franco-germânica.

[127] ANDREWS, Neil. Mediação e arbitragem na Inglaterra. *Revista de Processo*, vol. 211. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 281-302.

[128] ADRA, §575: "Authorization of arbitration (a) (1) Arbitration may be used as an alternative means of dispute resolution whenever all parties consent. Consent may be obtained either before or after an issue in controversy has arisen. A party may agree to-- (A) submit only certain issues in controversy to arbitration; or (B) arbitration on the condition that the award must be within a range of possible outcomes. (2) The arbitration agreement that sets forth the subject matter submitted to the arbitrator shall be in writing. Each such arbitration agreement shall specify a maximum award that may be issued by the arbitrator and may specify other conditions limiting the range of possible outcomes. (3) An agency may not require any person to consent to arbitration as a condition of entering into a contract or obtaining a benefit. (b) An officer or employee of an agency shall not offer to use arbitration for the resolution of issues in controversy unless such officer or employee-- (1) would otherwise have authority to enter into a settlement concerning the matter; or (2) is otherwise specifically authorized by the agency to consent to the use of arbitration".

internacionais também aumentou substantivamente – o que impulsionou a aprovação de uma Lei sobre arbitragem em 1994.[129]

A Lei Chinesa estabelece que "disputas contratuais entre cidadãos de igual status, pessoas jurídicas e outras organizações, assim como disputas relativas a direitos patrimoniais podem ser dirimidas por arbitragem". Por disposição expressa, nega-se arbitrabilidade a conflitos relativos ao Direito de Família (casamento, adoção, guarda, alimentos) e a contendas cuja apreciação tenha sido legalmente reservada a determinados órgãos administrativos.[130] Essa disposição, ao contrário do que possa parecer, não obstaculiza arbitragens a respeito de contratos firmados entre entidades públicas chinesas e particulares – que, segundo relata Weigong Xu, são frequentes, sobretudo no campo das estatais chinesas.[131]

De acordo com Yutaro Kawabata, o Estado e as entidades administrativas japonesas podem firmar compromissos arbitrais para dirimir disputas contratuais e não há regras especiais no que toca à execução de laudos contrários à Administração.[132]

Por e-mail,[133] o Professor Kawabata relatou que o Governo japonês frequentemente lança mão da via arbitral para solucionar conflitos contratuais com parceiros privados. Do ponto de vista gramatical, haveria um claro obstáculo legal à arbitrabilidade de contendas

---

[129] O Diploma foi promulgado pelo Decreto nº 31 do Presidente da República Popular da China, datado de 31 de agosto de 1994. A Lei entrou em vigor no dia 1º de setembro de 1995. Acessível em: <http://english.mofcom.gov.cn/article/policyrelease/Businessregulations/201312/20131200432698.shtml>. Acesso em: 25/07/2017.

[130] Arbitration Law of the People's Republic of China: "Article 2 Contractual disputes between citizens of equal status, legal persons and other economic organizations and disputes arising from property rights may be put to arbitration. Article 3 The following disputes cannot be put to arbitration: 1. Disputes arising from marriage, adoption, guardianship, bringing up of children and inheritance. 2. Disputes that have been stipulated by law to be settled by administrative organs".

[131] XU, Weigong. Definition of arbitration in China. *Journal of Law and Commerce*, vol. 30, Pittsburgh: University Library System, 2012, p. 107/116.

[132] TEZUKA, Hiroyuki; KAWABATA, Yutaro. Japan: Arbitration Guide. IBA Arbitration Committee, 2012, p. 22: "(i) Do State parties enjoy immunities in your jurisdiction? Under what conditions? Japan and Japanese State entities would be bound by an agreement to arbitrate contractual disputes. (ii) Are there any special rules that apply to the enforcement of an award against a State or State entity? No special rules are stipulated under the Law". Disponível eletronicamente em: <goo.gl/Ueyw7o>. Acesso em: 26/07/2017.

[133] Especialmente em função da barreira linguística, experimentei grande dificuldade para localizar dispositivos legais, artigos doutrinários ou decisões judiciais que abordem como o tema deste estudo é tratado no Japão. Então, solicitei, via e-mail, o auxílio de alguns especialistas locais em arbitragem. A mensagem eletrônica referida foi recebida às 05:44 (horário de Brasília), do dia 26/07/2017.

administrativas, pois a Lei japonesa prevê que "apenas disputas civis que possam ser resolvidas por acordo entre as partes" podem ser objeto de arbitragens.[134]

II.4. Conclusões parciais.

A arbitragem vem ganhando cada vez mais espaço mundo afora, inclusive no campo das contendas com a Administração Pública. O movimento internacional é de progressiva ampliação dos sujeitos e matérias suscetíveis de apreciação arbitral e, nessa esteira, os países vão paulatinamente adaptando os seus ordenamentos para permitir que entidades governamentais participem de procedimentos do gênero.

Tratados multilaterais, diretivas de órgãos comunitários, recomendações (de organizações como a OCDE)[135] e a própria dinâmica do comércio internacional exercem grande influência nesse processo de internalização de normas mais deferentes à arbitragem com entes públicos.

No entanto, ainda quando não há respaldo seguro da ordem jurídica interna o fenômeno acaba ocorrendo. O entendimento de que, no contexto de arbitragens internacionais, são inoponíveis as restrições da legislação interna à participação da pessoa estatal que tenha firmado compromisso arbitral é sinal de que a arbitragem não se confina às fronteiras nem se subordina totalmente às normas nacionais.

No Brasil, como veremos, a Lei nº 13.129/2015 reduziu o espaço de discussão quanto à arbitrabilidade subjetiva da Administração Pública direta e indireta; o legislador foi expresso. O desafio agora consiste em delimitar, com maior precisão, o plexo de matérias administrativas que podem ser dirimidas em instância arbitral: a arbitrabilidade objetiva, tema que será tratado nos Capítulo IV, V e VI.

Dos sistemas analisados, a melhor solução parece ser a adotada pela Alemanha. Falar em "direitos disponíveis" ou em "direitos transacionáveis", expressões tão próprias do direito

---

[134] Law nº 138/2003, art. 13, (1): "*Unless otherwise provided by law, an arbitration agreement shall be valid only when its subject matter is a civil dispute that may be resolved by settlement between the parties (excluding that of divorce or separation)*".

[135] Dentre outros, veja-se os seguintes documentos: OECD Freedom of Investiment Roundtable conclusions. (Disponível em: http://www.oecd.org/investment/Consultation-ISDS-appointing-authorities-arbitration.htm); Transparency and Third-Party Participation in Investor-state Dispute Settlement Procedures (Disponível em: https://www.oecd.org/china/40077817.pdf); Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting (Disponível em: http://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-beps.htm)

privado, na seara da Administração Pública implica problemas e dificuldades potencialmente insuperáveis.

De *lege ferenda*, portanto, seria oportuno reformar o dispositivo legal que delimita, no Brasil, o campo de arbitrabilidade objetiva em disputas com a Administração, para que se considere arbitrável qualquer controvérsia que ostente caráter patrimonial – observadas, talvez, determinadas exceções específicas previstas em Lei.

CAPÍTULO III – A ARBITRABILIDADE SUBJETIVA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

III.1. Conceito e critério geral.

A arbitrabilidade denota a possibilidade jurídica de se submeter determinado conflito de interesses à composição arbitral. Assim, a um só tempo, ela se traduz como condição de validade da convenção de arbitragem, bem como fixa os raios da competência dos árbitros.[136]

O instituto subdivide-se em dois componentes: o subjetivo e o objetivo. Nos próximos capítulos, serão examinadas as questões que podem ser objeto de arbitragens. Neste, analisa-se, sempre na perspectiva dos conflitos com pessoas estatais, a arbitrabilidade subjetiva: quais partes podem se vincular a procedimentos arbitrais e como?

A discussão quanto à arbitrabilidade subjetiva é menos tortuosa do que aquela relativa à dimensão objetiva do instituto. Em linhas gerais, apenas se exige das partes a demonstração de plena capacidade civil.

Na dicção da Lei nº 9.307/1996, "as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem".[137] Como lembra Carmen Tiburcio, ao comentar o critério legal, "a opção pelo juízo arbitral não se presume, nem pode ser imposta, devendo decorrer da vontade expressa das partes, formalizada por escrito".[138]

Nada mais lógico: as pessoas, naturais [139] ou jurídicas [140], que não puderem validamente se vincular por intermédio de negócios jurídicos não poderão se submeter à arbitragem. No que toca às arbitragens entre particulares, portanto, ressalvados casos manualescos, a matéria não apresenta maiores dificuldades.

---

[136] DOLINGER, Jacob. TIBURCIO, Carmen. *Direito internacional privado*: arbitragem comercial internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 213.

[137] Em idêntico sentido, dispõe o Código Civil de 2002, art. 851: "É admitido compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que podem contratar".

[138] TIBURCIO, Carmen. "Arbitragem Envolvendo a Administração Pública: Arbitrabilidade Subjetiva e Objetiva. Histórico e Situação Atual". In: *Arbitragem e Administração Pública*: temas polêmicos. Joaquim Muniz *et al.* (Orgs.). Ribeirão Preto: Migalhas, 2018, p. 113.

[139] De acordo com o Direito brasileiro, a aquisição da capacidade civil plena das pessoas naturais é regida pela Lei do lugar em que tenham domicílio. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, art. 7º: "A lei do país em que domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família".

[140] De acordo com o Direito brasileiro, a aferição da capacidade civil de pessoas jurídicas deve ser feita à luz da legislação vigente no local de sua constituição. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, art. 11: "As organizações destinadas a fins de interesse coletivo, como as sociedades e as fundações, obedecem à lei do Estado em que se constituírem".

III.2. Administração e Arbitrabilidade Subjetiva

Na seara da Administração Pública, contudo, a arbitrabilidade subjetiva sempre suscitou embates, perplexidades e dúvidas. A primeira delas foi resolvida pelo legislador, com a edição da Lei nº 13.129/2015, que esclareceu que tanto as entidades da Administração Indireta, pessoas jurídicas de direito privado e de direito público, como a Administração Direita podem utilizar-se da arbitragem.

Antes da reforma legislativa, muitos autores e tribunais consideravam que apenas as estatais exploradas de atividade econômica em regime de concorrência estavam autorizadas a participar de arbitragens.[141] Outros defendiam que a submissão de entidades administrativas a procedimentos arbitrais dependia de autorização legislativa expressa. De certo, havia muita resistência quanto à admissão da Administração Direta como parte em arbitragens.

A Lei nº 13.129/2015, com clareza categórica, dissipa questionamentos e objeções. O diploma reconheceu a arbitrabilidade subjetiva da Administração Pública como um todo – entes políticos, autarquias, fundações, consórcios, empresas públicas e sociedades de economia mista.

São necessárias, contudo, duas observações. Em primeiro lugar, apenas pessoas jurídicas em sentido estrito – de direito privado ou público – podem ser partes de processos judiciais[142] ou arbitrais.

Com isso, órgãos públicos despersonalizados não podem ser (diretamente) partes de arbitragens; seguramente não das regidas pela Lei nº 9.307/1996. Os órgãos da Administração Direta devem ser representados, em juízo (estatal ou arbitral), pelo ente político ao qual pertençam.[143]

---

[141] O professor Luís Roberto Barroso, em um primeiro momento, chegou mesmo a se manifestar pela inviabilidade de sociedade de economia mista prestadora de serviço público participar de arbitragens sem autorização legal específica para tanto. (Cf. BARROSO, Luís Roberto. Sociedade de Economia Mista prestadora de serviço público, cláusula arbitral inserida em contrato administrativo sem prévia autorização legal. Inviabilidade. In: Temas de Direito Constitucional. *Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo*. São Paulo, vol. 4, 2012, p. 1257-1294).

[142] Na esfera judicial, tem-se admitido excepcionalmente a personalidade judiciária de órgãos públicos de cúspide apenas para a defesa de seus interesses institucionais. Nesse sentido, orienta a Súmula nº 525 do STJ: "A Câmara de Vereadores não possui personalidade jurídica, apenas personalidade judiciária, somente podendo demandar em juízo para defender os seus direitos institucionais".

[143] Como será estudado no Capítulo VIII, os órgãos públicos podem ser partes de procedimentos de arbitramento intra-administrativos, como aquele processado perante a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF).

Em segundo lugar, impõe-se analisar uma questão de competência legislativa – que também virá à tona no tratamento do próximo tópico. A Lei nº 9.307/1996 é aplicável a todos os entes federativos quando trata de questões relativas ao direito processual (arbitragem) ou ao direito civil (contratos) – por força do disposto no art. 22, I, da Constituição Federal.

A participação em arbitragens de pessoas administrativas é, contudo, matéria sujeita à competência legislativa comum, com o filtro da autonomia federativa. Embora os entes locais (Estados, Distrito-Federal e Municípios) não possam ampliar, por exemplo, o escopo de arbitrabilidade objetiva traçado pela Lei Federal (no que estariam legislando sobre matéria de competência privativa da União), é dado a eles dispor restritivamente a respeito da participação de seus componentes nos procedimentos.

A princípio, ressalvado o caso das empresas estatais concorrentes,[144] seria lícito até mesmo que um Estado ou Município proscrevesse, em absoluto, a participação de todas as pessoas a ele vinculadas em arbitragens.

Na inexistência de disciplina local, contudo, não há óbice jurídico para que os entes menores (e as entidades que os constituam) invoquem diretamente a Lei Federal nº 9.307/1996 como fundamento para a sua participação em procedimentos arbitrais.[145]

III.3. Competência para a celebração de convenções de arbitragem

A Lei nº 13.129/2015 buscou definir a autoridade administrativa competente para a celebração da convenção de arbitragem, introduzindo ao art. 1º, da Lei nº 9.307/1996, um segundo parágrafo com o seguinte conteúdo: "A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações".

---

[144] No caso das empresas estatais sujeitas ao regime de livre concorrência, seria discutível a possibilidade de interdição legislativa de sua capacidade de firmar convenções arbitrais. Isso porque o art. 173, § 1º, II, da Constituição, estabelece um regime de paridade jurídica entre elas e as empresas privadas. A doutrina administrativista tem ressaltado que essa paridade deve ser observada nos ônus e nos bônus; ou seja, não seria possível nem criar benefícios inextensíveis às empresas privadas, nem encargos peculiares (além daqueles previstos pela própria Constituição). Nesse sentido, ver: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais*: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 115-117.

[145] TIBURCIO, Carmen. "Arbitragem Envolvendo a Administração Pública: Arbitrabilidade Subjetiva e Objetiva. Histórico e Situação Atual". In: *Arbitragem e Administração Pública*: temas polêmicos. Joaquim Muniz et al. (Orgs.). Ribeirão Preto: Migalhas, 2018, p. 119.

O primeiro comentário a ser feito é que essa disposição é aplicável apenas à Administração Pública Federal Direta. A definição das autoridades e órgãos com poderes para celebrar contratos, inclusive convenções arbitrais, é matéria sujeita à competência legislativa de cada ente federativo, até como corolário da autonomia administrativa e organizacional que as unidades da Federação devem gozar.

Portanto, os entes locais são competentes para editarem regras diversas ou, na ausência de norma específica sobre o assunto, recorrerem a recursos hermenêuticos para integrar tal lacuna (*e.g.*, extensão analógica ou teoria dos poderes implícitos).

No âmbito da União, para o qual a norma é aplicável, é o art. 1º, da Lei nº 9.469/1997, com a redação dada pela Lei nº 13.140/2015, que define as autoridades responsáveis pela celebração de acordos e transações:

> Art. 1º O Advogado-Geral da União, diretamente ou mediante delegação, e os dirigentes máximos das empresas públicas federais, em conjunto com o dirigente estatutário da área afeta ao assunto, poderão autorizar a realização de acordos ou transações para prevenir ou terminar litígios, inclusive os judiciais. (Redação dada pela Lei nº 13.140, de 2015).

A princípio, competiria ao Advogado-Geral da União celebrar convenções de arbitragem que vinculem a Administração Pública Federal Direta. Ao menos diretamente, a segunda parte do critério não seria aplicável, porquanto o art. 1º, §2º, da Lei nº 9.307 trata apenas da competência para a celebração do compromisso na Administração Pública Federal Direta.[146]

A solução adotada, em todo caso, não foi feliz e a sua leitura mais literal sequer se compatibiliza com a Constituição. Como bem captado por Carmen Tiburcio, são diversos os órgãos da Administração Direta que celebram contratos e a regra indigitada acabaria por transferir, ao menos parcialmente, essa competência para os advogados públicos – o que, além de subverter a lógica do processo decisório administrativo, promove uma equivocada compreensão de que a decisão pela arbitragem seria puramente técnica.[147-148]

---

[146] Lei nº, 9.307/1996, art. 1º, §2º: "A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações". Redação dada pela Lei nº 13.129/2015.

[147] TIBURCIO, Carmen. "Arbitragem Envolvendo a Administração Pública: Arbitrabilidade Subjetiva e Objetiva. Histórico e Situação Atual". In: *Arbitragem e Administração Pública*: temas polêmicos. Joaquim Muniz et al. (Orgs.). Ribeirão Preto: Migalhas, 2018, p. 120: "A submissão (ou não) de um litígio, atual ou

Além disso, não se pode olvidar que a Constituição reserva ao Presidente República iniciativa privativa para as leis que disponham sobre organização administrativa (CF/88, art. 61, §1º, II, b), no que se inserem a distribuição de competências entre os órgãos da Administração.

A Lei nº 13.129/2015 resulta do Projeto de Lei do Senado nº 406/2013, de autoria do Senador Renan Calheiros (PMDB/AL). Não poderia tal diploma, de iniciativa parlamentar, atribuir competências à Advocacia Pública para a celebração de contratos (convenções arbitrais) – muito menos quando isso implica a subtração de poderes de órgãos da Administração Direta, que, por definição, são hierarquicamente subordinados ao Chefe do Poder Executivo.

A interpretação literal do critério previsto pelo art. 1º, §2º, da Lei nº 9.307/1996 induziria a sua inconstitucionalidade. Assim, justifica-se a interpretação do dispositivo conforme a Constituição e, em linha com as lições do pragmatismo jurídico,[149] atenta ao contexto concreto da Administração Pública brasileira.

A solução mais consentânea aos ditames constitucionais, à prática administrativa e ao arcabouço jurídico que rege a contratação administrativa está na observância do sistema

---

potencial, à arbitragem não decorre de uma avaliação meramente técnica. Sem dúvidas, há elementos jurídicos a serem considerados (como a arbitrabilidade objetiva), mas é igualmente evidente que eles não esgotam a reflexão a ser feita. Do fato de a opção pela arbitragem ser viável juridicamente não decorre que se deva ou mesmo que seria preferível fazê-lo. Há aqui um inevitável espaço de discricionariedade administrativa, a ser preenchido por um juízo de conveniência e oportunidade que só as mais elevadas autoridades de cada pasta, órgão autônomo ou Poder, ou dirigente da empresa, fundação ou autarquia, por sua posição institucional, poderiam realizar (sem prejuízo da possibilidade de delegação)".

[148] Essa também não parece ter sido a intenção do legislador, que rejeitou proposta de emenda que atribuía aos órgãos de representação judicial da Fazenda Pública a competência para celebrar as convenções arbitrais. Embora o critério que prevalecera, aplicado em conjunto com o disposto pela Lei nº 9.469/1997, teoricamente leve ao mesmo resultado da emenda rejeitada; o objetivo do parlamento claramente era afastar o poder de decidir pela arbitragem dos advogados públicos. Nesse sentido, veja-se o Parecer do relator do PLS Nº 406/2013 pela rejeição parcial da Proposta de Emenda nº 07, apresentada pelo Senador Gim Argelo. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4412865&disposition=inline>. Acesso em 26/07/2018.

[149] Nos últimos anos, o Direito brasileiro tem incorporado, de modo mais sistemático e teorizado, algumas das teses centrais do pragmatismo jurídico, em especial a do consequencialismo (que, ao lado do antifundacionalismo e do contextualismo, constituiria a matriz pragmatista – esquema simplificado do eixo conceitual dessa escola de pensamento que fora idealizado por Thamy Pogrebinschi). Seja pelo pioneirismo, pela densidade ou pelo didatismo, a obra de referência sobre o assunto é a versão comercial da Tese de Doutorado de José Vicente Santos de Mendonça (*Direito Constitucional Econômico*: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. 2ª ed. Belo Horizonte. Editora Fórum, 2018).

bifurcado que existe nas contratações públicas em geral, exatamente como previsto pelo art. 7º, do Decreto nº 46.245/2018, do Estado do Rio de Janeiro.[150]

Assim, enquanto à Advocacia Pública deve competir o exame e a aprovação, sob a ótica da higidez jurídica, de editais e minutas contratuais;[151] toca à autoridade máxima de cada Poder, Órgão Autônomo, Ministério, empresa estatal, fundação, autarquia ou consórcio, ou ainda a eventual agente delegatário, decidir, no exercício de intransferível margem de discricionariedade, pelo firmamento ou não de convenção arbitral.[152]

III.4. Peculiaridades do regime jurídico arbitral das empresas estatais.

Embora diferenciações específicas permeiem o texto, como no caso da execução de sentenças arbitrais (Capítulo VII), o seu intuito primeiro é esclarecer que não existe um só regime jurídico arbitral homogênea e indistintamente aplicável à Administração Pública, como um todo.

Mais especificamente, enfoca-se nesta seção o regime arbitral aplicável às empresas estatais, particularizando-se ainda o regime das estatais que, por explorar atividade econômica em sentido estrito, sujeitam-se ao dever de equânime concorrência com as empresas particulares.

A Lei nº 13.303/2016 trouxe mudanças relevantes aos contratos celebrados por empresas públicas e sociedades de economia mista. Em seu art. 68, aponta que tais avenças regulam-se "regulam-se pelas suas cláusulas, pelo disposto nesta Lei e pelos preceitos de direito privado".

Em seu art. 72, a Lei repele as chamadas cláusulas exorbitantes; os poderes unilaterais da Administração contratante. Estabelece o dispositivo: "os contratos regidos por esta Lei somente poderão ser alterados por acordo entre as partes".

---

[150] Decreto nº 46.245/2018, do Estado do Rio de Janeiro, art. 7º: "Caberá, exclusivamente, ao Secretário de Estado responsável pela ordenação de despesas a celebração de contratos contendo cláusula compromissória, bem como a assinatura de compromisso arbitral, ouvida, previamente, a Procuradoria Geral do Estado".

[151] Nessa linha, dispõe o parágrafo único, do art. 38, da Lei nº 8.666/1993: "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".

[152] A solução também é defendida por Carmen Tiburcio, em "Arbitragem Envolvendo a Administração Pública: Arbitrabilidade Subjetiva e Objetiva. Histórico e Situação Atual". In: *Arbitragem e Administração Pública*: temas polêmicos. Joaquim Muniz et al. (Orgs.). Ribeirão Preto: Migalhas, 2018, p. 121.

No parágrafo único do art. 12, autoriza-se previsão estatutária de resolução de disputas entre acionistas ou entre acionistas e a respectiva sociedade de economia mista mediante arbitragem.[153]

Todas essas disposições apontam para uma aproximação íntima do regime arbitral das empresas estatais, entidades que embora pertencentes à Administração Pública possuem natureza jurídica de direito privado, àquele aplicável aos particulares em geral.

Essa aproximação, por diretriz constitucional, precisa ser ainda mais intensa no caso das sociedades de economia mista e empresas públicas que concorrem com a iniciativa privada. Como se sabe, em seu art. 173, § 1º, II, a Constituição impõe às estatais que explorem atividade econômica em sentido estrito "a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários".

A doutrina costuma se referir à regra transcrita como *princípio da paridade de regimes jurídicos*[154] e o seu objetivo fulcral é repelir a concorrência desleal, ao afastar das estatais, ressalvadas as exceções com sede constitucional, benefícios ou ônus inexistentes para as empresas privadas que com elas competem.

Restrições à arbitrabilidade objetiva, à sede, à língua e aos critérios utilizados pelos árbitros podem criar obstáculos severos à exploração da atividade visada pela empresa pública ou sociedade de economia mista, que precisa ser necessária à promoção de "imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo" para autorizar a criação de qualquer estatal.

Cláusulas arbitrais, alinhadas aos padrões internacionais do setor econômico, costumam ser exigidas em contratos comerciais ou de financiamento, especialmente entre partes de nacionalidades distintas.[155] Criar embaraços ao uso da arbitragem por estatais concorrentes é impedir a consecução eficiente de seus objetivos constitucionais e legais.

---

[153] Lei nº 13.303/2016, art. 12, parágrafo único: "A sociedade de economia mista poderá solucionar, mediante arbitragem, as divergências entre acionistas e a sociedade, ou entre acionistas controladores e acionistas minoritários, nos termos previstos em seu estatuto social".

[154] Tratamento detalhado e crítico do princípio pode ser encontrado em: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais*: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 106-117.

[155] ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais*: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 115: "a partir do momento em que o Estado, por razões de relevante interesse coletivo decide, por lei, atuar em determinado setor econômico,

À luz do disposto pelo art. 173, §1º, II, da Constituição, a solução hermenêutica adequada parece ser a equiparação, mais próxima quanto possível, do regime jurídico arbitral das estatais concorrentes àquele aplicável às empresas privadas.

Naturalmente, contudo, haverá derrogações constitucionais desse regime de paridade.[156] Não examinaremos nenhuma dela neste trabalho, mas podemos ilustrar o ponto, com breve menção, sem pretensão de exaustividade, ao confronto entre a típica confidencialidade dos procedimentos arbitrais com o dever de publicidade imposto à Administração Pública.[157]

À Administração Pública direta e autárquica impõe-se o dever de ampla transparência; donde a regra deve ser a larga publicidade dos procedimentos arbitrais, a ser afastada muito excepcionalmente, em decisão justificada e na menor extensão possível, para proteger a intimidade de particulares ou para a tutela da segurança nacional e da soberania.[158-159]

O princípio da publicidade não pode ser aplicado, nessa mesma extensão, às estatais concorrentes, cujos interesses comerciais, sensíveis e estratégicos, são ínsitos às atividades que lhes cabem explorar. Por isso, nesse caso, a solução mais adequada, a título de regra,

---

também franqueado à iniciativa privada, deve possuir os instrumentos de eficiência necessários para poder atuar eficazmente, não sendo admissível que o ordenamento jurídico lhe dê a missão de atuar no mercado, o que pressupõe a agilidade e a agressividade inerentes às atividades econômicas concorrenciais, e lhe retire os meios, impondo-lhe uma série de estorvos não presentes nas suas concorrentes privadas".

[156] ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais*: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 116: "É óbvio que, por ser uma atuação estatal, nunca estará totalmente livre dos parâmetros de atuação republicanos, mas estes devem lhe ser aplicados na estrita medida necessária e sempre considerando as necessidades de sua atuação eficiente no mercado".

[157] Análise interessante do tema é feita por: ARAÚJO NETO, Pedro Irineu de Moura. A confidencialidade do procedimento arbitral e o princípio da publicidade. *Revista de Informação Legislativa*, a. 53, n. 212, 2016, pp. 139-154.

[158] Aqui pode-se invocar, pela via integrativa da analogia, o disposto no art. 189 do Código de Processo Civil de 2015 e na Lei nº 12.527/2011.

[159] BARCELLOS, Ana Paula de. Acesso à informação, os princípios da Lei n 12527/2011. *Quaestio Juris*, v. 8, n. 3, 2015, p. 1748: "Nos termos da Constituição, a publicidade será sempre a regra, e o sigilo dos atos do Poder Público apenas é admitido para preservação da intimidade e quando seja necessária à segurança da sociedade e do Estado. Entretanto, não basta a invocação genérica da intimidade ou da segurança da sociedade e do Estado para que o sigilo seja justificado. A opção pelo sigilo não é livre à autoridade, devendo ser apresentadas, publicamente, as razões pelas quais se considera que a informação deve ser mantida em sigilo. A publicidade das razões para o ato do Poder Público que decidiu pelo sigilo é obrigatória, até para viabilizar o controle pelo Poder Judiciário. Uma vez que a publicidade dos atos públicos não é uma faculdade do agente público, mas um dever, a sua não aplicação a determinado caso poderá sofrer escrutínio".

parece ser a publicização dos procedimentos arbitrais apenas para os órgãos de controle competentes.[160]

E assim por diante. Deve-se emprestar às estatais exploradoras de atividade econômica em sentido estrito regime jurídico arbitral análogo ao das empresas privadas, com os inevitáveis influxos do regime administrativo decorrentes da Constituição.

Apenas no caso das empresas estatais prestadoras de serviço público, não submetidas ao regime concorrencial, imagina-se, diante da orientação jurisprudencial[161] e especialmente no que tenha a ver mais diretamente com o serviço público prestado, um maior distanciamento do regime jurídico arbitral privado – no que toca, por exemplo, à própria extensão do dever de publicidade nos procedimentos e, também, à execução das sentenças arbitrais (*vide* Capítulo VII).

---

[160] *Cf.* MOREIRA, Egon Bockmann. Arbitragem, Administração Pública e confidencialidade. *Gazeta do Povo*, Curitiba, 09 nov. 2018.

[161] Cita-se, por exemplo, os precedentes que sujeitaram as estatais prestadoras de se serviço público à execução pelo regime de precatórios. (Veja-se: STF, Recurso Extraordinário nº 220.906, relatado pelo Min. Maurício Corrêa, DJ 14.11.2002; STF, Primeira Turma, RE 627242 AgR, Rel. p/ Acórdão: Min. Luís Roberto Barroso, DJ*e* 25-05-2017; STF, Tribunal Pleno, ADPF 387, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ*e* 25-10-2017). Subscrevo as críticas que os administrativistas têm tecido ao entendimento jurisprudencial consagrado pelo STF. Críticas agudas a essa orientação jurisprudencial são feitas por: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais*: O regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, 289-297; MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito Constitucional Econômico*: A intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. 2ª ed. Belo Horizonte. Editora Fórum, 2018, p. 242 e ss.; JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 301-302.

CAPÍTULO IV – A ARBITRABILIDADE OBJETIVA DOS CONFLITOS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

IV.1. Colocação do problema.

A opção pela arbitragem, como meio de solução de conflitos com a Administração, tem redundado, com frequência preocupante, numa metalitigiosidade: antes de examinar-se o mérito da disputa, passa-se anos discutindo judicialmente a competência do foro arbitral para examiná-lo.

As medidas antiarbitrais, na maior parte dos casos em sede liminar, têm sido vulgarmente adotadas em relação a procedimentos envolvendo a Administração Pública.[162] Como destacado, a contenda judicial quanto à extensão da competência da autoridade arbitral, por vezes, se arrasta, anos a fio, até o Superior Tribunal de Justiça (como foi o caso do CC nº 139.519). Nesse cenário, valores informadores do instituto arbitral – como a segurança jurídica e a celeridade – são frustrados antes mesmo de a atividade cognitiva se iniciar.

A questão posta é complexa e envolve problemas e aspectos pouco suscitados. No campo das contratações públicas, em especial grandes projetos de infraestrutura e delegações de monopólios e serviços públicos, as restrições podem ainda afastar potenciais investidores, sobretudo os estrangeiros. Tal consequência não se coaduna com o princípio da ampla competitividade, constante do art. 3º, da Lei nº 8.666/93, pelo qual o Estado deve tomar todas as medidas possíveis para ampliar o número de competidores em suas licitações.

Em ambos os casos, a obstrução da via arbitral poderia implicar o aumento dos custos ou a redução dos ganhos administrativos – consequências que devem ser repelidas, até com base nos princípios da eficiência e da economicidade.[163]

---

[162] Para ilustrar, veja-se o recente precedente do TRF2, 8ª Turma, AC 201451011675922, Rel. Des. Fed. Guilherme Diefenthaeler, DJ*e* 23/06/2018: "Na ação ordinária nº 0005966-81.2014.4.02.5101, entendeu-se pela inaplicabilidade da cláusula de arbitragem ao caso em questão, bem como a nulidade do procedimento arbitral para tratar do objeto apresentado na presente demanda. Com isso, há decisão judicial no sentido de que a autora não pode se utilizar do juízo arbitral, isto é, o processo arbitral não será inaugurado em razão da eficácia da tutela inibitória que proíbe o início do mencionado procedimento. (...) Apelação desprovida". O caso de que tratam os autos citados também era relativo à disputa entre a Petrobras e a ANP, respeitante a unificação de campos de petróleo. Na ação originária, de natureza cautelar, visava-se a obter autorização para o depósito judicial dos valores controversos de participações governamentais pela exploração petrolífera nos Campos Lula e Cernambi.

[163] "Não se exige mais apenas que o administrador público aja dento dos limites legais. É fundamental também que a ação administrativa seja eficiente e que produza resultados eficazes para a sociedade; daí a inclusão do princípio da eficiência no rol dos princípios aplicáveis à Administração Pública (art. 37 da CF). O direito administrativo pós-moderno instituiu um novo patamar de vinculação jurídica para a

No caso das empresas estatais que atuam que concorrem com atores empresariais privados, como examinado no Tópico III.4, restrições à arbitrabilidade podem violar o princípio da paridade de regime jurídicos (CF, art. 173, § 2º), pelo qual as estatais sujeitas ao regime de concorrência devem receber, nos ônus e nos bônus, o mesmo tratamento aplicável aos particulares.[164] Em alguns setores econômicos, a resolução de controvérsias pelo método arbitral já integra mesmo a *lex mercatória*.

Todos esses fatores devem ser considerados para a elucidação da questão colocada, mas não se pode erigir um sistema ideal ignorando ou sacrificando a sistemática legal, ainda quando se esteja certo de sua infelicidade e da conveniência de sua alteração.

Embora tendências supranacionais possam ser identificadas, não há regra universal sobre o tema.[165] O escopo de arbitrabilidade objetiva depende das dinâmicas opções legislativas que forem feitas em cada tempo e lugar, como bem é ilustrado pela cambiante experiência italiana examinada no Capítulo II.

No caso do Brasil, o legislador decidiu traçar o escopo de arbitrabilidade administrativa com base em categorias imprecisas e impróprias ao Direito Público – que vêm gerando inúmeras dúvidas e disfunções.

Contudo, por mais problemáticas que sejam, não se pode ignorar esta lição basilar de hermenêutica: o elemento gramatical da norma deve ser, a um só tempo, o ponto de partida e o limite último da interpretação jurídica.[166]

Administração Pública: a realização efetiva de um resultado determinante, sendo o princípio da eficiência seu principal veículo condutor. O que se espera do administrador público na condução dos processos de contratação pública é a obtenção de um resultado legítimo e eficiente, se não alcançou o resultado desejado". (GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 73)

[164] ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais*: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 115-117.

[165] "A arbitrabilidade objetiva de um litígio só pode ser analisada à luz de cada ordenamento jurídico. Não há uma regra universal sobre o tema apta a reger a questão em todo lugar. As peculiaridades de cada sistema normativo é que apontarão as opções legislativas relacionadas à maior ou menor restrição do âmbito de litígios sujeitos à arbitragem". BAPTISTA, Patrícia Ferreira. A inarbitrabilidade objetiva do conflito entre Petrobras e a ANP. Parecer concedido à Agência Nacional do Petróleo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 275, 2017, p. 255. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/71654>.

[166] O elemento gramatical ou filológico corresponde ao texto da norma. Segundo leciona Luís Roberto Barroso, "os conceitos e possibilidades semânticas do texto figuram como ponto de partida e como limite máximo da interpretação. O intérprete não pode ignorar ou torcer o sentido das palavras, sob pena de sobrepor a retórica à legitimidade democrática, à lógica e à segurança jurídica. A cor cinza pode

IV.2. Administração Pública, "direitos patrimoniais disponíveis" e arbitragem.

Se a interpretação da locução "direitos patrimoniais disponíveis" no Direito Privado já não é de todo simplória, a exegese da expressão no Direito Administrativo traz inúmeras complexidades.

Não foi feliz o legislador ao utilizá-la nesse ramo jurídico – em que a disponibilidade ostenta contornos conceituais completamente diversos daqueles que possui no mundo privado, de onde advém. A definição mais detalhada do seu significado, no entanto, é essencial para elucidar quais são as controvérsias envolvendo a Administração que podem ser objeto de composição arbitral.[167]

Cabe ressaltar, desde já, que o parâmetro legal, tal qual atualmente enunciado, condiciona a abertura da via arbitral à satisfação *cumulativa* dos dois requisitos que passam a ser analisados na sequência: (i) a patrimonialidade e (ii) a disponibilidade, do direito controvertido entre as partes (*vide* Tópico IV.3.1).

IV.2.1. O que se deve entender por direitos patrimoniais?

A natureza patrimonial[168] de um direito não se afirma apenas na hipótese de o seu conteúdo se expressar imediatamente em pecúnia. Eduardo Talamini, com acerto, sublinha que a "patrimonialidade também se configura pela aptidão de o inadimplemento ser reparado, compensado ou neutralizado por medidas com conteúdo econômico".[169]

---

compreender uma variedade de tonalidades entre o preto e o branco, mas não é vermelha nem amarela". (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 315).

[167] No mesmo sentido, *v.* BAPTISTA, Patrícia. Parâmetros para a arbitrabilidade objetiva de conflitos envolvendo a Administração Pública: inadequação do conceito de 'direito patrimonial disponível' e inarbitrabilidade da matéria regulatória. In: *XLIV Congresso Nacional de Procuradores de Estado e do Distrito Federal*, 2018 Bahia. Teses admitidas ao XLIV Congresso Nacional de Procuradores de Estado e do DF, 2018, p. 04: "o critério do 'direito patrimonial disponível', além de inadequado às relações jurídico-administrativas, não se presta como critério suficientemente seguro e apto a balizar, sem conflitos, arbitragens no âmbito daquelas relações".

[168] A respeito do conceito de "patrimonialidade", consulte-se: COSTA, Almeida. *Direito das obrigações*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1984. p. 63-66; VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. 7. ed. Coimbra: Almedida, 1991. v. 1. p. 102-107; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 10. ed. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 2-6; GOMES, Orlando. *Obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 20-21; LOPES, Serpa. *Curso de Direito Civil*. 5. ed. v. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989. p. 23-25; JUSTEN FILHO, Marçal. *Sujeição passiva tributária*. Belém: CEJUP, 1986. p. 79-80.

[169] TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória) – versão atualizada para o CPC/2015. *Revista de Processo*, vol. 264, ano 42, p. 83-107, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 99.

Desse modo, o descumprimento de obrigações contratuais sem expressão econômica direta (*e.g.*, o dever de exclusividade em contratos de franquia) pode constituir objeto de arbitragens, caso tenham repercussões de caráter patrimonial (*e.g.*, multas pecuniárias ou dever de indenizar os prejuízos eventualmente causados).

No campo dos contratos celebrados pela Administração Pública, sejam eles de direito privado ou submetidos a regime jurídico administrativo, a presunção é de que todos os interesses e direitos lá dispostos ostentem caráter patrimonial.

Enzo Roppo destaca que a substância real de qualquer contrato é sempre uma operação econômica, de modo que direitos não suscetíveis de valoração patrimonial não podem constituir matéria contratual.[170] A patrimonialidade é, assim, elemento ínsito a toda relação contratual.[171]

Ao se analisar a arbitrabilidade de direitos derivados, deve-se ter em vista que a natureza do primeiro não determina a do segundo. A lógica da indisponibilidade e, mais especialmente, da patrimonialidade não é a da *árvore envenenada*:[172] os *frutos* devem ser analisados isoladamente, com abstração dos caracteres do título sobre o qual se fundam.

Assim, reflexos patrimoniais e disponíveis de direitos extrapatrimonias ou mesmo indisponíveis poderão ser apreciados em sede arbitral. A doutrina civilista clássica a respeito

---

[170] ROPPO, Enzo. *Il Contratto*. 2ª ed. Milão: Giuffré Editore, p. 5/15. O Código Civil italiano, em seu artigo 1.321, confere respaldo normativo à lição de Roppo, ao prever que o contrato consiste no "*accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale*". O dispositivo pode ser traduzido da seguinte maneira: "O contrato é o acordo de duas ou mais partes para constituir, regular ou extinguir uma relação jurídica patrimonial havida entre elas".

[171] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. II. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 21-22: "Via de regra e na grande maioria dos casos, a prestação apresenta-se francamente revestida de cunho pecuniário, seja por conter em si mesma um dado valor, seja por estipularem as partes uma pena convencional para o caso de descumprimento. E, como tal pena traduz por antecipação a estimativa das perdas e danos, a natureza econômica do objeto configura-se indiretamente o por via de consequência. Poderá, entretanto, acontecer que a patrimonialidade não se ostente na obrigação mesma, por falta de uma estimação pecuniária que os interessados, direta ou indiretamente, lhe tenham atribuído". Contudo, o caráter econômico estará presente "ainda no caso de se não fixar um valor para o objeto, a lei o admite implícito, tanto que converte em equivalente pecuniário aquele a que o devedor culposamente falta, ainda que não tenham as partes cogitado do seu caráter econômico originário, e isto tanto nas obrigações de dar como nas de fazer, demonstrando que a patrimonialidade do objeto é ínsita em toda obrigação".

[172] Alude-se aqui à construção jurisprudencial norte-americana, incorporada pelo Direito brasileiro, da teoria dos frutos da árvore envenenada (*the fruits of the poisonous tree doctrine*), segundo a qual as provas obtidas, ainda que de modo abstrato e formalmente legal, mas em decorrência de provas ilícitas são também inadmissíveis.

da transação[173] – instituto que tem por objeto direitos patrimoniais de caráter privado (Código Civil, art. 841) – provê esteio seguro para essa compreensão.

Ao comentar os requisitos à transacionabilidade, a literatura especializada deixa claro que as restrições não se comunicam aos reflexos meramente pecuniários decorrentes de direitos não transacionáveis. O exemplo mais célebre do fenômeno é o direito a alimentos que, embora seja intransmissível, irrenunciável e intransacionável, permite que o *quantum* e a forma das prestações respectivas sejam fixados pela via do acordo de vontades; pela via da transação.[174]

Foram feitos três apontamentos relevantes acerca da patrimonialidade como requisito à arbitrabilidade objetiva, que podem ser sistematizados nas seguintes proposições: I) Direitos sem imediata expressão econômica devem ser considerados patrimoniais sempre que a sua transgressão ensejar medidas reativas com conteúdo econômico (*e.g.*, compensatórias, punitivas, neutralizadoras *etc.*); II) Os direitos constantes de um contrato, e isso vale mesmo para os celebrados pelo Poder Público, ostentam presumidamente natureza patrimonial; III) Os desdobramentos de direitos indisponíveis ou extrapatrimoniais não são contaminados pelos caracteres deles; caso apresentem natureza econômica e admitam disposição contratual serão arbitráveis.

---

[173] A transação é o negócio jurídico pelo qual as partes fazem concessões recíprocas, sobre os direitos que alegam possuir, com o fito de prevenir ou terminar um conflito. A transação – que implica renúncias parciais a um direito – é instituto bem distinto da arbitragem, que pressupõe renúncia, não ao direito material controvertido, mas ao direito processual de provocar a sua apreciação pelo Judiciário. Não se deve confundir a arbitragem com a transação, cuja referência justifica-se apenas para a interpretação da expressão "direitos patrimoniais disponíveis", que constituí o objeto de ambos institutos. "É importante ressaltar que, ao submeter uma discussão à arbitragem, as partes não estão abrindo mão de seus direitos ou mesmo transigindo (isto é, aceitando perder parte do seu direito). Ao se valerem da arbitragem, as partes na verdade escolhem um juízo privado para pôr termo ao litígio. A arbitragem apontará quem tem razão na disputa. Cada parte terá oportunidade de expor seus argumentos, defendê-los, produzir prova, enfim, terá oportunidade de influenciar na decisão a ser tomada, de modo a proteger seus interesses. Não se confunde com um mero acordo, com a aceitação passiva da redução de seu patrimônio ou com algo semelhante". (SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O Cabimento da Arbitragem nos Contratos Administrativos. *Revista de Direito Administrativo*. n. 248, p. 117-126, 2008, p. 121).

[174] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. III. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 468: "A restrição aqui apontada compreende os direitos em si mesmos, sem exclusão dos efeitos patrimoniais que possam gerar. Assim é que se o *status familiae* é insuscetível de transação, os efeitos econômicos respectivos podem ser por ela abrangidos; se o direito a alimentos é intransmissível, é válida a que compreende o montante das prestações respectivas". Orlando Gomes, também discorrendo sobre a transação, esclarece que o "interesse não precisa ser econômico, mas o objeto da prestação há de ter conteúdo patrimonial. Na sua contextura, a prestação precisa ser patrimonial, embora possa corresponder a interesse extrapatrimonial" (GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 24).

As situações descritas nos pontos *um* e *três* não podem ser confundidas. No primeiro caso, haverá plena arbitrabilidade do direito que, conquanto não desfrute de imediata expressão econômica, deve ter sua patrimonialidade reconhecida em função das medidas reativas que atrai. No terceiro, há direitos autônomos; embora o de natureza patrimonial derive de direito indisponível ou extraeconômico. Assim, diferentemente do que ocorre no primeiro cenário, só o direito derivado será arbitrável.

No contexto da Administração Pública, não são raros os direitos que, embora não sejam, em si mesmos, economicamente mensuráveis, ensejam medidas reativas pecuniárias ou provocam efeitos patrimoniais claros. Dois exemplos ilustram o ponto e encerram o tópico.

O dever de confidencialidade ou a vedação à construção de réplicas, em um contrato de compra e venda de satélites militares assinado pelo Ministério da Defesa, não possuem expressão patrimonial direta; mas devem ser assim considerados se houver previsão de cláusula penal na avença, por exemplo.[175] A prerrogativa administrativa de alterar unilateralmente os seus contratos não ostenta caráter patrimonial nem disponível, mas impõe à Administração que recomponha o equilíbrio econômico-financeiro da avença – desdobramento patrimonial que, como se verá, é plenamente arbitrável.

IV.2.2. O que se deve entender por direitos disponíveis em relações jurídicas com a Administração Pública?

Na gramática civilista, o adjetivo "disponível" qualifica direitos que possam ser, a qualquer tempo e a despeito de justificações vinculadas, alienados ou até mesmo renunciados pelo seu titular. Daí Pontes de Miranda afirmar que a disponibilidade "refere-se à capacidade em sentido amplo de o titular do direito poder efetuar a transferência para outra pessoa".[176]

---

[175] Aliás, entende-se que mesmo na ausência de cláusula patrimonialmente reativa – *v.g.*, multas contratuais ou cláusula penal compensatória – poder-se-ia assim classificar obrigações do gênero assumidas no bojo de um contrato, que materializa uma relação comercial havida entre as partes. Como indicado, a patrimonialidade é pressuposto dos contratos, especialmente dos onerosos.

[176] MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 478. No mesmo sentido, veja-se MATTOS NETO, Antônio José de. Direitos patrimoniais disponíveis e indisponíveis à luz da lei de arbitragem. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. n 122, 2005, p. 151-166: "Direito disponível é o alienável, transmissível, renunciável, transacionável. A disponibilidade significa que o titular do direito pode aliená-lo; transmiti-lo intervivos ou causa mortis; pode, também, renunciar ao direito; bem como, pode, ainda, o titular transigir seu direito".

A alegada existência, no campo do Direito Administrativo, do princípio da indisponibilidade do interesse público[177] só exaspera o nó dogmático que embaraça o tratamento da matéria. Alguns autores,[178] com base em um *jogo de palavras impróprio*, sustentam que todos os direitos e interesses incumbidos à Administração seriam *indisponíveis* e, assim, insuscetíveis de arbitragem.

Se a tal termo se emprestar o sentido que ele tradicionalmente recebe no Direito Civil, a conclusão proposta seria, de fato, acertada.[179] E é assim, combinando a significação civilista do termo "disponível" com o referido princípio, de base apenas doutrinária, que alguns autores propuseram a completa incompatibilidade do procedimento arbitral com os conflitos envolvendo a Administração Pública.[180]

---

[177] "A indisponibilidade dos interesses públicos significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade - internos ao setor público -, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los - o que é também um dever - na estrita conformidade do que predispuser a *intentio legis*. [...] Em suma, o necessário - parece-nos - é encarecer que na administração os bens e os interesses *não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador*. Antes, para este, coloca-se a obrigação, o dever de curá-los nos termos da finalidade a que estão adstritos. É a ordem legal que dispõe sobre ela". (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 74). Celso Antônio chega mesmo a propor que o princípio da indisponibilidade, ao lado do da supremacia do interesse público, constituiria o centro de gravidade do Direito Administrativo: "Todo o sistema de Direito Administrativo, a nosso ver, se constrói sobre os mencionados princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e indisponibilidade do interesse público. A ereção de ambos em pedras angulares do Direito Administrativo, parece-nos, desempenha função explicadora e aglutinadora mais eficiente que as noções de serviço público, '*puissance publique*' ou utilidade pública". (O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 89, p. 8-33, jul. 1967, p. 10/11).

[178] Dentre os adeptos de tal corrente, cita-se Celso Antônio Bandeira de Mello, Lúcia Vale Figueiredo e Ricardo Marcondes Martins. Veja-se a seguinte síntese desse entendimento: "Não é possível a eleição de juízo arbitral no âmbito dos contratos administrativos, uma vez que os direitos e interesses que os compõem são, por imposição legal, indisponíveis". (MENDES, Renato Geraldo. Lei de Licitações e Contratos Anotada, 3· ed., Curitiba: Znt Editora, 1998, p. 122).

[179] Na visão de Carlos Ari Sundfeld, a "linha de argumentação desenvolvida para fundamentar essa ideia é bastante simplista: como a arbitragem só teria cabimento sobre direitos disponíveis, ela estaria invariavelmente afastada dos direitos relativos à Administração, uma vez que estes seriam, todos, por força do aludido princípio, indisponíveis. O raciocínio é linear, fácil de ser assimilado e, talvez por isso, acabe exercendo um efeito sedutor em alguns intérpretes. No entanto, a aplicação do princípio da indisponibilidade do interesse público ao presente tema mostra-se completamente fora de contexto e, consequentemente, inadequada. (SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O Cabimento da Arbitragem nos Contratos Administrativos. *Revista de Direito Administrativo*. n. 248, p. 117-126, 2008, p. 119).

[180] Por todos, cita-se eloquente passagem da doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, ao comentar a arbitragem em contratos de concessão: "Novidade lamentável e, ao nosso ver, grosseiramente inconstitucional é o disposto no art. 23-A, também incluído pela referida Lei 11.196. De acordo com ele, conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato podem ser solvidos por mecanismos privados, inclusive por arbitragem, que deverá ser efetuada no Brasil e em língua portuguesa. É inadmissível que se possa afastar o Poder Judiciário quando em pauta interesses indisponíveis, como o são os relativos ao serviço

Perceba-se que, mais radicalmente, houve mesmo quem negasse o instituto dos contratos administrativos, raiz do pensamento dos que até hoje apresentam restrições à arbitrabilidade dos conflitos envolvendo a Administração: contratar, tal como submeter à arbitragem, um interesse público equivaleria, por essa visão, à sua simples renúncia.[181]

A importação, acrítica e apressada, do conceito civilista de "direitos disponíveis" levaria mesmo à equivocada conclusão de que os contratos administrativos constituem figura juridicamente inviável.[182]

Em função dos princípios da legalidade e da autotutela, a Administração Pública não só pode como deve cumprir de ofício as suas obrigações (legais ou contratuais),[183] sendo

---

público, para que particulares decidam sobre matéria que se constitui em res extra commercium e que passa, então, muito ao largo da força decisória deles. É da mais solar evidência que particulares jamais teriam qualificação jurídica para solver questões relativas a interesses públicos, quais as que se põem em um "contrato" de concessão de serviço público. Chega a ser grotesco imaginar-se que o entendimento revelado em decisão proferida por sujeito privado possa se sobrepor à intelecção proveniente de uma autoridade pública no exercício da própria competência. Disparate de um tão desabrido teor só poderia ser concebido no dia em que se reputasse normal que os motoristas multassem os guardas de trânsito, que os contribuintes lançassem tributos sobre o Estado e os cobrassem executivamente ou em que 'os torcedores, nos estádios de futebol, colocassem ordem nas forças da polícia, dissolvendo algum ajuntamento delas". (*Curso de Direito Administrativo*, 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 740).

[181] Os adeptos de tal corrente "argumentam que o contrato administrativo não observa o princípio da igualdade entre as partes, o da autonomia da vontade e o da força obrigatória das convenções, caracterizadores de todos os contratos. Com relação ao primeiro, afirma-se não estar presente porque a Administração ocupa posição de supremacia em relação ao particular. Quanto à autonomia da vontade, alega-se que não existe quer do lado da Administração, quer do lado do particular que com ela contrata: a autoridade administrativa só faz aquilo que a lei manda (princípio da legalidade) e o particular submete-se a cláusulas regulamentares ou de serviço, fixadas unilateralmente pela Administração, em obediência ao que decorre da lei. Mesmo com relação às cláusulas financeiras, que estabelecem o equilíbrio econômico no contrato, alegam os adeptos dessa teoria que não haveria, nesse aspecto, distinção entre os contratos firmados pela Administração e os celebrados por particulares entre si. Quanto ao princípio da força obrigatória das convenções (*pacta sunt servanda*), seria também desrespeitado no contrato administrativo, em decorrência da mutabilidade das cláusulas regulamentares, que permite à Administração fazer alterações unilaterais no contrato. A autoridade administrativa, por estar vinculada ao princípio da indisponibilidade do interesse público, não poderia sujeitar-se a cláusulas inalteráveis como ocorre no direito privado. Essa posição foi adotada, no direito brasileiro, entre outros, por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (2007:684). Segundo ele, as cláusulas regulamentares decorrem de ato unilateral da Administração, vinculado à lei, sendo as cláusulas econômicas estabelecidas por contrato de direito comum". (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 264).

[182] Marçal Justen Filho, nessa linha, observa que, "se o interesse público é indisponível ao ponto de excluir a arbitragem, então seria indisponível igualmente para o efeito de produzir contratação administrativa. (...) Ou seja, seriam inválidas não apenas as cláusulas de arbitragem, mas também e igualmente todos os contratos administrativos" (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo.* 10. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 822). No mesmo sentido, *v.* ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais*: O regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 403.

incogitável que toda atividade administrativa tivesse de se fundar em decisão judicial.[184] E se pode a Administração buscar voluntariamente um acordo sobre como cumprir suas obrigações, por maior razão pode ela submeter tais questões à arbitragem.

O fato de ser vedado ao agente público simplesmente renunciar a direitos titularizados pela Administração não impede que os litígios administrativos possam ser submetidos ao processo arbitral, objeto de acordos entre as partes ou mesmo prevenidos unilateralmente, por meio do cumprimento espontâneo de obrigações.[185]

Cabe traçar, a essa altura, paralelo com os administradores de uma sociedade anônima. De modo similar ao administrador público, o administrador de sociedades anônimas "deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa".[186] A Lei nº 6.404 veda ainda, de maneira expressa, que o administrador pratique "ato de liberalidade à custa da companhia".[187]

Tanto na Administração Pública, como na administração de companhias privadas, o administrador não pode simples e puramente abrir mão das posições jurídicas que gere. Muito embora não lhes seja dado renunciar ou doar indiscriminadamente esses direitos, podem transigir ou convencionar cláusula arbitral – se assim recomendarem aqueles interesses que devem implementar. As medidas não se confundem, embora não faltem equívocos nessa matéria.

Os lapsos da literatura são, em alguma medida, resolvidos por Eros Grau, que considera não haver "qualquer correlação entre disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público", não

---

[183] Se a autoridade administrativa competente entende que determinado particular é titular de legítimo direito subjetivo contra o Estado, é seu dever adotar espontaneamente as providências necessárias para implementá-lo.

[184] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Contrato Administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari (Orgs.). *Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 602.

[185] Tanto é a assim que há conhecidos episódios em que o Estado faz acordo ou, diretamente, paga indenizações por ilícitos aos quais tenha dado azo. Exemplo deste último fenômeno foi o trágico caso do massacre nos presídios mantidos pelo Estado do Amazonas: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-01/governo-do-amazonas-vai-indenizar-familias-de-detentos-mortos-em-presidio>. Acessado em: 30/09/2017.

[186] Lei nº 6.404/1976, art. 154, *caput*.

[187] Lei nº 6.404/1976, art. 154: "§ 2° É vedado ao administrador: a) praticar ato de liberalidade à custa da companhia".

restando dúvidas de que a Administração pode "dispor de direitos patrimoniais, sem que com isso se esteja a dispor do interesse público, porque a realização deste último é alcançada mediante a disposição daqueles".[188-189]

IV.2.3. Os critérios propostos pela literatura.

Vencidas as teses denegatórias da arbitrabilidade objetiva dos conflitos com a Administração, é preciso definir – de modo tão preciso quanto possível – o plexo de matérias suscetíveis de apreciação em foros arbitrais, dada a defasagem já diagnosticada dos parâmetros legais. Para tanto, inicia-se por examinar os critérios propostos pela literatura.

IV.2.3.1. Interesses Públicos Primários e Secundários

Alguns autores, como Diogo de Figueiredo Moreira Neto, tentaram demarcar o campo de arbitrabilidade objetiva, para lides com a Administração Pública, com base na clássica categorização do publicista italiano Renato Alessi – que subdivide o interesse público em primário e secundário.[190]

A arbitragem só seria admissível quando versasse acerca de interesses públicos secundários: os interesses patrimoniais da máquina estatal.[191] A orientação foi adotada pelo

---

[188] GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e Contrato Administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 32, p. 20.

[189] O STJ, em julgado recente, também se manifestou nesse sentido: "Convivência harmônica do direito patrimonial disponível da Administração Pública com o princípio da indisponibilidade do interesse público. A Administração Pública, ao recorrer à arbitragem para solucionar litígios que tenham por objeto direitos patrimoniais disponíveis, atende ao interesse público, preservando a boa-fé dos atos praticados pela Administração Pública, em homenagem ao princípio da segurança jurídica". (STJ, Primeira Seção, CC nº 139.519, Rel. Min Napoleão Nunes, DJ*e* 10/11/2017).

[190] *Cf.* ALESSI, Renato. *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*. Milano: Dott. Antonio Giufrè Editore, 1953, p. 151-152: "Estes interesses públicos coletivos, os quais a Administração deve zelar pelo cumprimento, não são, note-se bem, simplesmente interesses da Administração entendida como uma entidade jurídica de direito próprio. Trata-se, ao invés disso, do que tem sido chamado de interesse coletivo primário, formado por todos os interesses prevalecentes em uma determinada organização jurídica da coletividade, enquanto o interesse da entidade administrativa é simplesmente secundário, de modo que pode ser realizado apenas no caso de coincidência com o interesse coletivo primário. A peculiaridade da posição jurídica da Administração Pública reside precisamente no fato de que, embora seja, como qualquer outra pessoa jurídica, proprietária de um interesse secundário pessoal, a sua função precípua não é realizar esse interesse secundário, pessoal, mas sim promover o interesse coletivo, público, primário. Assim, o interesse secundário, da entidade administrativa, pode ser realizado, como qualquer outro interesse secundário individual, apenas no caso e na medida em que coincida com o interesse público".

[191] Por todos, *v*. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, Arbitragem nos Contratos Administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, 209/81-90, jul.-set. 1997, p. 84: "Em outros termos e mais sinteticamente: está-se diante de duas categorias de interesses públicos, os primários e os secundários (ou derivados), sendo que os primeiros são indisponíveis e o regime público é indispensável, ao passo que os

Estado do Rio de Janeiro, que, via Decreto, excluiu do rol de conflitos arbitráveis aqueles que "versem sobre interesses públicos primários".[192]

Essa proposta acaba por equiparar os interesses públicos secundários aos interesses públicos disponíveis, de que trata a Lei 9.307/96. Esquece-se, no entanto, que no Direito Administrativo os interesses públicos secundários também são indisponíveis.[193] Não pode a Administração simplesmente abrir mão de seus bens, ainda que não afetados a qualquer serviço público, ou doar livremente as suas receitas.[194]

Se a distinção entre interesse público primário e secundário já parece anacrônica e imprecisa, dada a relação de imanente instrumentalidade entre eles,[195] a sua impropriedade para determinar quais controvérsias podem ser submetidas à arbitragem parece ainda mais clara: [196] a indisponibilidade, na acepção mais adequada do termo para o direito administrativo, atinge tanto interesses públicos primários quanto secundários.[197]

---

segundos têm natureza instrumental, existindo para que os primeiros sejam satisfeitos, e resolvem-se em relações patrimoniais e, por isso, tomaram-se disponíveis na forma da lei, não importando sob que regime".

[192] Decreto nº 46.245/2018, do Estado do Rio de Janeiro, art. 1º, parágrafo único: "Entende-se por conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis as controvérsias que possuam natureza pecuniária e que não versem sobre interesses públicos primários".

[193] ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 88.

[194] Nos moldes da Lei 8.666/1993 (art. 17, I) e do Código Tributário Nacional (art. 171), respectivamente.

[195] "Raramente um interesse social direto (dito interesse público primário – ex.: serviços de saúde) pode ser atendido sem custos (dito interesse público secundário – ex.: receita para prover o salário dos médicos e enfermeiros, para a aquisição e manutenção do imóvel do hospital etc.), a distinção deve pelo menos ser relativizada, evitando-se o viés de se ver o interesse público secundário como algo menos nobre que o interesse público primário, já que quase sempre este não tem como ser realizado sem aquele". ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais*: O regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 102.

[196] OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A Agenda da Arbitragem com a Administração Pública: 'Mais do mesmo' ou há espaço para inovação? In: *Contraponto Jurídico* – Posicionamentos divergentes sobre grandes temas do Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 33-4: "Embora de valor histórico insofismável tal distinção é datada, e em nada apoia a compreensão e o enfrentamento dos embates contemporâneos do direito administrativo, sobretudo no que diz respeito ao tema da arbitragem com o Poder Público. Bem ao contrário, gera confusões e imprecisões intransponíveis, como estas de (errônea) assimilação dos direitos contratuais da Administração Pública a direitos privados – equiparáveis a 'direitos patrimoniais disponíveis' – transmutando um litígio de direito público em um litígio de direito privado. Errado, é óbvio".

[197] Peculiar é a proposta de Ricardo Marcondes Martins que, partindo da premissa da indisponibilidade de todos os direitos da Administração (alegando que o interesse público secundário só deveria possuir reconhecimento jurídico se coincidente com o primário), defende a impossibilidade de a Administração participar de arbitragens. Segundo o autor, o "interesse público secundário só é reconhecido pelo Direito quando for coincidente com o interesse público primário. (...) Se o interesse primário é indisponível, o interesse secundário, juridicamente admitido, tem que ser indisponível, pois este deve ser coincidente com o primário. Para ser coincidente deve ter, necessariamente, os mesmos caracteres, as mesmas qualidades,

Além dessa impropriedade conceitual, haveria dificuldades práticas potencialmente insuperáveis na operacionalização do critério. Seja pela remissão recíproca dos interesses primários e secundários, seja mesmo pelas dificuldades de identificação em concreto, seja pela multiplicidade de interesses contrapostos e concorrentes característica do paradigma administrativo policêntrico ou multiorganizativo,[198] seja pela ausência de uniformidade conceitual.[199]

IV.2.3.2. Atos de Império versus Atos de Gestão

Há também quem tente definir a arbitrabilidade de contendas com a Administração Pública com base na diferenciação entre atos de império e atos de gestão.[200] Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara, embora acolham o critério da contratualidade, fazem menção à dicotomia:

> Os primeiros dizem respeito a matérias inerentes ao Estado, que corresponderiam ao plexo de interesses 'indisponíveis' do Poder Público. Os outros envolvem os atos de mera administração. São atos despidos de prerrogativas especiais, cujo objetivo é fixar relações jurídicas normais (de direito comum) entre a Administração e outras pessoas jurídicas. Aproveitando desta vetusta classificação, seria possível afirmar que a intenção da Lei de Arbitragem foi reservar para

---

coincidência significa identidade ontológica. O interesse público secundário disponível não pode ser perseguido pela Administração, pois se ele é disponível, não é coincidente com o primário, que é indisponível". (MARTINS, Ricardo Marcondes. Arbitragem e administração pública: contribuição para o sepultamento do tema. *Revista Trimestral de Direito Público*, v. 54, p. 194-209, 2011, p. 201).

[198] MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 3ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 383-4.

[199] Basta aludir que Celso Antônio Bandeira de Mello entende que o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos consiste em interesse público primário e, portanto, inarbitrável. Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Contrato Administrativo. In: DI PIERTRO, Maria Sylvia. SUNDFELD, Carlos Ari. (orgs.). *Licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 601-604.

[200] "Os atos de império são os que se caracterizam pelo poder de coerção decorrente do poder de império (ius imperii), não intervindo a vontade dos administrados para sua prática. Como exemplo, os atos de polícia (apreensão de bens, embargo de obra), os decretos de regulamentação etc. O Estado, entretanto, atua no mesmo plano jurídico dos particulares quando se volta para a gestão da coisa pública (ius gestionis). Nessa hipótese, pratica atos de gestão, intervindo frequentemente a vontade de particulares. Exemplo: os negócios contratuais (aquisição ou alienação de bens). Não tendo a coercibilidade dos atos de império, os atos de gestão reclamam na maioria das vezes soluções negociadas". (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 131). Na definição de Celso Antônio Bandeira de Mello, os atos de império são "os que a Administração praticava no gozo de prerrogativas de autoridade", como, por exemplo, "a ordem de interdição de um estabelecimento". Atos de gestão seriam "os que a Administração praticava sem o uso de poderes comandantes". Como seria o caso da "venda de um bem" ou "os relativos à gestão de um serviço público". (*Curso de direito administrativo*, 2012. p. 429).

> seu escopo as matérias objeto de atos de gestão. Estariam excluídos de sua abrangência aqueles temas que são objeto de atos de império.[201]

A categoria também será objeto de reflexões no Capítulo VIII, ao se tratar da execução de sentenças arbitrais desfavoráveis a entidades administrativas brasileiras no exterior, contudo mostra-se oportuno antecipar alguns apontamentos. Embora a distinção entre atos de império e de gestão tenha alguma utilidade, por distinguir os atos tipicamente estatais, dotados de intensa carga política, a sua utilização como critério para a aferição da arbitrabilidade de um conflito levaria a resultados imprecisos e inadequados.

Aliás, vale ressaltar que a classificação em comento foi progressivamente abandonada em todos os campos nos quais já foi aplicada.[202] E a sua impropriedade no campo arbitral parece particularmente grave.

Além das dificuldades práticas na sua aplicação, a dicotomia poderia legitimar amplo flanco para a Administração burlar o compromisso arbitral ao praticar, de modo unilateral, sob a forma de atos de império, atos que repercutam sobre o contrato celebrado com particular.[203]

---

[201] SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O Cabimento da Arbitragem nos Contratos Administrativos. *Revista de Direito Administrativo*. n. 248, p. 117-126, 2008, p. 121.

[202] *Cf.* TIBURCIO, Carmen. *Extensão e Limites da Jurisdição Brasileira*: Competência Internacional e Imunidade de Jurisdição. 2ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 291-298.

[203] Poderíamos encontrar exemplos nos chamados *fatos do príncipe*, atos extracontratuais da Administração, decorrentes do exercício de potestades unilaterais de base legal ou constitucional, com a aptidão de repercutir e desequilibrar a equação econômico-financeira de relação contratual havida com particulares. Tais *fatos* podem, muito bem, por não dependerem do assentimento privado para se materializarem, serem cometidos de modo premeditado para distorcer a equação econômica em favor da Administração, diante de, por exemplo, tentativas frustradas de negociação bilateral a respeito da remuneração de novos serviços demandados. Sobre os fatos do príncipe, é oportuno consultar as lições de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em seu *Direito Administrativo*, 31ª ed., 2018, item 8.6.8.2: "Divergem os autores na conceituação do fato do príncipe; para uns, abrange o poder de alteração unilateral e também as medidas de ordem geral, não relacionadas diretamente com o contrato, mas que nele repercutem, provocando desequilíbrio econômico-financeiro em detrimento do contratado. Para outros, o fato do príncipe corresponde apenas a essa segunda hipótese. Cite-se o exemplo de um tributo que incida sobre matérias-primas necessárias ao cumprimento do contrato; ou medida de ordem geral que dificulte a importação dessas matérias primas. É a corrente a que aderimos, por ser diverso o fundamento da responsabilidade do Estado; no caso de alteração unilateral de cláusulas contratuais, a responsabilidade decorre do próprio contrato, ou seja, da cláusula exorbitante que confere essa prerrogativa à Administração; trata-se de responsabilidade contratual. No caso de medida geral, que atinja o contrato apenas reflexamente, a responsabilidade é extracontratual; o dever de recompor o equilíbrio econômico do contrato repousa na mesma ideia de equidade que serve de fundamento à teoria da responsabilidade objetiva do Estado. No direito brasileiro, de regime federativo, a teoria do fato do príncipe somente se aplica se a autoridade responsável pelo fato do príncipe for da mesma esfera de governo em que se celebrou o contrato (União, Estados e Municípios); se for de outra esfera, aplica-se a teoria da imprevisão. Há expressa referência à

Em paralelo, como se verá no tópico *IV.3.1*, embora algumas providências decisórias em relação aos *atos de império* não possam ser adotadas por árbitros, não se tem a total obstrução da via arbitral para a discussão de conflitos a eles relativos (*e.g.*, pleitos indenizatórios para compensar danos oriundos de atos de império que repercutam sobre contratações administrativas).

IV.2.3.3. O critério da transacionabilidade

Parcela da literatura opta por considerar arbitráveis, no contexto da Administração, apenas os direitos que sejam suscetíveis de transação.[204] Como foi visto, no entanto, tais institutos não se confundem: ao se firmar um compromisso arbitral não se está renunciando, nem mesmo parcialmente, ao direito material controvertido. O objeto da disposição é apenas o direito processual de recorrer ao Poder Judiciário para a tutela de determinadas posições jurídicas.

A transação é modalidade de autocomposição de conflitos de natureza contratual, calcada em concessões recíprocas. Ela se difere, essencialmente, das arbitragens, forma jurisdicional de heterocomposição de litígios.

No entanto, diante das inovações legislativas que serão discutidas abaixo, especialmente daquelas feitas no bojo da reforma da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a transacionabilidade no Direito Administrativa – no Direito Público, considerado como um todo – vem adquirindo raio de alcance superior ao da arbitrabilidade.

É que embora a transação regulada pelo Código Civil (arts. 840 a 850), tal qual a arbitragem, também só possa se dar sobre direitos patrimoniais, leis extravagantes e a jurisprudência vêm admitindo ampla transacionabilidade mesmo em matérias

---

teoria do fato do príncipe no art. 65, II, d, da Lei n o 8.666/93, com a redação dada pela Lei n o 8.883/94, e no art. 5º, III, da Lei n o 11.079/04, que disciplina as parcerias público-privadas".

[204] Como visto no Capítulo II, essa solução foi adotada em alguns sistemas estrangeiros – como o italiano (Código Civil da Itália, art. 806).

extrapatrimoniais, como em ilícitos ambientais e mesmo em delitos penais sujeitos à privação da liberdade.[205]

A questão fundamental é que não se deve equiparar, nem automática nem derradeiramente, a abrangência objetiva dos dois institutos – arbitragem e transação – sobre as relações jurídicas havidas com a Administração. Do ponto de vista conceitual, a transação exige *concessões mútuas* sobre o direito material alegado pelas partes de controvérsia já instaurada ou em potencial.

Como se verá nos tópicos seguintes, a disponibilidade que se exige para a afirmação da arbitrabilidade de uma controvérsia deve ser lida como a possibilidade de contratualização do direito controvertido. Basta que qualquer disposição negocial daquele direito seja possível para que a arbitragem seja cabível.[206]

Não se exige que haja ou possa haver as concessões mútuas que informam o instituto da transação. A disponibilidade estará caracterizada sempre que *qualquer* contrato – *a transação é apenas uma dentre tantas espécies contratuais* – possa ser encerrado pelas partes.

E aqui há um problema prático no critério da transacionabilidade. Diante de diplomas setoriais e locais que vedem ou restrinjam, por opção política, transações em disputas com a Administração, [207] estar-se-ia automaticamente – por força de construção doutrinária

---

[205] A delação premiada é atualmente o exemplo mais notório do fenômeno, mas os termos de ajustamento de conduta têm encontrado largo emprego forense há décadas.

[206] Entrariam em cena aqui os *contratos unilaterais*, assim referidos pela doutrina civilista não pelo seu modo de formação, eis que todo contrato constitui espécie de negócio jurídico bilateral, mas quanto aos efeitos obrigacionais que dele decorrem. Nos contratos unilaterais, apenas uma das partes assume obrigações em favor da outra (*e.g.*, a doação ou o comodato). *Cf.* PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. III. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 59-60.

[207] No plano federal, a matéria está regulada pela Lei nº 13.140/2015: "Art. 35. As controvérsias jurídicas que envolvam a administração pública federal direta, suas autarquias e fundações poderão ser objeto de transação por adesão, com fundamento em: I - autorização do Advogado-Geral da União, com base na jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal ou de tribunais superiores; ou II - parecer do Advogado-Geral da União, aprovado pelo Presidente da República. § 1o Os requisitos e as condições da transação por adesão serão definidos em resolução administrativa própria. § 2o Ao fazer o pedido de adesão, o interessado deverá juntar prova de atendimento aos requisitos e às condições estabelecidos na resolução administrativa. § 3o A resolução administrativa terá efeitos gerais e será aplicada aos casos idênticos, tempestivamente habilitados mediante pedido de adesão, ainda que solucione apenas parte da controvérsia. § 4o A adesão implicará renúncia do interessado ao direito sobre o qual se fundamenta a ação ou o recurso, eventualmente pendentes, de natureza administrativa ou judicial, no que tange aos pontos compreendidos pelo objeto da resolução administrativa. § 5o Se o interessado for parte em processo judicial inaugurado por ação coletiva, a renúncia ao direito sobre o qual se fundamenta a ação deverá ser expressa, mediante petição dirigida ao juiz da causa. § 6o A formalização de resolução administrativa destinada à transação por adesão não implica a renúncia tácita à prescrição nem sua interrupção ou suspensão".

inadequada; não de decisão política legítima, refletida e proposital – comprimindo também o campo da arbitrabilidade objetiva.

Selma Maria Ferreira Lemes, no entanto, parece conjugar os dois últimos critérios que se mencionou, entendendo que "o que não se pode confiar aos árbitros são matérias ou atribuições que importem o exercício de um poder de autoridade ou de império e dos quais não se pode transigir".[208]

IV.2.3.4. O critério da dispensabilidade da apreciação judicial

O processualista Eduardo Talamini demarca o campo de arbitrabilidade objetiva do Direito Administrativo pela possibilidade de exclusão da apreciação judicial: tudo o que não tiver de ser necessariamente resolvido, por força de Lei, pelo Poder Judiciário poderia sê-lo por arbitragem.

> Cabe a arbitragem sempre que a matéria envolvida possa ser resolvida pelas próprias partes, independentemente de ingresso em juízo. Se o conflito entre o particular e a Administração Pública é eminentemente patrimonial e se ele versa sobre matéria que poderia ser solucionada diretamente entre as partes, sem que se fizesse necessária a intervenção jurisdicional, então a arbitragem é cabível. Se o conflito pode ser dirimido pelas próprias partes, não faria sentido que não pudesse também ser composto mediante juízo arbitral sob o pálio das garantias do devido processo.[209]

A proposta é bem construída e teria fácil operacionalidade. No entanto, não parece guardar aderência ao disposto na Lei nº 9.307 – que abre a via arbitral para a resolução de "conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis". O critério legal não foi o da disponibilidade da "pretensão de tutela judicial"; a Lei exige que o direito controvertido seja patrimonial e disponível para que possa ser arbitrável.

Levada às últimas consequências, a tese esposada por Talamini resultaria em resultados claramente repelidos pelo legislador. É que, em muitos casos, a afirmação, a

---

[208] LEMES, Selma Maria Ferreira. A arbitragem e os novos rumos empreendidos na Administração Pública. A empresa estatal, o Estado e a concessão de serviço público. MARTINS, Pedro Antônio Batista *et alli* (ORGS.). Aspectos Fundamentais da Lei da Arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 193.

[209] TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória) – versão atualizada para o CPC/2015. *Revista de Processo*, vol. 264, ano 42, p. 83-107, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 97.

solução de conflitos e, às vezes, mesmo o *enforcement* de direitos incontratualizáveis não se processam obrigatoriamente perante o Poder Judiciário; sendo levados a cabo direta e unilateralmente pela Administração, que é também competente para responder extrajudicialmente às irresignações suscitadas pelo administrado.

Pelo critério acima proposto, seriam inarbitráveis apenas as disputas que, por determinação legal, só pudessem ser processadas pelo Poder Judiciário, a exemplo da responsabilização por improbidade administrativa.

O interessante critério defendido por Talamini parece servir, na verdade, para excluir; não para incluir. Independentemente da disponibilidade e da patrimonialidade dos direitos controvertidos, se a disputa houver sido reservada pelo legislador à jurisdição estatal ela não será suscetível de arbitragem. Trata-se de um limite implícito, fundado em diplomas extravagantes, à arbitrabilidade objetiva.

IV.2.3.5. O critério da contratualidade e as dificuldades no seu manejo

Finalmente, parte da literatura advoga – e esta parece ser a melhor solução – que os direitos disponíveis da Administração devam ser entendidos como aqueles passíveis de contratualização. Sempre que a Administração puder firmar um negócio jurídico sobre determinado direito, os conflitos a ele referentes poderão ser resolvidos por arbitragem.[210]

O problema está em como operar, concretamente, o critério que se enunciara.[211]

Alexandre Aragão, em artigo publicado na Revista da AGU, embora abrace o critério da contratualidade, propôs que o elemento determinante, para definir-se a arbitrabilidade de um direito da Administração, é "a sua procedência normogenética":

> Se a prerrogativa examinada decorrer diretamente da lei (ou de qualquer outra fonte heterônoma), ela será insuscetível de apreciação

[210] De acordo com Eros Grau, "sempre que puder contratar, o que importa disponibilidade de direitos patrimoniais, poderá a Administração, sem que isso importe disposição do interesse público, convencionar cláusula de arbitragem" (GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e Contrato Administrativo. Revista Trimestral de Direito Público, nº 32, p. 20). Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Câmara parecem se manifestar na mesma direção, observando que "a Lei de Arbitragem afastou de seu âmbito de aplicação apenas os temas que não admitissem contratação pelas partes. Numa palavra, a lei limitou a aplicação do procedimento arbitral às questões referentes a direito (ou interesse) passível de contratação" (SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O Cabimento da Arbitragem nos Contratos Administrativos. *Revista de Direito Administrativo*. n. 248, p. 117-126, 2008, p. 120).

[211] Diversos dos autores que aderiram ao critério da contratualidade, vêm recorrendo a subcritérios diferentes para "explicá-lo". Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Câmara, como vimos, fazem remissão à dicotomia atos de império e de gestão.

> em instância arbitral. Por outro lado, caso o direito *sub judice*, ainda que previsto mediatamente por ato normativo estatal, demandar o assentimento particular para a sua constituição, não necessariamente para o seu exercício, ele poderá ser objeto de arbitragem.[212]

Não seria a possibilidade de contratação que induziria à arbitrabilidade, mas a origem negocial do direito controvertido. Embora sofisticada e bem construída, entendo que a proposta do professor Aragão peca, de um lado, pela *subinclusão* e, do outro, pela equivocidade da premissa que sustenta uma aparente *superinclusão*

Ao propor que apenas direitos de origem contratual são arbitráveis, o professor Aragão acaba por excluir do foro arbitral, por exemplo, as contendas relativas à responsabilidade civil aquiliana (ou extracontratual) do Estado.[213] Embora este resultado pareça não ter sido o objeto específico da análise empreendida pelo trabalho (que foi, ainda, publicado antes de relevantes inovações legislativas que repercutem sobre a matéria), o critério enunciado poderia ser interpretado como afastando das arbitragens as controvérsias relativas a direitos cujo fundamento não seja contratual.

Dentro dessa lógica, não seriam, portanto, arbitráveis os pleitos indenizatórios decorrentes de acidentes de trânsito causados por agentes públicos, desvalorizações imobiliárias provocadas por obras públicas, expropriações regulatórias (*regulatory takings*),[214] acidentes envolvendo represas ou usinas mantidas por empresas estatais etc.

Em todos os casos aventados o direito à indenização defluí diretamente da ordem jurídica: do disposto no art. 927, do Código Civil, combinado com o art. 37, §6º, da Constituição.[215] Aliás, tais direitos são titularizados por administrados e se contrapõem a deveres jurídicos que obrigam a Administração: são direitos que, até pela ótica civilista, são disponíveis. Não há, pois, empecilhos à sua arbitrabilidade. O particular pode até renunciá-los. Como, então, entendê-los inarbitráveis?

---

[212] ARAGÃO, Alexandre Santos de. A Arbitragem no Direito Administrativo. *Revista da AGU*, v. 16, n. 03, p.19-58, jul./set. 2017, p. 33.

[213] CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 16.

[214] Sobre o ponto, ver: CYRINO, André Rodrigues. Regulações expropriatórias: apontamentos para uma teoria. *Revista de Direito Administrativo*, v. 267, p. 199/235, 2014 e FREITAS, Rafael Verás. *Expropriações regulatórias*. 1º. ed. Belo Horizonte: Editora Forum, 2016.

[215] Código Civil de 2002: "Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem".

E, veja-se, a utilidade da discussão não é meramente retórica: há largo campo de desenvolvimento para arbitragens que discutam a legitimidade e, sobretudo, o *quantum* indenizatório de eventos do gênero – tema de alta complexidade técnica para o qual o Judiciário, em muitos cenários, não tem capacidade institucional para lidar satisfatoriamente.

A análise do processo legislativo que redundou na aprovação da Lei nº 13.129/2015 dificulta, ainda mais, a acolhida de tal tese. Pela redação original do Projeto de Lei (PLS nº 406),[216] a Administração poderia se utilizar da arbitragem apenas para "dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis *decorrentes de contratos por ela celebrados*". O trecho final do dispositivo, contudo, acabou suprimido com a aprovação da Proposta de Emenda nº 7, apresentada pelo ex-Senador Gim Argello – que denunciava, justamente, o efeito redutor que a expressão destacada desencadearia.[217]

No outro extremo, parece haver uma dilatação do campo da arbitrabilidade objetiva, com base em premissa que não me parece correta.[218] Em defesa da sua arbitrabilidade, o professor Aragão argumenta que o fundamento normativo dos poderes unilaterais da Administração Pública contratante não é a Lei, que os prevê e os regula (na maioria das vezes, exaustiva e inderrogavelmente), mas o próprio contrato celebrado entre as partes:

> O fato de no contrato haver referência a regras predispostas em leis ou regulamentos em nada ilide essas assertivas. Por exemplo, boa parte das sanções aplicáveis às empresas que celebram contratos administrativos estão previstas na Lei nº 8.666/1993, mas essas são apenas a sua fonte indireta, são o que a Administração Pública deve incorporar (por cópia ou por remissão) em seus editais de licitação e instrumentos contratuais. A fonte direta da sua aplicação a particulares

---

[216] A redação original do Projeto de Lei em referência pode ser encontrada em: <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=2930454&disposition=inline>. Acesso em: 02/10/2017.

[217] Observe-se excerto da justificativa à Proposta de Emenda nº 07 ao PLS nº 406/2013: "O presente projeto, segundo sua justificação, busca, dentre outras coisas, estender o âmbito de aplicação da Lei de Arbitragem (Lei n° 9.307/1996), alcançando, inclusive, os órgãos e entidades da Administração Pública. Ocorre, porém, que o § 1° do art. 1°, ao restringir a utilização do instituto pelo Poder Público apenas aos contratos por ele celebrados, na verdade, está limitando a sua aplicação no âmbito da Administração Pública e não ampliando, o que contraria os objetivos da alteração legislativa. (...) Desse modo, a fim de que este projeto de lei alcance efetivamente os nobres objetivos perseguidos e avance ao invés de retroceder, propõe-se que a expressão "decorrentes de contratos por ela celebrados" seja suprimida". Documento disponível para *download* em: <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4412824&disposition=inline>. Acesso em: 02/10/2017

[218] Como ficará claro a diante, poderia se chegar a resultado prático semelhante pelo necessário enfrentamento de dogmas enraizados na doutrina e na jurisprudência. Remete-se o leitor, neste ponto, ao Tópico IV.3.1 e ao Capítulo V.

> não é a Lei, mas sim o contrato: quem não celebrou contrato com a Administração não tem o que se preocupar com tais sanções; apenas o contrato legitima a sua aplicação; ele é a fonte direta de tais sanções.
>
> O simples fato de a Administração Pública estar jungida a nele inscrever ou considerar como pressupostas algumas regras legais, como, por exemplo, as de determinadas sanções, não faz com que elas passem a ser sanções legais, e não mais contratuais. Tanto é assim, que, por mais que estejam na lei, se ninguém assinar os contratos por ela regulados, inviável será cogitar a sua aplicação.[219]

Os poderes unilaterais da Administração contratante[220] parecem, no entanto, decorrer diretamente de diplomas legislativos. A sua fonte jurídica é a Lei – ela os instituiu e os regulou. Entende-se inclusive que tais prerrogativas não podem sequer ser renunciadas pela Administração:[221] elas respondem às necessidades e aos interesses coletivos por ela tutelados, como a continuidade dos serviços públicos e a necessidade de adequar o objeto do contrato às dinâmicas demandas da sociedade.

A título de *parêntesis*, é preciso registrar e, em alguma medida, subscrever as críticas que a doutrina mais moderna tem feito às chamadas cláusulas exorbitantes.[222] Elas tendem a criar um déficit de transparência e segurança contratual e, com isso, a elevar os preços praticados contra a Administração (o risco a elas associado é precificado pelos licitantes).[223]

---

[219] ARAGÃO, Alexandre Santos de. A Arbitragem no Direito Administrativo. Revista da AGU, v. 16, n. 03, p.19-58, jul./set. 2017, p. 34/35.

[220] A maior parte deles está encartada no art. 58, da Lei nº 8.666/93: "Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado; II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei; III - fiscalizar-lhes a execução; IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste; V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo".

[221] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Ainda existem os chamados contratos administrativos? In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Orgs.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 410: "São poderes que, mesmo em caso de omissão no contrato, não podem deixar de ser exercidos se o interesse público exigir. São poderes irrenunciáveis pela Administração Pública como parte no contrato".

[222] Boa sistematização e análise equilibrada delas pode ser encontrada em: MARRARA, Thiago. As cláusulas exorbitantes diante da contratualização administrativa. *Revista de Contratos Públicos*, Belo Horizonte, ano 3, n. 3, p. 237-255, 2013.

[223] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O futuro das cláusulas exorbitantes no contrato. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ARAGÃO, Alexandre Santos de (Org.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Vol. I. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 589.

Os poderes unilaterais costumam, ainda, i) gerar forte estímulo à ineficiência da Administração (a possibilidade do seu exercício induziria a projetos básicos e executivos mal formulados; que futuramente acabam por carecer de aditivos vários); ii) incentivar práticas autoritárias e iii) facilitar desvios éticos (a autoridade administrativa pode cobrar vantagens para não exercê-los ou receber para fazê-lo, de modo a atender interesses do contratado).[224]

Diante desse quadro, contestado por alguns,[225] autores, como Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Fernando Dias Menezes de Almeida, sugerem que o Direito Administrativo caminhe para a "mitigação, facultatividade e, enfim, abolição do regime de cláusulas exorbitantes".[226] No entanto, mesmo os mais críticos administrativistas reconhecem que essas são propostas de *lege ferenda*: atenuar, tornar elegíveis ou, a *fortiori*, proscrever as cláusulas exorbitantes do Direito Administrativo dependeria da reforma do direito positivo brasileiro.

Na sistemática legal vigente, no entanto, o contrato não é a base normogenética dos poderes unilaterais da Administração contratante.[227] O contrato, contudo, constituirá condição de aplicabilidade de tais prerrogativas; que, de fato, só podem ser cogitadas em relação a pactos administrativos já assinados. Isso decorre da própria natureza e finalidade desses poderes unilaterais: são criados por Lei justamente para serem aplicados em face da parte privada de um contrato administrativo.[228]

---

[224] ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. Mecanismos de consenso no direito administrativo. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ARAGÃO, Alexandre Santos de (Org.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Vol. I. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 344.

[225] BORGES, Alice González. Considerações sobre o futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. *JAM - Jurídica*. Ano XV, n. 4, 2010.

[226] ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. Mecanismos de consenso no direito administrativo. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ARAGÃO, Alexandre Santos de (Org.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Vol. I. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 345.

[227] MARRARA, Thiago. As cláusulas exorbitantes diante da contratualização administrativa. *Revista de Contratos Públicos*, Belo Horizonte, ano 3, n. 3, 2013, p. 251: "a exorbitância de muitas cláusulas previstas, por exemplo, no art. 58 da Lei de Licitações, é extremamente baixa quando se as compara com o direito privado. É o caso, por exemplo, dos poderes de fiscalização e de aplicação de multas por descumprimento do contrato administrativo. Obrigações de suportar a fiscalização e de pagar multa ou mesmo reparações prévias padronizadas (por meio de cláusula penal) são comuns no direito privado. O que ocorre no direito administrativo é basicamente a determinação de que tais cláusulas incidam em todos os contratos, enquanto no direito privado a escolha dependerá da negociação privada. Em outras palavras, a exorbitância não está exatamente no conteúdo do poder, mas sim na sua previsão contratual obrigatória — o que, a propósito, sequer implica que o administrador necessariamente o utilizará no caso concreto".

[228] Um exemplo ajuda a ilustrar o ponto. O direito ao salário-mínimo, embora só seja concretamente aplicável no contexto e após o advento de um contrato de trabalho, existe por força da Lei e da Constituição. Sua base normogenética não é negocial.

O tema será retomado e desenvolvido com maior profundidade nos Tópicos IV.3.1 e V.1, mas entendo que são arbitráveis, seja como pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro ou pretensões indenizatórias, os efeitos pecuniários decorrentes do exercício dessas potestades unilaterais da Administração contratante. Não se pode buscar, em sede arbitral, a desconstituição de tais prerrogativas (*e.g.*, a invalidação do ato); mas sim a neutralização de suas repercussões econômicas sobre dada avença.

A Lei nº 9.307/1996 estabelece serem arbitráveis os direitos patrimoniais e disponíveis. No campo da Administração Pública, a disponibilidade deve ser entendida como suscetibilidade de contratualização; como a possibilidade de se dispor, por meio de instrumentos contratuais, a respeito de determinado direito – que pode, não há qualquer restrição nesse sentido, ter origem negocial ou legal.

A respeito da arbitrabilidade dos poderes unilaterais da Administração contratante, o vetor da patrimonialidade é especialmente útil. Mesmo partindo da premissa de que as cláusulas exorbitantes são negocialmente insuprimíveis, é preciso admitir a arbitrabilidade dos seus reflexos pecuniários. Ou seja, embora não possa o particular contratado anular a decisão administrativa de rescindir ou modificar o pacto perante o tribunal arbitral,[229-230] pode ele buscar obter ou majorar justa compensação financeira em face dela.

IV.3 Proposta de operacionalização do critério da contratualidade.

Os exemplos acima abalizam o diagnóstico que fizemos. Mais do que na sua enunciação abstrata, as incongruências têm se verificado sobretudo na operação do critério da contratualidade. E isso ocorre, especialmente, por dois fatores alternativos: (*i*) ora se tenta explicá-lo por meio de critérios inadequados e imprecisos e (*ii*) ora se esquece de acompanhar a dinâmica evolução do campo de contratualidade e consensualidade do Direito Administrativo.

---

[229] A verdade é que a anulação de rescisões ou modificações unilaterais do contrato dificilmente ocorre mesmo perante o Poder Judiciário, eis que a Lei fixa poucos parâmetros objetivos para o exercício de tais prerrogativas e pondera-se que cabe à Administração Pública, com grande margem de discricionariedade, decidir fazer uso delas. É verdade também, por outro lado, que numa relação negocial, todos os eventos contratuais podem ser reduzidos e compensados monetariamente.

[230] A experiência internacional também sugere essa conclusão. No Capítulo II, mencionou-se que a recente revisão do Código de Contratos Públicos nega a arbitrabilidade das disputas quanto ao fundamento da modificação unilateral de contrato administrativo por interesse público (CCP, art. 313, n. 3).

Daí se encontrar na literatura e na jurisprudência, por exemplo, múltiplas referências categóricas à completa inarbitrabilidade das sanções administrativas. Isso num contexto em que diversas leis, livros e julgados vêm admitindo amplamente os chamados *acordos substitutivos de sanção administrativa*.[231]

Especialmente nas hipóteses em que há autorização legislativa[232] para que a Administração, por via negocial, substitua sanção administrativa de caráter patrimonial, o que justificaria a inarbitrabilidade da medida?

O mesmo interesse público que respaldaria substituir eventual sanção, suspender a tramitação de processo sancionador ou impedir a sua instauração poderia recomendar, ao juízo discricionário (porém motivado) da autoridade administrativa, a previsão de cláusula compromissória na minuta de contrato administrativo a ser licitado ou mesmo a celebração de compromisso arbitral específico.

Ora, se vem sendo admitido que a Administração transija mesmo em matérias de polícia, porque recusar-lhe a possibilidade de resolver controvérsias a respeito delas por arbitragem? Quem pode o mais – renunciar total ou parcialmente a direito material – deveria poder o menos: renunciar contratualmente à jurisdição estatal no respeitante a tal direito, se assim recomendar o interesse público.

Diante dos limites impostos pela dicção legislativa, a contratualidade parece ser a forma mais adequada de verificar se uma matéria é suscetível ou não de ser apreciada em sede

---

[231] Os acordos substitutivos promovem "a terminação consensual do processo administrativo por meio da celebração de acordo administrativo entre a Administração Pública e o administrado. Por meio de ato bilateral, resultado do encontro de vontades, a Administração Pública deixa de emitir ato imperativo e unilateral ou encerra consensualmente o procedimento instaurado para tanto". Ao lado deles, existem também os chamados acordos integrativos, que "não encerram o processo administrativo no qual são celebrados, pois voltados à viabilização da emissão pela Administração Pública do ato final, imperativo e unilateral, de forma mais célere ou mais adequada às especificidades do caso concreto". PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atuação Administrativa Consensual*: Estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador. Dissertação de mestrado. São Paulo: USP, 2010, p. 190-191. A dissertação referida foi publicada comercialmente sob o seguinte título *Sanção e Acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015.

[232] Há quem defenda a possibilidade de a Administração substituir sanções administrativas mesmo à mingua de permissivo legal específico, com base nos princípios da eficiência, proporcionalidade e finalidade. Nesse sentido, ver BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 111/112: “Embora seja desejável a previsão legal expressa, parece possível haver a regulamentação administrativa tanto de acordos substitutivos, como de acordos integrativos de decisões sancionatórias. O ponto nodal é a estruturação de modelos consensuais que possam otimizar os objetivos do aparato sancionador, sem criar perigosos incentivos à reincidência”.

arbitral. E o critério deve ser operado sem dogmas ou recursos a outras dicotomias clássicas; é dizer deve-se pesquisar, empírica e concretamente, se a controvérsia poderia ou não, ante o direito positivo e a jurisprudência dominante, ser objeto de ajuste volitivo entre a Administração Pública e o administrado.

E, aqui, também não podem ser desprezadas as repercussões das recentes alterações da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) sobre o sistema arbitral envolvendo a Administração Pública.[233]

O artigo 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, incluído pela Lei nº 13.655/2018, promove a incorporação ao ordenamento pátrio de um claro permissivo geral à consensualidade administrativa, tal como existe na legislação italiana, espanhola e portuguesa.[234]

Embora o próprio dispositivo ressalve regulamentos especiais e preveja limitações substantivas e procedimentais, cria-se autorização genérica induvidosa para que a Administração Pública, Direta e Indireta, de qualquer dos entes federados, celebre acordos integrativos e substitutivos, bem como qualquer outro compromisso para a prevenção ou autocomposição de controvérsias.

O espaço de arbitrabilidade dos conflitos havidos com a Administração deve, como regra, corresponder ao espaço de consensualidade administrativa admitido pelo ordenamento.[235] A dilatação de um, portanto, deve levar, *pari passu*, à ampliação do outro; ressalvando-se apenas as disposições especiais em sentido contrário.

IV.3.1. Limites quanto à cognoscibilidade e quanto aos provimentos arbitrais. O que deve ser arbitrável?

---

[233] *Cf.* MOREIRA, Egon Bockmann. Arbitragem, administração pública e a Nova Lei de Introdução. *Gazeta do Povo*, Curitiba, PR, p. 1 - 4, 08 jun. 2018.

[234] Na Itália, tem-se a Legge 241/1990, art. 11; Na Espanha, a Ley 39/2015, art. 86 e em Portugal, a Lei 4/2015, art. 57.

[235] Em cursos mais modernos de Direito Administrativo, os temas são mesmo tratados de forma conjunta – ilustrando a simbiótica relação que possuem. No capítulo dedicado aos Princípios do Direito Administrativo do manual escrito pelo orientador deste trabalho, o tópico IV.15 faz referência à "consensualidade e arbitrabilidade no direito administrativo". *Cf.* ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.85.

A análise da arbitrabilidade objetiva deve recair apenas sobre os pedidos formulados na ação; sobre as pretensões jurídicas visadas pelas partes. A arbitrabilidade deve limitar, portanto, o espectro dos provimentos, de cunho decisório, que podem ser adotados pelos árbitros e não o leque de assuntos que podem ser debatidos e apreciados na fundamentação das sentenças arbitrais.

Na teoria geral do processo, distingue-se o objeto litigioso do objeto do processo. O primeiro – demarcado pelos pedidos formulados pelas partes[236] – seria um elemento do segundo, abrangente de todas as questões postas sob apreciação do órgão julgador. Assim, enquanto a atividade cognitiva do magistrado é exercida sobre todo o objeto do processo; apenas o objeto litigioso é alvo da decisão judicial.[237]

Na arbitragem, instituto de caráter jurisdicional,[238 - 239] às restrições objetivas à arbitrabilidade devem limitar não a atividade cognitiva dos árbitros;[240] mas o seu poder

---

[236] Nessa linha, veja-se a clássica obra de SCHWAB, Karl Heinz. *El objeto litigioso en el processo civil*. Trad. Tomas Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1968 e o artigo de SANCHES, Sidney. O objeto do processo e o objeto litigioso do processo. *Revista de Processo*. Vol. 13, São Paulo, 1979, p. 43 a 46. Fredie Didier defende que o objeto litigioso do processo é constituído pelos pedidos formulados pelo autor e pelos contradireitos alegados pelo réu, isto é, posições jurídicas inviabilizadoras das pretensões autorais (*v.g.*, compensação; exceção de contrato não cumprido; prescrição; direito de retenção etc.). Cf. DIDIER, Fredie. Contradireitos, objeto litigioso do processo e improcedência. *Revista de Processo*, v. 223, p. 87-100, 2013. Em posição francamente minoritária, há ainda quem defenda que a causa de pedir deveria compor o objeto litigioso. Neste último sentido, veja-se CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A Causa Petendi no Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

[237] "O objeto do processo é o conjunto do qual o objeto litigioso do processo é elemento; esse é uma parcela daquele. Enquanto o objeto do processo abrange a totalidade das questões que estão sob apreciação do órgão julgador, o objeto litigioso do processo cinge-se a um único tipo de questão, a questão principal, o mérito da causa, a pretensão processual. Enquanto o primeiro faz parte apenas do objeto da cognição do magistrado, o segundo é objeto de decisão". CABRAL, Antonio; CRAMER, Ronaldo (orgs.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 760.

[238] NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil comentado*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 1300: "A natureza jurídica da arbitragem é de jurisdição. O árbitro exerce jurisdição porque aplica o direito ao caso concreto e coloca fim à lide que existe entre as partes. A arbitragem é instrumento de pacificação social. Sua decisão é exteriorizada por meio de sentença, que tem qualidade de título executivo judicial, não havendo necessidade de ser homologada pela jurisdição estatal". Sobre o ponto, consulte-se ainda: CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e jurisdição. *Revista de Processo*, v. 58, p. 33-40, 1990.

[239] O caráter jurisdicional da arbitragem foi também afirmado pelo STJ no julgamento dos seguintes Conflitos de Competência: 139.519/RJ; 111.230/DF e 146.939/PA. Os dois últimos casos são analisados por MARQUES, Ricardo Dalmaso. O STJ, as medidas antiarbitragem e o princípio da competência-competência na Lei 9.307/1996. Comentários às decisões da MC 17.868/BA. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, v. 10, n. 32, p. 298-305, 2012.

[240] WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987 p. 41: A cognição "é um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são utilizadas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium*, do julgamento do objeto litigioso do processo".

decisório. É dizer: o que deve ser arbitrável é o *objeto litigioso* e não, necessariamente, todo o *objeto do processo arbitral*.

O Conflito de Competência nº 139.519, apreciado pelo STJ no final de 2017, permite bem exemplificar e discutir a proposta.[241] Nos processos, o primeiro deles arbitral e o segundo judicial, que deram azo à suscitação do conflito, as partes controvertiam a respeito da validade de ato praticado pela ANP que redesenhou os campos de petróleo,[242] com suposta finalidade arrecadatória (aumentar os valores recolhidos pelas petrolíferas a título de *participações especiais*).[243]

O caso oferece boas perspectivas de análise. A meu juízo, o conflito poderia ser arbitrado – caso a pretensão fosse veiculada em formato pecuniário e passível de contratualização. No entanto, a anulação de ato administrativo, de cunho normativo, praticado pela Agência Nacional do Petróleo – ANP, não pode ser determinada por órgão arbitral.

Caberia aos árbitros, tendo como fundamento o reconhecimento da invalidade do ato impugnado, a neutralização dos efeitos patrimoniais que dele decorreram para a parte autora, no bojo do contrato celebrado por elas. A anulação de ato administrativo, diretamente por tribunal arbitral, parece medida imprópria, mais ainda quando o ato irradie efeitos jurídicos sobre terceiros não abrangidos pela convenção ou compromisso arbitral.

No exemplo mencionado, partindo da premissa de que os argumentos da Petrobras são procedentes, poderiam ser preservados eventuais efeitos fiscalizatórios e gerenciais do ato de unitização, mas, reconhecida a sua ilegalidade (*e.g.*, por se tratar de ato praticado em desvio de finalidade ou abuso de direito) ou o seu potencial lesivo gerador de dever indenizatório[244] (*e.g.*, por se tratar de ato do príncipe capaz de gerar desequilíbrio econômico-financeiro), seriam materialmente negadas as suas consequências pecuniárias – a considerável majoração

---

[241] O caso é detalhadamente explicado por MOREIRA, Egon Bockmann; CRUZ, Elisa Schmidlin. Novos parâmetros da arbitragem frente à Administração Pública brasileira: o caso "Petrobras-ANP". *Revista de Direito Público da Economia*, vol. 62, pp. 225-271, 2018.

[242] Resolução RD/ANP nº 69/2014.

[243] Os *royalties* são a forma ordinária de compensação estatal pela exploração de recursos petrolíferos. As participações especiais constituem compensação financeira extraordinária devida pelos concessionários de exploração e produção de petróleo para campos que obtenham grande volume de produção. Sobre o ponto, veja-se a Resolução ANP nº 12, de 21/02/2014.

[244] Como se sabe, há atos lícitos praticados pela Administração que acarretam o dever de indenizar administrados que por ele sejam negativamente afetados. Voltaremos ao ponto no Tópico V.3.

dos montantes devidos a título de participações governamentais – sobre o contrato petrolífero objeto de convenção arbitral.

O pleito seria, se assim formatado, muito similar aos pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro, cuja arbitrabilidade é amplamente reconhecida, inclusive por leis setoriais (*vide* Tópico V.1).

Aqui cabe pequena digressão quanto ao que refiro por negação material das consequências pecuniárias de atos inarbitráveis. Em relação a eles, descabe adotar na parte dispositiva das sentenças arbitrais providências de natureza declaratória ou constitutiva (positiva ou negativa).[245] Mas será, com base em conclusões prejudiciais de caráter declaratório, incidentalmente atingidas, que os árbitros proferirão sentença de natureza condenatória.[246]

Em geral, nesse caso, a condenação terá natureza pecuniária direta: se expressará em cifras; uma parte será condenada a pagar dada quantia à outra. No entanto, vislumbram-se hipóteses em que as condenações arbitrais, validamente, imponham obrigações de fazer ou de não fazer *mediatamente* patrimoniais.[247] Como exemplos, poder-se-ia aludir ao caso de a sentença arbitral determinar que uma parte não cobre dada quantia da outra (*obrigação de não fazer*) ou, ainda, que a sistemática de cobranças periódicas praticada entre elas observe determinado índice de correção monetária ao longo de toda relação contratual (*obrigação de fazer*).

---

[245] Não podem os árbitros, com eficácia sentencial nem pretensão de imutabilidade, emitir juízos declaratórios a respeito da existência ou validade de ato, negócio ou relação jurídica; nem intervir neles para criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações. A respeito dos tipos, naturezas e eficácias das sentenças definitivas, veja-se: GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*: processo de conhecimento. Vol. 2. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 280-283 e CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1942, p. 260-283.

[246] SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil*: processo de conhecimento, vol. 1. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 171: "Por meio de ação condenatória busca-se uma sentença que imponha ao réu a obrigação de prestar alguma coisa devida ao autor. Enquanto este, mediante ação declaratória, apenas pretende que o juiz declare seu direito, sem nenhuma outra consequência de natureza jurídico-material, a não ser o efeito de coisa julgada sobre a relação jurídica declarada existente ou inexistente pela sentença. Através da ação condenatória o autor que mais: quer que o juiz igualmente o declare titular da pretensão posta em causa e, ultrapassando este momento declaratório da sentença, que o réu seja condenado a prestar alguma coisa".

[247] Aliás, cabe ressaltar, na gramática do Direito Civil a condenação, judicial ou arbitral, de uma parte a pagar quantia à outra é qualificada como "*obrigação de dar*" (CC/02, arts. 233 a 246). Uma *obrigação de dar* nada mais se trata de uma espécie, particularizada e com tratamento legislativo e doutrinário próprios, de *obrigação de fazer*. Condenar alguém a pagar dada importância a terceiro é impor-lhe uma obrigação de fazer.

Deve-se ter, contudo, parcimônia no que toca às condenações a obrigações de fazer e não fazer. O *facere* ou o *non facere* impostos pelos árbitros não podem ter o condão de desfazer, materialmente, as dimensões extrapatrimoniais dos atos inarbitráveis da Administração Pública.[248] Explica-se.

Tomando-se como exemplo, uma desapropriação ou uma ordem de demolição, não poderiam os árbitros condenarem a Administração à *obrigação de não desapropriar ou de não demolir*. No entanto, como será examinado no Tópico V.3, poderia ser fixada via arbitragem a indenização devida em função de tais atos.

Pode-se imaginar que alguns atos supostamente inarbitráveis da Administração tenham apenas consequências patrimoniais e que negá-las equivaleria, na prática, à sua total fulminação.

Essa é, contudo, uma perplexidade que revela não o descabimento da arbitragem em tais matérias, seja na perspectiva cognitiva ou decisória (desde que observadas as limitações propostas), mas o quão descabidas são as teses que sustentam a total inarbitrabilidade de atos do gênero. As vozes que o fazem priorizam a forma de emissão em detrimento da substância de negócios, atos ou fatos da Administração.

A proposta desta dissertação é legar aos árbitros poderes decisórios sobre as repercussões patrimoniais de atos e fatos indisponíveis; prevenindo-se, contudo, a ingerência arbitral em face dos aspectos substantivos e extraeconômicos de tais atos e fatos, muitas vezes associados à *puissance publique* do Estado.[249] E note-se: o avanço da jurisdição arbitral sobre

---

[248] Distinção semelhante, com base na doutrina de Santi Romano, é proposta por MOREIRA, Egon Bockmann; CRUZ, Elisa Schmidlin. Novos parâmetros da arbitragem frente à Administração Pública brasileira: o caso "Petrobras-ANP". *Revista de Direito Público da Economia*, vol. 62, pp. 225-271, 2018: "Aqui, ouvem-se ecos da doutrina que remonta ao clássico Santi Romano, ao dissociar os deveres das obrigações: estas, são eminentemente contratuais, advindas de atos das próprias partes que a elas se vinculam; aqueles, precipuamente legais, oriundos de norma jurídica vinda de fonte diversa. Os deveres, portanto, podem existir em decorrência de regime estatutário específico – e não exigem, para a sua configuração, cariz pessoal ou patrimonial. Já o termo "obrigações" é reservado a relações jurídicas eminentemente pessoais e patrimoniais. As obrigações são espécies do gênero "deveres" e os "deveres em sentido estrito" os não-obrigacionais. Transportando-se a construção acadêmica para a arbitragem que entrecruza agências reguladoras, empresa estatal e Estados da federação, o objeto do procedimento terá parâmetros obrigacionais – e não poderão atingir os deveres em sentido estrito". Nesse sentido, consulte-se: ROMANO, Santi. Deberes y Obligaciones, in: *Fragmentos de un Diccionario Jurídico*, Trad. de S. Sentis Melendo e M. Ayerra Redín. Buenos Aires: Ed. Jurídicas Europa-América, 1964, p. 111.

[249] Embora o conceito, legado do direito administrativo francês, já não mais tenha lugar na extensão de outrora; a Administração Pública, até em função das tarefas que lhe são confiadas, sempre precisará encontrar um ponto de equilíbrio para o binômio *prerrogativas especiais de poder*, de um lado, e *deveres e controles especiais*, do outro. (*Cf.* ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. *Curso de Direito Administrativo*.

os conflitos com a Administração não deveria causar tanto desconforto à literatura e à jurisprudência, na medida em que depende de prévio assentimento estatal para que ocorra. Caso a Administração queira contê-lo, a solução é simples: basta deixar de prever cláusulas arbitrais ou firmar compromissos de tal natureza; ou, ainda, excluir específica e expressamente, inclusive na própria convenção, determinadas matérias do alcance – decisório ou mesmo cognitivo – dos árbitros.

Finda a digressão, retoma-se o raciocínio anterior indicando que, na prática arbitral, deveria haver maior atenção às diferenciações em análise. Tanto pelas partes, como também pelos árbitros – que poderiam até, com o fito de viabilizar a opção pelo foro arbitral de início ajustada, oportunizar emendas às petições iniciais que tratem de conflitos que poderiam ser adequadamente resolvidos via arbitragem, porém veiculem pedidos impassíveis de deferimento em instância arbitral.

Pode-se traçar aqui paralelo com o controle de constitucionalidade difuso exercido pelos juízes estatais – e, segundo tem se entendido, pelos próprios árbitros.[250-251] Embora

---

Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 1-3). É impossível, além de indesejável, excluir dos órgãos estatais essas prerrogativas unilaterais, por vezes imprescindíveis diante das demandas e desafios da vida em sociedade. Deve-se, contudo, procurar opor limites jurídicos e controle eficazes ao seu exercício; para que poderes legítimos não sejam convolados em puro e incontrastável arbítrio. Discussão interessante acerca da *puissance publique* e do seu papel para a construção dogmática e ideológica do direito administrativo na França são feitas por: CHEVALLIER, Jacques. Les Fondements Ideologiques du Droit Administratif Français. In: *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt general*. Paris: PUF, 1979, p. 03-57 e RIVERO, Jean. Existe-t-il un critère du droit administratif?. *Revue du Droit Public et de la Science politique en France et à l'étranger - RDP*, pp. 279-296, 1953. A respeito do tema, ver também a obra fundante de HAURIOU, Maurice. *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*. Paris: Librairie de la Société du Recueil Sirey, 11ª ed. Tomo I,1924, Prefácio, p. VII e VIII.

[250] "O árbitro atua como juiz, de modo que como o juiz de direito em sede de controle difuso, tem o dever de declarar a inconstitucionalidade. Não se coaduna com o Estado Democrático de Direito a possibilidade de que a supremacia da Lei Maior seja desconsiderada por quem detém, em substituição ao magistrado, o poder de aplicar o Direito, em manifesto prejuízo à segurança jurídica. Não declarada a inconstitucionalidade pelo árbitro, temos uma sentença que também será inconstitucional, portanto nula, como todo ato inconstitucional". (FERREIRA, Olavo Vianna Alves; BONIZZI, Marcelo José Magalhães. Declaração de Inconstitucionalidade pelo Árbitro: vedação ou dever. *Revista de Processo*, v. 274, p. 255-289, 2017, p. 287).

[251] No Direito brasileiro, desde a Constituição de 1891, reconhece-se que qualquer órgão jurisdicional, com exceção dos fracionários (que se sujeitam a cláusula da reserva de plenário, desde a Constituição de 1934), é competente para declarar a inconstitucionalidade incidental de leis. A exclusão dos órgãos arbitrais do sistema de controle difuso representaria subversão da supremacia constitucional sobre as demais espécies normativas. O ponto, todavia, não é simplório. Em primeiro lugar, entendo que os árbitros devem observar as decisões do STF dotadas de eficácia vinculante. Em segundo, é preciso questionar se declarações incidentais de inconstitucionalidade ensejam uma exceção à irrecorribilidade judicial dos provimentos arbitrais (Lei nº 9.307/1996, art. 18). Até em respeito à isonomia e à integridade do ordenamento jurídico, deve-se discutir, nessa hipótese específica, o cabimento de recurso extraordinário dirigido ao Supremo Tribunal Federal das decisões arbitrais que reputem inconstitucionais tratados ou leis federais. [CRFB/88,

possam reputar, como razão de decidir, uma lei incompatível com a Constituição, não podem declarar a invalidade da norma na parte dispositiva da sentença, retirando-lhe a eficácia *erga omnes*.

O mesmo raciocínio pode ser aplicado às arbitragens. Os árbitros têm o condão de – partindo da premissa de que um fato ou ato inarbitrável praticado pela Administração contratante é ilegal ou inconstitucional – impedir que ele produza efeitos pecuniários sobre a outra parte da avença.

Na ótica e gramática do direito processual, como dito, deve-se falar em arbitrabilidade de *pretensões*. Aliás, esse é mesmo o clássico conceito *carneluttiano* de lide: um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida.[252]

Daí, voltando ao caso do CC nº 139.519, poderia a Petrobras formular um pleito de revisão contratual,[253] análogo aos pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro típicos dos contratos administrativos, com vistas a neutralizar os impactos monetários da Resolução da ANP sobre o contrato petrolífero; mas não buscar a própria invalidação – compreendida como *extirpação do mundo jurídico* – do indigitado ato normativo em sede arbitral.[254]

Não se deve discutir a arbitrabilidade de causas de pedir (remotas ou próximas); mas dos pedidos requeridos por uma parte em face da outra. E aqui se faz necessário recuperar o debate quanto às chamadas *questões prévias*, particularmente quanto às *questões prejudiciais incidentais*.[255]

---

art. 102, II, b: "Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...) III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: (...) b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal"].

[252] CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Ed. Lejus, 1999, p. 108. Veja-se também: CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del diritto processuale civile*. Vol. I e II. Padova: Ed. Padova, 1938.

[253] Majoritariamente, considera-se que as concessões petrolíferas são contratos de direito privado celebrados pela Administração Pública, daí optar-se pela nomenclatura "revisão contratual". Sobre a natureza jurídica das concessões petrolíferas, veja-se: ARAGÃO, Alexandre Santos de. O contrato de concessão de exploração de petróleo e gás. *Revista do Direito da Energia*, v. 5, p. 37-78, 2007 e RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do Petróleo*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

[254] E perceba-se: não haveria maiores diferenças ou dificuldades práticas; até porque nesse caso os créditos, ambos de natureza contratual (participações especiais e revisão/reequilíbrio do contrato), poderiam ser reciprocamente extintos por compensação (Código Civil, art. 368).

[255] "Trata-se das questões 'prévias', que podem ter natureza processual ou material. Tradicionalmente, dizia-se que as de natureza processual eram as 'questões preliminares' e as de natureza material 'questões prejudiciais'. Estas definições são controversas na doutrina, até porque o qualificativo 'preliminar' só denota que a questão é apreciada 'anteriormente' a outra, sem dizer nada sobre seu conteúdo. A prescrição,

O *itinerário processual*, diz Barbosa Moreira, "não está predeterminado senão nas diretrizes genéricas que a lei ministra, menos como *roteiro* do que como *bússola*. Toca ao juiz, valendo-se de tais indicações, orientar-se nas encruzilhadas que pelo trajeto se lhe deparem, de sorte que a viagem chegue a bom termo".[256]

Lembra Chiovenda, nessa linha, que, antes de julgar o mérito de um processo, as suas questões principais, "encontra-se o juiz a braços com uma série mais ou menos longa de pontos que representam o antecedente lógico da questão final (*pontos prejudiciais*) e que, se controvertem, dão origem a questões (*questões prejudiciais*)".[257]

Barbosa Moreira enxerga um vínculo de subordinação, de antecedência lógica, entre as questões prévias (prejudiciais ou preliminares), às quais o autor também se refere por *prioritárias*, e as principais.[258] "As questões prioritárias não são tais em virtude de algo que esteja nelas mesmas, isoladamente consideradas, nem de algo que esteja nas questões que delas dependem, mas por força da particular relação que se estabelece entre umas e outras".[259]

---

por exemplo, não é uma questão prévia; é parte do mérito e apesar disso é considerada 'preliminar' em relação às demais questões de mérito (daí se afirmar que a prescrição é uma 'preliminar de mérito': ou seja, uma questão de mérito, mas preliminar às demais questões de mérito). Assim, nem todas as questões 'preliminares' são questões de natureza processual. Feito esse registro, voltemos à distinção. As questões prévias de natureza processual são aquelas cujo reconhecimento poderia levar à interrupção da cognição, podendo inclusive levar à prolação de decisões extintivas do processo. Exemplos são os pressupostos processuais, legitimidade e interesse de agir. Já as questões prejudiciais são aquelas cuja solução condicionará o pronunciamento sobre outra questão. Embora existam autores que admitem questões prejudiciais de natureza processual, assumem importância, no ponto, as questões prejudiciais de direito material, que geralmente poderiam ser objeto de demanda autônoma, e que por não terem sido efetivamente 'pedidas', não eram consideradas parte do mérito; vale dizer, não eram efetivamente decididas, mas apenas conhecidas de modo incidental (*incidenter tantum*) como itinerário lógico para o juiz chegar à questão principal. Exemplos são a inconstitucionalidade uma norma; a discussão da paternidade na ação de alimentos; a validade de um contrato na demanda em que se pede ressarcimento pelo inadimplemento etc. A cognição sobre as prejudiciais, embora não leve à interrupção da cognição ou extinção do processo, condiciona a análise do mérito". CABRAL, Antonio do Passo. Comentário ao art. 503. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord. *et al.*). *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1289-1290.

[256] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Questões Prejudiciais e Preliminares. In: *Direito Processual Civil – Ensaios e Pareceres*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971, p. 74.

[257] CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 2ª ed. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 376.

[258] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Questões Prejudiciais e Preliminares. In: *Direito Processual Civil – Ensaios e Pareceres*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971, p. 77-78.

[259] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Questões Prejudiciais e Preliminares. In: *Direito Processual Civil – Ensaios e Pareceres*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971, p. 81.

Para o catedrático da UERJ, as questões preliminares, em geral (mas não necessariamente) de índole processual, são aquelas cuja solução autoriza ou dispensa a análise das demais questões discutidas nos autos.[260] As questões prejudiciais, por seu turno, são aquelas cuja solução determina "o *teor* da solução de outras". O seu 'sentido' ou 'conteúdo'; o seu 'modo de ser'. [261]

A prejudicialidade é uma relação de dependência lógica; sendo mesmo desnecessário provação das partes para a sua caracterização e conhecimento pela autoridade judicante. Como anota Luiz Fux, "por vezes, uma relação jurídica diversa daquela que compõe a causa de pedir, não obstante esteja fora da órbita da decisão da causa, precisa ser apreciada como premissa lógica integrante do itinerário do raciocínio do juiz, antecedente necessário ao julgamento. Saltar sobre ela significaria deixar sem justificativa a conclusão sobre o pedido".[262]

Quando questões prejudiciais são incidentalmente postas diante de órgãos jurisdicionais incompetentes para sobre elas decidir a título de questão principal, existem três soluções cogitáveis:[263] (i) a remessa de todo o processo para órgão judicial competente para apreciar *principaliter* ambas as questões;[264] (ii) a cisão do julgamento do processo, com a remessa apenas da questão prejudicial à alçada com competência exclusiva para resolvê-la e a suspensão do feito original[265] e (iii) a análise, pelo juízo da causa, da discussão prejudicial na

---

[260] Ressalvado o caso da prescrição e decadência, o acolhimento de questões preliminares implica a extinção do processo sem resolução de mérito

[261] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Questões Prejudiciais e Preliminares. In: *Direito Processual Civil – Ensaios e Pareceres*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971, p. 86-87.

[262] FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 434.

[263] Este reenvio pode, ainda, ser processado de duas formas: ou bem se dá a cisão – o desmembramento – do processo, como ocorre com o incidente de inconstitucionalidade suscitado por órgãos fracionários de tribunais. Ou bem se dá a remessa de todo o processo para que órgão judicial competente para apreciar *principaliter* ambas as questões, o faça. Nesse sentido, veja-se: DIDIER, Fredie. Comentário ao art. 503. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 770.

[264] De menor ocorrência forense, isso pode se dar por força do incidente de assunção de competência, previsto no art. 947, do Código de Processo Civil de 2015.

[265] O desdobramento ocorre, por exemplo, com os incidentes de inconstitucionalidade suscitados por órgãos fracionários de tribunais. Nesse caso, suspende-se a tramitação do feito perante a turma, câmara ou seção e remete-se ao Tribunal Pleno ou Órgão Especial apenas a análise da constitucionalidade da norma impugnada; para que então o colegiado fracionário, aplicando a conclusão alcançada pelo Tribunal, julgue o mérito do processo. A lógica da cisão e suspensão processual não tem aplicabilidade apenas entre questões prejudiciais e principais. No julgamento de recursos extraordinários com repercussão geral conhecida, ocorre sistemática semelhante – com o sobrestamento dos recursos perante os tribunais de origem, que oportunamente deverão aplicar aos casos postos sob sua apreciação a tese alcançada pelo STF.

fundamentação do *decisum* – que, se verá, é a regra geral do sistema; a ser derrogada apenas diante de disposição legal expressa.

A discussão não é relevante apenas para as arbitragens com a Administração Pública e extrapola mesmo o campo arbitral. É problemática comum à ciência processual.[266] Bem por isso, o Código de Processo Civil de 2015 deve ser considerado para solucioná-la.

Nessa linha, o art. 503 do Código de Processo Civil de 2015[267] introduziu ao ordenamento brasileiro a possibilidade de decisões acerca de questões prejudiciais, expressa e incidentemente decididas no processo, formarem coisa julgada. Para isso, contudo, o Código exige que a resolução dela seja imprescindível ao julgamento do mérito; tenha havido efetivo e prévio contraditório a seu respeito e o juízo sentenciante detenha competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal.

A contrario sensu, a inovação normativa indica que órgãos jurisdicionais podem analisar questões prejudiciais para as quais seriam absolutamente incompetentes, apenas repelindo o *status* de coisa julgada nessa hipótese.[268-269] Antes mesmo da reforma legislativa,

---

[266] No direito processual penal, por exemplo, o tema é objeto de previsões específicas. Código de Processo Penal: "Art. 92. Se a decisão sobre a existência da infração depender da solução de controvérsia, que o juiz repute séria e fundada, sobre o estado civil das pessoas, o curso da ação penal ficará suspenso até que no juízo cível seja a controvérsia dirimida por sentença passada em julgado, sem prejuízo, entretanto, da inquirição das testemunhas e de outras provas de natureza urgente. Parágrafo único. Se for o crime de ação pública, o Ministério Público, quando necessário, promoverá a ação civil ou prosseguirá na que tiver sido iniciada, com a citação dos interessados. Art. 93. Se o reconhecimento da existência da infração penal depender de decisão sobre questão diversa da prevista no artigo anterior, da competência do juízo cível, e se neste houver sido proposta ação para resolvê-la, o juiz criminal poderá, desde que essa questão seja de difícil solução e não verse sobre direito cuja prova a lei civil limite, suspender o curso do processo, após a inquirição das testemunhas e realização das outras provas de natureza urgente".

[267] Código de Processo Civil de 2015: Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida. § 1o O disposto no caput aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentemente no processo, se: I - dessa resolução depender o julgamento do mérito; II - a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia; III - o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal. § 2o A hipótese do § 1o não se aplica se no processo houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial.

[268] Analisando o dispositivo aludido, Didier anota: "A extensão da coisa julgada à resolução da questão prejudicial incidental pressupõe que o juízo tenha competência para resolvê-la como questão principal. Há casos em que o juízo pode examinar uma questão apenas se ela for incidental. É o que acontece com a alegação de inconstitucionalidade de lei federal: como questão incidental, qualquer juízo pode examiná-la no controle difuso de constitucionalidade; como questão principal, somente o Supremo Tribunal Federal pode fazê-lo no controle concentrado de constitucionalidade. Assim, em controle difuso, não se estenderá a coisa julgada à resolução da prejudicial de inconstitucionalidade. É o que pode acontecer, também, em causa previdenciária que tramita na Justiça Federal, cuja prejudicial seja uma relação jurídica de família; à resolução da prejudicial incidental de família, feita pelo juízo federal, não se estenderá a coisa julgada, em razão da incompetência". DIDIER, Fredie. Comentário ao art. 503. In: CABRAL, Antonio do Passo;

a jurisprudência e a literatura já concebiam essa como a regra geral do sistema; a ser excepcionada apenas nos casos de expressa disposição legal em contrário.[270]

A solução proposta foi expressamente adotada pelo legislador italiano, primeiro no âmbito da Justiça Administrativa daquele país.[271] Diz o *Codice del Processo Amministrativo*: "o juiz administrativo nas matérias para as quais não detenha jurisdição conhece, sem eficácia decisória, de todas as questões prévias ou incidentais cuja resolução seja necessária para que ele se pronuncie sobre a questão principal".[272]

Mais tarde, superando a sistemática tradicional,[273] o legislador italiano estendeu a lógica às arbitragens. Atualmente, prevê o *Codice di Procedura Civile*, em seu art. 819, que

---

CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 769.

[269] GARCIA REDONDO, Bruno. Questões prejudiciais e limites objetivos da coisa julgada no novo CPC. *Revista de Processo*, v. 248, p. 43-67, 2015: "Exemplificando, não é possível formação de coisa julgada sobre questão prejudicial, apreciada por juízo estadual, que, se formulada a título de pedido principal, deveria ser objeto de demanda perante a Justiça do Trabalho. Da mesma forma, inexistirá coisa julgada sobre questão prejudicial apreciada incidentalmente por juízo de Vara Cível que, se formulada a título de pedido principal, deveria ser objeto de demanda perante Vara de Família".

[270] *Cf.* FERNANDES, Antônio Scarance. *Prejudicialidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 52-78; DIDIER, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 15ª ed. Salvador: JusPoddivm, 2013, p. 342-343. Em âmbito jurisprudencial, veja-se: STJ, HC 350.666/SP, Sexta Turma, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, DJ*e* 29/06/2016; STJ, Sexta Turma, REsp 1.370.478/RS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJ*e* 4/11/2014; STJ, Segunda Seção, AgRg no CC 115.032/MT, Rel. Ministro Sidnei Beneti, DJ*e* 29/11/2011; STJ, Segunda Turma, REsp 699.970/DF, Rel. Min. Castro Meira, DJ*e* 08/05/2008 e STJ, Terceira Turma, REsp 83.722/MG, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ 15/06/1998.

[271] Como se sabe, a Itália, assim como boa parte da Europa, adota um sistema jurisdicional bifurcado, inspirado no modelo francês – em que se dividem a Justiça Comum da Justiça Administrativa. O órgão máximo da *Giustizia Amministrativa* italiana é o *Consiglio di Stato*, embora suas decisões possam ainda ser impugnadas via *ricorso in cassazione*. Referência clássica acerca do modelo italiano de controle jurisdicional da Administração Pública é o trabalho de: ETTORI, Charles. O contrôle jurisdicional da administração na Itália. *Revista de Direito Administrativo*, v. 27, p. 34-66, 1952. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/12240>.

[272] Tradução livre. Redação original do dispositivo: "*Articolo 8. Cognizione incidentale e questioni pregiudiziali. 1. Il giudice amministrativo nelle materie in cui non ha giurisdizione esclusiva conosce, senza efficacia di giudicato, di tutte le questioni pregiudiziali o incidentali relative a diritti, la cui risoluzione sia necessaria per pronunciare sulla questione principale*".

[273] Na versão original do Código de Processo Civil italiano, conforme relata Chiovenda, previa-se a suspensão do processo arbitral e o reenvio de todas as questões inarbitráveis à autoridade judicial competente. "2. Árbitros. (Art. 19, Cód. Proc. Civil): 'No caso de surgir' (perante os árbitros) 'alguma das questões indicadas no art. 8º' (questões que não podem ser objeto de juízo arbitral), 'ou qualquer outro incidente relativo a um fato capaz de dar ensejo a ação penal, os árbitros devem remeter as partes à autoridade judiciária competente, e suspendem-se os atos para o arbitramento...' Ainda esta exceção à regra se explica facilmente pela natureza especial do arbitramento (supra, nº 26); sobre as questões estranhas à alçada dos árbitros, a lei não admite tampouco uma cognição incidente por parte deles". CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 2ª ed. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 407.

"os árbitros resolverão sem eficácia de sentença todas as questões relevantes para julgar a controvérsia, ainda que versem sobre matéria que não possa constituir objeto de convenção arbitral, exceto aquelas que, por determinação legal, só possam ser decididas com eficácia sentencial".[274]

A solução proposta, além de bem coadunar com o caráter jurisdicional da arbitragem, prestigia a economia e a celeridade processual. Aliás, no que concerne ao julgamento de questões prejudiciais, tanto o legislador como os juízes sempre buscaram equacionar os valores *certeza* e *segurança jurídica*, de um lado, e *celeridade* e *racionalidade*, do outro.

Tento assim que, na hipótese de suspensão do processo por depender a sentença de mérito "do julgamento de outra causa ou da declaração de existência ou de inexistência de relação jurídica que constitua o objeto principal de outro processo pendente" (CPC/2015, art. 313, V, *a*), o Código de Processo Civil limita o hiato de sobrestamento ao período máximo de um ano (CPC/2015, art. 313, V, §4º).[275-276]

Em julgado relatado pelo Min. Luiz Fux, ainda na vigência do Código anterior – que continha dispositivos análogos aos aludidos, o Superior Tribunal de Justiça esclareceu:

> "Outrossim, a suspensão por prejudicialidade obedece a um prazo improrrogável, *ex vi* do § 5º, do aludido dispositivo legal: 'Nos casos enumerados nas letras a, b e c do nº IV, o período de suspensão nunca poderá exceder 1 (um) ano'. Desta sorte, ultrapassado o período ânuo

[274] Tradução livre. Disposição original, em língua italiana: *Codice di Procedura Civile, articolo 819: "Gli arbitri risolvono senza autorita'di giudicato tutte le questioni rilevanti per la decisioni dela controversia, anche se vertono su materie che non possono essere oggeto di convenzione di arbitrato, salvo che debbano essere decise com efficacia di giudicato per legge". Na sequência, o dispositivo estabelece que, a requerimento das partes, as questões prejudiciais podem ser decididas com eficácia sentencial se versarem sobre matéria passível de ser objeto de convenção arbitral. ("Su domanda di parte, le quesioni pregiudiziali sono decise com efficacia di giudicato se vertono su materie che possono essere oggeto di convenzione di arbitrato".*

[275] Código de Processo Civil de 2015: "Art. 313. Suspende-se o processo: (...) V - quando a sentença de mérito: a) depender do julgamento de outra causa ou da declaração de existência ou de inexistência de relação jurídica que constitua o objeto principal de outro processo pendente; b) tiver de ser proferida somente após a verificação de determinado fato ou a produção de certa prova, requisitada a outro juízo; (...) § 4º O prazo de suspensão do processo nunca poderá exceder 1 (um) ano nas hipóteses do inciso V e 6 (seis) meses naquela prevista no inciso II".

[276] No mesmo sentido, buscando ponderar certeza e celeridade na prestação jurisdicional, dispõe o art. 315, do CPC/2015: "Se o conhecimento do mérito depender de verificação da existência de fato delituoso, o juiz pode determinar a suspensão do processo até que se pronuncie a justiça criminal. § 1º Se a ação penal não for proposta no prazo de 3 (três) meses, contado da intimação do ato de suspensão, cessará o efeito desse, incumbindo ao juiz cível examinar incidentemente a questão prévia. § 2º Proposta a ação penal, o processo ficará suspenso pelo prazo máximo de 1 (um) ano, ao final do qual aplicar-se-á o disposto na parte final do § 1º".

> de suspensão o valor celeridade supera o valor certeza e autoriza o juiz a apreciar a questão prejudicial o quanto suficiente (*incidenter tantum*) para fundamentar a decisão, não se revestindo, essa análise, da força da coisa julgada material". (STJ, Primeira Turma, AgRg no Ag 1318356/RS, Rel. Luiz Fux, DJ*e* 01/12/2010).

E veja-se: como o entendimento firmado pelos árbitros acerca das questões prejudiciais inarbitráveis não é passível de formar coisa julgada,[277] a parte derrotada na arbitragem sempre poderia propor ação judicial com vistas a discutir, como principal, a questão prévia inarbitrável e, assim, infirmar mesmo a sentença proferida pelos árbitros. Ou seja: na hipótese em apreço, não há, ao menos não irremediavelmente, sequer uma subtração de competências reservadas ao judiciário estatal pelos árbitros.

Ao comentar o art. 503, o Professor Antonio Cabral explica que, embora seja cabível a propositura de ação rescisória com vistas à desconstituição de coisa julgada formada sobre a resolução expressa de questão prejudicial incidental, a medida deve ser objeto de pouco emprego forense, uma vez que não existem óbices, além de ser mais fácil e menos custoso, para simplesmente se propor nova demanda para discutir especificamente a prejudicial já debatida. [278] Só a coisa julgada material impede a rediscussão judicial de questões já decididas.

---

[277] Com exceção da ação declaratória incidental e, agora, da sistemática do art. 503 do CPC/2015, sempre se admitiu no processo civil brasileiro e estrangeiro a livre discussão de questões prejudiciais incidentemente debatidas em litígios anteriores. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 2ª ed. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 375: "É sempre possível discutir livremente numa lide sucessiva as questões prejudiciais decididas numa anterior, a menos que, por disposição especial de lei ou por vontade das partes, a contestação surgida no processo precedente, sobre um ponto prejudicial, seja equiparada a uma ação declaratória (declaração incidental), caso em que nos defrontamos com uma demanda autônoma, concernente a um bem da vida diverso, isto é, a certeza sobre a relação prejudicial, com a consequência de que a sentença, desde que receba ou rejeite a demanda de declaração incidental, terá efeito de coisa julgada".

[278] "Do mesmo modo, caberá ação rescisória para desfazer a coisa julgada formada sobre a prejudicial. Neste sentido é o enunciado 338 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: 'cabe ação rescisória para desconstituir a coisa julgada formada sobre a resolução expressa da questão prejudicial incidental'. Não obstante, embora cabível neste caso, a ação rescisória será medida pouco utilizada porque mais fácil e barato repropor a demanda sobre a prejudicial já debatida. É que, ajuizando a rescisória, o autor teria que realizar o depósito prévio do art. 967, II, além de ter o ônus de alegar e demonstrar que os pressupostos do art. 503 e parágrafos estão presentes. Repropondo a demanda, o autor não terá que efetuar depósito e fará com que o ônus de alegar e demonstrar que os pressupostos do art. 503 estão presentes seja do réu, que terá que, em defesa, apresentar a *exceptio rei iudicatae*". CABRAL, Antonio do Passo. Comentário ao art. 503. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord. *et al.*). *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1294-1295. No mesmo sentido, em sede jurisprudencial, veja-se: STJ, Segunda Turma, REsp 1318851/BA, Rel. Ministro Humberto Martins, DJ*e* 28/06/2013; STJ, Terceira Turma, AgRg no Ag 53.230/RJ, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ 24.10.1994.

No campo da arbitragem, a questão apresenta peculiaridades. Como o art. 503 do CPC exige que o juízo sentenciante seja competente em razão da matéria para que a decisão por ele proferida a respeito de questões prejudiciais possa adquirir eficácia de coisa julgada, nem mesmo a invocação subsidiária de tal norma seria capaz de tornar imodificável a conclusão dos árbitros acerca de prejudiciais inarbitráveis.

Assim, o caminho natural para a reversão da conclusão alcançada pelos árbitros quanto a essas questões prejudiciais inarbitráveis seria a propositura de nova ação, com tal escopo, perante o órgão judicial competente.[279]

O exemplo das pensões alimentícia, ainda que distante da realidade das disputas com a Administração, parece oportunizar uma ilustração didática.[280] Segundo o entendimento propugnado, poder-se-ia discutir, a título de questão prejudicial, a filiação do beneficiário numa arbitragem proposta para que se defina, como questão principal, o valor das prestações devidas.

No entanto, a conclusão dos árbitros, naquela primeira parte, não teria força decisória nem, muito menos, eficácia de coisa julgada e poderia, ainda, ser revolvida a qualquer tempo (*dada a natureza imprescritível de tal direito*) pelo fórum jurisdicional competente: o estatal.

Em sentido contrário ao defendido, Alyssa King propõe, em trabalho ainda não publicado,[281] que se aplique às arbitragens um mecanismo de remessa (*referral*) à Justiça estatal das questões prévias inarbitráveis, inspirado naquele existente entre os órgãos judiciais

[279] A título de parêntesis, cabe anotar que o entendimento amplamente majoritário aponta que descabe a propositura de ações rescisórias contra sentenças arbitrais. A 'rescisão' de tais títulos deve, portanto, ser processada por meio de ação declaratória de nulidade ou de impugnação ao cumprimento de sentença, na forma do art. 33 e parágrafos, da Lei nº 9.307/1996.

[280] Ressalva-se, contudo, que alguns sistemas processuais costumam optar, exclusivamente no que tocas às discussões acerca do estado civil das partes, pela suspensão do processo até deliberação final do juízo competente para sobre elas decidir. Embora o exemplo narrado demonstre utilidade didática, para a fácil compreensão do raciocínio proposto, ressalva-se a existência desse óbice normativo expresso em muitos ordenamentos. Nesse sentido, veja-se o disposto pelo art. 92, do Código de Processo Penal brasileiro (transcrito no pé da página anterior) e pelo art. 8, item 2, do Código de Processo Administrativo italiano: "*Restano riservate all'autorità giudiziaria ordinaria le questioni pregiudiziali concernenti lo stato e la capacità delle persone, salvo che si tratti della capacità di stare in giudizio, e la risoluzione dell'incidente di falso*".

[281] Agradece-se a Tatiana Machado Alves pelo fornecimento da *draft version* do artigo KING, Alyssa. Arbitration and the federal balance. *Yale Law Review*. (No prelo, 2019).

de Estados-membros e o Tribunal de Justiça da União Europeia, para a interpretação do Direito Comunitário.[282-283]

Em que pese a argúcia da proposta de King, não creio que essa seja a melhor solução, ao menos não para o sistema arbitral brasileiro – que com ele já conviveu, como se verá abaixo. O *referral* arbitral idealizado, além de comprometer a celeridade do procedimento, não tem base legal e seria mesmo desnecessário, diante da existência de formas posteriores de resguardar o poder decisório dos juízes estatais a respeito de questões inarbitráveis: ação de nulidade, impugnação na fase de cumprimento de sentença ou propositura de ação própria para solucionar, como principal, a questão prévia enfrentada pelos árbitros.

Chega-se, por fim, a um relevante e vigoroso argumento histórico. Em sua redação atual, dada pela Lei nº 13.129/2015, a Lei de Arbitragem não trata de questões prejudiciais inarbitráveis. Contudo, não foi sempre assim. Em sua redação original, havia na Lei nº 9.307, artigo que determinava justamente a suspensão do procedimento arbitral e a remissão dos autos à autoridade judicial competente:

> Art. 25. Sobrevindo no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento, o árbitro ou o tribunal arbitral remeterá as partes à autoridade competente do Poder Judiciário, suspendendo o procedimento arbitral.
> Parágrafo único. Resolvida a questão prejudicial e juntada aos autos a sentença ou acórdão transitados em julgado, terá normal seguimento a arbitragem.

---

[282] Tratado de Lisboa, art. 267: "O Tribunal de Justiça da União Europeia é competente para decidir, a título prejudicial: a) Sobre a interpretação dos Tratados; b) Sobre a validade e a interpretação dos atos adotados pelas instituições, órgãos ou organismos da União. Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-Membros, esse órgão pode, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao Tribunal que sobre ela se pronuncie. Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam suscetíveis de recurso judicial previsto no direito interno, esse órgão é obrigado a submeter a questão ao Tribunal. Se uma questão desta natureza for suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional relativamente a uma pessoa que se encontre detida, o Tribunal pronunciar-se-á com a maior brevidade possível".

[283] No processo C-377/13, o Tribunal de Justiça da União Europeia estendeu, por solicitação do Tribunal Arbitral Tributário, órgão integrante do Centro de Arbitragem Administrativa português, a abrangência do mecanismo de reenvio aos órgãos arbitrais de origem legal. O precedente é discutido por ANJOS, Maria do Rosário. Reenvio prejudicial por tribunal arbitral tributário e imposto de selo sobre aumentos de capital. Comentário ao Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 12 de junho de 2014 «Acórdão Ascendi». *Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona do Porto*, v. 5, n. 5, 2015. ISSN 2184-1020. Disponível em: <http://revistas.ulusofona.pt/index.php/rfdulp/article/view/4981>. Acesso em: 11 nov. 2018.

O dispositivo transcrito foi, em boa hora,[284] revogado pelo art. 4º, da Lei nº 13.129/2015. E tal revogação não ocorreu de modo acidental ou irrefletido. Pelo contrário, ela foi proposta pela comissão de juristas encarregada da elaboração de anteprojeto de lei de arbitragem e mediação, presidida pelo Min. Luis Felipe Salomão.[285]

Durante a tramitação do Projeto de Lei, a revogação em tela foi alvo de emenda supressiva, apresentada pelo então Senador Pedro Tacques (Emenda 05 ao PLS nº 406/2013).[286] Na justificativa, o Senador argumentava que: "o juízo arbitral não pode avançar sua competência sobre litígio que envolva direitos indisponíveis e, assim, surgindo conflito desse âmbito imprescindível para o deslinde dos direitos disponíveis submetidos ao seu juízo, deve conduzir as partes ao órgão jurisdicional competente para decidir o conflito e suspender o processo arbitral".

No entanto, a referida emenda parlamentar foi rejeitada, *por unanimidade*, pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado - CCJ.[287] O Relatório, da lavra do Senador Vital do Rêgo, foi de precisão ímpar a respeito da matéria, razão pela qual será abaixo transcrito:[288]

> "Quanto ao art. 25, observamos que as medidas de que trata esse dispositivo podem ser utilizadas de má-fé, principalmente pelas partes que buscam nelas uma forma de tangenciar o processo arbitral, procrastinando seu andamento, a partir da "criação" de questões de direito indisponível. A sua supressão é uma forma de se prestigiar

[284] O art. 25 da Lei nº 9.307 impunha ao árbitro o dever de suspender o procedimento e remeter ao Poder Judiciário a análise de toda e qualquer questão prejudicial relativa a direitos indisponíveis. A disposição, além de não prever prazo máximo de sobrestamento nem se pretender facultativa, determinava que a arbitragem só fosse retomada após o trânsito em julgado dos processos judiciais respectivos. Por todas as razões expostas nesta seção, não se vislumbra sentido ou razoabilidade nessa sistemática. Nada obstante, vale ressaltar que ela permitia à parte com maior probabilidade de derrota postergar substancialmente ou mesmo inviabilizar a conclusão da arbitragem – por meio da suscitação estratégica, talvez mesmo sucessiva (eis que vícios de ordem pública podem ser alegados a qualquer tempo), de questões prejudiciais referentes a direitos indisponíveis.

[285] Informação constante da exposição de motivos da proposição legislativa que deu origem ao diploma (Projeto de Lei do Senado Federal nº 406/2013). Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4412647&ts=1543014415358&disposition=inline>.

[286] A íntegra da Emenda 05 ao PLS nº 406/2013 pode ser acessada em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4412792&disposition=inline>.

[287] Relatório Legislativo da votação realizada em 11/12/2013, no âmbito da Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, página 25. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4412865&ts=1543014416708&disposition=inline>.

[288] Adendo ao Parecer nº 1.545/2013 da Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, Rel. Senador Vital do Rêgo, pp. 03-04. Disponível eletronicamente em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4412865&ts=1543014416708&disposition=inline>.

> ainda mais a arbitragem, evitando com isso paralisações e ingerências judiciais indevidas. A exclusão do artigo não tem a intenção de dar ao árbitro competência para resolver questões de direitos indisponíveis. Isto é vedado pelo próprio art. 1º da Lei. Se o árbitro entender que a discussão envolve direito indisponível, ele deverá suspender ou mesmo extinguir a arbitragem.
> Ademais, nada impede que os árbitros julguem – *incidenter tantum* – questões prejudiciais, sem força de coisa julgada. Isso amplia o objeto do conhecimento do árbitro, mas não amplia o objeto do processo arbitral, de modo que o árbitro não estará proferindo julgamento sobre questão de direito indisponível, que poderá ser levada a qualquer tempo, pelo eventual interessado, ao Poder Judiciário. A experiência demonstrou que o art. 25 não encontra utilidade prática e pode apenas causar perplexidade e confusão. Tanto isso é verdade que o dispositivo italiano que inspirou o art. 25 já foi revogado há anos".

Hoje, portanto, no plano normativo, ecoa verdadeiro *silêncio eloquente* a respeito da competência dos árbitros para conhecerem e apreciarem incidentalmente, sem força sentencial nem *status* de coisa julgada, questões prejudiciais respeitantes a direitos indisponíveis.

Em relação às questões prejudiciais, a regra do sistema processual brasileiro, que parece refletir orientação de escala global e longevidade secular,[289] é clara e só admite as exceções legalmente previstas: qualquer autoridade investida de funções jurisdicionais pode apreciar, sem eficácia dispositiva nem aptidão de imutabilidade, todas as questões necessárias à resolução dos conflitos de interesses que lhe competem, mesmo que não lhe seja dado decidi-las a título de questão principal.

Voltaremos a algumas dessas discussões no Capítulo seguinte, em que serão debatidas incidências concretas do critério de arbitrabilidade objetivo proposto.

IV.4. Conclusões Parciais.

Como aponta Jean-Baptiste Racine, no Direito arbitral, devem existir "algumas pequenas ilhas de inarbitrabilidade em meio a um oceano de arbitrabilidade".[290] A permissão para que a Administração se valha, de modo amplo, da arbitragem atrai investimentos

---

[289] CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 2ª ed. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 393.

[290] "*Le droit de l'arbitrage est dominé par um mouvement général de favor arbitrandum. Il existe quelques ilôts d'inarbitrabilité au milieu d'um océan d'arbitrabilité*". (RACINE, Jean-Baptiste. *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*. Paris: LGDJ, 1999, p. 25).

internacionais; propicia a diminuição dos preços praticados por seus contratados; contribui para que os litígios contra o Estado sejam dirimidos de modo mais célere e especializado e, em maior ou menor medida, ainda ajuda a desafogar um Poder Judiciário atulhado.

A afirmação da arbitrabilidade de um direito depende, no contexto das relações jurídicas havidas com a Administração, da verificação cumulativa *i)* do seu caráter patrimonial e *ii)* da sua disponibilidade – que deve ser lida como possibilidade de contratualização.

A aferição do último atributo deve se dar empiricamente, à luz do que efetivamente dispõe a ordem jurídica e do que tem sido concretamente admitido na prática administrativa e na jurisprudência brasileira. No entanto, ele tem sido aplicado com base em classificações anacrônicas e ou mesmo em razão de axiomas, que sobrevivem acriticamente mesmo quando *contra legem*.[291]

O critério da disponibilidade, de raízes peculiarmente privadas, não se coaduna bem ao Direito Administrativo. De *lege ferenda*, seria oportuno que a delimitação do campo de arbitrabilidade objetiva em contendas com a Administração fosse traçada de modo mais claro e específico – por inclusão ou exclusão.[292] Ou, então, poder-se-ia importar a sistemática alemã, considerando arbitrável qualquer disputa de caráter patrimonial[293], de modo a se evitar tormentosas discussões acerca do critério da disponibilidade.

Aliás, por força das inovações legislativas que ampliaram francamente o espaço de consensualidade administrativa no Direito brasileiro, destacando-se sobretudo a recente reforma da LINDB (e o *novel* art. 26 de tal diploma), parece correto propor que o critério da patrimonialidade vem adquirindo protagonismo em relação ao requisito da disponibilidade.

---

[291] Como destacou-se, mesmo no campo das sanções de polícia tem se verificado consistentes influxos pró-consensualidade, que tem aberto espaço para a celebração de acordos substitutivos ou integrativos das sanções administrativas previstas em Lei.

[292] Em sentido parecido, tecendo considerações que merecem adesão, veja-se o que assinala MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. *A Arbitragem e os contratos da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 116: "Melhor seria se a lei indicasse de maneira exemplificativa as hipóteses em que o administrador poderia se valer da arbitragem como forma de resolução de conflitos por ser esta mais adequada ao caso concreto. Ou, ao menos, que a lei, ao invés de utilizar conceito jurídico indeterminado, indicasse especificamente as hipóteses de vedação do uso da arbitragem pelo Poder Público. A diminuição da zona de incerteza quanto à disponibilidade do direito traria maior segurança, em que pese limitar, em tese, as possibilidades de utilização da arbitragem pelo Poder Público".

[293] Na Alemanha, qualquer controvérsia com caráter patrimonial pode ser dirimida mediante arbitragem; no entanto, entre particulares, também se admite a arbitrabilidade de litígios não-patrimoniais sobre os quais as partes possam concluir acordos. A este propósito, consulte-se o artigo 1.030, do Código de Processo Civil Alemão.

Em futuro não tão remoto, vindo nova modificação legislativa ou não, a tendência é que discutir a disponibilidade de um direito como pressuposto à sua composição arbitral seja normativamente dispensável ou simplesmente não encontre sentido algum.

Ora admitindo-se a disponibilidade praticamente irrestrita das pretensões jurídicas titularizadas ou oponíveis ao Estado – *já se pratica hoje, com frequência e publicidade intensas, a transação penal ou ambiental*[294] –, parece ser questão de tempo até que analisar a disponibilidade abstrata de um direito, como atributo necessário à sua arbitrabilidade, seja prática pertencente apenas ao passado.

Até lá, consideramos que a interpretação proposta, além de se mostrar dogmaticamente mais adequada, produz os melhores resultados concretos.

Assim, a arbitragem será cabível, no campo das relações jurídicas com a Administração Pública, quando as pretensões formuladas pelas partes apresentarem natureza patrimonial e forem suscetíveis de disposição contratual – de caráter transacional ou não. A natureza patrimonial do direito controvertido deve ser apurada com abstração dos caracteres do direito do qual derive e estará satisfeita no caso de sua violação implicar medidas reativas de índole econômica.

A verificação desses caracteres deve se dar empiricamente, à luz do direito posto e da contextura da controvérsia em exame – considerando-se apenas a arbitrabilidade dos pedidos formulados pelas partes; não das suas causas de pedir ou questões prejudiciais. Sempre que se admitir, ainda que excepcionalmente, a possibilidade de disposição negocial de uma pretensão jurídica patrimonial, titularizada ou oponível à Administração, poderá ela ser submetida à arbitragem.

---

[294] Embora as delações premiadas e os termos de ajustamento de conduta são os institutos mais conhecidos, existem outros. Sobre o tema, veja-se: SOBRANE, Sérgio Turra. *Transação penal*. São Paulo: Saraiva, 2001. Confira-se também: LUTTI, José Eduardo Ismael. O Ministério Público e a transação penal nos crimes ambientais. In: *10° Congresso de Meio Ambiente do Ministério Público do Estado de São Paulo*, Campos do Jordão, 2006. Disponível eletronicamente em: <http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/cao_urbanismo_e_meio_ambiente/biblioteca_virtual/bv_teses_congressos/Dr%20Jos%C3%A9%20Eduardo%20Ismael%20Lutti.htm>.

CAPÍTULO V – ALGUMAS INCIDÊNCIAS CONCRETAS DO CRITÉRIO DE ARBITRABILIDADE OBJETIVA PROPOSTO.

O objetivo deste Capítulo é analisar, privilegiando alguns dos mais relevantes institutos do direito administrativo, incidências concretas do critério que se propôs para a aferição da arbitrabilidade dos conflitos havidos com a Administração Pública.

V.1. Disputas contratuais: licitação, rescisão, modificação e reequilíbrio contratual.

No campo das licitações, o leque de arbitrabilidade é praticamente ocluso. Como se sabe, a regra constitucional[295] aponta que as contratações governamentais devem ser precedidas de processos licitatórios, que consistem numa sucessão encadeada de atos administrativos tendentes a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, dentre os postulantes que preencham os requisitos técnicos, jurídicos e financeiros para bem executar o futuro contrato.

A dinâmica licitatória gravita ao redor de atos administrativos, disciplinados por estatutos legais, unilateralmente adotados pela Administração e, no geral, desprovidos de destinatários específicos. Em muitas etapas, ademais, os atos licitatórios não ostentam conteúdo patrimonial: é o caso da maior parte dos atos praticados durante a fase interna e dos atos que resolvem acerca da habilitação dos concorrentes.

Após formalizado o contrato, a lógica se inverte; passa a ser a da ampla arbitrabilidade das disputas entre as partes – desde que se tenha pactuado cláusula arbitral ou se firme posterior compromisso de tal natureza. A regra geral é essa, pois toda relação contratual, ainda que administrativa, pressupõe disponibilidade e patrimonialidade.

Alguns incidentes típicos aos contratos administrativos, contudo, despertam maiores perplexidades e justificam tratamento individualizado. É o caso, particularmente, das chamadas *cláusulas exorbitantes* – das quais o poder de modificar ou resilir unilateralmente as avenças são os exemplos mais emblemáticos.

---

[295] CRFB/88, art. 37, 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".

Na linha do que se expôs no tópico IV.3.1, entende-se que o particular contratado não poderá propor arbitragem com vistas a invalidar a decisão unilateral da Administração Pública que põe termo ou altera os quantitativos contratados.

Aliás, a título de parêntesis, vale registar que é estreita a possibilidade de invalidação desses atos unilaterais da Administração contratante mesmo pela autoridade judicial competente. Em geral, entra-se no domínio da discricionariedade; do mérito administrativo – que se não é absoluto e incontrastável, deve ser objeto de larga deferência mesmo pelos juízes estatais.[296]

Indo até além da orientação prevalente no Brasil, o Código de Contratos Públicos de Portugal afastou tanto dos árbitros como dos juízes estatais o poder de interferir na "margem de livre decisão administrativa" subjacente ao poder de alteração unilateral do contrato, impedindo-lhes ainda de se imiscuir nas "valorações próprias do exercício da função administrativa".[297]

Em sede de arbitragem, o particular contratado somente poderá buscar reparar ou impedir que o ato unilateral da Administração contratante o afete negativamente, sob o prisma patrimonial.

Se o pleito do administrado, contudo, for a desconstituição do ato, alegando por exemplo desvio de finalidade, corrupção ou irrazoabilidade da justificativa apresentada, deverá propor ação anulatória perante o órgão judicial competente.

A diferenciação traçada não é trivial. Propõe-se, por exemplo, que os árbitros não possuam competência para determinar a anulação de aditivo unilateral para a aquisição suplementar de medicamentos na monta de 25% do quantitativo inicial (Lei nº 8.666, art. 65) ou para invalidar ato rescisório, fundado no interesse público (Lei nº 8.666, art. 78, XII), de um contrato para a construção de um estádio de futebol.

---

[296] *Cf.* KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

[297] CCP, art. 313, item 3: "Nos contratos com objeto passível de ato administrativo e demais contratos sobre o exercício de poderes públicos, o fundamento previsto na alínea a) do artigo anterior não pode conduzir à modificação do contrato por decisão judicial ou arbitral, quando esta interfira com o resultado do exercício da margem de livre decisão administrativa subjacente ao mesmo ou implique a formulação de valorações próprias do exercício da função administrativa".

No entanto, nos mesmos exemplos, caso haja cláusula arbitral, competiria a eles recompor o equilíbrio econômico-financeiro da avença ou, encerrada ela, apreciar pleitos indenizatórios.

Na verdade, dada a natureza do instituto arbitral e das dinâmicas contratuais a ele associadas, os pleitos desconstitutivos podem ser adequadamente substituídos, em termos de resultado prático, por pedidos condenatórios de índole pecuniária. Por isso, na dinâmica dos contratos administrativos veiculá-los como requerimentos de reequilíbrio econômico-financeiro parece ser a melhor solução.

Vale pontuar, nesse sentido, que diversos regulamentos específicos [298] vêm assegurando a ampla arbitrabilidade de pedidos de reequilíbrio da equação econômico-financeira dos contratos administrativos.[299] Além disso, o Conselho da Justiça Federal – CJF, durante a I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, aprovou enunciado

[298] Veja-se os seguintes exemplos: Lei nº 13448/2017, que trata da prorrogação e relicitação de contratos de infraestrutura, art. 31: "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. (...) § 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". Decreto nº 8.465/2015, que trata das arbitragens no setor portuário, art. 2º: "Incluem-se entre os litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis que podem ser objeto da arbitragem de que trata este Decreto: I - inadimplência de obrigações contratuais por qualquer das partes; II - questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos; e III - outras questões relacionadas ao inadimplemento no recolhimento de tarifas portuárias ou outras obrigações financeiras perante a administração do porto e a Antaq".

[299] Sublinha-se que o TCU conservava entendimento contrário à arbitrabilidade das disputas relativas à equação econômico-financeira do contrato. *Cf.* TCU, Plenário, Acórdão nº2573/2012: "153. Pode-se concluir que a jurisprudência tem buscado resguardar o interesse público, indisponível por natureza. No caso específico de contratos de concessão de serviços públicos, as questões econômico-financeiras são de interesse público e, por conseguinte, são indisponíveis a juízo arbitral em litígios administrativos. 154. Finalmente, a título de exemplo, é oportuno mencionar que o Contrato de Concessão do Aeroporto Internacional de São Gonçalo do Amarante (ASGA), no Rio Grande do Norte, delimita as situações que ensejará a resolução por meio de arbitragem como sendo as relativas às "indenizações eventualmente devidas quando da extinção do presente contrato, inclusive quanto aos bens revertidos". 155. Portanto, é indelegável e irrenunciável a resolução das divergências decorrentes do contrato de concessão de serviço público quanto aos aspectos econômico-financeiros. 156. Com fulcro no que dispõe o art. 1º da Lei 9.307/1996 e em que pese ser possível a aplicação da arbitragem, tão-somente aos aspectos regulamentares do contrato de concessão, tem-se por devido determinar à ANTT, haja vista o que dispõe o art. 24, inciso VII, da Lei 10.233/2001, que preveja expressamente, no Contrato de Concessão decorrente do Edital 001/2011 BR 101/ES/BA, a inaplicabilidade da Arbitragem para resolução de divergências relativas às questões econômico-financeiras do contrato de concessão". Disposição semelhantes consta também na Lei nº 13.140/2015/2015, que disciplina a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública, art. 32, §5º: "Compreendem-se na competência das câmaras de que trata o caput a prevenção e a resolução de conflitos que envolvam equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração com particulares".

reconhecendo a arbitrabilidade de conflitos relativos ao inadimplementos de obrigações contratuais e à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados com a Administração.[300]

V.2. Poder de Polícia.

A vetusta categoria do poder de polícia tem sido objeto de reflexões ousadas e propostas de reformulação profundas.[301] Nos séculos XVIII, XIX e mesmo no começo do século XX, o poder de polícia constituía o centro de gravidade do Direito Administrativo, como disciplina jurídica, e mesmo da concepção político-filosófica de Estado então hegemônica. Daí as célebres expressões *Estado Guarda-Noturno*, divulgada por Lassale,[302] ou *Estado de Polícia*, preferida por Alexandre Groppali.[303]

O poder de polícia, conforme precisa definição de Alexandre Aragão, corresponde à "atividade administrativa que, com base em lei, limita a liberdade e a propriedade dos membros da coletividade, conformando-as ao atendimento do interesse público juridicamente definido".[304-305]

Os atos de poder de polícia sempre foram vistos como expressão típica do poder de império estatal. Atos verticais; impostos unilateralmente aos administrados. Atos de autoridade, tradicionalmente envoltos numa compreensão jurídica de bases autoritárias. Sob a

---

[300] CJF, I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, agosto de 2016, Enunciado nº 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". Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios/?_authenticator=60c7f30ef0d8002d17dbe298563b6fa2849c6669>.

[301] Em elenco não exaustivo, veja-se: BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação*. Belo Horizonte: Fórum, 2016; MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein. (coords.). *Poder de polícia na atualidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2014 e SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003.

[302] LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2001, p. 37.

[303] GROPPALI, Alexandre. *Doutrina do Estado*. São Paulo: Editora Saraiva, 1953, p. 77.

[304] ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 194.

[305] Uma referência conceitual, de base legislativa, pode ser encontrada no art. 78, do Código Tributário Nacional: "Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos".

ótica clássica do Direito Administrativo, os atos de polícia constituiriam o último rincão da soberania estatal. A sua inarbitrabilidade seria, assim, total; ululante e inelutável.[306]

A questão não parece comportar resposta tão clara e peremptória. A princípio, de fato, não se vislumbra a arbitrabilidade dos atos de polícia albergados nos ciclos de ordem, de fiscalização e de consentimento.[307] Nesses ciclos, em geral, são praticados atos genéricos e abstratos; sem conteúdo patrimonial ou incontratualizáveis. Além disso, voltando-se os olhos para a prática administrativa, é difícil imaginar a celebração de cláusulas ou compromissos arbitrais nesse flanco do Direito Administrativo: estatutário e, como regra, indistintamente dirigido à coletividade.

É no campo das sanções, particularmente naquelas aplicadas a particulares contratados pela Administração,[308] que há maior espaço para a composição arbitral de conflitos relativos a atos de polícia.

---

[306] *Cf.* "Quando as atividades desenvolvidas pela empresa estatal decorram do poder de império da Administração Pública e, consequentemente, sua consecução esteja diretamente relacionada ao interesse público primário, estarão envolvidos direitos indisponíveis e, portanto, não sujeitos à arbitragem". TCU, Plenário, Acórdão n.º 2.145/2013. Rel. Min. Benjamin Zymler, julgado em 14/08/2013.

[307] A esquematização das formas de atuação de polícia administrativa num ciclo quadrifásico é atribuída ao jurista espanhol García de Enterría. No Brasil, Diogo de Figueiredo Moreira Neto foi o seu maior divulgador. "O exercício da função de polícia se desenvolve em quatro fases – o denominado ciclo de polícia – correspondendo a seus quatro modos de atuação: a ordem de polícia, o consentimento de polícia, a fiscalização de polícia e a sanção de polícia. (...) A ordem de polícia é o preceito legal básico, que possibilita e inicia o ciclo de atuação, servindo de referência específica de validade e satisfazendo a reserva constitucional (art. 5.º, II), para que se não faça aquilo que possa prejudicar o interesse geral ou para que se não deixe de fazer alguma coisa que poderá evitar ulterior prejuízo público, apresentando-se, portanto, sob duas modalidades, adiante expostas, em que, em ambos os casos, a limitação é o instrumento básico da atuação administrativa de polícia. (...) O consentimento de polícia, em decorrência, é o ato administrativo de anuência que possibilita a utilização da propriedade particular ou o exercício da atividade privada, em todas as hipóteses legais em que a ordem de polícia se apresente sob a segunda modalidade: com a previsão de reserva de consentimento, a provisão pela qual o legislador exige um controle administrativo prévio da efetiva compatibilização do uso de certo bem ou do exercício de certa atividade com o interesse público. (...) Segue-se, no ciclo, a fiscalização de polícia, a função que se desenvolverá tanto para a verificação do cumprimento das ordens de polícia, e não apenas quanto à observância daquelas absolutamente vedatórias, que não admitem exceções, como para constatar se, naquelas que foram consentidas, não ocorrem abusos do consentimento nas utilizações de bens e nas atividades privadas, tanto nos casos de outorga de licenças como de autorizações. (...) Finalmente, falhando a fiscalização preventiva, e verificada a ocorrência de infrações às ordens de polícia e às condições de consentimento, desdobra-se a fase final do ciclo jurídico em estudo, com a sanção de polícia – que vem a ser a função pela qual se submete coercitivamente o infrator a medidas inibidoras (compulsivas) ou dissuasoras (suasivas) impostas pela Administração". (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014, p. 390-398).

[308] Cabe aqui uma reflexão se as sanções contratuais aplicáveis pela Administração contratante constituiriam expressões do poder de polícia – que consiste numa categoria de sujeição geral. Os atos de sanção fundados em relações de sujeição especial com a Administração, como aquela típica dos servidores públicos estatutários, recebem tratamento doutrinário e, por vezes, legislativo apartado; constituem

Como destacado no capítulo anterior, não parece haver sentido em se admitir, legislativa e jurisprudencialmente, que a Administração substitua, mitigue ou deixe mesmo de aplicar sanções a particulares, por meio de acordos bilaterais, e se negar a possibilidade de que, também por acordo de vontades, se delegue a composição do conflito à órgão arbitral – independente e especializado.

Mas não se pode arbitrar toda e qualquer sanção. A título de questão principal, em observância ao requisito da patrimonialidade, apenas as reprimendas com *conteúdo econômico* podem ser revolvidas em sede de arbitragem. Note-se que tais penalidades extraeconômicas podem ser objeto de outras formas de consensualidade administrativas, inclusive as de caráter substitutivo ou ablativo, como ocorre com os termos de ajustamento de conduta, acordos de leniência e delações premiadas. Para a incidência de tais institutos, diversamente do que ocorre com a arbitragem, não se exige que o direito relevante tenha natureza patrimonial.

Tomando o rol de penalidades do art. 87 da Lei nº 8.666 como objeto de análise,[309] defende-se a arbitrabilidade de multas impostas pela Administração ao particular contratado, mas não se entende possível que os árbitros decidam acerca da validade de atos administrativos que suspendam a participação do particular em licitações ou declarem-no inidôneo.

V.3. Responsabilidade Civil do Estado.

Aqui o campo da arbitragem é amplo. Pleitos de responsabilidade civil são exemplos induvidosos de pretensões patrimoniais e disponíveis. Mais do que passíveis de contratualização; as pretensões indenizatórias costumam ser oponíveis ao Estado por particulares, que podem até mesmo, pura e simplesmente, renunciar delas.

---

categoria jurídica autônoma. No entanto, para fins da aferição da arbitrabilidade, não se vislumbra diferenças práticas de qualificar-se as sanções contratuais aplicáveis pela Administração como expressões do poder de polícia ou não.

[309] Lei nº 8.666/93, art. 87: "Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: I - advertência; II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato; III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos; IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior".

É bem de ver que, como antecipado, a arbitragem pode ser utilizada tanto para pedidos de responsabilidade civil contratual quanto extracontratual. No primeiro caso, a opção pela arbitragem pode ser feita no bojo de cláusula arbitral constante da avença respectiva.

Nas hipóteses de responsabilidade aquiliana (como é o caso das indenizações devidas por expropriações regulatórias, desapropriações ou acidentes causados por agentes públicos), embora incomum, as partes podem firmar compromisso arbitral, posterior ao fato, para deslindar o conflito e definir, por exemplo, o *quantum* indenizatório por arbitragem.[310]

Tal qual exposto no tópico IV.3.1, a presença de questões prévias impassíveis de serem apreciadas, como principais, pelos árbitros não inviabiliza os procedimentos acerca de pleitos indenizatórios.

Discussões de responsabilidade civil são amplamente arbitráveis, ainda que envolvam a Administração Pública. Ou seja: ainda que o pedido de compensação patrimonial se fie na inconstitucionalidade de lei ou na invalidade de ato inarbitrável, poderá ser apreciado e decidido pelos árbitros.

V.4. Disputas com servidores públicos.

A arbitragem relativa a conflitos com servidores públicos estatutários não parece ter lugar. A uma, porque os direitos abrangidos por tais relações derivam da Constituição ou da Lei e não podem ser contratualmente dispostos pelas partes, menos ainda em bases individuais. A duas, porque, em diversos pontos, a legislação prevê a exclusividade da via judicial para processar pleitos de servidores estatutários.[311]

Além disso, como a investidura em cargo público se dá com a assinatura do termo de posse e a adesão a um estatuto legal (que não prevê, pelo contrário, muitas vezes repele as arbitragens), vislumbra-se também dificuldades práticas na utilização do instituto nessa seara.

---

[310] Em abril de 2018, por exemplo, Governo do Distrito Federal prestou indenização, definida por acordo extrajudicial, aos proprietários de automóveis danificados pela queda de um viaduto do 'Eixão Sul'. A respeito do episódio, verifique-se reportagem jornalística disponível em: <https://www.metropoles.com/distrito-federal/gdf-indenizara-donos-de-carros-atingidos-por-queda-de-viaduto-no-eixao>.

[311] A título ilustrativo, veja-se os artigos 22 e 45 da Lei nº 8.112/1990: Art. 22. O servidor estável só perderá o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar no qual lhe seja assegurada ampla defesa; Art. 45. Salvo por imposição legal, ou mandado judicial, nenhum desconto incidirá sobre a remuneração ou provento.

Nas disputas coletivas entre a Administração e seus servidores estatutários, a impropriedade das arbitragens, que já se mostrava inequívoca – diante da natureza dos direitos controvertidos, foi expressamente afirmada pelo legislador (CLT, art. 507-A), que limitou o seu cabimento ao Direito Individual do Trabalho.

As arbitragens parecem, contudo, viáveis e até oportunas no que toca às disputas entre empregados públicos e as entidades administrativas que os empregam, especialmente quando os empregados consistirem em colaboradores bem remunerados e ocupantes de funções gerenciais ou diretivas. É o caso típico dos Diretores de empresas estatais, por exemplo.

Vale ressaltar, nessa linha, que a Reforma Trabalhista introduziu na Consolidação das Leis do Trabalho permissivo para a pactuação de cláusulas compromissórias em contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social.[312]

A reforma legislativa é recente e ainda carece de experimentação prática, reflexão doutrinária e elaboração jurisprudencial para adquirir contornos seguros. Tudo isso depende, em primeiro lugar, da opção pela arbitragem em contratos empregatícios – escolha que ainda não é comum nem mesmo na iniciativa privada, o que dirá nas lindes das entidades administrativas empregadoras.

V.5. Atos normativos.

Com a crise de disfuncionalidade do parlamento, a hipercomplexidade das sociedades contemporâneas e a eclosão de fenômenos tecnológicos e sociais dinâmicos que demandam regulamentação técnica e célere, o poder normativo do Estado foi sendo progressivamente transferido do Poder Legislativo para o Poder Executivo.[313]

---

[312] CLT, art. 507-A: "Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996". (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017).

[313] *Cf.* MAJONE, Giandomenico. As transformações do Estado Regulador. *Revista de Direito Administrativo*, v. 262, p. 11-43, 2013. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8898/7807>. Giuffrè, Felice. Declínio del Parlamento-Legislatore e crescita del potere de inchiesta. In: LABRIOLA, Silvano (org.). *Le autorità indipendenti*: Da fattori evolutivi ad elementi della transizione nel Diritto Pubblico italiano. Milão: Ed. Giuffrè, 1999.

Ao lado dos Decretos, novas figuras normativas foram sendo introduzidas no repertório da Administração Pública. As Agências Reguladoras constituem o principal *locus* dessas novas figuras,[314] traduzindo-se em novos e, quiçá, insuperáveis desafios aos dogmas e fórmulas tradicionais de Separação dos Poderes.[315]

Dada a relevância que os institutos adquiriram nas últimas décadas, justifica-se analisar brevemente, em separado, a arbitrabilidade de atos normativos – que é, *in totum*, rechaçada por respeitados administrativistas.[316]

Penso, contudo, que aqui, uma vez mais, serão úteis os apontamentos feitos no tópico no tópico IV.3.1. A arbitragem, de fato, não parece constituir via adequada para obter a invalidação, em tese e com efeitos *erga omnes*, de atos normativos editados pela Administração Pública.

No entanto, no bojo de uma relação contratual ou por força da celebração de um compromisso arbitral, poderão os árbitros sindicarem, como questão prejudicial à resolução de um conflito patrimonial, a validade dos atos normativos incidentes sobre a demanda.

Convém fornecer um exemplo concreto. Imagine-se que a Agência Nacional de Telecomunicações, partindo da premissa de que a medida é necessária para a salvaguarda da saúde pública e da estabilidade das telecomunicações, edite resolução determinando às

---

[314] Originalmente, o tópico era dedicado, conjuntamente, à regulação e aos atos normativos. Por sugestão do orientador do trabalho, passou-se a referir apenas aos atos normativos. A regulação pode ser exprimida por atos, praticados pela Administração Pública (*ou não* – segundo alguns autores), das mais diversas naturezas jurídicas (contratuais – V.1; de polícia – V.2; normativos – V.5 *etc*.). Sobre a definição de regulação, tema profundamente controvertido, vale conferir os seguintes textos: ORBACH, Barak. What Is Regulation?. *Yale Journal on Regulation*. Vol. 30. 2012. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2143385>; CHEVALLIER, Jacques. L'état régulateur. *Revue française d'administration publique*, p. 473-482, 2004. URL: <https://www.cairn.info/revue-francaise-d-administration-publique-2004-3.htm-page-473.htm>; SANCHES, José Luís Saldanha. A regulação: história breve de um conceito. *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 60, p. 05-22, 2000. BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding Regulation*: Theory, Strategy and Practice. 2ª ed. New York: Oxford University Press, 2012. ARAGÃO, Alexandre Santos de. O atual estágio da regulação estatal no Brasil. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Direito Administrativo*: transformações e tendências. São Paulo: Almedina, 2014; VALLADARES PÉREZ, Alex. Elementos conceptuales de regulación administrativa económica. *Revista de Derecho Público*, Vol. 70, 2015. Disponível: <https://revistaderechopublico.uchile.cl/index.php/RDPU/article/view/37775>.

[315] ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 403-464.

[316] BAPTISTA, Patrícia. Parâmetros para a arbitrabilidade objetiva de conflitos envolvendo a Administração Pública: inadequação do conceito de 'direito patrimonial disponível' e inarbitrabilidade da matéria regulatória. In: *XLIV Congresso Nacional de Procuradores de Estado e do Distrito Federal*, 2018 Bahia. Teses admitidas ao XLIV Congresso Nacional de Procuradores de Estado e do DF, 2018.

concessionárias do setor ampla reformulação tecnológica e drástica redistribuição geográfica das Estações Rádio Base (ERBs). Imagine-se, ainda, que conste nos contratos de concessão cláusula arbitral genérica.

No caso narrado, assumindo-se a ilegitimidade ou a equivocidade da resolução, entendo que os árbitros poderiam adotar as providências necessárias para neutralizar as suas repercussões econômicas sobre os contratos de concessão celebrados pelas partes, mas não poderiam anular a medida normativo-regulatória nem determinar, por meio de obrigações de fazer ou não fazer, o descumprimento da medida regulatória em si, conforme tratado no Tópico IV.3.1.

A desconstituição de resoluções análogas só pode ser determinada pela própria Administração Pública, no exercício da autotutela, ou, excepcionalmente, pelo Poder Judiciário, que deve guardar alto grau de deferência pelas decisões adotadas por autoridades administrativas no regular exercício de sua discricionariedade, mais ainda no que toca às medidas normativas editadas por órgãos técnicos independentes.

CAPÍTULO VI – ARBITRABILIDADE OBJETIVA: MECANISMOS DE DENSIFICAÇÃO PRÉVIA E PARÂMETROS DE SINDICABILIDADE JUDICIAL.

Nos capítulos IV e V, discutimos critérios de demarcação da arbitrabilidade objetiva dos conflitos jurídicos havidos com a Administração, propomos uma forma de operacionalizá-los e passamos em revista a sua incidência sobre alguns dos principais institutos do Direito Administrativo.

Neste capítulo, ainda dedicado à arbitrabilidade objetiva, aborda-se o papel das leis setoriais, decretos regulamentares e cláusulas compromissórias na definição das matérias arbitráveis, bem como estuda-se parâmetros para a revisão judicial da arbitrabilidade dos conflitos, destacadamente o princípio *kompetenz-kompetenz*.

VI.1. O papel das leis setoriais, decretos regulamentares e cláusulas compromissórias na definição da arbitrabilidade objetiva.

O ordenamento jurídico abrange diversas normas, de diferentes hierarquias, que podem conviver harmonicamente, colidir frontalmente ou mesmo completar o sentido uma das outras. Entender essas dinâmicas, por vezes intrincadas, é vital para a correta demarcação dos conflitos com a Administração passíveis de composição arbitral.

A esta altura, já não há dúvidas de que a Lei nº 9.307/1996, que dispõe de modo geral sobre a arbitragem, consagrou um critério de arbitrabilidade objetiva falho. Esse critério pode (i) tanto ser derrogado por leis federais setoriais; (ii) quanto densificado por leis locais, decretos regulamentares ou pela própria convenção arbitral; (iii) bem como constrito por qualquer dos expedientes normativos citados.[317] Explica-se.

Por força do disposto no artigo 22, I, da Constituição Federal, compete privativamente à União legislar sobre arbitragem – que consiste em instituto do direito processual. A Lei nº 9.307/1996 pode, em qualquer ponto, inclusive no que toca à arbitrabilidade, ser derrogada por qualquer lei federal ordinária posterior.[318]

Em termos técnicos, não se trata aqui de complementar ou esclarecer o critério abraçado pela Lei nº 9.307/1996 – ainda que a dicção legislativa ou a exposição de motivos

[317] *Cf.* ARAGÃO, Alexandre Santos de. A Arbitragem no Direito Administrativo. *Revista da AGU*, v. 16, n. 03, p.19-58, jul./set. 2017.

[318] A prevalência da *novel* legislação, de mesmo status hierárquico da Lei de Arbitragem, se daria tanto pelo critério cronológico, quanto pelo da especialidade.

indique algo nesse sentido. O Legislador Federal, ao aprovar diplomas setoriais que tratam da arbitragem, está constitucionalmente autorizado a substituir o critério plasmado na Lei geral. E não devem ser as novas disposições controladas com base em regras primitivas e generalistas – positivadas em norma primitiva de igual hierarquia.

A Lei nº 13.448/2017, aplicável aos contratos de parceria dos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário, traz exemplo deste primeiro fenômeno, pois, embora faça referências aos "direitos patrimoniais disponíveis", inscreve um elenco de matérias no interior desta categoria jurídica:

> "Art. 31. 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. (...)
>
> § 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".

Quando o expediente normativo utilizado para regular as arbitragens envolvendo a Administração Pública se tratar de lei local, decreto regulamentar (federal ou local) ou negócio jurídico (no geral, a própria convenção arbitral), não será possível simplesmente afastar o critério estabelecido pela Lei nº 9.307/1996 e substituí-lo por outro, totalmente novo. No caso de diplomas locais, a norma seria inconstitucional por dizer respeito à competência legislativa privativa da união; nos demais casos, as disposições seriam nulas por contrariar o disposto em lei ordinária nacional, expediente normativo hierarquicamente preponderante.

Contudo, tais expedientes normativos tanto poderão melhor explicitar o critério daquele diploma legislativo geral (seja por decomposição analítica, seja por remissão a outros conceitos jurídicos); quanto poderão prever que os procedimentos arbitrais por eles regulamentados deverão abranger um plexo mais restritos de controvérsias – desde que, naturalmente, elas se inscrevam no interior do quadro traçado pela Lei de regência.

No primeiro caso, haveria uma atividade regulamentar ou, para utilizar a expressão do professor Aragão,[319] a *densificação* de um conceito jurídico indeterminado. A título de exemplo, cite-se as disposições pertinentes do Decreto dos Portos.[320] No segundo caso, com base na autonomia da vontade, as partes decidiriam ou a Administração se limitaria normativamente a só participar de arbitragens com escopo mais restrito do que aquele permitido por Lei.[321]

À luz do cenário de metalitigiosidade propiciado pela indefinição quanto ao espectro de matérias arbitráveis, é mesmo recomendável que se estabeleça, via legislação setorial, decretos regulamentares ou no próprio contrato, da forma mais específica quanto possível, quais matérias deverão ser decididas pelo Tribunal Arbitral.[322]

Essa diretriz, especialmente enquanto a jurisprudência e a literatura não chegarem a uma interpretação segura e pacífica do art. 1º, § 1º, da Lei nº 9.307/1996, tende a incrementar a segurança jurídica das arbitragens, ao obstar discussões judiciais longas, evitáveis e infrutíferas quanto à competência dos árbitros.[323]

---

[319] ARAGÃO, Alexandre Santos de. A Arbitragem no Direito Administrativo. *Revista da AGU*, v. 16, n. 03, p.19-58, jul./set. 2017, p. 49.

[320] Decreto nº 8.465/2015, art. 2º: "Incluem-se entre os litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis que podem ser objeto da arbitragem de que trata este Decreto: I - inadimplência de obrigações contratuais por qualquer das partes; II - questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos; e III - outras questões relacionadas ao inadimplemento no recolhimento de tarifas portuárias ou outras obrigações financeiras perante a administração do porto e a Antaq".

[321] É que, embora a Lei admita a submissão à arbitragem de qualquer conflito relativo a direitos patrimoniais disponíveis, podem as partes decidirem utilizar o método apenas para determinadas disputas; como, por exemplo, a quantificação de indenizações ou o cumprimento de níveis técnicos de qualidade previstos no contrato.

[322] Defendi a adoção dessa diretriz nos contratos para exploração e produção de petróleo e gás natural, representado o Laboratório de Regulação Economia da UERJ (*UERJ Reg.*), na Audiência Pública nº 24/2017, promovida pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, no dia 14/11/2017. Até a conclusão do trabalho, o resultado da Audiência Pública ainda não foi divulgado pela agência reguladora.

[323] No mesmo sentido, *v.* BAPTISTA, Patrícia. Parâmetros para a arbitrabilidade objetiva de conflitos envolvendo a Administração Pública: inadequação do conceito de 'direito patrimonial disponível' e inarbitrabilidade da matéria regulatória. In: *XLIV Congresso Nacional de Procuradores de Estado e do Distrito Federal*, 2018 Bahia. Teses admitidas ao XLIV Congresso Nacional de Procuradores de Estado e do DF, 2018, p. 14: "considerando-se aqui que o conceito de direito patrimonial disponível não representa um parâmetro suficientemente claro e seguro, defende-se a sua objetivação, pelos legisladores setoriais e locais, com a indicação mais precisa dos tipos de litígios que, perante a Administração, admitirão a instauração de arbitragem (por exemplo, conflitos relativos a cláusulas financeiras dos contratos, a inadimplemento, à extinção dos contratos etc.). Em que pese a comunidade da arbitragem movimente-se em sentido diverso, pelo alargamento do uso do instituto, espera-se que, estabelecidos parâmetros mais

VI.2. O Princípio da *Kompetenz-Kompetenz* e a sua aplicabilidade às arbitragens.

Todo órgão jurisdicional recebe, ao ser provocado, o poder implícito de ser o primeiro avaliador da sua competência para a apreciação do conflito que lhe fora submetido. Na dicção alemã, esse é o conteúdo jurídico prevalente do princípio da *Kompetenz-Kompetenz*.[324]

Como os árbitros exercem, por convenção das partes, poderes jurisdicionais, o princípio da *Kompetenz-Kompetenz* lhes é aplicável e, dada a natureza do instituto, adquire especiais repercussões.

É que, embora a existência, a validade e a eficácia da convenção arbitral devam condicionar a regularidade da instituição e das decisões adotadas pelo tribunal arbitral, não pode o Poder Judiciário, ainda que se provocado por uma das partes, sindicá-las antes de o tribunal arbitral fazê-lo.

Diz a Lei brasileira que "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".[325] E, vale sublinhar, discussões quanto à arbitrabilidade subjetiva ou objetiva dizem respeito à validade dos provimentos arbitrais.

Parte dos autores admite que o princípio da *Kompetenz-Kompetenz* seja excepcionado nos casos em que a inexistência, invalidade ou ineficácia da convenção arbitral forem manifestas.[326] Creio que é preciso tratar a proposta com cuidado, sob pena de retirar da diretriz a eficácia vinculante que deveria ter, reduzindo-a à esdrúxula condição de *princípio facultativo*.

---

rigorosos, haja a ampliação da segurança jurídica às partes contratantes, com a redução dos custos de transação e a maior deferência dos órgãos de controle".

[324] Em sua formulação inicial, consagrada na jurisprudência alemã na década de 1950, o princípio pugnava que os árbitros eram os primeiros e únicos juízes de sua competência, sendo inviável qualquer revisão judicial, se essa exclusão houvesse sido pactuada pelas partes. No entanto, a noção que prevaleceu e se espraiou pelo mundo foi a de que cabe, em primeiro lugar, ao árbitro decidir a respeito de sua própria competência. TALAMINI, Eduardo. Competência-competência e as medidas antiarbitrais pretendidas pela Administração Pública. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 50, p. 127-153, 2016, p. 132.

[325] Lei nº 9.307/1996, art. 8, parágrafo único.

[326] WALD, Arnoldo. A interpretação da Convenção de Nova Iorque no direito comparado. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. vol. 22. 2003, p. 353 e ss. e MARTINS, Pedro B. Arbitrabilidade e ressalvas constantes do art. II (3), da Convenção de Nova Iorque. In: WALD, A.; LEMES, S. (org.). Arbitragem comercial internacional: a convenção de Nova Iorque e o direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 134

Não deve bastar a qualificação, subjetiva, do defeito convencional como manifesto. É preciso mais. Deve-se declinar fatores objetivos que identifiquem e justifiquem a teratologia, bem como demonstrar – seria mesmo requisito para a concessão da medida antiarbitral a título de tutela de urgência (CPC, art. 300) – o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

O sistema pátrio, afinal, não exclui a revisão judicial aprofundada dessas matérias, que constituem causa de nulidade das decisões arbitrais.[327] No entanto, o seu exame pelo Poder Judiciário deve ter lugar após findo o processo e prolatada a sentença arbitral – na forma do art. 33, da Lei nº 9.307/1996.

Na síntese de Eduardo Talamini, "enquanto não há sentença arbitral, permite-se ao órgão judiciário apenas cognição sumária da existência, validade e eficácia do pacto de arbitragem. Ressalvados os casos teratológicos, de evidente inexistência, invalidade ou ineficácia da cláusula ou compromisso arbitral, cumpre-lhe extinguir o processo sem julgar o mérito (CPC/2015, art. 485, VII)".[328]

Porém, mesmo nos casos em que os vícios identificados forem qualificados como manifestos, não pode o Juiz obstar a instauração ou impedir o desenvolvimento da arbitragem. Nesses casos crassos, poder-se-ia pleitear, por exemplo, medida liminar para que a parte irresignada não fosse afetada pelas decisões do tribunal arbitral nem tivesse que concorrer para o custeio de suas atividades.

Essa conclusão se assenta, em primeiro lugar, no próprio princípio da *kompetenz-kompetenz*, pois, como bem anota Rafael Schwind:

> Se o árbitro é competente para decidir a respeito de sua própria competência, e se existe uma prevalência cronológica do árbitro em relação ao Judiciário para emitir um juízo a respeito dessa questão, a propositura de uma *anti-suit injunction* quando a questão ainda não foi submetida ao árbitro constitui ofensa ao efeito negativo do princípio da competência-competência. Desse modo, se o Estado pretende sustentar a invalidade do compromisso arbitral firmado entre ele e outro contratante (baseado no descabimento da arbitragem em virtude da ausência dos requisitos da arbitrabilidade objetiva e subjetiva),

[327] Lei nº 9.307/1996, art. 32.

[328] TALAMINI, Eduardo. Competência-competência e as medidas antiarbitrais pretendidas pela Administração Pública. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 50, p. 127-153, 2016, p. 137.

> deverá deduzir tal alegação perante o árbitro. Eventual propositura de medida judicial tendente a obstruir o normal andamento da arbitragem até que seja decidida a questão constitui ofensa ao princípio da competência-competência.[329]

Em segundo lugar, há um óbice relativo à proporcionalidade e à utilidade da medida pretendida. É razoável ou útil, na acepção que o termo tem no direito processual, coactar o direito de os árbitros sentenciarem a causa, quando ela só produzirá efeitos se acatada voluntariamente pelas partes ou se executada perante o próprio Poder Judiciário?

Daí concluir Eduardo Talamini que, em regra, o "processo judicial instaurado com o escopo de impedir a instauração ou continuidade de uma arbitragem deverá ser extinto sem julgamento de mérito, inclusive liminarmente (CPC/2015, arts. 330, II e III, e 485, I e VI)".[330]

Em importante e recente precedente, prolatado após discussões confusas e disputadas, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou interpretação no sentido de que cabe ao Tribunal Arbitral emitir juízo precedente acerca de sua competência para julgar os conflitos que lhe sejam submetidos – restando ao Poder Judiciário a possibilidade de anular, *a posteriori* e por requerimento de parte, as decisões arbitrais, na forma do art. 33 e pelas causas do art. 32, da Lei nº 9.307/1996. Por sua relevância e em que pese a sua extensão, a ementa do julgado merece transcrição:

> "CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO ARBITRAL E ÓRGÃO JURISDICIONAL ESTATAL. CONHECIMENTO. ARBITRAGEM. NATUREZA JURISDICIONAL. MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITO. DEVER DO ESTADO. PRINCÍPIO DA COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA. PRECEDÊNCIA DO JUÍZO ARBITRAL EM RELAÇÃO À JURISDIÇÃO ESTATAL. CONTROLE JUDICIAL A POSTERIORI. CONVIVÊNCIA HARMÔNICA ENTRE O DIREITO PATRIMONIAL DISPONÍVEL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O INTERESSE PÚBLICO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA JULGADO PROCEDENTE. (...)

---

[329] SCHWIND, Rafael. *Anti-suit Injunctions* nas arbitragens que envolvem a Administração Pública. In: PEREIRA, Cesar A. G.; TALAMINI, E. (org.). *Arbitragem e poder público* cit., n. 3.3, p. 195. Ver também: BOISSESON, Mathieu de. As *anti-suit injunctions* e o princípio da competência-competência. *Revista de Arbitragem e Mediação*. vol. 7, 2005.

[330] TALAMINI, Eduardo. Competência-competência e as medidas antiarbitrais pretendidas pela Administração Pública. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 50, p. 127-153, 2016, p. 139.

II - Definição da competência para decidir acerca da existência, validade e eficácia da Cláusula Compromissória de Contrato de Concessão firmado para exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural, cujas condições para execução foram alteradas unilateralmente pela agência reguladora por meio da Resolução da Diretoria (RD) n. 69/2014.

III - O conflito de competência não se confunde com os pedidos e causa de pedir da ação originária, na qual se objetiva a declaração de indisponibilidade do direito objeto da arbitragem e consequente inaplicabilidade da cláusula arbitral e a declaração de nulidade do procedimento arbitral em decorrência da Resolução da Diretoria n. 69/14, alterando a área de concessão controvertida, cumulado com pedido de anulação do processo arbitral, qual seja, de anti-suit injuction, destinada a evitar seu processamento junto ao Juízo Arbitral.

V - O CPC/2015 trouxe nova disciplina para o processo judicial, exortando a utilização dos meios alternativos de solução de controvérsia, razão pela qual a solução consensual configura dever do Estado, que deverá promovê-la e incentivá-la (art. 3º, §§ 1º e 2º). A parte tem direito de optar pela arbitragem, na forma da lei (art. 42).

VI - A Lei n. 13.129/15 introduziu no regime jurídico da arbitragem importantes inovações, com destaque para os princípios da competência-competência, da autonomia da vontade e da cláusula compromissória (arts. 1º, 3º e 8º, parágrafo único). (...)

IX - A jurisdição arbitral precede a jurisdição estatal, incumbindo àquela deliberar sobre os limites de suas atribuições, previamente a qualquer outro órgão julgador (princípio da competência-competência), bem como sobre as questões relativas à existência, à validade e à eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória (arts. 8º e 20, da Lei n. 9.307/96, com a redação dada pela Lei n. 13.129/15).

X - Convivência harmônica do direito patrimonial disponível da Administração Pública com o princípio da indisponibilidade do interesse público. A Administração Pública, ao recorrer à arbitragem para solucionar litígios que tenham por objeto direitos patrimoniais disponíveis, atende ao interesse público, preservando a boa-fé dos atos praticados pela Administração Pública, em homenagem ao princípio da segurança jurídica.

XI - A arbitragem não impossibilita o acesso à jurisdição arbitral por Estado-Membro, possibilitando sua intervenção como terceiro interessado. Previsões legal e contratual.

> XIII - Prematura abertura da instância judicial em descompasso com o disposto no art. 3º, § 2º, do CPC/2015 e os termos da Convenção Arbitral.
>
> XIV - Conflito de competência conhecido e julgado procedente, para declarar competente o Tribunal Arbitral da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional".[331]

Cabe ressaltar, até para prevenir equívocos que leituras apressadas já propiciaram, que o precedente transcrito não avança na definição mais precisa do campo de arbitrabilidade objetiva dos conflitos com a Administração Pública. Ele apenas aponta que defeitos ou extravasamentos da convenção arbitral devem ser examinados primariamente pelo próprio Tribunal Arbitral; tocando ao Poder Judiciário o controle posterior das decisões adotadas pelos árbitros, mediante provocação da parte prejudicada.

VI.3. Outros parâmetros para a sindicabilidade judicial da arbitrabilidade objetiva de conflitos com a Administração Pública.

O princípio da *kompetenz-kompetenz* estabelece uma precedência cronológica: privilegia, sob o prisma temporal, a apreciação dos árbitros acerca da sua própria competência para compor ou não determinado conflito de interesses.

Aos juízes estatais, caberá examinar a arbitrabilidade de um conflito ao sindicar a validade das sentenças arbitrais, mediante provação da parte interessada – na forma dos arts. 32 e 33 da Lei nº 9.307/96.

Ao lado dele, é possível cogitar outros *standards* para a apreciação judicial da arbitrabilidade de conflitos envolvendo a Administração. O primeiro, até na linha do que se expôs no tópico VI.1, é o da deferência às disposições expressas, em sede normativa ou contratual, que indiquem a submissão de um conflito específico ao foro arbitral.

O Direito brasileiro, diferentemente da Suprema Corte dos Estados Unidos,[332] não parece admitir, sobretudo nos conflitos envolvendo a Administração Pública, a delegação

---

[331] STJ, Primeira Seção, CC 139.519/RJ, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Min. REGINA HELENA COSTA, DJ*e* 10/11/2017.

[332] Suprema Corte dos Estados Unidos, Rent-A-Ctr., W., Inc. v. Jackson, 561 U.S. 63, 68-69 (2010): "The delegation provision is an agreement to arbitrate threshold issues concerning the arbitration agreement. We have recognized that parties can agree to arbitrate "gateway" questions of "arbitrability," such as whether the parties have agreed to arbitrate or whether their agreement covers a particular controversy. See, e.g.,

contratual aos árbitros de poderes exclusivos para decidirem o que é arbitrável ou não. O Professor David Horton, ao comentar a evolução jurisprudencial, anota:

> Tradicionalmente, os juízes decidiam as questões substantivas de arbitrabilidade: se uma disputa deveria ou não ser resolvida pelos árbitros de acordo com o escopo e validade da cláusula arbitral. No entanto, numa série de casos acerca de 'arbitragens sobre arbitrabilidade', a Suprema Corte abriu a porta para que os árbitros resolvam qualquer conflito sobre o alcance das arbitragens.[333]

Embora os juízes possam invalidá-las, devem prestar deferência às escolhas expressas das partes. Ressalvados casos fora de dúvida, especialmente quando haja prejuízo a terceiros ou ao interesse público, a disposição das partes deve prevalecer, até para que se preserve as expectativas legítimas geradas pelas palavras empenhadas.

Outra diretriz que se pode cogitar é a preservação dos capítulos das sentenças arbitrais que não digam respeito a conflitos inarbitráveis. Não é inusual que arbitragens, assim como processos judiciais, abranjam múltiplas pretensões e conflitos. Sempre que for possível, deve-se isolar e invalidar apenas os capítulos das sentenças arbitrais que digam respeito a matérias insuscetíveis de resolução arbitral.

Além disso, a legitimidade ativa para impugnar sentenças arbitrais que repercutam sobre a esfera jurídica da Administração Pública deve ser interpretada de modo ampliativo. Embora o art. 33 da Lei nº 9.307/96 mencione apenas que "a parte interessada" pode fazê-lo, parece razoável entender que terceiros prejudicados e especialmente o Ministério Público detém legitimidade para propor ação com fito de decretar a nulidade de sentença arbitral eivada de defeitos jurídicos.

Essa leitura ampliativa é de grande relevância, sobretudo diante dos riscos descritos no tópico I.2, dentre os quais está mesmo o comprometimento ético dos árbitros e o conluio

---

Howsam, 537 U. S., at 83–85; Green Tree Financial Corp. v. Bazzle, 539 U. S. 444, 452 (2003)". Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/561/63/>

[333] Tradução livre. Versão original: "Traditionally, judges have decided matters of 'substantive arbitrability': whether a dispute should be sent to arbitration because it falls within the scope of a valid arbitration clause. However, in a line of cases about 'arbitrating arbitrability', the Court has opened the door for arbitrators to resolve any conflict about the arbitration". HORTON, David. Clause Construction: A Glimpse into Judicial and Arbitral Decision-Making. Duke Law Journal, Vol. 68, pp. 01-56, 2019, p. 3. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3125841>.

das partes para o desvirtuamento do procedimento. Essa sugestão, contudo, precisa ser discutida e amadurecida pela doutrina especializada.

CAPÍTULO VII – O CUMPRIMENTO DE SENTENÇAS ARBITRAIS DESFAVORÁVEIS À ADMINISTRAÇÃO.

A necessidade de prover eficácia e viabilizar a utilização adequada das arbitragens não se exaure com a prolação da sentença arbitral. Neste oitavo capítulo, após tratar-se de *quem*, *como* e, especialmente, do *que* pode ser resolvido por arbitragem, procura-se analisar as formas de satisfação de decisões arbitrais contrárias aos interesses de entes e entidades administrativas.

Sem meios efetivos de promover o cumprimento das decisões prolatadas, de nada adianta a expansão da arbitragem. Assim, estas são as questões que procuraremos responder nas páginas seguintes: é possível que a Administração cumpra voluntariamente uma decisão arbitral que lhe seja desfavorável? O regime de precatórios se aplica às sentenças arbitrais? Há formas alternativas de execução coercitiva? Como se dá a execução de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil? É possível executar no exterior decisões arbitrais que sejam desfavoráveis a entidades administrativas brasileiras?

Antes de passarmos a elas, cabem algumas notas prévias. A primeira delas para esclarecer que a atividade dos árbitros é exclusivamente cognitiva; se encerra quando eles proferem a sentença.[334] Os árbitros não reúnem, nem jurídica nem materialmente, até em função do caráter privado – *extraestatal* – de sua atuação, os meios coercitivos ou sub-rogatórios para executar as próprias decisões.[335]

Por isso, após prolatadas, as sentenças arbitrais, a menos que voluntariamente adimplidas pela parte sucumbente, devem ser executadas perante o Poder Judiciário, conforme o art. 31, da Lei nº 9.307/1996, e, em regra, na forma do art. 513 e seguintes, do Código de Processo Civil de 2015.

A segunda tem propósito terminológico. O conceito de Administração Pública engloba a Administração Direta (o ente político e seus órgãos despersonalizados) e toda a Administração Indireta (autarquias, fundações, consórcios, sociedades de economia-mista e empresas públicas).

---

[334] Abrange também, se for o caso, a apreciação de pedidos de esclarecimento e correção de erros materiais, na forma do art. 30, da Lei nº 9.307/1996.

[335] SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual de Arbitragem, Mediação e Conciliação*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 191-206.

O conceito de Fazenda Pública, que demarca o campo de aplicabilidade subjetiva dos precatórios, é mais restrito. Ele abrange somente as pessoas jurídicas de direito público: os entes políticos e as entidades de natureza autárquica.[336]

No entanto, esse conceito sofreu uma ampliação e uma restrição relevantes nos últimos anos. Em um primeiro momento, o Supremo Tribunal Federal decidiu que empresas estatais prestadoras de serviços públicos em regime monopolístico deveriam ser alcançadas pelo sistema dos precatórios.[337-338] Muito recentemente, o STF excluiu os conselhos profissionais, que são equiparados pela jurisprudência da Corte às autarquias, de tal regime executório.[339]

---

[336] CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 06: "A expressão Fazenda Pública é utilizada para designar as pessoas jurídicas de direito público que figurem em ações judiciais, mesmo que a demanda não verse sobre matéria estritamente fiscal ou financeira. Quando a legislação processual utiliza-se do termo Fazenda Pública está a referir-se à União, aos Estados, aos Municípios, ao Distrito Federal e às suas respectivas autarquias e fundações".

[337] Esse entendimento foi firmado no julgamento do Recurso Extraordinário nº 220.906, relatado pelo Min. Maurício Corrêa, DJ 14.11.2002, que tratava da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT. Em recentes oportunidades, a Corte reiterou essa visão: "DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. COMPANHIA ESTADUAL DE SANEAMENTO BÁSICO. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL. EXECUÇÃO PELO REGIME DE PRECATÓRIOS. (...) 2. É aplicável às companhias estaduais de saneamento básico o regime de pagamento por precatório (art. 100 da Constituição), nas hipóteses em que o capital social seja majoritariamente público e o serviço seja prestado em regime de exclusividade e sem intuito de lucro. 3. Provimento do agravo regimental e do recurso extraordinário". (STF, Primeira Turma, RE 627242 AgR, Rel. p/ Acórdão: Min. Luís Roberto Barroso, DJ*e* 25-05-2017). "É aplicável o regime dos precatórios às sociedades de economia mista prestadoras de serviço público próprio do Estado e de natureza não concorrencial. Precedentes. 5. Ofensa aos princípios constitucionais do sistema financeiro e orçamentário, em especial ao da legalidade orçamentária (art. 167, VI, da CF), aos princípios da independência e da harmonia entre os Poderes (art. 2º da CF) e ao regime constitucional dos precatórios". (STF, Tribunal Pleno, ADPF 387, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ*e* 25-10-2017).

[338] Subscrevo as críticas que os administrativistas têm tecido ao entendimento jurisprudencial consagrado pelo STF. Em grande medida, ele promove uma equiparação indevida das empresas estatais que prestam serviços públicos às autarquias. Essa *autarquização*, além de ineficiente, não encontra fundamento constitucional – baseia-se apenas em ilações de uma doutrina minoritária e datada. A meu ver, a jurisprudência reduziu arbitrariamente a margem de discricionariedade que os corpos políticos detêm para organizar a prestação dos serviços públicos. A solução acertada seria conferir às estatais o mesmo tratamento que é dado às concessionárias de serviços públicos: considerar impenhoráveis apenas os bens estritamente afetados aos serviços essenciais por elas prestado; mantendo-se a sistemática de execução ordinária para todas as condenações judiciais sofridas. Sobre o ponto, consulte-se: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais:* O regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, 289-297; MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito Constitucional Econômico:* A intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. 2ª ed. Belo Horizonte. Editora Fórum, 2018, p. 242 e ss.; JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 301-302.

[339] STF, Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 938837, Rel. Min. Edson Fachin, Rel. para Acórdão Min. Marco Aurélio, DJ*e* 25-09-2017: "EXECUÇÃO – CONSELHOS – ÓRGÃOS DE FISCALIZAÇÃO – DÉBITOS – DECISÃO JUDICIAL. A execução de débito de Conselho de Fiscalização não se submete ao sistema de precatório".

As discussões travadas nos dois tópicos seguintes considerarão as sentenças arbitrais contrárias à Fazenda Pública. Quanto às demais entidades administrativas, aprioristicamente excluídas da sistemática dos precatórios, não há controvérsias: elas podem cumprir voluntariamente condenações judiciais ou arbitrais e, caso não o façam, serão executadas de acordo com as regras ordinárias estipuladas pelo Código de Processo Civil (art. 513 e seguintes).

VII.1. Cumprimento espontâneo de sentenças arbitrais desfavoráveis à Fazenda Pública.

A morosidade judicial é, em muitos países, um problema crônico e custoso. No Brasil, não é diferente. De acordo com o relatório Justiça em Números de 2017,[340] a fase de conhecimento dos processos pendentes dura na Justiça Estadual, em média, cinco anos e quatro meses no 1º Grau e dois anos e seis meses no 2º Grau. Na Justiça Federal, a fase cognitiva dos processos pendentes consome em média quatro anos e seis meses no 1º Grau e três anos e um mês no 2º Grau.

A execução não é menos demorada. Pelo contrário, leva, em média, sete anos e seis meses na Justiça Estadual e sete anos e sete meses na Justiça Federal. No campo das contendas judiciais com a Administração Pública, dado o número de recursos peculiares, prazos dilatados, ritos diferenciados e demais privilégios processuais, o tempo para a consumação da atividade jurisdicional é intuitivamente maior do que nas disputas privadas – embora faltem dados que comprovem empiricamente o ponto.

Nesse contexto, não se pode ignorar que um dos principais propósitos (e vantagens comparativas) da arbitragem é a celeridade. E a preocupação com a rapidez não deve se confinar à fase cognitiva. De nada adianta ter um direito rapidamente afirmado, mas ter de esperar por anos *a fio* para vê-lo implementado.

Esse elemento não pode ser perdido no equacionamento da questão proposta: a arbitragem é fundada na consensualidade e destinada à celeridade. São traços essenciais do instituto.

Por outro lado, o Código de Processo Civil é expresso ao reconhecer o caráter de título executivo judicial das sentenças arbitrais[341] e a Lei de Arbitragem cristalina ao prever que: "a

[340] Conselho Nacional De Justiça. *Justiça em Números - 2017*. Brasília: 2017, p. 43. Disponível em: <www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/8d7418267af6f35d0917ecd379899df4.pdf>.

[341] Código de Processo Civil de 2015, art. 515, *VII*.

sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo".[342]

Se, no Brasil, os débitos judiciais da Fazenda Pública são processados e pagos exclusivamente pela sistemática dos precatórios,[343] a princípio poderia se imaginar que ela também seria inescapavelmente aplicável para condenações arbitrais.[344-345]

E note-se: o sistema de precatórios, com todas as suas (muitas) deficiências, existe também para promover isonomia entre os credores da Fazenda Pública; tanto que a Constituição determina que os precatórios sejam pagos "exclusivamente na ordem cronológica de apresentação". Ou seja, em tese, a sistemática impediria favorecimentos e perseguições; promoveria a impessoalidade.

O problema é que ela não funciona. A longa espera, que já decorreria da aplicação correta dos parâmetros legais, é, na prática, exasperada indefinidamente. Há entes que simplesmente

---

[342] Lei nº 9.307/1996, art. 31.

[343] Algumas vozes minoritárias na doutrina têm sustentado, traçando parâmetros diferentes para tanto, a possibilidade de que a Administração honre suas condenações judiciais fora da sistemática do precatório. Nesse sentido, conferir: DALLARI, Adilson Abreu. Acordo para recebimento de crédito perante a Fazenda Pública. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 239, 2005, p. 177/192. WILLEMAN, Flávio de Araújo. Acordos Administrativos, Decisões Arbitrais e Pagamentos de Condenações Pecuniárias por Precatórios Judiciais. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro – PGE/RJ*, vol. 64, p. 116-137, 2009. Disponível em: <https://www.pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MTIwMw%2C%2C>. Acesso em 11.12.2017.

[344] Nesse sentido, manifestou-se a Procuradoria-Geral Federal junto à ANP: "Sentença arbitral de natureza condenatória proferida contra a entidade autárquica pela Corte de Arbitragem Internacional. Execução. Necessidade da via judicial para a satisfação do débito reconhecido, com a consequente expedição de precatório. Inviabilidade de pagamento em sede administrativa, ainda que mediante prévia dotação orçamentária. Natureza jurisdicional da arbitragem. Equiparação com a sentença judicial para efeito da aplicação do disposto no art. 100 da Constituição da República. Parecer pelo pagamento das verbas previstas no laudo arbitral mediante precatório, após a instauração do competente processo de execução judicial por iniciativa da empresa interessada". (PARECER N°5B /PGF/LLC/2008, emitido nos autos do Processo Administrativo nº 00407.001306/2009-57, no dia 12/03/2009, pelo Procurador Federal Leonardo Lício do Couto).

[345] Na mesma direção, posicionou-se Leonardo Carneiro da Cunha: "uma sentença arbitral que imponha uma condenação pecuniária ao Poder Público deve acarretar a expedição de precatório, em razão do que dispõe o art. 100 da Constituição Federal, regra que não pode ser afastada, ainda que se trate de arbitragem. Se a condenação for de pequeno valor, não se expede precatório, mas Requisição de Pequeno Valor – RPV, a ser paga em sessenta dias, nos termos da legislação de regência. Só não haverá necessidade de precatório ou de RPV, se o ente que integra a Administração Pública for uma sociedade de economia mista ou uma empresa pública, cujo regime jurídico é de direito privado, não estando sujeitas ao precatório". (OPINIÃO 47 – A ARBITRAGEM E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. Disponível em: <www.leonardocarneirodacunha.com.br/opiniao/opiniao-47-a-arbitragem-e-a-administracao-publica-2/>. Acesso em 11.12.17).

não pagam os seus débitos e, nos últimos anos, o Congresso e o Supremo vêm investindo, sem apuro nem sucesso, em tentativas para controlar o caos do sistema.[346-347]

Esse quadro sugere o alerta: o contexto e as consequências de aplicação da norma também não podem ser esquecidos pelo intérprete.[348]

Fato é que a Constituição, ao estabelecê-los, define os precatórios como os pagamentos devidos pela Fazenda Pública "em virtude de sentença judiciária".[349] É certo que a interpretação literal não pode ser tomada como insuperável.[350] Contudo, nesse caso, há elementos relevantes que não recomendam a extensão analógica da dicção constitucional.[351]

---

[346] Em 1999, Leonardo Greco já sentenciava: "a reforma do art. 100 da CF/1988, que trata do sistema de pagamento dos débitos do Poder Público oriundos de condenações judiciais, é um imperativo moral" (A execução e a efetividade do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 94, 1999, p. 62). De acordo com o Ministro Gilmar Mendes, "o sistema de precatórios vive hoje uma crise pronunciada. Acredito que resolver o problema é uma das mais iminentes tarefas da nossa geração" (a afirmação foi feita no II Encontro Nacional de Precatórios, em fevereiro de 2015, conforme relatado em: <https://www.conjur.com.br/2015-fev-18/sistema-precatorios-vive-crise-pronunciada-gilmar-mendes?utm_source=dlvr.it&utm_medium=twitter>.

[347] Sobre o assunto, consulte-se: FLORENZANO, Vincenzo Demétrio. Crise dos precatórios: 25 anos de grave violação a direitos humanos e teste e estresse para as instituições do Estado Republicano e Democrático de Direito. In: Revista de Informação Legislativa, vol. 200, pp. 271-295, 2013. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/200/ril_v50_n200_p271.pdf>. Acesso em 26.12.2017; KANAYAMA, Rodrigo. Há solução ao imbróglio dos precatórios? Revista Direito do Estado, número 211, ano 2016. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br/colunistas/rodrigo-kanayama/ha-solucao-ao-imbroglio-dos-precatorios>. Acesso em 26.12.2017.

[348] Tal como destacado, o Direito brasileiro tem progressivamente incorporado, de modo mais sistemático e teorizado, as lições pragmatismo jurídico, em especial a do consequencialismo (que, ao lado do antifundacionalismo e do contextualismo, constituiria a matriz pragmatista). Seja pelo pioneirismo, pela densidade ou pelo didatismo, a obra de referência sobre o assunto é a versão comercial da Tese de Doutorado de José Vicente Santos de Mendonça *(Direito Constitucional Econômico*: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. 2ª ed. Belo Horizonte. Editora Fórum, 2018).

[349] Constituição da República, art. 100: "Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim".

[350] "A linguagem, como elemento de Hermenêutica, assemelha-se muitas vezes a certas rodas enferrujadas das máquinas, que mais embaraçam do que auxiliam o trabalho". (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 98).

[351] "Quer dizer: a sentença arbitral é título judicial, mas não é sentença judiciária, tal e qual apregoada pelo art. 100 da Carta Maior. É, na verdade, o ato final de um procedimento instituído por via contratual, para a resolução de conflitos. Da mesma forma que o Poder Público está autorizado a, pela via administrativa, promover a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro de um contrato administrativo, nenhum óbice há a que promova o reconhecimento da dívida cristalizada em uma sentença arbitral e efetue o seu pagamento, dispensando a execução do julgado na esfera judicial. É até recomendável que assim seja. Desafoga-se o Poder Judiciário, dando-se mais celeridade à realização da justiça". SCHMIDT, Gustavo da Rocha. A Arbitragem nos Conflitos Envolvendo a Administração Pública: uma proposta de

A arbitragem é mecanismo inaugurado, pautado e vocacionado a estimular consensos. A via arbitral só se abre por convenção das partes, costuma ser precedida por etapas de conciliação ou mediação[352] e, durante e mesmo após o procedimento, é presidida pelo que as partes conjuntamente disponham.[353] Tudo a incentivar a resolução amigável da disputa, a lealdade e a cooperação processual.

Além disso, no campo da Administração, a arbitragem costuma ser adotada em projetos de grande lastro financeiro e longa duração, como concessões e parcerias público-privadas. Nesses casos, a manutenção de uma relação saudável e de confiança entre as partes tende a ser vital para o sucesso dos empreendimentos e, muitas vezes, os pagamentos determinados pela sentença arbitral são indispensáveis para a continuidade das atividades contratadas.

Por essas circunstâncias, o pagamento espontâneo de débitos arbitrais da Fazenda Pública pode ser do mais genuíno interesse público.[354]

Naturalmente, o cumprimento espontâneo de sentenças arbitrais desfavoráveis à Fazenda Pública pressupõe a existência de rubrica suficiente na Lei Orçamentária Anual, na esteira do que dispõe o art. 167, II, da Constituição Federal.[355] Também é recomendável, porém não indispensável, que o contrato expressamente preveja e regule essa possibilidade.[356]

---

regulamentação. Dissertação de Mestrado. Rio de Janeiro: FGV DIREITO RIO, 2016, p. 84. Disponível eletronicamente em: <bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/16218/Dissertação%20-%20Gustavo%20da%20Rocha%20Schmidt%20-%20Aprovado.pdf?sequence=1>. Acesso em 11.12.2017.

[352] *Cf.* LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *Cláusulas escalonadas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

[353] Respeitadas, por evidente, as pontuais normas de ordem pública que existem sobre a matéria.

[354] Indo de encontro ao ora proposto, o Decreto nº 46.245/2018, do Estado do Rio de Janeiro, art. 15, prevê que: "- Ressalvadas as exceções previstas em lei, em caso de sentença arbitral condenatória ou homologatória de acordo que imponha obrigação pecuniária contra o Estado ou qualquer entidade com personalidade de direito público, o pagamento será efetivado mediante a expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor, conforme o artigo 100 da Constituição da República".

[355] Caso não haja dotação genérica que comporte o pagamento, seria necessário emendar a Lei Orçamentária para que haja disposição autorizativa específica.

[356] Veja-se, por exemplo, a Minuta de Contrato de Concessão para a Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural da 14ª Rodada de Licitação (2017), art. 34.5, item (h): "a sentença arbitral será definitiva e seu conteúdo obrigará as Partes. Quaisquer valores porventura devidos pela ANP serão quitados através de precatório judicial, salvo em caso de reconhecimento administrativo do pedido". Disponível em: <www.brasil-rounds.gov.br/arquivos/Round14/edital/modelo_contrato_r14_vfinal.pdf>. Acesso em 11.12.2017.

Gustavo Justino de Oliveira e Guilherme Schwarstmann sustentam ainda que o contrato público objeto da arbitragem precisa estar vigente ao tempo do adimplemento voluntário.[357] A meu ver, do ponto de vista formal, essa exigência só tem razão de ser se o pagamento for realizado com base na rubrica orçamentária do contrato respectivo (saldo contratual). Se a fonte de custeio do pagamento for diversa,[358] não parece haver óbice ao cumprimento espontâneo da obrigação pecuniária imputada pela sentença arbitral.

Basta que haja, nesses casos, a instauração de um simplório processo administrativo, que justifique e documente o pagamento voluntário a ser feito, tal como ocorre, por exemplo, nas indenizações que o Estado presta *sponte propria*.

No entanto, a vigência contratual parece ser um *standard* de grande relevância para nortear e, se for o caso, justificar a decisão administrativa pelo cumprimento espontâneo da condenação arbitral. Assim, a vigência do pacto não seria um requisito indispensável ao pagamento fora da sistemática dos precatórios; mas uma circunstância importante para justificar a sua conveniência e oportunidade, à luz do interesse público.

VII.2. Aplicabilidade do regime de precatórios e possíveis alternativas.

O cumprimento espontâneo da sentença arbitral, por evidente, consiste em faculdade da Fazenda Pública – aliás, de qualquer condenado em sede de arbitragem. Caso ela não o faça, o credor deverá mover processo executivo para que o título arbitral firmado seja judicialmente satisfeito. E aí, salvo previsão especial em sentido contrário, em sede legal ou contratual, a execução deverá ser processada pela sistemática dos precatórios.

A diferença entre os débitos judiciais e arbitrais é que os primeiros devem ser obrigatoriamente processados pela via do precatório e os segundos podem ser adimplidos de forma espontânea (e extrajudicial) pela Administração. Contudo, caso não o sejam, a via ordinária para que a sentença seja cumprida será a estabelecida pelo art. 100, da Constituição Federal: o sistema dos precatórios.

---

[357] OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWARSTMANN, Guilherme Baptista. Arbitragem Público-Privada no Brasil: a especialidade do litígio administrativo e as especificidades do procedimento arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*. Vol. 44:150-171. 2015, p. 166.

[358] Poder-se-ia ter, na Lei Orçamentária Anual de determinado ente, rubrica para pagamentos de condenações arbitrais em geral ou autorizar-se a despesa pela via do crédito especial.

Para escapar delas (sem contar com a *boa-vontade administrativa* no futuro), e isso talvez seja fundamental para a atração de investidores (sobretudo internacionais), é preciso agir previamente.

Em contratos estratégicos, a constituição de fundos garantidores, a contratação de fiança-bancária ou a prestação de garantias reais,[359] de parte a parte, pode ser uma alternativa eficaz à sistemática dos precatórios. Bastaria prever, em sede negocial ou normativa, que eventuais condenações arbitrais poderiam ser descontadas das garantias prestadas.

Essa rede de garantias diminui sensivelmente os riscos do particular contratado, que – salvo alguma distorção de mercado – tende a diminuir os preços praticados contra a Administração.[360] Um exemplo do modelo referido é o Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas – FGP, instituído pelo art. 16, da Lei Federal nº 11.079/2004.

O FGP tem patrimônio próprio e natureza jurídica de direito privado (art. 16, § 1º, da Lei das PPPs). Assim, caso o FGP – ou outro fundo análogo – não honre espontaneamente com suas obrigações, o credor prejudicado poderá executá-las sob o rito privado (ordinário).[361]

Como argutamente observa Carlos Ari Sundfeld, a "execução contra o FGP será privada, porque privada é a sua personalidade – e, portanto, privados são seus bens". Aliás, arremata o professor Carlos Ari, essa transferência patrimonial, necessária à constituição dos fundos garantidores, é "justamente o que ocorre em toda a criação de empresa estatal, que fica, como se sabe, sujeita ao regime privado, inclusive quanto à execução de suas dívidas".[362]

---

[359] No caso da Administração Pública, acredito que seja possível dar bens dominicais em garantia no bojo de contratações administrativas. Sobre o tema, fundamental consultar: BAPTISTA, Patrícia. Regime jurídico dos bens públicos: perspectiva civilista, funcionalização e outros temas. *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (Coordenadores do Tomo). 1. edição. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/45/edicao-1/regime-juridico-dos-bens-publicos:-perspectiva-civilista,-funcionalizacao-e-outros-temas>. Acesso em 12.12.2017.

[360] Se todo o risco é precificado (LUHMAN, Niklas. *Risk: a sociological theory*. New Jersey: Transaction Publishers, 2008, p. 175), a diminuição dos riscos de um projeto deve levar a diminuição do seu preço.

[361] WILLEMAN, Flávio de Araújo. Acordos Administrativos, Decisões Arbitrais e Pagamentos de Condenações Pecuniárias por Precatórios Judiciais. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro – PGE/RJ*, vol. 64, 2009, p. 133.

[362] SUNDFELD, Carlos Ari. Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas. In: *Parceiras Público-Privadas*. Coord. Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 15/44.

Em recapitulação, caso a Fazenda Pública não adimpla voluntariamente com o débito imputado pelos árbitros, a execução deverá ser promovida por meio do regime de precatórios, a menos que se tenha previsto garantias especiais que possam ser executadas sob rito privado.

Vale lembrar, na esteira do que registramos na introdução, que não se dá por precatório a execução de dívidas judiciais ou arbitrais de conselhos profissionais e de pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública Indireta (exceto as prestadoras de serviços públicos em regime de monopólio).

VII.3. A execução, no Brasil, de sentenças arbitrais estrangeiras gravosas à Administração pátria.

Antes de tratar da discussão proposta, é preciso remeter o leitor às classificações que fizemos no Capítulo I, no que diz respeito às arbitragens internas e internacionais[363] e, sobretudo, às sentenças arbitrais estrangeiras e nacionais.

Como já se apontou, um laudo arbitral é considerado estrangeiro, sob o prisma do Direito brasileiro, quando tenha sido proferido fora do território nacional. É esse o teor do parágrafo único, do art. 34, da Lei nº 9.307/96. *A contrario sensu*, considerar-se-á nacional a sentença arbitral que houver sido prolatada em território brasileiro.[364]

As sentenças arbitrais proferidas no Brasil são imediatamente exequíveis perante o órgão judicial competente. Por outro lado, os laudos arbitrais estrangeiros, a exemplo das sentenças judiciárias proferidas no exterior,[365] devem ser primeiro homologados perante o Superior Tribunal de Justiça para que, só então, possam ser executados.[366] É o que prevê o art. 35 da

[363] Como anotado no Capítulo I, considera-se internacional o procedimento arbitral que, por dizer respeito a uma operação comercial internacional, reúna elementos de estraneidade. Vale lembrar também que nas arbitragens internacionais não são oponíveis as restrições do Direito nacional de cada parte, mesmo se uma delas tiver caráter estatal.

[364] Como já destacado, as classificações acima apresentadas não se excluem nem se pressupõem; devem ser processadas paralelamente. Assim, tanto pode haver laudo estrangeiro em arbitragem interna - quando, embora a sentença seja proferida por Tribunal arbitral baseado no exterior, não haja elementos de estraneidade no caso apreciado; como, mais comumente, laudo nacional em arbitragem internacional – é o caso de a sentença arbitral ser emitida no Brasil, mas o caso apreciado relacionar-se à operação comercial internacional.

[365] Art. 105, I, I, combinado com o art. 109, X, ambos da Constituição Federal de 1988.

[366] CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 242-243.

Lei de Arbitragem[367], que é complementado pelos artigos 960 a 965 do Código de Processo Civil de 2015 e pelo Regimento Interno do STJ.

Repare-se: o Superior Tribunal de Justiça delibera acerca da possibilidade de a sentença estrangeira produzir efeitos jurídicos no Brasil.

No processo de homologação, verifica-se sobretudo aspectos formais (competência da autoridade prolatora, citação das partes, trânsito em julgado etc.),[368] mas também se analisa a compatibilidade do conteúdo da decisão estrangeira com a ordem pública[369] e a soberania nacional.[370]

Esse exame de conteúdo é muito sensível. A regra deve ser a deferência à legislação e às decisões estrangeiras, respeitando-se as opções políticas e técnicas jurídicas diferentes das aplicadas no Brasil.[371] No entanto, é preciso negar eficácia a sentenças, judiciárias ou arbitrais, que ofendam severamente valores caros à ordem constitucional brasileira.[372]

O tópico enseja ainda uma última discussão. Embora a Lei nº 9.307 não tenha o feito, muitos regulamentos setoriais ou regionais vedaram a realização de arbitragens com a

---

[367] Lei nº 9.307/96, art. 35: "Para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Superior Tribunal de Justiça".

[368] Regimento Interno do STJ, art. 216-D.

[369] No Direito interno, as normas de ordem pública são as inderrogáveis, isto é, aquelas que não podem ser afastadas negocialmente. No direito internacional privado, a expressão adquire significado distinto: trata-se do núcleo axiológico da ordem jurídica nacional, que condiciona a aplicação, eficácia e o reconhecimento de normas ou atos praticados no exterior. *Cf*. DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito Internacional Privado*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, 449-450: "a ordem pública impede a aplicação de leis estrangeiras, o reconhecimento de atos realizados no exterior e a execução de sentenças proferidas por tribunais de outros países. (...) A ordem pública se afere pela mentalidade e pela sensibilidade médias de determinada sociedade em determinada época. Aquilo que for considerado chocante a esta média será rejeitado pela doutrina e repelido pelos tribunais".

[370] Regimento Interno do STJ, Art. 216-F: "Não será homologada a decisão estrangeira que ofender a soberania nacional, a dignidade da pessoa humana e/ou a ordem pública".

[371] CASELLA, Paulo Borba; GRUENBAUM, Daniel. O problema da eficácia extraterritorial do laudo arbitral estrangeiro. In: *Arbitragem e desenvolvimento*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 61-108.

[372] Sobre o ponto, consulte-se: TIBURCIO, Carmen. A ordem pública na homologação de sentenças estrangeiras. In: Luiz Fux; Nelson Nery Jr.; Teresa Celina Arruda Alvim Wambier. (Org.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. BARROS, Vera Cecilia Monteiro de. *Homologação para o reconhecimento ou execução da sentença arbitral estrangeira no Brasil: exceção de ofensa à ordem pública*. 2013. Dissertação de Mestrado em Direito Internacional - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, USP, 2013. Disponível eletronicamente em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-09082017-104514/>. Acesso em: 2017-12-12. ABBUD, André De Albuquerque Cavalcanti. *Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras*. São Paulo: Atlas, 2008.

Administração Pública fora do território nacional.[373] O que fazer com as decisões arbitrais proferidas no exterior que incidam sobre setores ou entes que as tenham proscrito?

Se a arbitragem tratar de avença internacional, a solução que entendo adequada será a da inoponibilidade das restrições da legislação local. Se, no entanto, a arbitragem não envolver elementos de estraneidade, a ilegalidade parece inquinar os atos no seu bojo praticados.

Esta última hipótese, contudo, é de difícil verificação prática. Só faz sentido que a arbitragem ocorra fora do país nos casos em que o seu objeto é uma operação comercial internacional e, mais caracteristicamente, quando as partes tenham interesse de executar o laudo no exterior. Isso porque a prolação da sentença arbitral no estrangeiro obriga, para que ela se torne exequível no Brasil, a sua homologação perante o STJ – o que certamente atrasa a satisfação das decisões proferidas pelos árbitros.

VII.4. A execução no exterior de sentenças arbitrais desfavoráveis a entidades administrativas brasileiras.

O tema a ser abordado neste tópico também recomenda uma prévia contextualização. Desta vez, a respeito da imunidade de jurisdição e de execução dos Estados Nacionais.

A soberania, no plano interno, confere ao Estado o poder de administração, de edição de normas e de resolução de conflitos, precipuamente exercidos pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, respectivamente.[374]

No plano externo, a soberania promove a inclusão dos Estados na ordem jurídica internacional, possibilitando o reconhecimento e o relacionamento igualitário com os demais países. A soberania também assegura a chamada imunidade de jurisdição, que consiste na garantia de que cada Estado soberano só esteja submetido às decisões que proferir o seu próprio Poder Judiciário.

---

[373] Nesse sentido, cita-se a Lei Federal nº 13.448, de 5 de junho de 2017, art. 31, § 3º e o Decreto Federal nº 8.465, de 8 de Junho de 2015, art. 3º, III. A Lei nº 19477/2011, do Estado de Minas Gerais, art. 10, indica que devem ser preferencialmente escolhidas, para compor litígios com a Administração mineira, Câmara Arbitrais com sede no Estado.

[374] É questionável se os poderes estatais, de fato, se fundamentam na soberania. O conceito parece anacrônico e oportunas críticas vêm sendo feitas a ele (*v.* BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. SANTIAGO, Marcus Firmino. *Crítica à Teoria do Estado: O conceito tradicional de soberania*. Brasília: IDP, 2014. Disponível em: <http://www.idp.edu.br/publicacoes/portal-deebooks/2243-critica-a-teoria-do-estado-o-conceito-tradicional-de-soberania>). Optamos, por fazer alusão ao termo em razão do seu largo uso doutrinário e à falta de categoria substitutiva menos problemática.

Essa solução está calcada em uma construção histórica, de base consuetudinária, que, buscando a pacificidade na ordem internacional, elegeu a soberania e a igualdade entre os Estados como dois dos seus princípios basilares.[375]

Fala-se, nesse contexto, em *par in parem non habet imperium*.[376] Como não há superioridade jurídica de um Estado sobre o outro, cada um deles não pode ser compulsoriamente submetido a decisões de órgãos judicantes alheios.

Em tempos passados, entendia-se, no Brasil e em boa parte do mundo, que a imunidade de jurisdição dos Estados estrangeiros era absoluta, de modo que o Poder Judiciário pátrio se abstinha totalmente de julgar contendas que os implicassem. No entanto, a partir da década de 1980, o STF passou a adotar a teoria da imunidade relativa de jurisdição. Em um primeiro momento, a Corte entendeu que a Justiça do Trabalho seria competente para apreciar litígios de natureza laboral envolvendo Estados estrangeiros e cidadãos brasileiros que tivessem domicílio no Brasil.[377]

Essa interpretação foi sendo progressivamente ampliada ao redor do globo, alcançando disputas comerciais e contratuais, além das consequências civis de atos ilícitos.[378-379] Muitas

---

[375] TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto. *Direito constitucional internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 422: "a imunidade de jurisdição é princípio oriundo do direito internacional público, corolário da soberania e da igualdade entre Estados, premissas das quais se extrai a conclusão de que nenhum Estado está submetido, ao menos no plano jurídico, a qualquer outro. A expressão engloba a imunidade de jurisdição stricto sensu – a impossibilidade do beneficiário do privilégio imunitório submeter-se a juízo estrangeiro; e a imunidade de execução – a impossibilidade de realização de atos de constrição forçada sobre bens de propriedade dos mesmos beneficiários". A autora aprofunda as reflexões sobre o tema em: TIBURCIO, Carmen. *Extensão e Limites da Jurisdição Brasileira*: competência internacional e imunidade de jurisdição. Salvador: Jus Podivm, 2016.

[376] "Entre iguais não há império", em tradução livre.

[377] REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 111: "no Brasil uma decisão do Supremo Tribunal Federal, tomada à unanimidade em maio de 1989, assentou que o Estado estrangeiro não tem imunidade em causa de natureza trabalhista (Apelação cível 9.696, RTJ 133/159). A corte considerou insubsistente a norma costumeira que outrora garantira a imunidade absoluta e, portanto, desaparecido o único fundamento que vinha justificando a extinção liminar do processo".

[378] STJ, Segunda Turma, RO nº 45, Rel. Ministro Castro Meira, DJ 28/11/2005: "Afasta-se a imunidade jurisdicional do Estado estrangeiro quando a questão subjacente é de natureza civil, comercial ou trabalhista, ou, de qualquer forma, se enquadre no âmbito do direito privado". No mesmo sentido, *v.* STJ, Primeira Turma, RO 142, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, DJ*e* 24/11/2016 e STJ, Quarta Turma, AgRg no RO 129, Rel. Ministro Marco Buzzi, DJ*e* 15/10/2014. Em âmbito doutrinário, consulte-se: MADRUGA FILHO, Antenor Pereira. *A renúncia à imunidade de jurisdição pelo Estado brasileiro e o novo direito da imunidade de jurisdição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 266: "É indiscutível que, em regra, não se pode mais afirmar imunidade de jurisdição dos Estados soberanos em contratos ou transações comerciais. As quatro leis estrangeiras pesquisadas (Estados Unidos, Inglaterra, Austrália e Argentina), bem como a Convenção Europeia e o projeto da CDI, excepcionam os atos comerciais, demonstrando ser internacionalmente aceito que esses atos podem ser submetidos à jurisdição de outro Estado".

Cortes e autores, nessa linha, recuperaram a clássica dicotomia entre atos de império e de gestão, para sustentar que apenas os primeiros seriam cobertos pela imunidade de jurisdição.[380]

A mesma tendência não se verificou, ao menos não em grau comparável, com a imunidade de execução.[381] Os Tribunais ainda são muito resistentes à ideia de executar decisões judiciais contrárias a Estados estrangeiros.[382] Mesmo a constrição de bens que se

---

[379] Em recente oportunidade, o Ministro Luiz Edson Fachin propôs conferir repercussão geral a recurso extraordinário que questiona a imunidade de jurisdição da República Federal da Alemanha por ato de guerra (ato de império) que afundou embarcação pesqueira no litoral brasileiro. (STF, ARE 954858 RG, Rel. Min. Edson Fachin, DJ*e* 24-05-2017: "Recurso Extraordinário com Agravo. Repercussão Geral. Direitos Humanos. Direito Internacional. Estado Soberano Estrangeiro. Imunidade de Jurisdição. Processo de Conhecimento. Competência. Atos de Império. Atos de Gestão. Delito contra o Direito Internacional da Pessoa Humana. Período de Guerra. Direitos de Personalidade. Sucessores da Vítima. Indenização. 1. O alcance da imunidade de jurisdição de Estado estrangeiro em relação a ato de império ofensivo ao direito internacional da pessoa humana é tema constitucional digno de submissão à sistemática da repercussão geral. 2. A controvérsia consiste em definir a viabilidade de processamento e julgamento de lide que envolve Estado soberano estrangeiro por parte do Poder Judiciário brasileiro. 3. Preliminar de repercussão geral reconhecida".

[380] "RECURSO ORDINÁRIO – AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS – DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO – DOCUMENTOS EM PODER DA REPÚBLICA DA ITÁLIA – ALEGAÇÃO DE SEGREDO DE ESTADO – CLASSIFICAÇÃO PAUTADA EM ATO DE IMPÉRIO – SOBERANIA – IMUNIDADE ABSOLUTA. (...) 1. A adoção de critérios para conferir segredo de Estado a documentos faz parte da soberania de qualquer nação independente dotada de organização jurídica e política. 2. Apesar de defasada a classificação dos atos do Estado como de império ou de gestão, visto que a sua personalidade é una, tem-se que, em relação à sindicabilidade dos atos pelo Poder Judiciário, tal distinção apresenta aplicabilidade prática, especialmente quando se trata de ato de República estrangeira. 3. Se a República da Itália considera sob segredo de Estado os documentos cuja exibição se pretende, e reputa a recorrente inimiga da nação, ambos atos de império, não pode o Poder Judiciário brasileiro afastar a opção política daquele Estado estrangeiro, em face de sua imunidade absoluta no que toca *acta jure imperii*" (STJ, RO 100/RS, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2010, DJe 18/03/2010). "DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO - IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO DO ESTADO ESTRANGEIRO - EVOLUÇÃO DA IMUNIDADE ABSOLUTA PARA A IMUNIDADE RELATIVA - ATOS DE GESTÃO. (...) A imunidade absoluta de jurisdição do Estado Estrangeiro só foi admitida até o século passado. Modernamente se tem reconhecido a imunidade ao Estado Estrangeiro nos atos de império, submetendo-se à jurisdição estrangeira quando pratica atos de gestão. O Estado pratica ato 'jure gestiones' quando adquire bens imóveis ou móveis. O Egrégio Supremo Tribunal Federal, mudando de entendimento, passou a sustentar a imunidade relativa. Também o Colendo Superior Tribunal de Justiça afasta a imunidade absoluta, adotando a imunidade relativa do Estado Estrangeiro. Não se pode alegar imunidade absoluta de soberania para não pagar impostos e taxas cobrados em decorrência de serviços específicos prestados ao Estado Estrangeiro. Recurso provido". (STJ, RO 6/RJ, Rel. Ministro GARCIA VIEIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/03/1999, DJ 10/05/1999, p. 103).

[381] TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto. *Direito constitucional internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 449.

[382] Todas as manifestações do Supremos Tribunal Federal a respeito do tema encamparam a tese de que, salvo renúncia expressa ou inequívoca, a imunidade de execução dos Estados estrangeiros é absoluta. Cf. STF, Primeira Turma, ACO 623 AgR, Rel. Min. Edson Fachin, DJ*e* 24-11-2015: "AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA. EXECUÇÃO FISCAL PROMOVIDA PELA UNIÃO CONTRA ESTADO ESTRANGEIRO. IMUNIDADE DE EXECUÇÃO. CONVENÇÕES DE VIENA DE 1961 E 1963. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou-se no sentido de se reconhecer a

achem no território do Estado-Juiz não é, em geral, admitida. Há, no entanto, precedentes e vozes na doutrina que sustentam a possibilidade de a execução recair sobre bens do Estado estrangeiro que sejam estranhos à atividade diplomática ou consular.[383]

Em muitos casos, portanto, a relativização da imunidade de jurisdição mostra-se medida inócua: verdadeiro "sino sem badalo".[384] Embora não raramente sejam firmadas condenações judiciais a Estados estrangeiros, elas só são satisfeitas quando (i) o Estado condenado decida voluntariamente adimpli-las ou (ii) quando o Estado condenado, além de ter renunciado à imunidade que detinha, tenha também constituído fundo patrimonial ou dado em garantia real bens imóveis para tal finalidade.[385]

---

imunidade absoluta do Estado estrangeiro relativamente a processos de execução fiscal, salvo expressa renúncia, em observância às Convenções de Viena de 1961 e 1963. 2. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento". STF, Tribunal Pleno, ACO 543 AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 24-11-2006: "Imunidade de jurisdição. Execução fiscal movida pela União contra a República da Coréia. É da jurisprudência do Supremo Tribunal que, salvo renúncia, é absoluta a imunidade do Estado estrangeiro à jurisdição executória: orientação mantida por maioria de votos. Precedentes: ACO 524-AgR, Velloso, DJ 9.5.2003; ACO 522-AgR e 634-AgR, Ilmar Galvão, DJ 23.10.98 e 31.10.2002; ACO 527-AgR, Jobim, DJ 10.12.99; ACO 645, Gilmar Mendes, DJ 17.3.2003". No mesmo sentido, ver ainda as seguintes decisões monocráticas proferidas por ministros do STF nos últimos anos: ACO 3030, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ*e* 04/09/2017; ACO 1956, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJ*e* 02/05/2017; ACO 2877, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ*e* 24/06/2016; Rcl 23850, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ*e* 10/05/2016.

[383] Nesse sentido, veja-se por exemplo: MARTINS, Sergio Pinto. *Direito processual do trabalho*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 102 e PEDREIRA, Pinho. A concepção relativista das imunidades de jurisdição e execução do Estado estrangeiro. *Revista da Informação Legislativa*, v. 140, ano 35, 1998. p. 227-236. Na jurisprudência, confira-se: STF, RE 803.804 AgR, rel. Min. Luiz Fux, DJ*e* 28.09.2015: "Recurso Extraordinário. Constitucional. Imunidade de jurisdição. Reclamação trabalhista. Litígio entre estado estrangeiro e empregado brasileiro. Imunidade de execução. Bem penhorado não afeto à representação diplomática. Possibilidade. Convenções de Viena de 1961 e 1963. Princípios da ampla defesa e do contraditório. Matéria com repercussão geral rejeitada pelo Plenário do STF no ARE 748.371 alegada violação ao artigo 93, IX, da CF/88. Negativa de prestação jurisdicional. Art. 5º, XXXV, CF/88. Inexistência. 1. A imunidade à execução do Estado Estrangeiro não abrange bens estranhos à representação diplomática conforme afirmado pelo Plenário desta Corte no julgamento do RE 597.368, Relator para o acórdão Min. Teori Zavascki, DJe de 27/5/2014".

[384] A expressão foi cunhada pelo saudoso professor José Carlos Barbosa Moreira, ao comentar a antiga jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a função do Mandado de Injunção no controle de omissões normativas inconstitucionais. Segundo o entendimento inicial da Corte, o aludido remédio constitucional não permitia a criação da norma omissa, autorizando apenas a declaração da mora legislativa. Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "SOS para o Mandado de Injunção". *Jornal do Brasil*, de 11.09.1990, 1º caderno, p. 11.

[385] Ressalva-se aqui, uma vez mais, o entendimento (que nos parece ainda minoritário) de que os bens de Estados Estrangeiros não afetos à atividade diplomática ou consular poderiam suportar execuções de dívidas judiciais, mesmo contra à sua vontade. O Supremo Tribunal tem precedente monocrático sustentando a tese: STF, RE 803804 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 28/09/2015.

Aceita-se, de modo pacífico, que os Estados renunciem, em qualquer caso, às imunidades de jurisdição e de execução que possuem.[386] Jacob Dolinger e Carmen Tiburcio sublinham que a possibilidade de renunciar à imunidade de jurisdição, em sua dupla dimensão, também decorre da soberania.[387]

A renúncia à imunidade de jurisdição pode se dar de modo expresso ou tácito, desde que inequívoco.[388] Contudo, entende-se que apenas o Estado, na condição de pessoa jurídica de direito internacional, pode fazê-lo. Assim, as unidades federativas regionais ou locais não poderiam, sem a colaboração dos órgãos centrais, submeter-se à jurisdição estrangeira, cognitiva ou executiva.[389]

Feito os registros, é preciso discutir se a imunidade de jurisdição seria aplicável às arbitragens que envolvam Estados estrangeiros. Embora tenha caráter jurisdicional, a arbitragem é procedimento extraestatal e depende do prévio consentimento das partes implicadas para poder ocorrer.

Por esses fatores, não faz sentido que a imunidade de jurisdição dos Estados soberanos se aplique ao foro arbitral: a cláusula ou compromisso arbitral traria, ao menos implicitamente, uma renúncia à imunidade;[390] que, a rigor, sequer existiria: eis que o instituto apenas inibe que um Estado possa ser submetido ao Poder Judiciário de outro, prevenindo-se a hierarquização

---

[386] Sobre o ponto, assim já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: "O Estado estrangeiro, ainda que se trate de ato de império, tem a prerrogativa de renunciar à imunidade, motivo pelo qual há de ser realizada a sua citação" (STJ, Quarta Turma, RO 74, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, DJ*e* 08/06/2009). No mesmo sentido, SOARES, Guido Fernando Silva. Órgãos dos Estados nas Relações Internacionais. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 198.

[387] DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Arbitragem comercial internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 409: "O "Estado, no exercício do seu poder soberano, pode renunciar e se submeter à justiça estrangeira quando for do seu interesse".

[388] Como exemplos de renúncia tácita, poderíamos citar o ajuizamento por Estado-estrangeiro de demanda perante o Judiciário de outro país ou o comparecimento ao feito, na condição de réu, sem que a imunidade seja suscitada em momento algum. VALLADÃO, Haroldo. Direito Internacional Privado. Vol. III. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978, p. 154.

[389] TIBURCIO, Carmen. *Extensão e Limites da Jurisdição Brasileira: Competência Internacional e Imunidade de Jurisdição*. 2ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 323.

[390] Confira-se também: FERRAZ, Rafaela. Arbitragem em litígios comerciais com a Administração Pública: exame a partir da principialização do direito administrativo. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 75: "cabe, outrossim, frisar que eventual conduta desleal por parte do agente público que celebra convenção arbitral e, posteriormente, invoca a imunidade de jurisdição para obstar a instauração e o regular desenvolvimento da arbitragem internacional constitui flagrante violação, no âmbito do direito internacional privado, tanto do *pacta sunt servanda* quanto do princípio da boa-fé (vedação ao *venire contra factum proprium).*

entre Estados soberanos.[391] Como a arbitragem é procedimento privado, que se dá fora das lindes de qualquer Estado, não seria apropriado falar em imunidade *ab initio*.

Tem-se entendido, com acerto, que, ao firmar cláusula ou compromisso arbitral de direito internacional privado, o Estado estrangeiro renuncia à imunidade que teria ante o Poder Judiciário da sede da arbitragem.[392-393]

Essa renúncia não deve ser lida de modo ampliativo. A menos que as partes disponham em sentido contrário na convenção arbitral, ela deve ser adstrita aos casos em que o Judiciário estrangeiro atue instrumentalmente para garantir a constituição, a utilidade ou a continuidade do processo arbitral. Assim, os juízes poderiam ser provocados para, por exemplo, suprir a inércia da parte recalcitrante em apontar árbitros para compor o painel ou analisar a validade das decisões proferidas.[394]

Parte da literatura tem defendido que a submissão de Estados a arbitragens privadas traz consigo, também, uma renúncia à imunidade de execução.[395]

Essa tese não nos seduz. A mera previsão de cláusula arbitral não implica tácita renúncia à imunidade de execução de Estado estrangeiro – uma vez que o procedimento executivo é

---

[391] TIBURCIO, Carmen. Redação de compromissos arbitrais e escolha de idioma e sede em arbitragens. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, vol. XIII, 2014, p. 92: "Note-se que faz sentido o não reconhecimento do princípio na arbitragem, já que a sua origem remonta à impossibilidade de que um Estado submeta outro a julgamento. Como os Estados são igualmente soberanos, um não pode julgar o outro, pois o Estado julgador estaria se colocando em uma posição hierarquicamente superior à do Estado julgado, o que violaria a regra da igualdade entre os Estados. No caso da arbitragem, o Estado estará sendo julgado por tribunal não submetido a nenhum outro Estado e assim a premissa da imunidade não estará presente". A explicação é aprofundada em: TIBURCIO, Carmen. *Extensão e Limites da Jurisdição Brasileira: Competência Internacional e Imunidade de Jurisdição*. 2ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 331-341.

[392] SCHREUER, Christoph. *State immunity: some recent developments*. Cambridge: Grotius Publications Limited, 1988. p. 64-71.

[393] Se as partes tiverem elegido negocialmente foro judicial para tratar de demandas relacionadas à arbitragem, a renúncia recairá sobre o Judiciário desse país.

[394] MOLL, Leandro. Imunidade Arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*. Vol. 30:155-179, 2011, p. 159.

[395] SOARES, Guido F. S. *Das imunidades de jurisdição e de execução*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 219: "um Estado, ao submeter-se a uma arbitragem privada nas suas relações comerciais com outros Estados ou com pessoas de direito privado, implicitamente aceitou renunciar a suas imunidades de jurisdição e execução frente ao tribunal arbitral, tendo em vista o caráter contratual da arbitragem".

independente da cognição arbitral e se dá perante o Poder Judiciário competente; que, na hipótese em apreço, é um Estado-juiz diverso do Estado-parte.[396]

Aqui a solução é parecida com a aventada para que se evada do sistema de precatórios. Além de expressa renúncia à imunidade de execução (*preferivelmente já no bojo da cláusula compromissória*), o Estado-estrangeiro deve constituir fundo garantidor ou gravar de ônus reais bens dominicais (*situados no território do Estado-juiz*).[397]

Uma última questão relevante é definir se as empresas estatais estrangeiras gozam ou não das imunidades estudadas. O professor Jacob Dolinger aponta a existência de antigos precedentes de tribunais americanos que tê-las-iam estendido para tais companhias.[398] No entanto, em recente oportunidade, a Justiça Federal dos Estados Unidos admitiu ação coletiva contra a Petróleo Brasileiro S.A.,[399] que já havia sido condenada ou transigido em outras ações individuais[400] – todas associadas aos escândalos de corrupção que assolaram a petrolífera brasileira.

---

[396] Vale destacar, em abono a essa conclusão, que vários diplomas estrangeiros e internacionais estabelecem que a renúncia à imunidade de jurisdição não implica renúncia à imunidade de execução: Convenção Europeia sobre Imunidade de Jurisdição (1972), art. 23; Convenção da ONU sobre Imunidade de Jurisdição do Estado e de suas Propriedades (2004), art. 20; Resolução do Instituto de Direito Internacional de 1991, art. 5º.

[397] "Por isso, em face das persistentes discussões acerca das hipóteses em que se aplicam e daquelas em que não se aplicam as imunidades, é importante prever quando da celebração de contrato com Estado estrangeiro, além da convenção arbitral, a renúncia expressa do Estado à imunidade de jurisdição no caso de ser necessário discutir judicialmente alguma questão ligada à matéria, bem como a renúncia à imunidade de execução quanto aos bens previamente identificados em tais ou quais países". (TESS, Eduardo Carvalho. Imunidades de jurisdição e de execução no âmbito da arbitragem comercial internacional. *Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação*, v. 5, 2014, p. 345-356. Acesso em: 10 fev. 2017).

[398] DOLINGER, Jacob. A imunidade jurisdicional dos Estados. Revista de Informação Legislativa. Vol. 76, ano 19, 1982, p. 10: "Companhias controladas por governos estrangeiros foram igualmente consideradas como 'Estados estrangeiros' para efeitos de imunidade. Em 'Herzberger v. Companhia Acero del Pacífico S.A.', o tribunal americano considerou que a ré, uma companhia chilena criada e pertencente na proporção de 95,15% à 'Corporácion de Fomento de la Producción', inteiramente controlada pela República do Chile, se equipara ao Estado estrangeiro e deve gozar de imunidade de jurisdição. O mesmo foi decidido com relação à 'Libyan National Oil Company', totalmente controlada pelo governo líbio".

[399] In re Petrobras Securities, No. 16-1914 (2d Cir. 2017). Julgado em 07/07/2017. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca2/16-1914/16-1914-2017-07-07.html>. Acesso em 28/12/2017. Noticia a imprensa que tais ações foram extintas sem resolução de mérito por acordo entre as partes. Cf. CRUZ, Valdo. "Petrobras fecha acordo de US$ 853 milhões para encerrar ações contra empresa nos Estados Unidos". *Portal G1*. 27 de setembro de 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/blog/valdo-cruz/post/2018/09/27/petrobras-fecha-acordo-de-us-853-milhoes-para-encerrar-acoes-contra-empresa-nos-estados-unidos.ghtml>.

[400] ORDOÑES, Ramona. "Petrobras não consegue acordo sobre ação coletiva na Justiça americana". Jornal *O GLOBO*. Publicado em: 21/06/2017. Disponível eletronicamente em: <https://oglobo.globo.com/economia/petrobras-nao-consegue-acordo-sobre-acao-coletiva-na-justica-americana-21501293>. Acesso em: 28/12/2017.

Acredito que as empresas estatais, quando atuando comercialmente fora de seu país de origem, não gozam nem de imunidade de jurisdição, nem de imunidade de execução.[401] O seu patrimônio é privado e a sua atuação é essencialmente comercial, de modo que a elas deve ser estendido o mesmo tratamento conferido às empresas privadas, de nacionalidade e características semelhantes – sob pena de gerar injustificável distorção concorrencial.[402] A meu ver, mais clara ainda é a situação das subsidiárias de estatais que tenham sido constituídas no exterior, de acordo com a legislação ali vigente.

O ponto carece de maiores reflexões e desenvolvimento da doutrina especializada. Neste quadrante, parece recomendável, em que pese os óbices teóricos da proposta,[403] que, ao se contratar com uma empresa estatal de outro país, pactue-se cláusula com renúncia expressa à imunidade de jurisdição e de execução.

O ponto tratado no tópico pode parecer muito específico ou desimportante, mas a execução de sentenças arbitrais no exterior é medida altamente desejada por investidores internacionais. Em setores e empreendimentos estratégicos, prever essa possibilidade pode gerar benefícios notáveis à Administração Pública brasileira. Por isso, definir se, como e em quais casos essa modalidade executiva é possível assume relevância.

VII.5. Conclusões parciais.

A execução de sentenças arbitrais favoráveis à Administração Pública não desperta maiores dúvidas ou perplexidades. O particular condenado a cumpre de forma espontânea ou a Administração deflagra processo judicial executório para satisfazer o crédito (ou a prestação não pecuniária) que lhe fora reconhecido pelos árbitros.

---

[401] Essa conclusão só seria excepcionada nas hipóteses de delegação do exercício de atos de império às empresas estatais.

[402] O tema é também analisado por TIBURCIO, Carmen. *Extensão e Limites da Jurisdição Brasileira: Competência Internacional e Imunidade de Jurisdição*. 2ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 279-284.

[403] Ainda poderia se questionar a necessidade de autorização do Presidente da República para que empresas estatais renunciassem as imunidades referidas, na linha do que se expôs em relação aos entes locais. O entendimento clássico é de que a soberania é atributo de Estados Soberanos e, portanto, apenas os órgãos com poderes de representação do Estado no plano internacional poderiam a ela renunciar. De todo modo, até na linha do exposto no Tópico I.5, a literatura e a jurisprudência tendem a considerar ineficazes às limitações da legislação interna invocadas como óbices ao regular desenvolvimento de arbitragens internacionais com as quais a entidade administrativa tenha expressamente anuído.

Quando a sentença arbitral é desfavorável à Administração litigante, o cenário é muito mais complexo e incerto. Procurou-se tratar dos principais questionamentos relacionados ao ponto, tendo em mira exegeses que não comprometam a utilidade, o espirito ou a celeridade do procedimento arbitral.

Em primeiro lugar, concluiu-se pela possibilidade de adimplemento voluntário, desde que haja previsão orçamentária na LOA, dos débitos impostos à Administração por arbitragens – procedimento especialmente aberto à consensualidade e à cooperação processual. A obrigatoriedade da sistemática dos precatórios restringe-se às dívidas da Fazenda Pública "em virtude de sentença judiciária".

Caso a sentença arbitral não seja adimplida voluntariamente, a execução judicial deverá obedecer, em se tratando da Fazenda Pública (inclusive estatais prestadoras de serviços públicos monopolísticos), o regime dos precatórios. Em se tratando de entidades administrativas de direito privado ou dos conselhos profissionais, a execução se dará na forma prescrita pelo art. 513 e seguintes do Código de Processo Civil de 2015.

No caso de contendas com a Fazenda Pública, pode-se prevenir o nebuloso regime dos precatórios por meio da constituição de fundos garantidores ou da prestação de garantias reais ao contrato a respeito do qual firmou-se compromisso arbitral.

Em seguida, destacou-se que as sentenças arbitrais proferidas fora do território nacional precisam, para se tornarem exequíveis no Brasil, ser homologadas perante o STJ. Sublinhou-se, ainda, que caso diploma especial vede a realização de arbitragem no exterior e essa regra seja descumprida, o vício não nulificará as decisões proferidas em arbitragens internacionais, mas o fará em relação a arbitragens internas.

Por fim, discutiu-se a execução de sentenças arbitrais desfavoráveis a entidades administrativas brasileiras no exterior. De todo o discutido, parece relevante pontuar que a imunidade de jurisdição não pode ser invocada para obstar ou anular arbitragens com as quais Estado estrangeiro tenha anuído. Isso porque o compromisso arbitral traria uma renúncia implícita à imunidade cognitiva que, a rigor, sequer existiria *a priori* – uma vez que as arbitragens, embora possuam caráter jurisdicional, são procedimentos desvinculados de qualquer pessoa estatal.

As restrições são maiores em relação à possibilidade de execução, no exterior, de sentenças arbitrais desfavoráveis à Administração brasileira. Apenas no caso das empresas

estatais, especialmente as subsidiárias constituídas no estrangeiro, entende-se não haver imunidade.

Quanto às demais entidades, a satisfação da sentença condenatória no exterior depende do seu adimplemento voluntário ou de o Estado-estrangeiro ter renunciado à imunidade de execução e constituído fundo garantidor ou prestado garantias reais (em relação a imóveis dominicais situados no território do Estado-juiz). Minoritariamente, há quem sustente que a execução pode recair, independentemente do assentimento do Estado estrangeiro, sobre qualquer bem situado no território do Estado-juiz que não esteja afetado ao exercício de atividade diplomática ou consular.

O direito processual – e a arbitragem, ainda que extraestatal, é processo – tem experimentado verdadeira revolução, com a valorização de sua efetividade, justiça material e celeridade.[404]

Nesse contexto, evidenciou-se a centralidade da fase de cumprimento de sentença: de nada adianta o bom andamento do processo cognitivo, se o comando judicial não for implementado de forma e num prazo adequado. Isso é, particularmente, verdade para os processos (inclusive arbitrais) de que o Estado é parte, nos quais a morosidade e mesmo a inadimplência se fazem regras renitentes.

Daí a relevância das discussões propostas neste capítulo.

[404] Ilustrativamente, ver: CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2017. SALLES, Carlos Alberto Correa (coordenador). *As grandes transformações do Processo Civil brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. MARINONI, Luiz Guilherme. Direito fundamental à duração razoável do processo. *Interesse Público*, v. 51, p. 42-60, 2008. COMOGLIO, Luigi Paolo. Il 'giusto processo' civile nella dimensione comparatistica. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 108, p. 133-183, 2002. GRECO, Luís. Garantias Fundamentais do Processo: o Processo Justo. *Revista Jurídica*, São Paulo, v. 305, p. 61-99, 2003. GRECO, Leonardo. A execução e a efetividade do processo. Revista de Processo, São Paulo, n. 94, p. 34-66, 1999.

CAPÍTULO VIII – CONFLITOS E ARBITRAGENS INTRA-ADMINISTRATIVAS

Neste capítulo, serão examinados os conflitos entre entidades estatais. O foco da seção é analisar a composição de disputas intra-administrativas pela via das arbitragens privadas, regidas pela Lei nº 9.307/1996, e pelos mecanismos de arbitramento administrativo, a e exemplo daquele que se processa perante a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF.

Especialmente diante da escassez da literatura a respeito do tema e de sua relevância econômica e política, o estudo confrontado dos sistemas parece se justificar. Como se verá, eles se diferenciam sensivelmente não só no que toca ao seu processamento e eficácia jurídica, como nas restrições subjetivas e objetivas à arbitrabilidade.

Dito de outro modo: a depender do sistema de resolução de controvérsias escolhido, alteram-se tanto os sujeitos como as matérias suscetíveis de serem objeto de decisão. Antes de analisar a *arbitragem* e o *arbitramento* dos conflitos intra-administrativos, é preciso compreender suas causas e suas espécies. É o que se procura fazer no próximo Tópico.

VIII.1. Administração Pública multidimensional e pluralidade de interesses públicos.

A Administração Pública oitocentista, a qual incumbia feixe relativamente restrito de atividades (daí a expressão *Estado guarda-noturno*),[405] organizava-se piramidalmente: as atribuições e a própria existência de toda a burocracia estatal defluía do Chefe do Poder Executivo. A máquina administrativa do Estado Liberal, frequentemente adjetivada de napoleônica ou weberiana, era hierárquica, autoritária, burocrática, legalista e diminuta, tanto em abrangência de funções quanto em estrutura material, se comparada aos padrões atualmente verificados mundo afora.[406]

Os fenômenos históricos, políticos, sociais, econômicos e tecnológicos que se desenrolaram a partir do final do século XIX e se intensificaram da década de 1930 em diante alteraram profundamente esse quadro. A Administração foi progressivamente assumindo a

---

[405] A expressão é do pensador alemão Ferdinand Lassalle. LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2001, p. 37. Sobre o ponto, pertinente consultar: BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2014; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ª Ed. Lisboa: Almedina, 1992, p. 92 e SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 78/79.

[406] ENTERRÍA, Eduardo García de. *Revolución Francesa y Administración Contemporánea*. 4ª ed. Madrid: Civitas, 1998, p. 125.

prestação de mais serviços e funções.[407] E mesmo o recuo do aparato estatal, com o movimento neoliberal iniciado na década de 1980, não reverteu, ao contrário, reforçou a multifuncionalidade estatal – sofisticando as técnicas de regulação setorial, por exemplo.

Hoje já não se tem um Estado Guarda-Noturno, um Estado Social, um Estado Empresário, um Estado Planejador, um Estado Fomentador ou um Estado Regulador. A Administração Pública contemporânea abrange todas essas funções e, frequentemente, exerce-as de modo concomitante e a partir dos mais distintos instrumentos de que dispõe.

Ao fim do dia, tanto as funções, quanto os instrumentos empregados, muitos dos quais objeto de consolidadas categorias doutrinárias ou legais, assumem contornos heterodoxos e em constante mutação. A Administração vem se fracionando, se especializando, incorporando novas técnicas e sendo desafiada a lidar com número sempre crescente de demandas da sociedade e inovações científicas, que se sucedem em ritmo cada vez mais veloz.

Para Vital Moreira, como resultado da superação do Estado monoclassista que se consolidara após as revoluções burguesas (e a consequente fundação de um Estado pluriclasse), vivemos hoje sob a égide de uma *Administração Pública Policêntrica*. "O pluralismo social e político provocou o pluralismo e a diferenciação organizatória da Administração".[408]

Sabino Cassese aponta que a Administração Pública contemporânea é "multiorganizativa, no sentido de que a amplitude e a variedade das funções públicas não apenas levaram à perda da unidade da organização do Estado, mas levaram-no também a adotar diversos modelos organizativos". Por serem *fragmentadas* e *diferenciadas*, o publicista italiano considera ser "preferível falar em Administração multiorganizativa, a utilizar os adjetivos pluralística ou policêntrica. Esses termos designam apenas o primeiro (fragmentação), e não o segundo (diferenciação), dos dois caracteres indicados acima".[409]

---

[407] FALLA, Garrido. *Las transformaciones del régimen administrativo*. Madrid: Instituto de Estúdios Políticos, 1962, p. 24/28.

[408] MOREIRA, Vital. *Administração Autônoma e Associações Públicas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 35.

[409] CASSESE, Sabino. *Le Basi del Diritto Amministrativo*. 6ª ed. Milão: Ed. Garzanti, 2000, p. 190. No mesmo sentido, BAQUER, Lorenzo Martín-Retortillo. Organismos Autónomos y Derechos Fundamentales. In: *Administración Instrumental – Libro Homenaje a Manuel Clavero Arevalo*. Madrid: Ed. Civitas, 1994, p. 103: "Cabe falar de um quadro policêntrico, dotado, ademais, de um elevado grau de polimorfismo: ampla pluralidade de organizações públicas com intensidades e matizes bastante complexos".

Como era de se esperar, as múltiplas tarefas e interesses colocados sob a guarda de órgãos ou entidades estatais tendem a entrar em conflito. [410] De um lado, não é raro que repartições, muitas vezes não hierarquicamente vinculadas, travem colossais conflitos de competência. Isso é particularmente comum, em Estados federais, sobretudo nas matérias sujeitas à competência concorrente; e o peculiar federalismo tridimensional brasileiro estimula ainda mais esse tipo de contenda.

Por outro, é de se destacar que a diferentes organismos administrativos – frutos de processos de desconcentração ou descentralização – muitas vezes se confia a tutela de interesses públicos potencialmente antagônicos. Quando tais repartições se reúnem para discutir, estruturar e implementar políticas públicas intersetoriais[411], os impasses tendem a ser inevitáveis.

É o caso, dentre outros, dos atritos entre autoridades ambientais e órgãos responsáveis pelo desenvolvimento industrial; o Ministério da Saúde (interessado na aquisição e distribuição de novas drogas mais eficazes ou baratas) e a ANVISA (responsável por conceder o registro sanitário aos novos medicamentos); o Ministério dos Transportes ou o das Cidades (interessados na construção de novas infraestruturas de mobilidade) e o IPHAN (nas hipóteses em que as obras pretendidas vulnerem o patrimônio histórico ou artístico nacional).[412]

Por fim, a complexificação da Administração Pública vem multiplicando a quantidade de relações intra-administrativas ou interfederativas, muitas vezes firmadas sobre bases

---

[410] SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 68: "A Administração cresceu e se fragmentou em muitos órgãos e entidades, cuja coordenação é cada vez mais difícil e cujos objetivos e competências se chocam o tempo todo. (...) Também não é mais tão convincente a figura do interesse público aos cuidados da Administração (tudo no singular: *um* interesse público e *uma* Administração). Nas situações que se apresentam é normal o conflito plural: entre muitos interesses públicos, aos cuidados de muitos órgãos e entidades, públicas e semipúblicas".

[411] BRONZO, Carla. Intersetorialidade como princípio e prática nas políticas públicas: reflexões a partir do tema do enfrentamento da pobreza. In: *Anais do Congresso do Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo – CLAD*. Santo Doming: Venezuela, 2007, p. 13: "A intersetorialidade passa (e a perspectiva sistêmica que ela coloca) a tornar-se uma estratégia necessária para compor políticas adequadas às novas realidades sociais. As mudanças no campo da gestão pública manifestam-se no sentido de estabelecer uma nova cultura de gestão contraposta às tendências compartimentalizadoras e procedimentais da ortodoxia burocrática, introduzindo dinâmicas mais participativas e integradoras". Se a intersetorialidade é necessária para dar conta das necessidades sociais contemporâneas, ela cria desafios de coordenação administrativa e, por vezes, redunda em conflitos internos.

[412] O fenômeno não é exclusividade brasileira. *Cf*. HERZ, Michael. United States v. United States: When Can the Federal Government Sue Itself?. *William & Mary Law Review*. Volume 32 | Issue 4, 1991, p. 895/896.

contratuais, também potencialmente conflituosas.[413] É o caso, por exemplo, da contratação, pela Administração Direta, de bancos públicos para prestarem serviços financeiros ao ente; da delegação da exploração petrolífera, pela União (com participação do MME e da ANP), em favor da PETROBRAS; da contratação da SABESP ou da CEMIG para serviços de água e esgoto ou energia elétrica, respectivamente, por entidades ligadas ao seu ente instituidor ou não; da regulação, pela ANEEL, das atividades desenvolvidas pela ELETROBRAS.

Várias nomenclaturas poderiam ser cogitadas para designar as contendas referidas. Optamos pelas seguintes expressões e significados: i) ao referirmo-nos aos *conflitos intra-administrativos*, estamos querendo alcançar quaisquer disputas entre órgãos e entidades da Administração Direta ou Indireta, de direito público ou privado, ligadas a qualquer dos entes federativos; ii) ao falar em *conflitos interfederativos*, trataremos das lides formadas por instituições administrativas pertencentes ou ligadas a entes políticos diferentes; iii) ao utilizar a expressão *conflitos intragovernamentais*, estaremos nos referindo a contendas entre entidades ou órgãos pertencentes a uma mesma Administração Pública.

VIII.2. O desafio da coordenação intra-administrativa.

A multiplicidade de organismos, funções e interesses tutelados pela Administração Pública impõe um grande desafio: a coordenação intra-administrativa.[414] O Estado contemporâneo precisa ter "capacidade de pensar e de ordenar o múltiplo, sem o reduzir à unidade ou abandoná-lo à dispersão".[415]

Em um sistema presidencialista, como o brasileiro, a direção superior e a coordenação da Administração Pública competem precipuamente ao Presidente da República, com o auxílio dos Ministros de Estado.[416] Cabem a tais autoridades traçar as diretrizes gerais das políticas públicas, emitir regulamentos e supervisionar a atuação dos demais órgãos e entidades administrativas.

No Brasil, mesmo a iniciativa de leis que versam sobre organização administrativa é privativamente reservada ao Presidente da República (CRFB, art. 61, §1º, I), que ainda pode

[413] Sobre o ponto, *v.* LEITÃO, Alexandra. *Contratos Interadministrativos*. Coimbra: Almedina, 2011.

[414] ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 108.

[415] ARNAUD, André-Jean; DULCE, Maria José Fariñas. *Introdução à Análise Sociológica dos Sistemas Jurídicos*. Trad. Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 394.

[416] CRFB/88, art. 84, I.

dispor sobre o assunto por meio de Medidas Provisórias ou Decretos, com vistas à regulamentação de diploma legal (art. 84, IV) ou nas hipóteses objeto de autorização constitucional expressa (os decretos autônomos do art. 84, VI).

Sobre os órgãos que lhes são institucionalmente subordinados, o Chefe do Poder Executivo exerce também as prerrogativas próprias do Poder Hierárquico. Pode determinar a atuação de seus comandados, bem como delegar e avocar as competências que lhes tenha conferido.[417]

Nos domínios da hierarquia, a regra é a lógica escalonada de estruturação administrativa – que, como vimos, já não mais é aplicável à Administração Pública como um todo. Nesse campo, o Presidente disporá de grandes poderes – políticos e jurídicos – para conformar a atuação de seus subordinados.

Nas lindes da Administração indireta, o poder hierárquico cede lugar à supervisão ministerial[418] ou ao controle acionário.[419] A intensidade de ambos varia de acordo com a natureza da entidade administrativa em questão. As agências reguladoras e as universidades públicas, por exemplo, gozam de maior autonomia e, como regra geral, estão suscetíveis a menores ingerências, via supervisão ministerial, do que as autarquias ordinárias e fundações públicas.

As sociedades de economia-mista atuantes em regime de concorrência sujeitam-se a um controle menor do que as empresas públicas dependentes e prestadoras de serviços públicos, muitas vezes equiparadas, na prática, a entidades autárquicas.

A supervisão ministerial, também referida na literatura por tutela administrativa, não pode ser presumida sem expressa previsão legal ou constitucional (*pas de tutelle sans texte*).[420]

---

[417] *Cf.* ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 102-105.

[418] *Cf.* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2014, p. 558/561.

[419] *Cf.* ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais:* O regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 315/336.

[420] Explica Maria Sylvia Zanella Di Pietro que "a tutela não se presume, pois só existe quando a lei prevê; a hierarquia existe independentemente de previsão legal, porque é princípio inerente à organizaçao adminsitrativa do Estado". (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2014, p. 558).

Os órgãos de advocacia pública também desempenham funções relevantes na coordenação e prevenção de contendas intragovernamentais. No plano da União, convém destacar a possibilidade de o Advogado-Geral da União emitir pareceres, que vinculam toda a Administração Federal após aprovação presidencial, para fixar orientações, procedimentos e competências.[421] Os pareceres da Consultoria-Geral da União também atraem os mesmos efeitos jurídicos, se aprovados sucessivamente pelo AGU e pelo Presidente da República.[422]

A Lei Complementar nº 73/1993, em seu art. 43, também prevê a competência da AGU para editar súmulas, obrigatórias para os órgãos jurídicos da Administração Pública Federal, inclusive os de assessoramento de autarquias e fundações públicas.

Os pareceres e súmulas são os principais instrumentos pelos quais o Advogado-Geral da União se desincumbe da competência que lhe é outorgada pelo art. 4º, XI, de sua Lei de regência: "unificar a jurisprudência administrativa, garantir a correta aplicação das leis, prevenir e dirimir as controvérsias entre os órgãos jurídicos da Administração Federal".

Por maior que seja a importância dos mecanismos de solução de controvérsias, a prevenção de litígios é sempre preferível; deve ser a meta. A litigiosidade intra-administrativa recorrente, especialmente a intragovernamental, é uma patologia, que compromete a eficiência administrativa e obstaculiza a consecução das atividades-fim incumbidas ao Estado.

VIII.3. A solução de conflitos intra-administrativos.

Quando a coordenação falha em evitar os impasses, os conflitos jurídicos havidos entre componentes da Administração devem ser eficazmente resolvidos. Embora essas contendas sejam mais recorrentes e complexas do que se imagina, pouco se tem refletido sobre elas – aqui e alhures.[423]

No Brasil, a depender do objeto, tais disputas podem ser solucionadas pelo Presidente da República, pelo Advogado-Geral da União (AGU), pela autocomposição dos contendentes

[421] Lei Complementar nº 73/1993, art. 40, §1º.

[422] Lei Complementar nº 73/1993, art. 41.

[423] "Litigation between federal agencies is surprisingly common, and often arises in interesting contexts where a lot is at stake. (...) While the Judicial and Executive Branches have wrestled with the difficulty of interagency litigation,3 the scholarship has largely ignored it. In fact, only a handful of articles so much as mention interagency litigation and the most recent article on the subject has been superseded by two decades of decisions". (MEAD, Joseph. Interagency litigation and article III. *Georgia Law Review*. Vol. 47:1217/1280. Disponível em: <georgialawreview.org/wp-content/uploads/2015/02/Download-PDF-V47-I4-Mead.pdf>).

– inclusive no âmbito da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF) –, por arbitramento pelo Consultor-Geral da União (CGU), por arbitragem privada e pelo Poder Judiciário.[424]

No próximo subtópico, serão examinadas com maior profundidade a utilização do método arbitral, em sentido lato, para solucionar conflitos intra-administrativos, tanto no âmbito da CCAF quanto na seara das arbitragens *ad hoc* ou realizadas perante instituições privadas. Por ora, no entanto, serão feitos breves comentários a respeito das demais formas de composição de tais lides.

Ao Presidente da República, dentre outras relevantes funções, compete "exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal" (CRFB/88, art. 84, II). Essa prerrogativa abrange, como se viu, não só o poder de orientar, coordenar e supervisionar, bem como o de delegar, avocar e determinar a atuação de todos os demais órgãos da Administração Direta – subordinados, direta ou indiretamente, à Presidência.[425] Se Ministros de Estado controvertem sobre aspecto relevante de política pública ou sobre o órgão competente para promovê-la, pode o Presidente resolver unilateralmente o conflito, fixando o conteúdo da política pública e a autoridade responsável por executá-la.

Na forma do já transcrito art. 4º, XI, da LC nº 73/93, o Advogado-Geral da União pode, além de prevenir, também "dirimir as controvérsias entre os órgãos jurídicos da Administração Federal", o que deve ser feito na forma do parecer de que trata o art. 40 da citada Lei Complementar.

Os conflitos intragovernamentais também podem – e devem – ser objeto de autocomposição. Alguns deles podem mesmo sê-lo de modo informal. A disposição para o diálogo aberto e para empreender concessões recíprocas – além de prevenir a litigiosidade – pode também resolver conflitos já instaurados. Às vezes, entre dois entendimentos antagônicos, é possível chegar a um terceiro, que conjugue elementos daqueles, dê conta de

[424] Por questões didáticas, optamos por tratar no corpo do artigo apenas do sistema federal de solução de conflitos intragovernamentais. No âmbito dos Estados e Municípios, os Governadores e Prefeitos fazem às vezes do Presidente e – se assim dispuser as Constituições ou Leis locais – as procuradorias respectivas assumem o papel desempenhado pela AGU e CGU no contexto da União. Não há notícia de órgão local análogo à CCAF. Quanto à possibilidade de autocomposição, arbitrabilidade e apreciação judicial do litígio não há diferença entre os entes federativos.

[425] Como ressaltamos, o poder de delegação, avocação e determinação encontra alguns limites legais ou mesmo constitucionais, em face da natureza de algumas decisões administrativas.

problemas não antecipados e, enfim, melhor satisfaça as necessidades colocadas pelos potenciais contendentes.

A Lei nº 13.140/2015, autoriza que os entes públicos criem, no âmbito dos respectivos órgãos de Advocacia Pública, câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, com competência para dirimir conflitos intragovernamentais, avaliar pedidos de autocomposição com particulares e promover, quando couber, termos de ajustamento de conduta.[426]

No âmbito da CCAF, a conciliação é buscada de forma institucionalizada e procedimentalizada. Dentre outras atribuições, compete à Câmara:

> "I - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da Advocacia-Geral da União; II - requisitar aos órgãos e entidades da Administração Pública Federal informações para subsidiar sua atuação; III - dirimir, por meio de conciliação, as controvérsias entre órgãos e entidades da Administração Pública Federal, bem como entre esses e a Administração Pública dos Estados, do Distrito Federal, e dos Municípios; IV - buscar a solução de conflitos judicializados, nos casos remetidos pelos Ministros dos Tribunais Superiores e demais membros do Judiciário, ou por proposta dos órgãos de direção

[426] Lei nº 13.140/2015: "Art. 32. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para: I - dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública; II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público; III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta. § 1o O modo de composição e funcionamento das câmaras de que trata o caput será estabelecido em regulamento de cada ente federado. § 2o A submissão do conflito às câmaras de que trata o caput é facultativa e será cabível apenas nos casos previstos no regulamento do respectivo ente federado. § 3o Se houver consenso entre as partes, o acordo será reduzido a termo e constituirá título executivo extrajudicial. § 4o Não se incluem na competência dos órgãos mencionados no caput deste artigo as controvérsias que somente possam ser resolvidas por atos ou concessão de direitos sujeitos a autorização do Poder Legislativo. § 5o Compreendem-se na competência das câmaras de que trata o caput a prevenção e a resolução de conflitos que envolvam equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração com particulares. Art. 33. Enquanto não forem criadas as câmaras de mediação, os conflitos poderão ser dirimidos nos termos do procedimento de mediação previsto na Subseção I da Seção III do Capítulo I desta Lei. Parágrafo único. A Advocacia Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, onde houver, poderá instaurar, de ofício ou mediante provocação, procedimento de mediação coletiva de conflitos relacionados à prestação de serviços públicos. Art. 34. A instauração de procedimento administrativo para a resolução consensual de conflito no âmbito da administração pública suspende a prescrição. § 1o Considera-se instaurado o procedimento quando o órgão ou entidade pública emitir juízo de admissibilidade, retroagindo a suspensão da prescrição à data de formalização do pedido de resolução consensual do conflito. § 2o Em se tratando de matéria tributária, a suspensão da prescrição deverá observar o disposto na Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional".

> superior que atuam no contencioso judicial; V - promover, quando couber, a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta nos casos submetidos a procedimento conciliatório".[427]

A Lei nº 13.140/2015 também permite que órgãos e entidades de direito público da Administração Pública Federal ponham fim a suas controvérsias por transação, com fundamento em autorização do Advogado-Geral da União, lastreada em jurisprudência pacífica de Tribunal Superior, ou parecer de sua lavra, aprovado elo Presidente.[428]

À CCAF cabe, ainda, propor "ao Consultor-Geral da União o arbitramento das controvérsias não solucionadas por conciliação". [429] Daí a função importante que a Consultoria-Geral da União exerce no contexto da litigância intragovernamental. O professor

---

[427] Decreto nº 7.392/2010, art. 18. Para um interessante estudo de caso a respeito da atuação da CCAF, consulte-se: AFFONSO, Andressa Kellen Lauriano Lucio. *Autocomposição de Conflitos na Administração Pública: um estudo sobre a atuação da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal*. Universidade de Brasília – UNB, 2016, p. 44-50. Disponível em: <bdm.unb.br/bitstream/10483/14763/1/2016_AndressaKellenLaurianoLucioAffonso_tcc.pdf>. Uma análise global a respeito da CCAF é feita em: LÚCIO, Magda de Lima; MOTA COELHO, Meire. Melhoria da gestão pública: o caso da CCAF as relações Estado-Estado sob perspectiva. In: *XXXIV Encontro da ANPAD*, 2010, Rio de Janeiro. Versão Livro Resumo, 2010.

[428] Lei nº 13.140/2015: "Art. 35. As controvérsias jurídicas que envolvam a administração pública federal direta, suas autarquias e fundações poderão ser objeto de transação por adesão, com fundamento em: I - autorização do Advogado-Geral da União, com base na jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal ou de tribunais superiores; ou II - parecer do Advogado-Geral da União, aprovado pelo Presidente da República. § 1o Os requisitos e as condições da transação por adesão serão definidos em resolução administrativa própria. § 2o Ao fazer o pedido de adesão, o interessado deverá juntar prova de atendimento aos requisitos e às condições estabelecidos na resolução administrativa. § 3o A resolução administrativa terá efeitos gerais e será aplicada aos casos idênticos, tempestivamente habilitados mediante pedido de adesão, ainda que solucione apenas parte da controvérsia. § 4o A adesão implicará renúncia do interessado ao direito sobre o qual se fundamenta a ação ou o recurso, eventualmente pendentes, de natureza administrativa ou judicial, no que tange aos pontos compreendidos pelo objeto da resolução administrativa. § 5o Se o interessado for parte em processo judicial inaugurado por ação coletiva, a renúncia ao direito sobre o qual se fundamenta a ação deverá ser expressa, mediante petição dirigida ao juiz da causa. § 6o A formalização de resolução administrativa destinada à transação por adesão não implica a renúncia tácita à prescrição nem sua interrupção ou suspensão. Art. 36. No caso de conflitos que envolvam controvérsia jurídica entre órgãos ou entidades de direito público que integram a administração pública federal, a Advocacia-Geral da União deverá realizar composição extrajudicial do conflito, observados os procedimentos previstos em ato do Advogado-Geral da União. § 1o Na hipótese do caput, se não houver acordo quanto à controvérsia jurídica, caberá ao Advogado-Geral da União dirimi-la, com fundamento na legislação afeta. § 2o Nos casos em que a resolução da controvérsia implicar o reconhecimento da existência de créditos da União, de suas autarquias e fundações em face de pessoas jurídicas de direito público federais, a Advocacia-Geral da União poderá solicitar ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão a adequação orçamentária para quitação das dívidas reconhecidas como legítimas. § 3o A composição extrajudicial do conflito não afasta a apuração de responsabilidade do agente público que deu causa à dívida, sempre que se verificar que sua ação ou omissão constitui, em tese, infração disciplinar. § 4o Nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação de que trata o caput dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator".

[429] Decreto nº 7.392/2010, art. 18, VI.

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, que foi Consultor-Geral entre 31/01/2011 e 29/06/2015, anota que:

> Por intermédio de arbitramento - nominado, no caso da impossibilidade de conciliação na Câmara que coordena, ou por parecer, na hipótese de solução de divergências entre consultorias jurídicas dos Ministérios - a CGU tem por incumbência principal o alcance de convergência de entendimentos entre as várias opiniões jurídicas que se enfrentam dentro do Poder Executivo. Não produz consenso, no sentido ordinário da expressão, porque colhe opiniões e arbitra. Os pareceres da CGU têm como objetivo a resolução de controvérsias na Administração.[430]

A arbitragem que ora se menciona não é aquela prevista pela Lei nº 9.307/1996. Aliás, é de se questionar se tal método compositivo merece mesmo esse rótulo.[431] Ao que parece, ele deve ser caracterizado como espécie de poder administrativo dirimente,[432-433] incidente sobre

---

[430] GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. O tema da arbitragem no contexto da Administração Pública. Revista Jurídica Luso-Brasileira. Ano 1, nº 2, p. 183-212. 2015, p. 187. Disponível: <www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/2/2015_02_0183_0212.pdf>.

[431] GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. O tema da arbitragem no contexto da Administração Pública. Revista Jurídica Luso-Brasileira. Ano 1, nº 2, p. 183-212. 2015, p. 186. Disponível: <www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/2/2015_02_0183_0212.pdf>: "A função da CGU no contexto da litigância interna do Governo se esgota na confecção de parecer que decide uma disputa. O papel desse órgão tem natureza arbitral. Não se trata, assim, de mecanismo de produção de consenso, pura e simplesmente".

[432] Outro exemplo da função administrativa dirimente pode ser encontrado no contexto das Agências Reguladoras, em que é comum existir procedimentos administrativos de solução de disputas entre particulares ou entre autoridades administrativas e particulares (*e.g.*, Lei nº 9.478/1997, art. 20 e Lei nº 9.984/2000, art. 4º-A, §4º). Também nesses casos o ato administrativo de composição do conflito apreciado é judicialmente sindicável em ampla extensão.

[433] No Direito Comparado, fenômenos correlatos também têm sido diferenciados da arbitragem e de outras formas de prestação jurisdicional: "*El órgano regulador al imponer una resolución obligatoria entre las partes resuelve sobre relaciones en principio jurídico privadas y sometidas a la Ley de autonomía en la contratación. En cierto modo dirime o arbitra un conflicto inter-privatos, al resolver sobre pretensiones de las partes. Esta circunstancia ha hecho reflexionar a cierta doctrina que se ha decantado por la atribución de una potestad arbitral en manos de la Administración y configuradora de una actividad arbitral así mismo como una categoría básica de la actividad administrativa. El problema planteado es sin duda de amplio calado puesto que existen imperativos constitucionales que determinan el fin de la actuación administrativa en cumplimiento de los intereses generales y no para resolver conflictos, bajo una acepción plenamente jurisdiccional entre particulares. El derecho a la tutela judicial efectiva y el principio general de sumisión de la Administración a la legalidad vigente constituirían asimismo importantes obstáculos para la categorización como arbitral de esta función de los organismos reguladores. La intervención reguladora está enderezada al cumplimiento de la Ley y la satisfacción del interés general pero no al de componer intereses o conflictos entre particulares. Con el objeto de deslindar esta función resolutoria pública de la eventual función arbitral, en estricto sentido, de los organismos de regulación, preferimos*

conflitos endógenos, tal qual aquele conferido ao Advogado-Geral da União pela LC nº 73/93 (art. 4º, XI c/c art. 40).[434]

Ambos estão intimamente associados à competência presidencial de direção superior da Administração Pública Federal. Aliás, o *iter* e o instrumento de veiculação são praticamente os mesmos: o ato dirimente é corporificado como parecer e sujeita-se, se emitido pelo Advogado-Geral da União, à aprovação presidencial e, se emitido pelo Consultor-Geral da União, à aprovação sucessiva pelo AGU e pelo Presidente da República (LC nº 73/93, art. 41).

Vários fatores recomendam essa posição. Em primeiro lugar, o arbitramento pelo Consultor-Geral da União não requer o prévio assentimento das partes do conflito; basta a provocação de uma delas.[435] Em segundo, não se assegura as garantias processuais ínsitas à jurisdição (*e.g.*, devido processo legal, contraditório, ampla defesa, paridade de armas, direito à dilação probatória etc.). Além disso, o parecer do CGU que resolve a disputa consubstancia ato administrativo, que, além de suscetível à apreciação pelo Poder Judiciário, só produz efeitos se aprovado pelo Advogado-Geral da União e pelo Presidente da República.

Parece claro, portanto, que o arbitramento realizado pelo Consultor-Geral da União não constituí exercício privado de poderes jurisdicionais (isto é, arbitragem). A aproximação do instituto com o fenômeno arbitral – referido como tal pelos atos normativos que o regem – reside no fato de que ele opera a substituição da vontade dos órgãos e entidades conflitantes por juízo técnico emitido por terceiro.[436]

---

hablar en este caso de una actividad dirimente resolutoria del órgano de regulación con sujeción al típico esquema del Derecho Público Administrativo". (MEDINA, José María Chillón. *Derecho de las Telecomunicaciones y de las Tecnologías de la Información*. Santo Domingo: Escuela Nacional de la Judicatura – República Dominicana, 2004, p. 279/280. Disponível em: www.educacion-holistica.org/notepad/documentos/Derecho%20y%20legislacion/Libros/Derecho%20de%20las%20Telecomunicaciones%20y%20de%20las%20Tecnologías%20de%20la%20Información.pdf).

[434] OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A Agenda da Arbitragem com a Administração Pública: 'Mais do mesmo' ou há espaço para inovação? In: *Contraponto Jurídico* – Posicionamentos divergentes sobre grandes temas do Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 35: "Ora, a rigor não se está diante de arbitragens nos termos da LBA, e sim de um procedimento administrativo de resolução de conflitos imanente à própria esfera administrativa, passível de ser reapreciado em sua integralidade pelo Poder Judiciário. Trata-se em verdade de arbitramento ou de arbitragem imprópria, e jamais a arbitragem própria ou típica regulamentada pela LBA".

[435] Embora exista em outros sistemas jurídicos (*e.g.*, o português e o uruguaio), o Direito brasileiro não conhece modalidade arbitral involuntária.

[436] Esse traço é comum às atividades administrativas dirimentes sobre as quais comentamos na penúltima nota de rodapé.

Sendo referida como arbitragem ou não (o *nomen iuris* é sempre o que menos importa), certo é que a composição de conflitos perante a CGU, após a frustação das tentativas conciliatórias no âmbito da CCAF, não se sujeita aos limites fixados pela Lei nº 9.307/1996, notadamente aos relativos à arbitrabilidade subjetiva e objetiva. Assim, o Consultor-Geral da União poderá, por arbitramento, dirimir disputas entre órgãos e entidades administrativas federais que versem sobre direitos indisponíveis ou extrapatrimoniais (políticas públicas, conflitos de competência etc.).

É importante esclarecer também que, ao contrário da conciliação perante a CCAF (que detém competência para apreciar disputas interfederativas), só são arbitráveis pelo Consultor-Geral da União os conflitos envolvendo órgãos e entidades da Administração Pública Federal.[437]

Além disso, embora esta não pareça ter sido a solução normativamente adotada,[438] tem se firmado, no âmbito da AGU, entendimento no sentido de que, se o conflito jurídico opõe exclusivamente entidades administrativas federais de natureza autárquica (fundações públicas e autarquias), a autoridade competente para arbitrar a disputa passa a ser o Procurador-Geral Federal.[439]

Nos últimos anos, conflitos jurídicos relevantes, travados entre órgãos e entidades da Administração Federal, foram resolvidos por arbitramento perante a Consultoria-Geral da

---

[437] Essa é a interpretação que prevaleceu no âmbito da própria Consultoria-Geral da União, sendo inclusive plasmada na terceira edição da Cartilha da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF, página 13. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/217576>. Acesso em 29/08/2017.

[438] Decreto nº 7.392/2010: "Art. 18. A Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal compete: (...) VI - propor, quando couber, ao Consultor-Geral da União o arbitramento das controvérsias não solucionadas por conciliação".

[439] O entendimento parece constituir uma interpretação corretiva, de base sistemática, que, considerando o feixe de atribuições institucionais da Procuradoria-Geral Federal, atraiu para tal autoridade uma competência normativamente alocada ao Consultor-Geral da União. Na última edição do Regimento Interno da Procuradoria-Geral Federal, veiculado pela Portaria nº 338/2016, já se prevê dentre as competências do Departamento de Consultoria (DEPCONSU/PGF/AGU) a função de "assistir o Procurador-Geral Federal no tocante à análise de controvérsias jurídicas que envolvam autarquias e fundações públicas federais submetidas à Câmara de Conciliação e Arbitragem da Advocacia-Geral da União" (art. 33, VIII). Dentre outros, essa tese é acolhida no Parecer nº 00032/2015/DEPCONSU/PGF/AGU. Não voltaremos, nas páginas seguintes, a reiterar essa diferenciação criada por via hermenêutica. Por razões didáticas, continuaremos a referir somente à competência de arbitramento atribuída ao Consultor-Geral da União; embora já se tenha esclarecido que, no caso de ambos os confrontantes serem autarquias ou fundações públicas federais, a autoridade para o arbitramento será o Procurador-Geral Federal, com auxílio do Departamento de Consultoria da Procuradoria-Geral Federal.

União – o que demonstra a relevância dessa instituição pouco conhecida pela sociedade e até mesmo pelos operadores jurídicos.[440]

Os litígios intra-administrativos, não raro, também são levados ao Judiciário. O Poder Público, que é o maior litigante do país,[441] frequentemente contende contra si próprio – fenômeno que desperta algumas complexidades que maior atenção da literatura. Em primeiro lugar, cabe destacar que os órgãos integrantes da Administração Direta, por serem despersonalizados, não podem demandar ou serem demandados em juízo no seu próprio nome (*vide* Tópico III.2). Como regra geral, o ente ao qual o órgão administrativo é vinculado o representa e responde por ele em juízo.

Nesse sentido, ações judiciais cujas partes sejam, em ambos os polos, órgãos de uma mesma Administração Pública devem ser extintas liminarmente por confusão entre autor e réu.[442] Há, no entanto, uma exceção a essa regra: embora não gozem de personalidade

---

[440] Em lista exemplificativa cunhada por Arnaldo Godoy, destacam-se os conflitos "entre o Ministério da Defesa-MD e o Ministério do Planejamento-MPOG (sobre alienação de bens sob cuidado das Forças Armadas); Ministério dos Transportes-MT, Secretaria Especial de Portos-SEP e Agência Nacional de Transportes Aquáticos-ANTAQ (em relação a prorrogação de contratos de arrendamento de portos); Secretaria de Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República-SAJ e Assessoria Jurídica da Controladoria-Geral da União (competência para aplicação de penalidade em processo administrativo disciplinar); núcleos estaduais da CGU (contratações com a Empresa Brasileira de Comunicação-EBC); Ministério da Justiça e Ministério da Previdência Social (alcance da expressão efetivo exercício no serviço público); Ministério do Meio Ambiente e Ministério da Ciência e Tecnologia-MCT (competência para exigência de estudo prévio de impacto ambiental); Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e Ministério do Desenvolvimento Indústria e Comércio (definição de sujeito passivo de uma contribuição para a Agência de Cinema); Ministé- rio das Minas e Energia e Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (uso de processo licitatório simplificado por parte das subordinadas da PETROBRÁS); Ministério da Defesa e Ministério da Educação (questão das vagas para militares em escolas públicas); Instituto do Patrimônio Artístico e Histórico Nacional-IPHAN e Instituto Brasileiro de Museus-IBRAM (competência para declarar bem musealizáveis)". GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. O tema da arbitragem no contexto da Administração Pública. Revista Jurídica Luso-Brasileira. Ano 1, nº 2, p. 183-212. 2015, p. 187-188. Disponível: <www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/2/2015_02_0183_0212.pdf>.

[441] De acordo com pesquisa efetuada pelo Conselho Nacional de Justiça, os seis maiores litigantes brasileiros são entidades públicas. Dentre as disputas em que estão envolvidos os cem maiores litigantes do país, 51% contam com ente ou entidade público em um ou ambos os polos da ação. Cf. CNJ. 100 Maiores Litigantes. Conselho Nacional de Justiça: Brasília, 2011. Disponível em: <cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>.

[442] O Código de Processo Civil de 1973 considerava a "confusão entre autor e réu" causa de extinção do processo sem resolução de mérito (art. 269, X). No CPC/2015, tal hipótese não é listada dentre aquelas que ensejam a extinção do processo sem resolução de mérito (art. 485). O novo código parece ter acolhido, portanto, o entendimento de que o reconhecimento da confusão – por ser instituto de direito material – consiste em decisão judicial positiva, permitindo a formação da coisa julgada. É este o enunciado nº 160 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): "A sentença que reconhece a extinção da obrigação pela confusão é de mérito". A jurisprudência tem acolhido essa tese, conforme permitem inferir os seguintes julgados: TRF da 5ª Região, Quarta Turma, Apelação Cível nº 00006731220104058101, Rel. Desembargador Federal Rogério Roberto Gonçalves De Abreu, DJe 12/06/2014 e TRF da 5ª Região,

jurídica, alguns órgãos administrativos de cúspide gozam de personalidade judiciária para defender as suas prerrogativas institucionais.[443]

No que toca aos conflitos travados entre entidades administrativas (que dispõem de personalidade jurídica própria) e nas contendas entre estas e a Administração Direta (sempre representada judicialmente pelo ente político), as disputas judiciais não só são teoricamente possíveis, como largamente verificadas na prática. No entanto, desde a promulgação da Lei nº 13.140/2015, a "propositura de ação judicial em que figurem concomitantemente nos polos ativo e passivo órgãos ou entidades de direito público que integrem a administração pública federal deverá ser previamente autorizada pelo Advogado-Geral da União".[444]

Passa-se a analisar agora as circunstâncias nas quais cada mecanismo de solução de disputas intra-administrativas é mais adequado. De modo geral, deve-se evitar a judicialização de conflitos entre órgãos ou entidades administrativas. Não sendo possível prevenir a formação das lides, é preferível resolvê-las internamente e, caso seja viável, por conciliação.[445]

A composição de disputas intragovernamentais em sede judicial fragiliza institucionalmente o Poder Executivo, além de esbarrar com frequência em obstáculos próprios à separação dos Poderes.[446] Como se não bastasse, com a multiplicidade de

---

Quarta Turma, Apelação Cível nº 00006714220104058101, Rel. Desembargador Federal Ivan Lira De Carvalho, DJ*e* 27/09/2012.

[443] Este entendimento foi sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça, no tocante às Câmaras de Vereadores. Veja-se a Súmula 525, aprovada pela Primeira Seção, em 22/04/2015: "A Câmara de vereadores não possui personalidade jurídica, apenas personalidade judiciária, somente podendo demandar em juízo para defender os seus direitos institucionais".

[444] Lei nº 13.140/2015, art. 39. Embora o preceito seja categórico, faltam dados a respeito da efetiva observância dessa regra.

[445] "E se há desentendimentos, porque inerentes a visões de mundo, ideologias e idiossincrasias, deve-se propiciar espaço para composição de desacertos institucionais, dentro do Poder Executivo. Deve-se ter um mecanismo de produção de consenso. Um presidencialismo bem organizado, articulado e eficiente deve contar com instâncias para resolução de conflitos internos, evitando-se, como regra, a judicialização dos problemas endógenos. E as instâncias internas devem ser simplificadas, desobstruídas do fardo burocrático, ainda que sempre submetidas a constante controle externo". GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Domesticando o Leviatã: litigância intragovernamental e presidencialismo de articulação institucional*. Brasília: edição do autor, 2013, p. 29.

[446] *Cf*. HERZ, Michael. United States v. United States: When Can the Federal Government Sue Itself?. *William & Mary Law Review*. Volume 32 | Issue 4, p. 895/896: "Two powerful arguments counsel against intragovernmental litigation. First, the United States is a single entity, yet article II's case-or-controversy requirement forbids one person from being both plaintiff and defendant. 15 Second, judicial resolution of disputes between, agencies may trench on the President's authority, if not obligation, to resolve such disputes as Chief Executive. 6 This separation of powers concern is underlined by the Framers' adoption of a unitary executive, with a single, accountable head-a structure that seems inconsistent with allowing

instâncias e recursos, a falta de *expertise* técnica e o notório assoberbamento do Judiciário, não raro deparamo-nos com decisões judiciais que, a um só tempo, são equivocadas e extemporâneas.

As disputas essencialmente políticas travadas no interior da Administração Direta parecem reclamar definição pelo Presidente da República. É o Chefe do Poder Executivo que dispõe, no contexto da Administração, da maior legitimidade democrática para *bater o martelo* a respeito dos conflitos políticos. Além disso, a apreciação presidencial tende a ser o método mais célere para resolver contendas dessa natureza e, nos domínios da Administração Direta (onde impera o princípio hierárquico), não há óbices ao manejo de um instrumento expedito como esse.

Quando a controvérsia for juridicamente complexa e tiver implicações que exorbitem ao caso concreto (isto é: for relevante para outros órgãos e entidades administrativas), é recomendável que ela seja submetida à apreciação do Advogado-Geral da União.

Quando a disputa abranger complexidades técnicas, pessoas jurídicas autônomas ou tiver índole patrimonial, o caminho preferencial parece ser a arbitragem propriamente dita, aquela regida pela Lei nº 9.307/1996. O ponto também será retomado no próximo subtópico.

Para encerrar este, contudo, é preciso ressaltar apenas que a conciliação, entre órgãos e entidades administrativas em conflito, deve ser concretamente estimulada qualquer que seja a natureza da disputa, seja como método principal para a sua composição, seja como incidente de outro mecanismo de solução de controvérsias.[447]

---

agencies to turn to courts to settle their disputes. These arguments are linked. First, the more unified and hierarchical the executive branch appears under article II, the less likely an article IH case or controversy can exist within it. Second, lodging the executive power in the President could be 'a textual commitment' of decisionmaking authority to a branch other than the judiciary".

[447] LÚCIO, Magda de Lima; MOTA COELHO, Meire. Litigiosidade e Impacto na Gestão Pública - a mediação como instrumento de gestão - a experiência da CCAF. *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central*, v. 4, p. 075-098, 2010, p. 85: "o ato da mediação age de maneira transversal na estrutura estatal, momentaneamente, no ato da instalação da mesa conciliadora, e se dilui quando da solução do conflito ou controvérsia. Nesse sentido, a mediação, como instrumento de gestão, unifica o Estado brasileiro sob o paradigma da pacificação, ao fixar este como uma missão comum a todos os órgãos, independentemente do lugar que ocupam na estrutura administrativa. Esse paradigma tende a fortalecer o atendimento ao cidadão, finalidade última do Estado brasileiro, como a ação prioritária dos órgãos públicos".

É preciso levar a conciliação a sério.[448] Mais do que um discurso,[449] é preciso garantir, incentivar e, talvez, mesmo punir as autoridades que não adotem posturas conciliatórias e insistam em criar ou em exasperar litígios intra-administrativos contornáveis.

VIII.3.1. A solução de litígios intra-administrativos por métodos arbitrais.

No tópico anterior, indicamos a existência de dois sistemas de arbitragem aptos a dirimir conflitos intra-administrativos. A nosso ver, eles constituem círculos secantes – ligados por uma pequena zona de intercessão. Expliquemos a figura, analisando a matéria não só pelo prisma da possibilidade jurídica, como da conveniência administrativa.

Os conflitos havidos exclusivamente entre órgãos administrativos (Administração Direta *versus* Administração Direta) e as contendas intra-administrativas a respeito de direitos extrapatrimoniais ou indisponíveis só são arbitráveis perante a Consultoria-Geral da União, depois de frustrada a tentativa de conciliação no âmbito da CCAF.

Os conflitos entre a Administração Pública Federal, de um lado, e *i)* órgãos ou entidades administrativas de outros entes (disputas interferativas);[450-451] ou *ii)* particulares, do outro, somente podem ser resolvidos por arbitragens privadas, sejam elas *ad hoc* ou institucionais.

---

[448] São bem-vindas, nesse contexto, as inovações legislativas que permitem transações à distância, via plataformas informáticas, e a criação de banco de dados sobre boas práticas em mediação pela Escola Nacional de Mediação e Conciliação, do Ministério da Justiça (Lei nº 13.140/2015, arts. 46 e 41, respectivamente).

[449] Dentre as Metas do Centenário, traçadas pela Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, estão: "reduzir em 50% a litigiosidade judicial e administrativa" e "implantar e expandir os mecanismos de conciliação e transação com o Estado" (*Plano Brasil 2022*. Brasília: Presidência da República, SAE, 2010, p. 90. Disponível para *download* em: https://goo.gl/eAYXCW).

[450] LÚCIO, Magda de Lima; MOTA COELHO, Meire. Litigiosidade e Impacto na Gestão Pública - a mediação como instrumento de gestão - a experiência da CCAF. *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central*, v. 4, p. 075-098, 2010, p. 92: "Mesmo os casos não conciliados, por conta de alguma inviabilidade, são, conforme a natureza da demanda, solucionados por meio de pareceres da Consultoria-Geral da União, aprovados pelo AGU, o que se constitui resolução por arbitragem, ressalvados os conflitos envolvendo os estados ou o Distrito Federal, que não podem ser solucionados pela via do parecer em virtude do princípio da autonomia dos entes federativos, que proíbe a ingerência impositiva de um ente político sobre outro".

[451] Embora o arbitramento perante a Consultoria-Geral da União seja expressamente excluído, Estados e Municípios podem submeter seus litígios com a Administração Pública Federal à AGU, para fins de composição extrajudicial do conflito. É o que prevê o art. 37, da Lei nº 13.140/2015: "É facultado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, suas autarquias e fundações públicas, bem como às empresas públicas e sociedades de economia mista federais, submeter seus litígios com órgãos ou entidades da administração pública federal à Advocacia-Geral da União, para fins de composição extrajudicial do conflito".

Os conflitos, a respeito de direitos patrimoniais e disponíveis, entre entidades administrativas ligadas a um mesmo ente político e entre estas e a Administração direta respectiva constituiriam a zona de intercessão aludida acima. Nessas hipóteses, seria juridicamente possível a utilização de ambos os sistemas de arbitramento possíveis: o que corre perante a Consultoria-Geral da União ou a Procuradoria-Geral Federal e a arbitragem privada, de que trata a Lei nº 9.307/96.

O arbitramento de disputas que envolvam entidades administrativas pelo Consultor-Geral da União traz, no entanto, inúmeras perplexidades, sobretudo no caso de autarquias especiais (*e.g.*, agências reguladoras, universidades públicas, conselhos profissionais, CADE) e de empresas estatais (especialmente sociedades de economia mista). O desconforto aumenta quanto estas entidades são partes em disputas patrimoniais.

Ainda que goze de independência técnico-funcional,[452] as suspeitas de parcialidade serão inevitáveis e justificáveis. O Consultor-Geral da União, a exemplo do Advogado-Geral da União, ocupa cargo de confiança do Presidente da República; não se exigindo nem mesmo que pertençam aos quadros da AGU.

Ambos estão institucionalmente subordinados à Presidência e sujeitam-se à demissão *ad nutum*. Como esperar que arbitramentos justos e imparciais sejam monocraticamente conduzidos pelo CGU diante de conflitos que envolvam, por exemplo, relevantes interesses fazendários da União *versus* interesses patrimoniais da Petrobras (e dos seus acionistas, inclusive os privados)?

Aqui só não há um vício constitucional porque o arbitramento efetuado pelo CGU não consiste, efetivamente, em exercício privado da jurisdição.[453] Trata-se de ato administrativo dirimente, articulado como ferramenta de controle ministerial.[454] A imparcialidade é,

---

[452] *Cf.* MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Independência Técnico- Funcional da Advocacia de Estado. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. Vol. XVI. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 03/23.

[453] Ainda quando exercida fora dos Tribunais, a jurisdição precisa ser imparcial. O árbitro, no sistema da Lei 9.307/96 e na prática internacional, precisa ser sempre um terceiro imparcial, sem interesses ou lanços estreitos com as partes das disputas que arbitra.

[454] A menos que a Constituição disponha em sentido diverso, as entidades administrativas gozam da autonomia que lhes é deixada pelo legislador. É a lei que cria tais entidades, disciplina suas competências e prerrogativas e dispõe sobre os expedientes de controle sobre elas incidente. Em regra, a Constituição deixou ampla margem de conformação ao legislador nessa matéria – espaço esse que não pode ser constrito por preferências doutrinárias e modelos ideais. É preciso diferenciar aquilo que não nos parece ser uma solução boa do que é realmente proscrito pela ordem jurídica. O art. 8-C, da Lei nº 9.028/1995, por exemplo, também restringe largamente a autonomia jurídica das empresas estatais ("O Advogado-Geral da

portanto, prescindível e o mérito do parecer, diferentemente dos laudos arbitrais emitidos conforme a Lei nº9.307/96, poderá ser amplamente revolvido pelo Poder Judiciário.

O Parecer AGU/AG-12/2010, aprovado pelo Advogado-Geral da União, torna a situação examinada ainda mais complicada. Por meio dele, acolheu-se entendimento de que cláusula compromissória adotada em contrato de cessão onerosa de petróleo, assinado pela União, Petrobras e ANP, era "ilegal, imprópria e inadequada", concluindo-se pela obrigatoriedade de se "utilizar, no caso, as Câmaras de Conciliação e Arbitragem da Advocacia-Geral da União".[455]

A utilização da CCAF para dirimir conflitos entre a Administração Direta e entidades independentes ou empresas estatais, ainda que juridicamente possível (não existe óbice constitucional ou legal para tanto),[456] deve ser desencorajada.[457] Em paralelo, a exclusão, pretendida pela Advocacia-Geral da União, da arbitragem privada das contendas entre entidades administrativas e entre estas e órgãos públicos, além de não encontrar qualquer respaldo normativo, parece ferir a razoabilidade e ameaçar a independência, inclusive patrimonial, das entidades da Administração Indireta – algumas com autonomia reforçada por Lei ou pela Constituição; outras constituídas sob a forma de direito privado e, no caso das sociedades de economia mista, com a participação mesmo de particulares em seu quadro social.

União, na defesa dos interesses desta e em hipóteses as quais possam trazer reflexos de natureza econômica, ainda que indiretos, ao erário federal, poderá avocar, ou integrar e coordenar, os trabalhos a cargo de órgão jurídico de empresa pública ou sociedade de economia mista, a se desenvolverem em sede judicial ou extrajudicial". É norma que não atrai meus aplausos; mas ainda assim é norma posta. É inegável que o dispositivo cria o risco de práticas abusivas (*e.g.*, avocação da representação jurídica de sociedade de economia mista para renunciar dívida em favor da União); elas – e só elas – devem ser judicialmente repelidas ou, quando consumadas, reparadas. O que descabe é fulminar o mecanismo em si, abstratamente. Não há fundamento constitucional para isso.

[455] A aprovação do Parecer AGU/AG-12/2010 foi noticiada no sítio-oficial da AGU, página em que se pode baixá-lo: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/148346>.

[456] Não existe na Constituição Federal regra ou princípio que vede a possibilidade franqueada pelo legislador de que tais conflitos sejam dirimidos por arbitramento do Consultor-Geral da União.

[457] No caso das entidades administrativas independentes, o arbitramento fragiliza a autonomia que lhes fora concedida pela ordem jurídica diante da finalidade relevante que perseguem. No caso das estatais, sobretudo quando atuantes em concorrência e sujeitas à copropriedade entre Estado e particulares, o mecanismo em comento pode gerar prejuízos financeiros às empresas estatais, atingindo reflexamente os seus acionistas. Em ambas as hipóteses, a probabilidade de judicialização da controvérsia, após a prolação do parecer, é alta. Assim, a medida pecaria pela ineficiência; constituindo iter pré-processual que só diferiria a administração final da justiça.

Aliás, há um argumento histórico que corrobora este entendimento. Durante a tramitação do Projeto de Lei do Senado nº 406/2013, que redundou na Lei nº 13.129/2015, o ex-Senador Gim Argello apresentou proposta de emenda ao referido PLS que visava a incluir, na Lei de Arbitragem, dispositivo com o seguinte teor: "A arbitragem dos litígios envolvendo apenas órgãos e entidades nacionais da Administração Pública direta e indireta incumbe à Advocacia Pública". A proposta de emenda, em que pese sua interessante justificativa,[458] acabou, nessa parte, rejeitada pelo Senado Federal e não deve prosperar pela via hermenêutica.

VIII.4. Conclusões parciais.

A amplitude e a heterogeneidade das funções confiadas aos Estados contemporâneos levaram a máquinas administrativas complexas, policêntricas, multiorganizativas. Com o crescimento e a diversificação dos interesses carecedores de tutela, das demandas sociais, das tarefas estatais e das entidades públicas, aumentaram também, em quantidade e em importância, as relações intragovernamentais e interfederativas.

E onde há relação, jurídica ou não, intermitentemente há também conflito.

A Administração Pública deve, portanto, investir em articulação, coordenação e supervisão institucional, com vistas a prevenir desavenças entre os seus órgãos e entidades. Uma vez instauradas, contudo, deve-se buscar preferencialmente mecanismos extrajudiciais e consensuais para resolvê-las – de acordo com as diretrizes sugeridas.

Verificamos, finalmente, a existência de dois sistemas arbitrais, em sentido lato, para a resolução de disputas intra-administrativas. O primeiro deles, especial, é conduzido privativamente pelo Consultor-Geral da União, após esgotadas as tentativas de conciliação perante a CCAF.

---

[458] Observe-se excerto da justificativa à Emenda nº 07 ao PLS nº 406/2013: "a Advocacia Pública, seguramente, é o espaço institucional mais adequado para a arbitragem dos conflitos entre órgãos e entidades do Poder Público. Primeiro, porque é regida pelo Direito Público. Segundo, porque conhece bem as leis do país, sobretudo, as que regem a Administração Pública. Terceiro, porque conhece profundamente as instituições públicas brasileiras (sistemas, estrutura, cultura, dificuldades, limitações, diretrizes, etc.). E, quarto, porque possui experiência na solução de litígios entre órgãos e entes públicos, vez que, como mencionado, já há algum tempo, vem atuando com sucesso nessa seara". Documento disponível para *download* em: <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4412824&disposition=inline>. Acesso em: 02/10/2017.

A ele, não são aplicáveis as restrições objetivas à arbitrabilidade previstas na Lei nº 9.307/1996. Contudo, conflitos havidos entre a União e particulares ou Administrações Públicas locais não podem ser solucionados pelo CGU. Além disso, em prestígio à solução imparcial e eficiente da disputa, não é recomendável que o expediente seja utilizado quando entidade administrativa independente ou empresa estatal seja parte da controvérsia.

O segundo sistema corresponde à arbitragem extraestatal, cuja disciplina geral é fornecida pela Lei nº 9.307/1996. Por tal método, só podem ser dirimidos conflitos acerca de direitos patrimoniais e disponíveis. Ademais, por pressupor partes juridicamente autônomas, a arbitragem privada também não é via adequada para a resolução de disputas entre órgãos componentes de uma mesma Administração Direta.

Aprofundar a discussão quanto aos métodos de solução de controvérsias endoestatais, tema ainda pouco explorado pela literatura, é fundamental para melhorar a articulação institucional da Administração Pública e possibilitar que disputas internas sejam dirimidas de modo eficaz e célere. Ainda que modestamente, espera-se ter contribuído para isso neste Capítulo.

CONCLUSÕES GERAIS

A incorporação da arbitragem às lindes da Administração Pública brasileira tem se dado por meio de um processo lento, acidentário e ainda inacabado.

Embora se reconheça amplamente as potencialidades do instituto e o Direito Administrativo contemporâneo se denote pela abertura a movimentos de consensualidade, tem faltado às arbitragens envolvendo entidades estatais um estatuto capaz de lhe prover respostas concretas e segurança jurídica.

Nem o legislador, nem a literatura nem a jurisprudência conseguiram, até o momento, fornecer balizas precisas e estáveis ao fenômeno. Na doutrina, há sensível contaminação ideológica do debate.

De um lado, por apego a dogmas obsoletos e sem lastro normativo, os administrativistas tradicionais tendem a reduzir o escopo ou mesmo a inviabilizar a aplicabilidade das arbitragens aos conflitos envolvendo a Administração. Do outro, arbitralistas costumam sustentar propostas apaixonadas e genéricas sobre o tema, que também ignoram o quadro legislativo da matéria e, com frequência, são vigorosamente objetadas pelos Tribunais.

Nas páginas precedentes, procurou-se examinar os principais aspectos do regime jurídico arbitral aplicável à Administração Pública e apresentar propostas para sanar os problemas e colmatar as lacunas identificadas. Em desfecho da exposição, sintetiza-se nas próximas laudas, de modo objetivo e sem a pretensão de esgotá-los, os principais pontos tratados nesta Dissertação:

- *Natureza jurídica da convenção arbitral celebrada pela Administração*

1. A convenção arbitral consiste num contrato, que além de autônomo em relação ao pacto principal, é de direito privado, ainda que celebrado pela Administração e mesmo que o pacto principal se submeta a regime jurídico de Direito Público.

2. A natureza de direito privado da convenção arbitral exclui a possibilidade de invocação de poderes unilaterais pela Administração Pública, previstos em leis gerais ou encartados nos manuais doutrinários. A regra aplicável às convenções é a da paridade jurídica e tal diretriz deve nortear também a interpretação de contradições ou omissões legislativas ou contratuais.

- *Admissibilidade da fixação de direitos e obrigações díspares entre as partes*

3. A fixação de direitos e obrigações díspares entre as partes deve ser desencorajada, porquanto incompatível com os valores fundamentais do instituto arbitral. No entanto, será preciso averiguar, caso a caso e sob a ótica da abusividade, quando a desigualação colidirá com os princípios da autonomia negocial, da isonomia e da paridade de armas – os dois últimos incidentes sobre as partes de quaisquer procedimentos jurisdicionais e expressamente invocados pela Lei nº 9.307.

4. A título de exemplo, parece inválido que a convenção arbitral conceda à Administração o poder de definir unilateralmente a composição total ou majoritária do painel arbitral. Por outro lado, até em atenção às limitações orçamentárias e burocráticas impostas à máquina estatal, não parece antijurídica cláusula arbitral que preveja que o particular deve adiantar as despesas arbitrais, desde que seja ressarcido, ao final, em caso de sucumbência administrativa.

5. Não se pode esquecer que a maior parte das convenções arbitrais com o Estado, são apresentadas aos particulares como anexo do edital de abertura de procedimentos licitatórios. Considerando essa sistemática estreiteza negocial, característica dos contratos com a Administração, é preciso analisar com cuidado redobrado disposições díspares. Assim, os operadores do Direito devem buscar resguardar a igualdade substantiva entre as partes, sobretudo no que diz respeito ao seu espaço de influência no conteúdo e no processo decisório da arbitragem. Contudo, devem ser toleradas, sob pena de inviabilização prática de muitos procedimentos, as discrepâncias de ordem burocrática, que não criem relações de preponderância de uma parte sob a outra.

- *Parâmetros para a opção pela arbitragem*

6. Embora constitua objeto de uma decisão discricionária do administrador público, a opção pela arbitragem deve ser justificada, estrategicamente orientada e considerar elementos objetivos. No campo dos contratos administrativos, propôs-se que a complexidade técnica, o vulto econômico, a longa duração, a necessidade de soluções céleres e a presença de elementos de estraneidade devam ser compreendidos como fatores indutores da convecção arbitral.

7. Também se fez referência, nessa parte, às diretrizes do *Administrative Dispute Resolution Act* (ADRA, §572), que recomendam a não adoção de métodos alternativos de resolução de conflitos quando: (1) for oportuno estabelecer precedente judicial a respeito do tema controvertido; (2) o objeto da controvérsia for relevante política de governo; (3) houver possibilidade de se criar disparidades em relação a outros casos individuais de idêntica natureza; (4) a matéria afetar significativamente pessoas ou organizações que não sejam partes da disputa; (5) for necessário produzir e conservar ampla documentação a respeito do conflito; (6) for recomendável que a decisão seja adotada pela própria entidade administrativa, a fim de preservar a sua autoridade.

- *Classificações relevantes.*

8. Um laudo arbitral é considerado estrangeiro quando tenha sido proferido fora do território nacional (Lei nº 9.307/96, art. 34, parágrafo único). *A contrario sensu*, considera-se nacional a sentença arbitral que houver sido prolatada em território brasileiro. A distinção é relevante, pois as sentenças arbitrais proferidas no Brasil são imediatamente executáveis perante o Poder Judiciário. Por outro lado, os laudos arbitrais estrangeiros, a exemplo das sentenças proferidas no exterior, devem ser homologados perante o Superior Tribunal de Justiça para que, só então, possam ser executados.

9. Considera-se internacional o procedimento arbitral que, por dizer respeito a uma operação comercial internacional, reúna elementos de estraneidade. A caracterização também é importante, pois em arbitragens internacionais a parte estatal não pode alegar embaraços do seu Direito interno para evadir-se do procedimento com o qual tenha previamente assentido.

- *O tratamento da matéria em ordenamentos estrangeiros e pelo Direito Internacional*

10. As teses que reduziam a arbitragem internacional a um componente de uma determinada ordem jurídica estatal perderam terreno em favor de abordagens *multilocalizadoras* – que consideram os ordenamentos de todos os países que entraram ou potencialmente entrarão em contato com a arbitragem – e, mais recentemente, de *teorias internacionalistas* – que sustentam que as arbitragens internacionais buscam fundamento em uma *ordem jurídica arbitral*, desvinculada de

ordenamentos estatais, seja o do país da sede, o da execução do contrato ou o da execução da sentença arbitral.

11. A análise empreendida demonstra que o regramento interno das arbitragens envolvendo a Administração Pública está convergindo para um consenso global. Não só a admissão e a regulamentação das arbitragens público-privadas em si estão se uniformizando, como se sustenta que este já consiste no principal *locus* para o desenvolvimento de uma *lex mercatoria publica*: um regramento supranacional, sem bases positivas imediatas, para as relações comerciais internacionais envolvendo entidades estatais.

12. Dos ordenamentos analisados, a melhor solução para a definição da arbitrabilidade objetiva parece ser a adotada pela Alemanha – que utiliza apenas o critério da patrimonialidade para tanto. Falar em "direitos disponíveis" ou em "direitos transacionáveis", expressões tão próprias do direito privado, na seara da Administração Pública implica problemas e dificuldades de difícil superação. *De lege ferenda*, portanto, seria oportuno reformar o dispositivo legal que delimita, no Brasil, o campo de arbitrabilidade objetiva em disputas com a Administração, para que se considere arbitrável qualquer controvérsia que ostente caráter patrimonial – observadas, talvez, determinadas exceções específicas previstas em Lei.

- *Arbitrabilidade subjetiva da Administração Pública*

13. A Lei nº 13.219/2015 dispôs claramente que tanto a Administração Indireta (autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista), quanto a Administração Direita podem se valer da arbitragem para a resolução de seus conflitos.

14. Apenas pessoas jurídicas em sentido estrito – de direito privado ou público – podem ser partes de processos judiciais ou arbitrais. Órgãos públicos despersonalizados não podem ser diretamente partes de arbitragens regidas pela Lei nº 9.307/1996. Sua representação em juízo, estatal ou arbitral, compete ao ente político ao qual sejam vinculados.

15. A participação em arbitragens de pessoas administrativas é matéria sujeita à competência legislativa comum, com o filtro da autonomia federativa. Embora os entes locais (Estados, Distrito-Federal e Municípios) não possam ampliar, por

exemplo, o escopo de arbitrabilidade objetiva traçado pela Lei Federal, no que estariam legislando sobre matéria cuja competência foi privativamente reservada à União pelo art. 22, I, da CRFB/88, é dado a eles dispor restritivamente a respeito da participação de seus componentes nos procedimentos arbitrais.

- *Competência para a celebração de convenções de arbitragens*

16. A definição das autoridades e órgãos com poderes para celebrar contratos, inclusive convenções arbitrais, é matéria sujeita à competência legislativa de cada ente federativo, até como corolário da autonomia administrativa e organizacional que as unidades da Federação devem gozar. Portanto, o critério adotado pela Lei nº 9.307/96, art. 1º, § 2º só se aplicaria à Administração Federal.

17. No âmbito da União o critério remeteria à decisão quanto à previsão ou não de cláusula arbitral ao Advogado-Geral da União (Lei nº 9.469/1997, art. 1º). No entanto, são diversos os órgãos da Administração Direta que celebram contratos e a regra indigitada acabaria por transferir, ao menos parcialmente, essa competência para os advogados públicos – o que, além de subverter a lógica do processo decisório administrativo, promove uma equivocada compreensão de que a decisão pela arbitragem seria puramente técnica. Além disso, a distribuição de competências entre os órgãos da Administração é matéria legislativa sujeita à iniciativa privativa do Presidente (CF/88, art. 61, §1º, II, b) e a Lei nº 13.129/2015 foi proposta por Senador da República.

18. Não poderia tal diploma, de iniciativa parlamentar, atribuir competências à Advocacia Pública para a celebração de contratos (*convenções arbitrais*) – muito menos quando isso implica a subtração de poderes de órgãos da Administração Direta, que, por definição, são hierarquicamente subordinados ao Chefe do Poder Executivo. A solução hermenêutica conforme a Constituição e consentânea à prática administrativa é reservar à Advocacia Pública o exame e a aprovação, sob a ótica da higidez jurídica, de editais e minutas contratuais e preservar a competência decisória da autoridade máxima de cada Poder, Órgão Autônomo, Ministério, empresa estatal, fundação, autarquia ou consórcio, ou ainda a eventual agente delegatário, no exercício de intransferível margem de discricionariedade, quanto ao firmamento ou não de convenção arbitral.

- *Peculiaridades do regime jurídico arbitral das empresas estatais*

19. Deve haver uma aproximação íntima do regime arbitral das empresas estatais, entidades que embora pertencentes à Administração Pública possuem natureza jurídica e se sujeitam a um regime contratual de direito privado (Lei nº 13.303/2016, arts. 68 e 72), àquele aplicável a particulares.

20. Essa aproximação, por diretriz constitucional (CRFB/88, art. 173, § 1º, II), precisa ser ainda mais intensa no caso das sociedades de economia mista ou empresas públicas que concorram com a iniciativa privada.

21. Restrições à arbitrabilidade objetiva, à sede, à língua e aos critérios utilizados pelos árbitros podem criar obstáculos significativos à exploração da atividade visada pela empresa pública ou sociedade de economia mista, necessária à promoção de "imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo". Cláusulas arbitrais, alinhadas aos padrões internacionais do setor econômico, costumam ser exigidas em contratos comerciais ou de financiamento, especialmente entre partes de nacionalidades distintas e criar embaraços ao uso da arbitragem por estatais concorrentes é impedir a consecução eficiente de seus objetivos constitucionais e legais.

22. Vislumbra-se um maior distanciamento do regime jurídico arbitral privado apenas no caso das empresas estatais prestadoras de serviço público, diante da orientação jurisprudencial prevalente e sobretudo no que tenha a ver mais diretamente com o serviço público prestado.

- *Arbitrabilidade objetiva nos conflitos com a Administração: o critério legal*

23. O legislador decidiu traçar o escopo de arbitrabilidade objetiva dos conflitos envolvendo a Administração com base em categorias imprecisas e impróprias ao Direito Público – que têm gerado inúmeras dúvidas e mesmo uma nociva metalitigiosidade judicial quanto ao que se pode ou não ser dirimido em instância arbitral. Diz o art. 1º, §1º, da Lei nº 9.307/96: "A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a *direitos patrimoniais disponíveis*". Pela dicção legal, portanto, o direito objeto da controvérsia havida entre as partes deve ser, *cumulativamente*, patrimonial e disponível, para que o conflito possa ser resolvido em sede arbitral.

- *O que se deve entender por direitos patrimoniais?*

24. A natureza patrimonial de um direito não se afirma apenas na hipótese de o seu conteúdo se expressar imediatamente em pecúnia. Um direito também deve ser considerado patrimonial caso o seu inadimplemento possa ser reparado, compensado ou neutralizado por medidas com conteúdo econômico.

25. No campo dos contratos celebrados pela Administração Pública, sejam eles de direito privado ou submetidos a regime jurídico administrativo, a presunção é de que todos os interesses e direitos lá dispostos ostentem caráter patrimonial – eis que a dimensão econômica é da própria essência de qualquer contrato.

26. Ao se analisar a arbitrabilidade de direitos derivados, deve-se ter em vista que a natureza do primeiro não determina a do segundo. Assim, os reflexos patrimoniais e disponíveis de direitos extrapatrimoniais ou mesmo indisponíveis poderão ser apreciados em sede arbitral.

- *O que são direitos disponíveis em relações jurídicas com a Administração?*

27. Na gramática civilista, distante da dinâmica administrativa, o adjetivo "disponível" qualifica direitos que podem ser, a qualquer tempo e a despeito de justificações vinculadas, transferidos, onerosa ou gratuitamente, a terceiros pelo seu titular.

28. A alegada existência, no campo do Direito Administrativo, do princípio da indisponibilidade do interesse público só exaspera o nó dogmático que embaraça o tratamento da matéria. Permite um *jogo de palavras impróprio* e, com base nele, alguns autores sustentam que todos os direitos e interesses incumbidos à Administração seriam *indisponíveis* e, assim, insuscetíveis de arbitragem.

29. No entanto, o fato de ser vedado ao agente público simplesmente renunciar a direitos titularizados pela Administração não impede que os litígios administrativos possam ser submetidos ao processo arbitral, objeto de acordos entre as partes ou mesmo prevenidos unilateralmente, por meio do cumprimento espontâneo de obrigações. Na síntese de Eros Grau, a Administração pode "dispor de direitos patrimoniais, sem que com isso se esteja a dispor do interesse público, porque a realização deste último é alcançada mediante a disposição daqueles".

- *Os subcritérios propostos pela literatura*

30. Diante da imprecisão do parâmetro legal, diversos subcritérios foram propostos com vistas a melhor definir o plexo de matérias suscetíveis de apreciação em foros arbitrais. O primeiro deles se baseia na dicotomia entre interesses públicos e privados, que remonta à doutrina de Alessi. A arbitragem só seria admissível quando versasse acerca de interesses públicos secundários: os interesses patrimoniais da máquina estatal.

31. Essa proposta acaba por equiparar os interesses públicos secundários aos interesses públicos disponíveis, de que trata a Lei 9.307/96. Esquece-se, no entanto, que no Direito Administrativo os interesses públicos secundários também são indisponíveis, na acepção do Direito Privado. Não pode a Administração simplesmente abrir mão de seus bens, ainda que não afetados a qualquer serviço público, ou doar livremente as suas receitas.

32. Se a distinção entre interesse público primário e secundário já parece anacrônica e imprecisa, dada a relação de imanente instrumentalidade entre eles, a sua impropriedade para determinar quais controvérsias podem ou não ser arbitradas parece ainda mais clara: a indisponibilidade, na significação mais adequada do termo para o direito administrativo, atinge tanto interesses públicos primários quanto secundários.

33. Outros autores buscam definir a arbitrabilidade de contendas com a Administração Pública com base na diferenciação entre atos de império e atos de gestão. Embora a distinção entre atos de império e de gestão tenha alguma utilidade, por distinguir os atos tipicamente estatais, dotados de intensa carga política, a sua utilização como critério para a aferição da arbitrabilidade de um conflito levaria a resultados imprecisos e inadequados.

34. Além das dificuldades práticas na sua aplicação, que motivaram o seu progressivo abandono em vários ramos do Direito, a dicotomia poderia abrir amplo flanco para a Administração burlar o compromisso arbitral ao praticar, de modo unilateral, sob a forma de atos de império, atos que repercutam sobre o contrato celebrado com particular.

35. Parcela da literatura opta por considerar arbitráveis, no contexto da Administração, apenas os direitos que sejam suscetíveis de transação. Como foi visto, no entanto, tais institutos não se confundem: ao se firmar um compromisso arbitral não se está

renunciando, nem mesmo parcialmente, ao direito material controvertido. O objeto da disposição é apenas o direito processual de recorrer ao Poder Judiciário para a tutela de determinadas posições jurídicas. A transação é modalidade de autocomposição de conflitos de natureza contratual, calcada em concessões recíprocas. Ela se difere, essencialmente, das arbitragens, forma jurisdicional de heterocomposição de litígios, e não há base legal para equiparar o raio de alcance de uma ao da outra.

36. O processualista Eduardo Talamini demarca o campo de arbitrabilidade objetiva do Direito Administrativo pela possibilidade de exclusão da apreciação judicial: tudo o que não tiver de ser necessariamente resolvido, por força de Lei, pelo Poder Judiciário poderia sê-lo por arbitragem. Embora bem construída e de fácil operacionalidade, a proposta não parece guardar aderência ao disposto na Lei nº 9.307 – que abre a via arbitral para a resolução de "conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis". O critério legal não foi o da disponibilidade da "pretensão de tutela judicial". A fórmula divulgada por Talamini serve, na verdade, para excluir; não para incluir. Independentemente da disponibilidade e da patrimonialidade dos direitos controvertidos, se a disputa houver sido reservada pelo legislador à jurisdição estatal ela não será suscetível de arbitragem. Trata-se de um limite implícito à arbitrabilidade objetiva.

37. Finalmente, parte da literatura sustenta – e esta parece ser a melhor solução – que os direitos disponíveis da Administração devam ser entendidos como aqueles passíveis de contratualização. Sempre que a Administração puder firmar um negócio jurídico sobre determinado direito, os conflitos a ele referentes poderão ser resolvidos por arbitragem. O problema está em como operar, concretamente, o critério que se enunciara.

- *Proposta de operacionalização do critério da contratualidade.*

38. O manejo do critério da contratualidade deve ser empreendido sem dogmas ou recursos a outras dicotomias obsoletas; é dizer: deve-se pesquisar, empírica e concretamente, se a controvérsia poderia ou não, ante o direito positivo e a jurisprudência dominante, ser objeto de ajuste volitivo entre a Administração Pública e o administrado.

39. Não podem ser desprezadas, nesse sentido, as repercussões das recentes alterações da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) sobre o sistema arbitral envolvendo a Administração Pública. O artigo 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, incluído pela Lei nº 13.655/2018, promove a incorporação ao ordenamento pátrio de um claro permissivo geral à consensualidade administrativa. O espaço de arbitrabilidade dos conflitos havidos com a Administração deve, como regra, corresponder ao espaço de consensualidade administrativa admitido pelo ordenamento. A dilatação de um, portanto, deve levar, *pari passu*, à ampliação do outro; ressalvando-se apenas as disposições especiais em sentido contrário.

- Q*uestões prévias: os limites quanto à cognoscibilidade e quanto aos provimentos arbitrais*

40. A análise da arbitrabilidade objetiva deve recair sobre os pedidos formulados na ação; sobre as pretensões jurídicas visadas pelas partes. A arbitrabilidade deve limitar, portanto, o espectro dos provimentos, de cunho decisório, que podem ser adotados pelos árbitros e não o objeto da cognição arbitral, isto é, o leque de assuntos que podem ser debatidos e apreciados na fundamentação das sentenças.

41. Não se deve discutir a arbitrabilidade de causas de pedir (remotas ou próximas); mas dos pedidos requeridos por uma parte em face da outra. Os árbitros também podem apreciar questões prévias para as quais não seriam competentes a título de questão principal, desde que isso seja imprescindível para a composição do conflito arbitrável a eles submetido. No entanto, a conclusão arbitral, naquela primeira parte, não tem força decisória nem, muito menos, produz eficácia de coisa julgada. Desse modo, a compreensão dos árbitros quanto à questão prévia poderia ser revolvida pelo Poder Judiciário, pelas vias cabíveis: ação de nulidade, impugnação na fase de cumprimento de sentença ou propositura de ação própria para solucionar, como principal, a questão prévia enfrentada pelos árbitros.

42. Assim, tocam aos árbitros poderes decisórios sobre as repercussões patrimoniais de atos e fatos indisponíveis; prevenindo-se, contudo, a ingerência arbitral em face dos aspectos substantivos e extraeconômicos de tais atos e fatos, muitas vezes associados à *puissance publique* do Estado. Ou seja, em sede arbitral, pode a parte buscar se imunizar das consequências pecuniárias de ato inarbitrável da Administração Pública, mas não o desconstituir *in se*.

- *Incidências concretas do critério de arbitrabilidade objetiva proposto*

43. No campo das licitações, o leque de arbitrabilidade é praticamente ocluso. A dinâmica licitatória gravita ao redor de atos administrativos, disciplinados por estatutos legais, unilateralmente adotados pela Administração e, no geral, desprovidos de destinatários específicos. Em muitas etapas, ademais, os atos licitatórios não ostentam conteúdo patrimonial: é o caso da maior parte dos atos praticados durante a fase interna e dos atos que habilitam ou não os concorrentes.

44. Após formalizado o contrato, a lógica se inverte; passa a ser a da ampla arbitrabilidade das disputas entre as partes – desde que se tenha pactuado cláusula arbitral ou se firme posterior compromisso de tal natureza. A regra geral é essa, pois toda relação contratual, ainda que administrativa, tem na disponibilidade e na patrimonialidade pressupostos típicos.

45. Em relação às cláusulas exorbitantes, entende-se que o particular contratado não poderá propor arbitragem com vistas a invalidar a decisão unilateral da Administração Pública que põe termo ou altera os quantitativos contratados. No entanto, é possível buscar, perante os árbitros, reparar ou impedir que o ato unilateral da Administração contratante o afete negativamente, sob o prisma patrimonial. Dada a natureza do instituto arbitral e das dinâmicas contratuais a ele associadas, cabe anotar que os pleitos desconstitutivos podem ser adequadamente substituídos, em termos de resultado prático, por pedidos condenatórios de índole pecuniária.

46. Não se vislumbra a arbitrabilidade dos atos de polícia albergados nos ciclos de ordem, de fiscalização e de consentimento do poder de polícia. Nesses ciclos, em geral são praticados atos genéricos e abstratos; sem conteúdo patrimonial ou incontratualizáveis. Além disso, voltando-se os olhos para a prática administrativa, é difícil imaginar a celebração de cláusulas ou compromissos arbitrais nesse flanco do Direito Administrativo: estatutário e, como regra, indistintamente dirigido à coletividade

47. No campo das sanções administrativas, particularmente naquelas aplicadas a particulares contratados, há abertura para a composição arbitral de conflitos. Isso porque não parece haver sentido em se admitir, legislativa e jurisprudencialmente, que a Administração substitua, mitigue ou deixe mesmo de aplicar sanções a

particulares, por meio de acordos bilaterais, e se negar a possibilidade de que, também por acordo de vontades, se delegue a composição do conflito à órgão arbitral.

48. Mas não se pode arbitrar toda e qualquer sanção. A título de questão principal, apenas as reprimendas com conteúdo econômico podem ser revolvidas em sede de arbitragem. Tomando o rol de penalidades do art. 87 da Lei nº 8.666 como objeto de análise, defendeu-se a arbitrabilidade de multas impostas pela Administração ao particular contratado, mas reputou-se incabível que se decida em foro arbitral acerca da validade de atos administrativos que suspendam a participação do particular em licitações ou declarem-no inidôneos.

49. Em seguida, os pleitos de responsabilidade civil do Estado foram caracterizados como exemplos induvidosos de pretensões patrimoniais e disponíveis, porquanto passíveis de contratualização, e, portanto, amplamente arbitráveis. Aliás, as pretensões indenizatórias costumam ser oponíveis ao Estado por particulares, que podem até mesmo, pura e simplesmente, renunciar delas. Destacou-se, ainda, que a arbitragem pode ser utilizada tanto para pedidos de responsabilidade civil contratual quanto extracontratual. No primeiro caso, a opção pela arbitragem pode ser feita no bojo de cláusula arbitral constante da avença respectiva. Reiterou-se que a presença de questões prévias impassíveis de serem apreciadas, como principais, pelos árbitros não inviabiliza os procedimentos acerca de pleitos indenizatórios. Ou seja: ainda que o pedido de compensação patrimonial se fie na inconstitucionalidade de lei ou na invalidade de ato inarbitrável, poderá ser apreciado pelos árbitros.

50. A arbitragem relativa a conflitos com servidores públicos estatutários não parece ter lugar. A uma, porque os direitos abrangidos por tais relações derivam da Constituição ou da Lei e não podem ser contratualmente dispostos pelas partes, menos ainda em bases individuais. A duas, porque, em diversos pontos, a legislação prevê a exclusividade da via judicial para processar pleitos de servidores estatutários.

51. As arbitragens, no entanto, parecem viáveis no que toca às disputas entre empregados públicos e as entidades administrativas empregadoras, especialmente quando os empregados consistirem em colaboradores bem remunerados e ocupantes de funções gerenciais ou diretivas, como é o caso emblemático dos Diretores de empresas estatais. Anotou-se, nessa altura, que a Reforma Trabalhista introduziu na Consolidação das Leis do Trabalho permissivo para a pactuação de cláusulas

compromissórias em contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social (CLT, art. 507-A).

52. Logo após, apontou-se que a arbitragem, de fato, não parece constituir via adequada para obter a invalidação, em tese e com efeitos *erga omnes*, de atos normativos ou regulatórios editados pela Administração Pública. No entanto, no bojo de uma relação contratual ou por força da celebração de um compromisso arbitral, poderão os árbitros sindicarem, como questão prejudicial à resolução de um conflito patrimonial, a validade dos atos normativos e regulatórios incidentes sobre a demanda.

- *O papel das leis setoriais, decretos regulamentares e cláusulas compromissórias na definição da arbitrabilidade objetiva.*

53. Como se reconhece amplamente, a Lei nº 9.307/1996 consagrou um critério de arbitrabilidade objetiva falho. Esse critério pode (i) tanto ser derrogado por leis federais setoriais; (ii) quanto densificado por leis locais, decretos regulamentares ou pela própria convenção arbitral; (iii) bem como constrito por qualquer dos expedientes normativos citados.

54. À luz do cenário de metalitigiosidade propiciado pela indefinição quanto ao espectro de matérias arbitráveis, é mesmo recomendável que se estabeleça, via legislação setorial, decretos regulamentares ou no próprio contrato, da forma mais específica quanto possível, quais matérias deverão ser decididas pelo tribunal arbitral.

- *O Princípio da Kompetenz-Kompetenz e a sua aplicabilidade às arbitragens.*

55. Todo órgão jurisdicional recebe, ao ser provocado, o poder implícito de ser o primeiro avaliador da sua competência para a apreciação do conflito que lhe fora submetido. Na dicção alemã, esse é o conteúdo jurídico prevalente do princípio da *Kompetenz-Kompetenz*. Como os árbitros exercem, por convenção das partes, poderes jurisdicionais, tal diretriz é a eles aplicável.

56. Assim, embora a existência, a validade e a eficácia da convenção arbitral devam condicionar a regularidade da instituição e das decisões adotadas pelo tribunal arbitral, não pode o Poder Judiciário, ainda que se provocado por uma das partes, sindicá-las antes de o tribunal arbitrar fazê-lo.

- *Outros parâmetros para a sindicabilidade judicial da arbitrabilidade objetiva.*

57. Ao sindicar a validade de sentenças arbitrais na perspectiva da arbitrabilidade dos conflitos dirimidos, os juízes estatais devem prestar deferência às disposições expressas, em sede normativa ou contratual, que indiquem a submissão de um conflito específico ao foro arbitral.

58. Ao identificar vícios graves de inarbitrabilidade, os magistrados devem também buscar preservar os capítulos das sentenças arbitrais que digam respeito a conflitos patrimoniais e disponíveis. Não é inusual que arbitragens, assim como processos judiciais, abranjam múltiplas pretensões. Sempre que for possível, deve-se isolar e invalidar apenas os capítulos das sentenças arbitrais que digam respeito a matérias insuscetíveis de apreciação arbitral.

59. Ademais, a legitimidade ativa para impugnar sentenças arbitrais que repercutam sobre a esfera jurídica da Administração Pública deve ser interpretada de modo ampliativo. Embora o art. 33 da Lei nº 9.307/96 mencione apenas que "a parte interessada" pode fazê-lo, parece razoável entender que terceiros prejudicados e especialmente o Ministério Público detêm legitimidade para propor ação com fito de decretar a nulidade de sentença arbitral eivada de defeitos jurídicos, dentre os quais estão mesmo o comprometimento ético dos árbitros e o conluio das partes para o desvirtuamento do procedimento e evasão de obrigações legais.

- *O cumprimento espontâneo de sentenças arbitrais desfavoráveis à Administração.*

60. A arbitragem é mecanismo inaugurado, pautado e vocacionado a estimular consensos. A via arbitral só se abre por convenção das partes, costuma ser precedida por etapas de conciliação ou mediação e, durante e mesmo após o procedimento, é presidida pelo que as partes conjuntamente disponham. Tudo a incentivar a resolução amigável da disputa, a lealdade e a cooperação processual.

61. Além disso, no campo da Administração, a arbitragem costuma ser adotada em projetos de grande lastro financeiro e longa duração, como concessões e parcerias público-privadas. Nesses casos, a manutenção de uma relação saudável e de confiança entre as partes tende a ser vital para o sucesso dos empreendimentos e, muitas vezes, os pagamentos determinados pela sentença arbitral são indispensáveis para a continuidade das atividades contratadas.

62. Assim, o cumprimento espontâneo de condenações arbitrais da Fazenda Pública pode ser do mais genuíno interesse público e o sistema de precatórios, pela dicção constitucional, só é incontornável para os pagamentos devidos pela Fazenda "em virtude de sentença judiciária" (CRFB/88, art. 100).

- *A execução de sentenças arbitrais via precatório e possíveis alternativas ao regime*

63. O cumprimento espontâneo da sentença arbitral, por evidente, consiste em faculdade da Fazenda Pública (aliás, de qualquer condenado em sede de arbitragem). Caso ela não o faça, o credor deverá mover processo executivo para que o título arbitral firmado seja judicialmente satisfeito. E aí, salvo previsão especial em sentido contrário, em sede legal ou contratual, a execução deverá ser processada pela sistemática dos precatórios.

64. Para escapar dela, sem contar com a *boa-vontade administrativa* no futuro, e isso talvez seja fundamental para a atração de investidores (sobretudo internacionais), é preciso agir previamente. Em contratos estratégicos, a constituição de fundos garantidores, a contratação de fiança-bancária ou a prestação de garantias reais, de parte a parte, pode ser uma alternativa eficaz à sistemática dos precatórios. Bastaria prever, em sede negocial ou normativa, que eventuais condenações arbitrais poderiam ser descontadas das garantias prestadas.

65. Não se processa por precatório, vale registrar, a execução de dívidas judiciais ou arbitrais de conselhos profissionais e de pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública Indireta (exceto as prestadoras de serviços públicos em regime de monopólio). A essas entidades, é aplicável o regime de execução ordinário, que recai sobre os particulares.

- *Execuções internacionais*

66. As sentenças arbitrais proferidas fora do território nacional precisam, para se tornarem exequíveis no Brasil, ser homologadas perante o STJ. Sublinhou-se, ainda, que caso diploma especial vede a realização de arbitragem no exterior e essa regra seja descumprida, o vício não nulificará as decisões proferidas em arbitragens internacionais, mas o fará em relação a arbitragens internas.

67. Em relação à execução de sentenças arbitrais desfavoráveis a entidades administrativas brasileiras no exterior, parece relevante pontuar que a imunidade de jurisdição não pode ser invocada para obstar ou anular arbitragens com as quais a Administração brasileira tenha previamente anuído. Isso porque o compromisso arbitral traria uma renúncia implícita à imunidade cognitiva que, a rigor, sequer existiria *a priori* – uma vez que as arbitragens, embora possuam caráter jurisdicional, são procedimentos desvinculados de qualquer pessoa estatal.

68. As restrições são maiores em relação à possibilidade de execução forçosa, no exterior, de sentenças arbitrais desfavoráveis à Administração brasileira. Apenas no caso das empresas estatais, especialmente as subsidiárias constituídas no estrangeiro, entendeu-se não haver imunidade.

69. Quanto às demais entidades, a satisfação da sentença condenatória no exterior depende do seu adimplemento voluntário ou de o Estado-estrangeiro ter renunciado à imunidade de execução e constituído fundo garantidor ou prestado garantias reais (em relação a imóveis dominicais situados no território do Estado-juiz). Minoritariamente, há quem sustente que a execução pode recair, independentemente do assentimento do Estado estrangeiro, sobre qualquer bem situado no território do Estado-juiz que não esteja afetado ao exercício de atividade diplomática ou consular.

- *Conflitos e arbitragens intra-administrativas*

70. A Administração Pública contemporânea – complexa, policêntrica, multiorganizativa - deve investir em articulação, coordenação e supervisão institucional, com vistas a prevenir conflitos entre os seus órgãos e entidades. Uma vez instaurados, contudo, deve-se buscar preferencialmente mecanismos extrajudiciais e consensuais para resolvê-los.

71. Como apontado, existem dois sistemas arbitrais, em sentido lato, para a resolução de disputas intra-administrativas. O primeiro deles, especial, é conduzido privativamente pelo Consultor-Geral da União, após esgotadas as tentativas de conciliação perante a CCAF. A ele, não se aplica as restrições objetivas à arbitrabilidade previstas na Lei nº 9.307/1996.

72. Contudo, conflitos havidos entre a União e particulares ou Administrações Públicas locais não podem ser solucionados pelo CGU. Além disso, em prestígio à solução

imparcial e eficiente da disputa, não é recomendável que o expediente seja utilizado quando entidade administrativa independente ou empresa estatal seja parte da controvérsia.

73. O segundo sistema corresponde à arbitragem extraestatal, cuja disciplina geral é fornecida pela Lei nº 9.307/1996. Por tal método, só podem ser dirimidos conflitos acerca de direitos patrimoniais e disponíveis. Ademais, por pressupor partes juridicamente autônomas, a arbitragem privada também não é via adequada para a resolução de disputas entre órgãos componentes de uma mesma Administração Direta.

REFERÊNCIAS

ABBUD, André De Albuquerque Cavalcanti. *Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras*. São Paulo: Atlas, 2008.

ABREU, José. *O Negócio Jurídico e sua Teoria Geral*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

ACCIOLY, João Pedro. A Competência Subsidiária dos Tribunais de Contas para a Sustação de Contratos Públicos Antijurídicos. *Revista dos Tribunais*, *v.* 975, p. 101-132, 2017.

ACCIOLY, João Pedro. *Improbidade Administrativa e Proibição de Contratar com o Poder Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

AFFONSO, Andressa Kellen Lauriano Lucio. *Autocomposição de Conflitos na Administração Pública: um estudo sobre a atuação da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal*. Universidade de Brasília – UNB, Trabalho de Conclusão de Curso, 2016. Disponível: <bdm.unb.br/bitstream/10483/14763/1/2016_AndressaKellenLaurianoLucioAffonso_tcc.pdf>

ALESSI, Renato. *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*. Milano: Dott. Antonio Giufrè Editore, 1953.

ALFONSO, Luciano Parejo. Los actos administrativos consensuales. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional A & C*, Belo Horizonte, v. 13, 2003.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. Mecanismos de consenso no direito administrativo. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ARAGÃO, Alexandre Santos de (Org.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Vol. I. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Tratado Geral da Arbitragem*. Belo Horizonte: Mandamento, 2005.

AMARAL, Paulo Osternack. *Arbitragem e Administração Pública*: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

AMARAL, Paulo Osternack. Vantagens, Desvantagens e Peculiaridades da Arbitragem Envolvendo o Poder Público. In: *Arbitragem e Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2010.

ANDRADE, José Robin de. Arbitragem e contratos públicos. In: GONÇALVES, Pedro (org.). *Estudos de contratação pública*. Coimbra: Coimbra Editora, vol. I, p. 943-966, 2008.

ANDREWS, Neil. Mediação e arbitragem na Inglaterra. *Revista de Processo*, vol. 211. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 281-302, 2012.

ANJOS, Maria do Rosário. Reenvio prejudicial por tribunal arbitral tributário e imposto de selo sobre aumentos de capital. Comentário ao Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 12 de junho de 2014 «Acórdão Ascendi». *Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona do Porto*, v. 5, n. 5, 2015. Disponível em: <http://revistas.ulusofona.pt/index.php/rfdulp/article/view/4981>.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A Arbitragem no Direito Administrativo. *Revista da AGU*, v. 16, n. 03, p.19-58, jul./set. 2017.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. *Revista de Direito Administrativo*, v. 236, p. 51-64, 2004.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais*: O Regime Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O atual estágio da regulação estatal no Brasil. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Direito Administrativo*: transformações e tendências. São Paulo: Almedina, 2014.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O contrato de concessão de exploração de petróleo e gás. *Revista do Direito da Energia*, v. 5, p. 37-78, 2007.

ARAÚJO NETO, Pedro Irineu de Moura. A confidencialidade do procedimento arbitral e o princípio da publicidade. *Revista de Informação Legislativa*, ano 53, nº 212, pp. 139-154. 2016.

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding Regulation*: Theory, Strategy and Practice. 2ª ed. New York: Oxford University Press, 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Contrato Administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari (Orgs.). *Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Adminstrativo*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 89, p. 8-33, jul. 1967.

BAPTISTA, Patrícia Ferreira. A inarbitrabilidade objetiva do conflito entre Petrobras e a ANP. Parecer concedido à Agência Nacional do Petróleo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 275, p. 151-318, ago. 2017. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/71654>.

BAPTISTA, Patrícia. Parâmetros para a arbitrabilidade objetiva de conflitos envolvendo a Administração Pública: inadequação do conceito de 'direito patrimonial disponível' e inarbitrabilidade da matéria regulatória. In: *XLIV Congresso Nacional de Procuradores de Estado e do Distrito Federal*, 2018 Bahia. Teses admitidas ao XLIV Congresso Nacional de Procuradores de Estado e do DF, 2018.

BAPTISTA, Patrícia. Regime jurídico dos bens públicos: perspectiva civilista, funcionalização e outros temas. In: *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (Coordenadores do Tomo). 1. edição. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/45/edicao-1/regime-juridico-dos-bens-publicos:-perspectiva-civilista,-funcionalizacao-e-outros-temas>. Acesso em 12.12.2017.

BAQUER, Lorenzo Martín-Retortillo. Organismos Autónomos y Derechos Fundamentales. In: *Administración Instrumental – Libro Homenaje a Manuel Clavero Arevalo*. Madrid: Ed. Civitas, 1994.

BARAK-EREZ, Daphne. Institutional Aspects of Comparative Law. *Columbia Journal of European Law*, vol. 15, 2009.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "SOS para o Mandado de Injunção". *Jornal do Brasil*, de 11.09.1990, 1º caderno, p. 11.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Questões Prejudiciais e Preliminares. In: *Direito Processual Civil – Ensaios e Pareceres*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971.

BARCELLOS, Ana Paula de. Acesso à informação, os princípios da Lei n 12527/2011. *Quaestio Juris*, v. 8, n. 3, 2015. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/18818/14137>. Acesso em: 17/10/2018.

BARROS, Vera Cecilia Monteiro de. *Homologação para o reconhecimento ou execução da sentença arbitral estrangeira no Brasil: exceção de ofensa à ordem pública*. 2013. Dissertação de Mestrado em Direito Internacional - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, USP, 2013. Disponível eletronicamente em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-09082017-104514/>. Acesso em: 12/12/2017.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. *Revista Forense*, v. 358, 2001.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações Administrativas*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BELANDRO, Ruben Santos. *Seis Lecciones sobre el Arbitraje Privado (interno e internacional)*. Montevideo: Asociacion de Escribanos del uruguay, 2002.

BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de Arbitragem Nos Tempos da Lei nº 9.307/96*. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem*: nos termos da Lei nº 9.307/96. São Paulo: Atlas, 2014.

BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição*: para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BERNADES, Edson Garcia. *Administração contratual e claim*. Instituto Brasileiro de Avaliações e Perícias de Engenharia de Minas Gerais. Disponível em: <http://ibape-mg.com.br>. Acesso em: 09 fev. 2017.

BINENBOJM, Gustavo. Arbitragem em ambientes regulados e sua relação com as competências das agências reguladoras. In: Adilson Rodrigues Pires; Alexandre Freitas Câmara; Thaís Boia Marçal. (Org.). *Estudos de Direito Administrativo em homenagem ao Professor Jessé Torres Pereira Junior*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, v. 1, p. 207-228.

BINENBOJM, Gustavo. Arbitragem em ambientes regulados e sua relação com as competências das agências reguladoras. In: *Estudos de direito público*: artigos e pareceres, Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BLUNDELL, John; ROBINSON, Colin. *Regulação sem o Estado*. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BOQUIMPANI, Bruno. *A autorregulação: delineamento de um modelo policêntrico de regulação jurídica*. Dissertação de mestrado em Direito Público. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2010.

BORGES, Alice González. Considerações sobre o futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. *JAM - Jurídica*. Ano XV, n. 4, 2010.

BORN, Gary B. Overview of International Commercial Arbitration in International Commercial Arbitration. 2nd edition, *Kluwer Law International*: 2014.

BRONZO, Carla. Intersetorialidade como princípio e prática nas políticas públicas: reflexões a partir do tema do enfrentamento da pobreza. In: *Anais do Congresso do Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo – CLAD*. Santo Doming: Venezuela, 2007.

CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CAETANO, Marcelo. *Princípios fundamentais de direito administrativo*, Rio de Janeiro: Forense, 1977.

CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem*. 2ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem*. 3. ed., São Paulo: RT, 2013.

CAIVANO, Roque. *Arbitraje*. 2. Ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2008.

CALAMANDREI, Piero. *Contributo alla dottrina dell'arbitraggio necessario nel diritto pubblico*. Tomo I. Roma: Giur, 1924.

CALMON, Eliana. A Arbitragem Internacional. *Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva*, v. 16, n. 1, p. 11-18, 2004. Disponível eletronicamente em: <www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/informativo/article/viewFile/44/39>. Acesso em 12/07/2017.

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

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ª Ed. Lisboa: Almedina, 1992.

CAPPELLETI, Mauro. Os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Quadro do Movimento Universal de Acesso à Justiça. *Revista de Processo*, nº 74, ano 19, abril-junho de 1994.

CARMONA, Carlos Alberto. *A Arbitragem no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e jurisdição*. Revista de Processo, v. 58, p. 33-40, 1990.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um Comentário à Lei nº 9.307/96*. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

CARNELUTTI, Francesco. La transazione è un contratto?. *Riv. Dir. Proc*. 1953.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del diritto processuale civile*. Vol. I e II. Padova: Ed. Padova, 1938.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Ed. Lejus, 1999, p. 108.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CASADO FILHO, Napoleão. *Arbitragem e Acesso à Justiça*: o novo paradigma do third party funding. São Paulo: Saraiva, 2017.

CASELLA, Paulo Borba. Arbitragem internacional e boa-fé das partes contratantes: cláusula compromissória em contrato internacional. *Revista dos Tribunais*, v. 80, p. 239-241, 1991.

CASELLA, Paulo Borba; ACCIOLY, Hidelbrando. *Manual de Direito Internacional Público*. 22. ed. Saraiva, 2016.

CASELLA, Paulo Borba; GRUENBAUM, Daniel. O problema da eficácia extraterritorial do laudo arbitral estrangeiro. In: *Arbitragem e desenvolvimento*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 61-108.

CASSESE, Sabino. Arbitrato e diritto comune della pubblica amministrazione. *Giornale di diritto amministrativo*, 1996, 523.

CASSESE, Sabino. L'arbitrato nel diritto amministrativo. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*. Milão: Giuffrè, vol. 2, p. 311-327, 1996.

CASSESE, Sabino. *Le Basi del Diritto Administrativo*. 6ª ed. Milão: Ed. Garzanti, 2000.

CASSESE, Sabino. New paths for administrative law: a manifesto. International Journal of Constitutional Law. Vol. 10 (3): 603-613. New York: NYU School of Law, 2012, Disponível em: <https://academic.oup.com/icon/article/10/3/603/673508/New-paths-for-administrative-law-A-manifesto>. Acesso em: 27/07/2017.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CAZEAUX, Pedro; REPRESAS, Félix. *Derecho de las Obligaciones*. 3. Ed. La Plata: LEP, 1991.

CHEVALLIER, Jacques. Les Fondements Ideologiques du Droit Administratif Français. In: *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt general*. Paris: PUF, 1979

CHEVALLIER, Jacques. L'état régulateur. *Revue française d'administration publique*, p. 473-482, 2004. Disponível em: <https://www.cairn.info/revue-francaise-d-administration-publique-2004-3.htm-page-473.htm>.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 2ª ed. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965.

CIFUENTES, Santos. *Código Civil Comentado y Anotado*. 2. Ed. Tomo II. Buenos Aires: La Ley, 2008.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Il 'giusto processo' civile nella dimensione comparatistica. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 108, p. 133-183, 2002.

CORSINI, Marco. L'arbitrato. In: SANDULLI, Maria Alessandra; DE NICTOLIS, Rosanna; GAROFOLI, Roberto. *Trattato sui contratti pubblici*. Vol. II. Milão: Giuffré, 2008.

COSTA, Almeida. *Direito das obrigações*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1984.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A Causa Petendi no Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CYRINO, André Rodrigues. Regulações expropriatórias: apontamentos para uma teoria. *Revista de Direito Administrativo*, v. 267, p. 199/235, 2014.

DALLARI, Adilson Abreu. Acordo para recebimento de crédito perante a Fazenda Pública. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 239, 2005, p. 177/192.

DALLARI, Adilson Abreu. Arbitragem na concessão de serviço público. *Revista trimestral de direito público*. São Paulo: Malheiros, vol. 13, p. 5-10, 1996.

DALLARI, Dalmo de Abreu. A tradição da Arbitragem e sua Valorização Contemporânea. In: PUCCI, Adriana Noemi (Coord.). *Aspectos atuais da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DE LUCA, Giovanni Battista. *La disciplina arbitrale nei contratti pubblici*. Tese de Doutorado em Direito da Arbitragem Interna e Internacional. Libera Università Internazionale degli Studi Sociali. Orientadora: Roberta Tiscini. Roma, 2013. Disponível em: <http://eprints.luiss.it/1196/1/20130306-de-luca.pdf>. Acesso em 12/07/2017.

DE OLIVEIRA. Gustavo Justino. SCHWARSTMANN, Guilherme Baptista. Arbitragem Público-Privada no Brasil: A especialidade do Litígio Administrativo e as Especificidades do Procedimento Arbitral. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*. 12 v. 44, jan.-mar. 2015

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Ainda existem os chamados contratos administrativos? In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Orgs.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

DIDIER, Fredie. Contradireitos, objeto litigioso do processo e improcedência. *Revista de Processo*, v. 223, p. 87-100, 2013.

DIDIER, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 15ª ed. Salvador: JusPoddivm, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2013.

DOLINGER, Jacob. A imunidade jurisdicional dos Estados. *Revista de Informação Legislativa*. Vol. 76, ano 19, p. 05-64, 1982.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Arbitragem comercial internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito Internacional Privado*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

EISENMANN, Charles. *Cours de Droit Administratif*. Tomo I. Paris: Ed. L.O.DJ, 1982.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *Revolución Francesa y Administración Contemporánea*. 4ª ed. Madrid: Civitas, 1998, p. 125.

ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 1996.

ESTORNINHO, Maria João. *Direito Europeu dos Contratos Públicos*. Coimbra: Almedina, 2006.

ESTORNINHO, Maria João. *Réquiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 2003.

ETTORI, Charles. O contrôle jurisdicional da administração na Itália. *Revista de Direito Administrativo*, v. 27, p. 34-66, 1952. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/12240>.

FALLA, Garrido. *Las transformaciones del régimen administrativo*. Madrid: Instituto de Estúdios Políticos, 1962.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Prejudicialidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

FERRAZ, Rafaela. *Arbitragem em litígios comerciais com a Administração Pública*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2008.

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

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

FERREIRA, Olavo Vianna Alves; BONIZZI, Marcelo José Magalhães. Declaração de Inconstitucionalidade pelo Árbitro: vedação ou dever. *Revista de Processo*, v. 274, p. 255-289, 2017.

FIAD, Patrícia Sampaio. *A importância da arbitragem internacional de investimento para o equilíbrio da relação entre o Estado hospedeiro e o investidor estrangeiro na indústria do petróleo*. Orientação: Professora Marilda Rosado de Sá Ribeiro. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade do Estado do Rio de Janeiro: 2013.

FICHTNER, José Antonio. A Confidencialidade no Projeto da Nova Lei de Arbitragem – PLS nº 406/2013. In: *Arbitragem e Mediação*. A Reforma da Legislação Brasileira. ROCHA, Caio Cesar Vieira e SALOMÃO, Luis Felipe (Coord.). Editora Atlas, 2015.

FICHTNER, José Antonio. MANNHEIMER, Sergio Nelson. MONTEIRO, André Luís. *Reflexões sobre a imunidade da soberania do Estado na arbitragem comercial internacional*. In: Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro (APERJ), pág. 49, Vol. XXVI. Coord.: DUBEUX, Bruno e MANNHEIMER, Sergio Nelson. Abril/2016.

FINKELSTEIN, Claudio. Arbitragem Internacional e Legislação Aplicável. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, vol. 5, p. 341-353, 2015.

FIUZA, César. *Teoria geral da arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

FLORENZANO, Vincenzo Demétrio. Crise dos precatórios: 25 anos de grave violação a direitos humanos e teste e estresse para as instituições do Estado Republicano e Democrático de Direito. *Revista de Informação Legislativa*, v. 200, p. 271-295, 2013. Disponível: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/200/ril_v50_n200_p271.pdf>. Acesso em 26.12.2017.

FRANKENBERG, Günter. Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law. *Harvard International Law Review*, vol. 26, n. 2, p. 411-455, 1985.

FREITAS, Rafael Veras. *Expropriações regulatórias*. 1º. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

FREITAS, Rafael Veras. Novos desafios da arbitrabilidade objetiva nas concessões. Revista de Direito Público da Economia - RDPE. Belo Horizonte, ano 14, vol. 53, p. 199/227, 2016. Disponível em: <www.editoraforum.com.br/ef/wp-content/uploads/2016/04/Novos-desafios-da-arbitrabilidade.pdf>. Acesso em: 28/07/2017.

FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GAILLARD, Emmanuel. Aptitude des personnes publiques à compromettre et disparition de la notion de commercialite em matière internationale. *Rev. Arb*. 1997, p. 251.

GAILLARD, Emmanuel. *Teoria Jurídica da Arbitragem Internacional*. Trad. Natália Lamas. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

GAILLARD, Emmanuel. *Teoria Jurídica da Arbitragem Internacional*. Trad. Natália Lamas. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Teoria Geral da Arbitragem*. Curitiba: Juruá, 2016.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Teoria Geral da Arbitragem*. Curitiba: Juruá, 2016.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; TOMÁS-RAMÓN, Fernandes. *Curso de Derecho Administrativo*. 5 ed. Madrid: Civitas, 1998, vol. II.

GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas*. São Paulo: Malheiros, 2016.

GERBAY, Rémi. Understanding the Notion of Arbitral Institution: Definitions and Typologies in The Functions of Arbitral Institutions. International Arbitration Law Library, Volume 38. *Kluwer Law International*: 2016.

GIUFFRÈ, Felice. Declínio del Parlamento-Legislatore e crescita del potere de inchiesta. In: LABRIOLA, Silvano (org.). *Le autorità indipendenti*: Da fattori evolutivi ad elementi della transizione nel Diritto Pubblico italiano. Milão: Ed. Giuffrè, 1999.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Domesticando o Leviatã: litigância intragovernamental e presidencialismo de articulação institucional*. Brasília: edição do autor, 2013.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. O tema da arbitragem no contexto da Administração Pública. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*. Ano 1, nº 2, p. 183-212. 2015. Disponível: <www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/2/2015_02_0183_0212.pdf>.

GOLDMAN, Berthold. The applicable law: general principles of law - the lex mercatoria. In: *Contemporary problems in international arbitration*. Julian Lew (edit.). Londres: Queen Mary College Press, 1986.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GORDILLO, Agustín Alberto. *Tratado de derecho administrativo*. Tomo II. Buenos Aires: F.D.A, 2006.

GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. *Revista trimestral de direito público*. São Paulo: Malheiros, vol. 32, p. 14-20, 2000.

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*: processo de conhecimento. Vol. 2. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GRECO, Luís. A execução e a efetividade do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 94, p. 34-66, 1999.

GRECO, Luís. Garantias Fundamentais do Processo: o Processo Justo. *Revista Jurídica*, São Paulo, v. 305, p. 61-99, 2003.

GRIFFITHS, Terry; TYLER, Thimothy. Arbitrating International oil and gas disputes: practical considerations. In: KRONMAN, George; FELIO. *International oil and gas ventures: a business perspective*. Tulsa: AAPG, 2000. p. 187-198.

GROPPALI, Alexandre. *Doutrina do Estado*. São Paulo: Editora Saraiva, 1953.

GUEDES, Demian. *Autoritarismo e processo administrativo no Brasil*: tradição, transição e poderes consolidados. 2015. Tese (Doutorado em Direito), Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

GUTIÉRREZ, Adrián. Solución de controvérsias (arbitraje) em la Ley de Participación Público Privada (PPP). In: DELPIAZZO, Carlos (Coord.). *Pasado y Presente del Derecho Administrativo Uruguayo*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, p. 385/396, 2012.

HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public général: à l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès-sciences politiques*. Paris: P. Larose, 1901.

HAURIOU, Maurice. *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*. Paris: Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1924.

HERZ, Michael. United States v. United States: When Can the Federal Government Sue Itself?. *William & Mary Law Review*. Volume 32 | Issue 4, p. 895/896. Disponível em: <scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1941&context=wmlr>.

JEQUIER, Eduardo. La arbitrabilidad de la controversia contencioso-administrativa en el ámbito de las relaciones contractuales del Estado. *Revista chilena de derecho*, vol. 40, 2013. Disponível em: <www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372013000100007>. Acesso em: 26/07/2017.

JUNQUEIRA, André Rodrigues. *Arbitragem na Administração Pública*: um estudo de caso sobre a eficiência do instituto nas Parcerias Público-Privadas do Estado de São Paulo. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 2017.

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

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 17ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo.* 10. ed. São Paulo: RT, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Sujeição passiva tributária*. Belém: CEJUP, 1986.

KANAYAMA, Rodrigo. Há solução ao imbróglio dos precatórios? *Revista Direito do Estado*, número 211, ano 2016. Disponível eletronicamente em: <www.direitodoestado.com.br/colunistas/rodrigo-kanayama/ha-solucao-ao-imbroglio-dos-precatorios>. Acesso em 26.12.2017.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 2ª ed. Coimbra: Armenio Amado, 1962.

KING, Alyssa. Arbitration and the federal balance. *Yale Law Review*. (No prelo, 2019).

KLEIN, Aline Lícia. A arbitragem nas concessões de serviços públicos. In: *A arbitragem e o poder público*. São Paulo: Saraiva, 2010.

KOERICH, Guilherme Back. *Arbitragem nos contratos administrativos: a relativização dos dogmas da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

LANIER, E. R.; DOLINAR, Hans. The judicial analogue: on the impartiality of arbitral tribunals in international commercial arbitration. In: *Zbornik Pravnog Fakulteta u Zagrebu*, Tomo 42, suplemento nº 4, 1992, p. 619 e segs.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2001.

LEIGH, Katharine. Arbitration in Public Administration. In: FARAZMAND, Ali (Ed.). *Global Encyclopedia of Public Administration, Public Policy and Governance*. Cham (Suíça): Springer International Publishing, 2016.

LEITÃO, Alexandra. *Contratos Interadministrativos*. Coimbra: Almedina, 2011.

LEMES, Selma Maria Ferreira. A arbitragem e os novos rumos empreendidos na Administração Pública. A empresa estatal, o Estado e a concessão de serviço público. In: MARTINS, Pedro Antônio Batista *et alli* (ORGS.). *Aspectos Fundamentais da Lei da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 193.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *Cláusulas escalonadas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

LIMA, Alcides de Mendonça. O Juízo Arbitral em face da Constituição. In: Revista Forense, Rio de Janeiro, n. 27.

LIN, Ching-Lan. *Arbitration in Administrative Contracts: Comparative Law Perspective*. Tese de Doutorado. Paris: Ecole Doctaorale de Sciences Po, 2014.

LOPES, Serpa. *Curso de Direito Civil*. 5. ed. v. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989.

LUHMAN, Niklas. *Risk: a sociological theory*. New Jersey: Transaction Publishers, 2008.

LUTTI, José Eduardo Ismael. O Ministério Público e a transação penal nos crimes ambientais. In: *10° Congresso de Meio Ambiente do Ministério Público do Estado de São Paulo*, Campos do Jordão, 2006. Disponível eletronicamente em: <http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/cao_urbanismo_e_meio_ambiente/biblioteca_virtual/bv_teses_congressos/Dr%20Jos%C3%A9%20Eduardo%20Ismael%20Lutti.htm>.

MAGALHÃES, José Carlos de. Reconhecimento e execução de laudos arbitrais estrangeiros. *Revista de Informação Legislativa*, n. 134, 1997.

MAJONE, Giandomenico. As transformações do Estado Regulador. *Revista de Direito Administrativo*, v. 262, p. 11-43, 2013. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8898/7807>.

MALINVAUD, Phillippe. Reflexion Sur Le Dispute Adjudication Board. *Revista de Arbitragem e Mediação*. Ano 2, nº 5. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. Direito fundamental à duração razoável do processo. *Interesse Público*, v. 51, p. 42-60, 2008.

MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. *A Arbitragem e os contratos da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MARQUES, Ricardo Dalmaso. *O dever de revelação do árbitro*: extensão e consequências de sua violação. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

MARQUES, Ricardo Dalmaso. O STJ, as medidas antiarbitragem e o princípio da competência-competência na Lei 9.307/1996. Comentários às decisões da MC 17.868/BA. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, v. 10, n. 32, p. 298-305, 2012.

MARRARA, Thiago. As cláusulas exorbitantes diante da contratualização administrativa. *Revista de Contratos Públicos*, Belo Horizonte, ano 3, n. 3, 2013.

MARRARA, Thiago. Método comparativo e direito administrativo. *Revista Brasileira de Direito Público*, v. 46, p. 87-98, 2014.

MARRARA, Thiago; PINTO, João Otávio Torelli. Arbitragem e Administração Pública: considerações sobre propostas de alteração da legislação. In: *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 12, n. 46, p. 223-248, abr./jun. 2014.

MARTINS, Pedro Antônio Batista. "Arbitragem Através dos Tempos Obstáculos e Preconceitos à sua Implementação no Brasil". Disponível eletronicamente em: <batistamartins.hospedagemdesites.ws//arquivos/anexos/file/Artigos%20Não%20Formatados/Arbitragem%20atraves%20dos%20Tempos.pdf>. Acesso em: 11/07/2017.

MARTINS, Pedro Antônio Batista. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Arbitragem e administração pública: contribuição para o sepultamento do tema. *Revista Trimestral de Direito Público*, v. 54, p. 194-209, 2011.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito processual do trabalho*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MATTOS NETO, Antônio José de. Direitos patrimoniais disponíveis e indisponíveis à luz da lei de arbitragem. *Revista de Processo*. São Paulo:Revista dos Tribunais. n 122, 2005.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MEAD, Joseph. Interagency litigation and article III. *Georgia Law Review*. Vol. 47:1217/1280. Disponível em: <georgialawreview.org/wp-content/uploads/2015/02/Download-PDF-V47-I4-Mead.pdf>.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 3ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

MEDAUAR, Odete. Poder de Polícia. *Revista de Direito Administrativo,* 199:89-96, 1995.

MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein. (coords.). *Poder de polícia na atualidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

MEDINA, José María Chillón. *Derecho de las Telecomunicaciones y de las Tecnologías de la Información*. Santo Domingo: Escuela Nacional de la Judicatura – República Dominicana, 2004. Disponível eletronicamente em: <www.educacion-holistica.org/notepad/documentos/Derecho%20y%20legislacion/Libros/Derecho%20de%20las%20Telecomunicaciones%20y%20de%20las%20Tecnologías%20de%20la%20Información.pdf>.

MENDES, Renato Geraldo. *Lei de Licitações e Contratos Anotada*, 3· ed., Curitiba: Znt Editora, 1998.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito Constitucional Econômico*: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. 2ª ed. Belo Horizonte. Editora Fórum, 2018.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado* - parte especial: direito das coisas: direitos reais de garantia, hipoteca, penhor, anticrese. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MODESTO, Paulo. Autovinculação administrativa. Salvador: *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 24, 2010.

MOLL, Leandro. Imunidade Arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*. Vol. 30:155-179, 2011.

MONCADA, Luís Cabral de. Modelos alternativos de justiça: a arbitragem no direito administrativo In: *O Direito*, A. 142, nº 3, Lisboa, 2010.

MORAIS, Carlos Blanco de. Apontamentos sobre a submissão de litígios a arbitragem necessária: algumas dúvidas de constitucionalidade In: *Newsletter do Centro de Arbitragem Administrativa e Fiscal*, nº 1, Lisboa, 2013.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, Arbitragem nos Contratos Administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, 209/81-90, jul.-set. 1997.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Arbitragem nos contratos administrativos. In: *Revista de Direito Administrativo*, v. 209, jul./set. 1997.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Independência Técnico- Funcional da Advocacia de Estado. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. Vol. XVI. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 03/23.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. In: *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 231, jan./mar. 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O futuro das cláusulas exorbitantes no contrato. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ARAGÃO, Alexandre Santos de (Org.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Vol. I. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

MOREIRA, Egon Bockmann. Arbitragem, administração pública e a Nova Lei de Introdução. *Gazeta do Povo*, Curitiba, PR, p. 1 - 4, 08 jun. 2018.

MOREIRA, Egon Bockmann. Arbitragem, Administração Pública e confidencialidade. *Gazeta do Povo*, Curitiba, 09 nov. 2018.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviços público*. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA, Egon Bockmann; CRUZ, Elisa Schmidlin. Novos parâmetros da arbitragem frente à Administração Pública brasileira: o caso "Petrobras-ANP". *Revista de Direito Público da Economia*, vol. 62, pp. 225-271, 2018.

MOREIRA, Vital. *Administração Autônoma e Associações Públicas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

MUNHOZ DE MELLO, Rafael. Arbitragem e Administração Pública. *Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná*, v. 6, p. 47-81, 2015.

MUNHOZ DE MELLO, Rafael. Arbitragem no setor portuário: análise do Decreto 8.465/2015. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach. (Org.). Direito Portuário Brasileiro. 1ed.São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 563-576.

MUNIZ, Joaquim de Paiva. *Curso de direito arbitral*: aspectos práticos do procedimento, 2ª ed. (rev. e amp.), Curitiba: CRV, 2014.

MUNIZ, Joaquim Tavares de Paiva. DA SILVA, João Marçal Rodrigues Martins. Arbitragem com Administração Pública – Arbitrabilidade e questões controversas. In *Arbitragem na Administração Pública*. Revista de Direito Rio de Janeiro: APERJ, 2016.

NANNI, Giovanni Ettore. *Direito Civil e Arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014.

NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil comentado*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

NEVES, Marcelo. (Não) solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões. *Lua Nova*, v. 93, p. 201-232, 2014.

NÓBREGA, Marcos. Contratos incompletos e infraestrutura: contratos administrativos, concessões de serviço público e PPPs. In: *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 7, n. 25, abr./jun. 2009.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. A arbitragem e as parcerias público-privadas. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 241, p. 255-256, jul./set. 2005.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A Agenda da Arbitragem com a Administração Pública: 'Mais do mesmo' ou há espaço para inovação? In: *Contraponto Jurídico* – Posicionamentos divergentes sobre grandes temas do Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A arbitragem nas parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, p. 567-606, 2005.

OLIVEIRA, Gustavo Justino; SCHWARSTMANN, Guilherme Baptista. Arbitragem público-privada no Brasil: a especialidade do litígio administrativo e as especificidades do procedimento arbitral. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 44/2015.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A arbitragem nos contratos da Administração Pública e a Lei nº13.129/2015: novos desafios. In: *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 13, n. 51, p. 59-79, out./dez. 2015.

OLIVEIRA. Rafael Carvalho Rezende. Inexigibilidade de licitação na escolha do árbitro ou instituição arbitral nas contratações públicas. In: *Revista do Estado*, 285, 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/rafael-carvalho-rezende-oliveira/inexigibilidade-de-licitacao-na-escolha-do-arbitro-ou-instituicao-arbitral-nas-contratacoes publicas>. Acessado em: 28.10.2016.

ORBACH, Barak. What Is Regulation?. *Yale Journal on Regulation*. Vol. 30. 2012. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2143385>.

OSTINI, João Fernando; OSTINI, Taísa Magro. Arbitragem em Matéria Tributária – um preconceito a ser superado. In: *Arbitragem e Administração Pública*: Temas Polêmicos. Joaquim de Paiva Muniz et. al. (Orgs.). Ribeirão Preto: Migalhas, 2018, p. 217-234.

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atuação Administrativa Consensual*: Estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador. Dissertação de mestrado. São Paulo: USP, 2010.

PALMA, Juliana Bonacorsi. Regulação e autoridade: o poder sancionador na regulação. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Org.). *Poder de polícia na atualidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

PEDREIRA, Pinho. A concepção relativista das imunidades de jurisdição e execução do Estado estrangeiro. *Revista da Informação Legislativa*. Vol. 140, ano 35, 1998, p. 227-236.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. II. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. III. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo (coord.). *Arbitragem e poder público*. São Paulo: Saraiva, 2010.

PEREIRA, José Luís Esquível. *Os contratos administrativos e a arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2004.

PINHO, H. D. B.; Cabral, T N X. Compromisso de ajustamento de conduta: atualidades e perspectivas de acordo com o projeto do novo CPC. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 7, p. 73-114, 2011.

PINTO, José Emilio Nunes. A arbitrabilidade de controvérsias nos contratos com o Estado e empresas estatais. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, jan./mar. 2004.

POLINARI, Jacopo. *Profili sistematici dell'arbitrato nel diritto amministrativo*. Tese de Doutorado em Direito da Arbitragem Interna e Internacional. Libera Università Internazionale degli Studi Sociali. Roma, 2009. Disponível em: <eprints.luiss.it/652/1/polinari-20090701.pdf>. Acesso em 27/07/2017.

QUADROS, Fausto de. Arbitragem "necessária", "obrigatória", "forçada": breve nótula sobre a interpretação do artigo 182º do código de processo nos Tribunais Administrativos In: *Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles*, vol. 2, Coimbra, 2012.

RACINE, Jean-Baptiste. *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*. Paris: LGDJ, 1999.

RÁO, Vicenzo. *Ato Jurídico: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 50.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do Petróleo*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

RIVERO, Jean. *Curso de Direito Administrativo Comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

RIVERO, Jean. *Droit Administratif*, Paris: Dalloz, 1977.

RIVERO, Jean. Existe-t-il un critère du droit administratif?. *Revue du Droit Public et de la Science politique en France et à l'étranger* - *RDP*, pp. 279-296, 1953.

RIVERO, Jean. Personnes Publiques et Arbitrage. *Rev. Arb*. p. 265/281, 1973.

ROBIOLO, Jorge Alberto. *Derecho Arbitral*. Buenos Aires: La Ley, 2007.

ROCHA, Caio Cesar Vieira. Arbitragem e administração pública: nova disciplina normativa após a lei 13.129/2015. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 49, p. 103-126, 2016.

RODRIGUES, Marco Antonio. *A Fazenda Pública no Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2016.

ROMANO, Santi. Deberes y Obligaciones, in: *Fragmentos de un Diccionario Jurídico*, Trad. de S. Sentis Melendo e M. Ayerra Redín. Buenos Aires: Ed. Jurídicas Europa-América, 1964.

ROPPO, Vicenzo. *Il Contratto*. 2ª ed. Milão: Giuffré Editore.

SÁ RIBEIRO, Maria Rosado de. Comentários sobre a arbitragem no Brasil: custos, eficiência e outras controvérsias. Notes on arbitration in Brazil: cost, efficiency and others controversial matters. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 13, p. 185-201, 2016.

SÁ RIBEIRO, Maria Rosado de. Importância do direito comparado. In: TIBÙRCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto (Org.). *O direito internacional contemporâneo*: estudos em homenagem ao professor Jacob Dolinger. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, v., p. 679-692.

SÁ RIBEIRO, Maria Rosado de. Solução de controvérsias na indústria do petróleo. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto ; MARTINS, Pedro Batista, coord. (Org.). *Arbitragem*: estudos em homenagem ao professor Guido Fernando da Silva Soares. São Paulo: Atlas, 2007, v., p. 372-401.

SALLA, Ricardo Medina. *Arbitragem e Administração Pública: Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

SALLA, Ricardo Medina. Novas características da arbitragem envolvendo a administração pública. In: HOLANDA, FLAVIA; SALLA, Ricardo Medina (coord.). *A nova lei de arbitragem brasileira*, São Paulo: IOB SAGE, 2015.

SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em Contratos Administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SANCHES, José Luís Saldanha. A regulação: história breve de um conceito. *Revista da Ordem dos Advogado*s, Ano 60, p. 05-22, 2000.

SANCHES, Sidney. O objeto do processo e o objeto litigioso do processo. *Revista de Processo*. Vol. 13, São Paulo, 1979.

SANDULLI, Aldo. L'arbitrato nel codice del processo amministrativo. *Giornale di diritto amministrativo*, vol. 2, 2013, p. 205-211. Disponível em: <www.irpa.eu/wp-content/uploads/2011/10/A.-Sandulli-2_2013.pdf>. Acesso em 22/07/2017.

SANTIAGO, Marcus Firmino. Crítica à Teoria do Estado: O conceito tradicional de soberania. Brasília: IDP, 2014. Disponível eletronicamente em: <http://www.idp.edu.br/publicacoes/portal-deebooks/2243-critica-a-teoria-do-estado-o-conceito-tradicional-de-soberania>. Acesso em 26.12.2017.

SANTOS, Maurício Gomm Ferreira dos. Brazil: a brief overview of arbitration in contracts entered as part of public and private sector partnerships. In: *Mealey's International Arbitration Report*, vol. 21 (6), June 2006.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

SAUVÉ, Jean-Marc. L'arbitrage et les personnes morales de droit public. In*: Le Conseil d'État et la Jurisdiction Administrative*. Paris, 2009. Disponível em: <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/L-arbitrage-et-les-personnes-morales-de-droit-public#_ftn8>. Acesso em: 12/07/2017.

SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antonio. *Manual de arbitragem, mediação e conciliação*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SCHIRATO, Vitor Rein; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Consenso e legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual ao Direito. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, n. 24, 2011.

SCHREUER, Christoph. *State immunity: some recent developments*. Cambridge: Grotius Publications Limited, 1988.

SCHWAB, Karl Heinz. *El objeto litigioso en el processo civil*. Trad. Tomas Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1968.

SERAGLINI, Christophe; ORTSCHEIDT, Jérôme. *Droit de l'arbitrage interne et international*. Paris: Montchrestien, 2013.

SÉRVULO CORREIA, José Manuel. *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*. Coimbra: Almedina, 2003 (reimpressão da edição de 1987).

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil*: processo de conhecimento, vol. 1. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*. Coimbra: Edições Almedina, 2016.

SILVEIRA, Alexandre di Miceli da. *Governança Corporativa no Brasil e no Mundo – teoria e prática*. São Paulo: Elsevier, 2010.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Das imunidades de jurisdição e de execução*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Órgãos dos Estados nas Relações Internacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SOBRANE, Sérgio Turra. *Transação penal*. São Paulo: Saraiva, 2001.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Arbitragem em contratos firmados por empresas estatais. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 236, pp. 215- 261, abr./jun. 2004.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação, Conciliação e Arbitragem*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo (Orgs.). *Mediação, Conciliação e Arbitragem*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas. In: *Parceiras Público-Privadas*. Coord. Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Malheiros, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Controle judicial dos atos administrativos: as questões técnicas e os limites da tutela de urgência. *Interesse Público*, v. 16. Porto Alegre, pp. 23-38, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O Cabimento da Arbitragem nos Contratos Administrativos. *Revista de Direito Administrativo*. n. 248, p. 117-126, 2008.

TÁCITO, Caio. Arbitragem nos litígios administrativo. In: Temas de direito público – estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, vol. 3, p. 83-88, 2002.

TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória) – versão atualizada para o CPC/2015. *Revista de Processo*, vol. 264, ano 42, p. 83-107, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e estabilização da tutela antecipada. *Revista de Processo*, vol. 246, ano 40, p. 455-482. São Paulo: Ed. Rt., ago. 2015.

TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e parceria público-privada. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (coord.). Parcerias público-privadas – um enfoque multidisciplinar. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 333-358.

TALAMINI, Eduardo. Competência-competência e as medidas antiarbitrais pretendidas pela Administração Pública. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 50, p. 127-153, 2016.

TALAMINI, Eduardo; FRANZONI, Diego. Arbitragem nas empresas estatais. In: JUSTEN FILHO, Marçal (org.). *Estatuto Jurídico das Empresas Estatais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 565-596.

TAWIL, Guido Santiago; LIMA, Ignacio Minorini. El Estado y el Arbitraje: primeira aproximación. *Revista de Arbitragem e Mediação*, nº 14, 2007.

TESS, Eduardo Carvalho. Imunidades de jurisdição e de execução no âmbito da arbitragem comercial internacional. *Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação*, v. 5, 2014, p. 345-356. Acesso em: 10 fev. 2017.

TEZUKA, Hiroyuki; KAWABATA, Yutaro. *Japan: Arbitration Guide*. IBA Arbitration Committee, 2012. Disponível em: <goo.gl/Ueyw7o>. Acesso em: 26/07/2017.

TIBURCIO, Carmen. A ordem pública na homologação de sentenças estrangeiras. In: Luiz Fux; Nelson Nery Jr.; Teresa Celina Arruda Alvim Wambier. (Org.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

TIBURCIO, Carmen. Arbitragem Envolvendo a Administração Pública: Arbitrabilidade Subjetiva e Objetiva. Histórico e Situação Atual. In: *Arbitragem e Administração Pública*: temas polêmicos. Joaquim Muniz et al. (Orgs.). Ribeirão Preto: Migalhas, 2018.

TIBURCIO, Carmen. *Extensão e Limites da Jurisdição Brasileira: Competência Internacional e Imunidade de Jurisdição*. 2ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016

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

TIBURCIO, Carmen. Redação de compromissos arbitrais e escolha de idioma e sede em arbitragens. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, vol. XIII, p. 80-101, 2014.

TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto. *Direito constitucional internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

TROOBOFF, Peter D. *Foreign state immunity: emerging consensus on principles*. Recueil des cours, v. 200, 1986.

VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*. Vol. III. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978.

VALLADARES PÉREZ, Alex. Elementos conceptuales de regulación administrativa económica: unas notas breves. *Revista de Derecho Público*, Vol. 70, 2015. Disponível em: <https://revistaderechopublico.uchile.cl/index.php/RDPU/article/view/37775>.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Transigibilidade na administração pública: uma faceta da consensualidade no direito administrativo do século XXI. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, ano 11, n. 123, maio 2011.

VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. Vol. 1. 7. ed. Coimbra: Almedida, 1991.

VÁSQUEZ PALMA, Fernanda. *Arbitraje en Chile. Análisis crítico de su normativa y jurisprudência*. Santiago de Chile: Legal-Publishing, 2009.

VAZ, Gilberto José. Breves Considerações sobre os *Dispute Boards* no Direito Brasileiro. *Revista de Arbitragem e Mediação*. Ano 3, nº 10. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

WALD, Arnoldo. As novas regras de arbitragem: maior eficiência e transparência. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, v. 33, p. 239-244, abr.-jun./2012.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord. *et al*.). *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. 3ª ed. São Paulo: Perfil, 2005.

WERNEK, Bruno. A autorregulação da atividade econômica no Brasil. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 625-641.

WILLEMAN, Flávio de Araújo. Acordos Administrativos, Decisões Arbitrais e Pagamentos de Condenações Pecuniárias por Precatórios Judiciais. *Revista de Direito da Procuradoria Geral – PGE/RJ*, vol. 64, pp. 116-137, 2009. Disponível em: <https://www.pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MTIwMw%2C%2C>. Acesso em 11.12.2017.

XU, Weigong. Definition of arbitration in China. *Journal of Law and Commerce*, vol. 30, Pittsburgh: University Library System, 2012, p. 107/116.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

ZUCKERMAN, Adrian A.S. *Civil Justice in Crisis: Comparative Perspectives of Civil Procedure*. New York: Oxford, 1999.