

# A CONSOLIDAÇÃO DA ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

## THE CONSOLIDATION OF ARBITRATION WITHIN PUBLIC ADMINISTRATION

Aline Gonçalves de Sousa<sup>1</sup>

ORCID 0009-0007-3554-4453

### Resumo

Este artigo tem por objetivo analisar a evolução da utilização da arbitragem junto à Administração Pública. Para tanto, comentou-se brevemente sobre conceitos essenciais da arbitragem e abordou-se a evolução jurisprudencial da aplicação do procedimento arbitral em litígios em que figure como parte ente da Administração Pública, tendo como principal foco alguns julgados emblemáticos do STJ. Realizou-se, ainda, análise da evolução legislativa sobre o tema, tecendo comentários sobre a controvérsia existente acerca da possibilidade da sua utilização pela Administração Pública, com foco na Lei de Reforma da Arbitragem, bem como no Decreto Federal nº 10.025/19.

**Palavras-chave:** Arbitragem. Administração Pública. Possibilidade. Direitos patrimoniais disponíveis.

### Abstract

This article objectives to analyze the evolution of the use of arbitration in the Public Administration. For that, we briefly commented on essential concepts of arbitration. The jurisprudential evolution of the application of the arbitration procedure in disputes in which it appears as part of the public administration was discussed, with the main focus on some emblematic judgments of the STJ. There was also an analysis of the legislative evolution on the subject, commenting on the existing controversy about the possibility of its use by the Public Administration, with a focus on the Arbitration Reform Law, as well as on Federal Decree No. 10.025/19.

**Keywords:** Arbitration. Public Administration. Possibility. Available Property Rights.

## 1 INTRODUÇÃO

Este artigo teve como objetivo analisar a evolução da utilização da arbitragem junto à Administração Pública. Em 26 de maio de 2015, foi sancionada a Lei nº 13.129/2015, que ficou conhecida como Lei de Reforma da Arbitragem, que teve por

---

<sup>1</sup> Advogada, com experiência em atuação nos Tribunais Superiores. Coursou Direito no Centro Universitário de Brasília-UniCEUB, 2012-2016; com Especialização em Direito Civil e Processo Civil pela Escola da Magistratura do Distrito Federal-ESMA, 2017-2019-Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público-IDP; 2019-2023, pós-graduação em Direito Superior Espanhol na Universidade de Salamanca; 2022-, Doutoranda pela Universidade de Salamanca na Espanha; atual.

objetivo solucionar certas controvérsias existentes sobre a aplicação do referido instituto quando envolvido no litígio com o ente público.

Buscou-se primeiramente analisar, de maneira não exaustiva, a evolução jurisprudencial sobre o tema, abordando, brevemente, casos emblemáticos. Atentou-se especialmente à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), tribunal que sempre mostrou tendência favorável à aplicação da arbitragem junto à Administração Pública indireta.

Ato contínuo, foi abordada a evolução legislativa sobre o tema, com especial foco na Lei de Reforma da Arbitragem e nas controvérsias por ela solucionadas, bem como no Decreto Federal nº 10.025/2019, que trata de maneira detalhada sobre o procedimento arbitral envolvendo a Administração Pública, delimitando de maneira mais clara os contornos da arbitragem envolvendo entes públicos.

## **2 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE A ARBITRAGEM**

Preliminarmente, antes de adentrar especificamente no âmbito da Administração Pública, cumpre realizar breves considerações conceituais sobre a arbitragem e o procedimento arbitral.

A arbitragem encontra-se entre os métodos alternativos de solução de conflitos, que têm por objetivo desafogar o Poder Judiciário da crise notoriamente enfrentada. Da mesma forma, a jurisdição estatal também se trata de forma heterocompositiva de resolução de conflito.

Nas lições de Selma Lemes, a arbitragem é “um modo extrajudiciário de solução de conflitos em que as partes, de comum acordo, submetem a questão litigiosa a uma terceira pessoa, ou várias pessoas, que constituirão o tribunal arbitral”<sup>2</sup>.

Em conceito mais completo, Francisco José Cahali afirma que na arbitragem:

As partes capazes, de comum acordo, diante de um litígio, ou por meio de uma convenção, estabelecem que um terceiro, ou colegiado, terá poderes para solucionar a controvérsia, sem a intervenção estatal, sendo que a decisão terá a mesma eficácia que uma sentença judicial<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> LEMES, Selma, Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica, São Paulo: Quartier Latin, 2007.

<sup>3</sup> CAHALI, Francisco José, Curso de arbitragem. 3. ed. São Paulo: RT, 2013.

A arbitragem é utilizada para solução de conflitos mais complexos e de altos valores, tendo o caráter técnico e qualidade das decisões como fator de escolha desse método alternativo, haja vista sabidamente ser utilizado em caso de necessidade de aprofundamento em matérias específicas.

Entre as principais qualidades da arbitragem, José Antonio Fichtner, Sergio Nelson Mannheimer e André Luís Monteiro<sup>4</sup>, citam a celeridade da arbitragem, a possibilidade de escolha de um julgador especialista na matéria, a imparcialidade dos árbitros no âmbito internacional, a eficácia transnacional da sentença arbitral e a flexibilidade do procedimento arbitral.

Cumprir mencionar que, para se submeter à arbitragem, alguns requisitos devem ser cumpridos. A arbitrabilidade é condição essencial para que determinado conflito possa ser submetido à arbitragem e distingue-se em arbitrabilidade subjetiva e objetiva. Sob a ótica objetiva, é arbitrável o litígio que verse sobre direito patrimonial disponível; já a ótica subjetiva da arbitrabilidade, refere-se à capacidade das partes firmarem a convenção de arbitragem<sup>5</sup>.

A arbitragem é disciplinada pela Lei nº. 9.307/96, que define a convenção de arbitragem como gênero do qual são espécies: a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. A cláusula compromissória é a convenção mediante a qual as partes contratualmente se comprometem a submeter à arbitragem os litígios que possam surgir decorrentes do contrato entre elas firmado. Lado outro, o compromisso arbitral é a convenção pela qual as partes submetem à arbitragem um litígio já existente<sup>6</sup>.

Tecidas essas breves considerações conceituais, abordar-se-á, mais especificamente, a arbitragem envolvendo a Administração Pública.

### **3 BREVE HISTÓRICO SOBRE A EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL A RESPEITO DA ARBITRAGEM E DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL**

No Brasil, já havia previsão legal da arbitragem desde as Ordenações Filipinas, em 1603, que, em seu título XVI, tratava dos “Juízes Árbitros”. Na Constituição de 1824, em seu art. 160, bem como no Regulamento 737, de 1850,

---

<sup>4</sup> FICHTNER, Jose Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson, Monteiro; André. Teoria Geral da Arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

<sup>5</sup> CAHALI, Francisco José, Curso de arbitragem. 3. ed. São Paulo: RT, 2013.

<sup>6</sup> LEMES, Selma, Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica, São Paulo: Quartier Latin, 2007.

também houve menção à arbitragem. Ainda em 1850, foi promulgado o Código Comercial, que previa a arbitragem obrigatória para a solução de controvérsias em solução mercantil e sociedades<sup>7</sup>.

O Código Civil de 1916, bem como os Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973, também introduziram dispositivos que tratavam sobre a arbitragem. Contudo, apesar de haver regulação nos referidos códigos, o grande marco institucional da arbitragem, no direito brasileiro, se deu com a promulgação da Lei nº 9.307/1996, conhecida como Lei de Arbitragem.

Entretanto, mesmo após a edição da Lei de Arbitragem, houve questionamentos quanto à constitucionalidade dos procedimentos arbitrais, até mesmo entre agentes privados que versassem sobre direitos disponíveis. A discussão quanto à constitucionalidade da Lei de Arbitragem foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), já que, em 2001, nos autos do Agravo Regimental (AgRg) na homologação de Sentença Estrangeira 5.206, a maioria dos ministros entendeu a constitucionalidade da Lei de Arbitragem, inclusive no assunto atinente à possibilidade do juiz em emitir sentença substitutiva da vontade da parte contrária a firmar o compromisso arbitral.

Contudo, mesmo após a declaração de constitucionalidade da Lei de Arbitragem, no âmbito de aplicação junto à Administração Pública, a consolidação do procedimento arbitral enfrentou maiores dificuldades. Com efeito, João Pedro Accioly<sup>8</sup>, a fim de demonstrar quão conturbada foi a aceitação da utilização da arbitragem na Administração Pública, cita a proposta de emenda à Constituição (PEC 29), que teve por objetivo impedir as pessoas de direito público de se submeter à arbitragem.

Marco Antonio Rodrigues<sup>9</sup> elenca três impedimentos de ordem constitucional que eram geralmente opostos ao uso da arbitragem para solucionar litígios envolvendo a Administração Pública, quais sejam, o princípio da legalidade, a indisponibilidade do interesse público e o princípio da publicidade.

---

<sup>7</sup> BARALDI, Elena B. Arbitragem e contratos com a Administração Pública. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

<sup>8</sup> ACCIOLY, João Pedro. "Arbitragem e Administração Pública: um panorama global". Revista de Arbitragem e Mediação, v. 56, ano 15, p. 143-178, jan.-mar. 2018.

<sup>9</sup> RODRIGUES, Marco Antonio. A Fazenda Pública no processo civil, São Paulo: Atlas, 2016.

Nessa mesma linha de inteligência, André Chateaubriand Martins<sup>10</sup> cita que nos debates doutrinários acerca da possibilidade de envolvimento da Administração Pública direta na arbitragem era muito invocado princípio da legalidade para deslegitimar a utilização desse meio alternativo de resolução de conflitos. Veja-se:

Em decorrência da norma do art. 37 da Constituição Federal, a Administração Pública apenas pode fazer o que a lei lhe permite (princípio da legalidade em sentido estrito), razão pela qual a autorização genérica do art. 1º da LBA, sem fazer qualquer menção à Administração Pública, não seria suficiente para permitir a opção pela arbitragem em contratos administrativos, especialmente quando considerado o entendimento do Tribunal de Contas da União<sup>11</sup>.

Mesmo com esses questionamentos em relação à possibilidade da participação de entidades administrativas na arbitragem, já se observava uma tendência jurisprudencial favorável ao uso da arbitragem no direito público brasileiro, sobretudo por parte do STJ.

A primeira discussão judicial sobre caso de arbitralidade envolvendo ente da Administração Pública foi o “Caso Lage”, em 1973, julgado pelo STF. Resumidamente, o caso versou sobre uma incorporação feita pela União (Dec. Lei 4.648) de bens e direitos das Organizações Lage e do espólio de Henrique Lage. Após avaliação dos bens, foi determinada a sua venda para adimplir débitos existentes para com a União, devendo o saldo restante ser restituído à família<sup>12</sup>.

A família Lage propôs a instituição de um juízo arbitral, para processar a avaliação e o encontro de contas, tendo a União aceitado a proposta. Após ser fixada a indenização a ser paga e conseqüente aceitação da União, esta passou a contestar a arbitragem, ao argumento de que o juízo arbitral instaurado para decidir a questão envolvendo o Estado seria inconstitucional<sup>13</sup>. Neste caso, o STF, à unanimidade, entendeu que impedir a utilização da arbitragem pela Administração Pública em relações de natureza contratual ou privada configuraria indevida restrição à autonomia da vontade.

---

<sup>10</sup> MARTINS, André Chateaubriand, “A Administração Pública na reforma da Lei de Arbitragem.” In: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe. Arbitragem e mediação: a reforma da legislação brasileira. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

<sup>11</sup> Ibid.

<sup>12</sup> ROCHA, Caio Cesar Vieira, “Arbitragem e Administração Pública: nova disciplina normativa após a Lei 13.129/2015”. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo: Editora RT, v. 49, ano 13, p. 103-126, abr.-jun. 2016.

<sup>13</sup> Ibid.

Gustavo da Rocha Schmidt<sup>14</sup> afirma que do voto do Relator, Min. Bilac Pinto, se extrai que não havia, nas Constituições de 1937 e 1946, qualquer vedação à instituição do juízo arbitral. Completa ainda, sustentando que a arbitragem seria um instituto consagrado no direito brasileiro, desde o período imperial (Decreto 3.900/1867), tendo sempre prevalecido o entendimento de que a arbitragem seria aplicável nas relações contratuais, de natureza privada, em que fosse parte a Fazenda Pública.

Outro caso emblemático da consolidação da arbitragem na Administração Pública brasileira é o CEEE vs. AES Uruguaiana, que fixou o posicionamento do STJ em favor da arbitragem envolvendo sociedade de economia mista, sem necessidade de previsão legal específica<sup>15</sup>.

Trata-se do julgamento do Recurso Especial (REsp) 612.439/RS, de relatoria do Min. João Otávio de Noronha, que além estabelecer definitivamente a possibilidade de utilização da arbitragem quando envolvida sociedade de economia mista, também teve o condão de estabelecer distinção entre as atividades econômicas *strictu sensu* das empresas estatais, daquelas que decorrem do poder de império da Administração Pública, relacionadas a interesse público primário, relativas a direitos indisponíveis, portanto, não sujeitos à arbitragem.

Nesse sentido, cumpre transcrever trecho do inteiro teor do supramencionado acórdão:

Em outras palavras, pode-se afirmar que, quando os contratos celebrados pela empresa estatal versem sobre atividade econômica em sentido estrito – isto é, serviços públicos de natureza industrial ou atividade econômica de produção ou comercialização de bens, suscetíveis de produzir renda e lucro –, os direitos e as obrigações deles decorrentes serão transacionáveis, disponíveis e, portanto, sujeitos à arbitragem. Ressalte-se que a própria lei que dispõe acerca da arbitragem – art. 1º da Lei n. 9.307/96 – estatui que "as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis". Por outro lado, quando as atividades desenvolvidas pela empresa estatal decorram do poder de império da Administração Pública e, conseqüentemente, sua consecução esteja diretamente relacionada ao interesse público primário, estarão

---

<sup>14</sup> SCHMIDT, Gustavo Rocha. A arbitragem nos conflitos envolvendo a Administração Pública, 2016. Dissertação (Mestrado em Direito), Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2016.

<sup>15</sup> BARALDI, Elena B. Arbitragem e contratos com a Administração Pública. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

envolvidos direitos indisponíveis e, portanto, não-sujeitos à arbitragem<sup>16</sup>.

Na mesma linha de inteligência, tem-se o precedente da 1ª Seção do STJ, de relatoria do Ministro Luiz Fux, no julgamento do MS 11.308, de 09.04.2008, no qual foi ratificada a tese de possibilidade de sociedade de economia mista ser submetida ao procedimento arbitral<sup>17</sup>.

Por fim, cumpre mencionar o caso Compagas vs. Consórcio Passareli, que também foi responsável por fortalecer a possibilidade de uso da arbitragem em litígio envolvendo a administração pública.

Trata-se do REsp 904.813, de relatoria da Min. Nancy Andrighi, no qual a Terceira Turma do STJ estabeleceu que “o fato de não haver previsão da arbitragem no edital de licitação ou no contrato celebrado entre as partes, não invalida o compromisso arbitral firmado posteriormente” (Superior Tribunal de Justiça, 2011).

Lado contrário à jurisprudência favorável do STJ, o Tribunal de Contas da União (TCU) mostra-se resistente em relação à arbitragem envolvendo a Administração Pública. A resistência do TCU embasa-se, principalmente, no argumento de que a supremacia e a indisponibilidade do interesse público afastariam a possibilidade de solução de controvérsias por meio da arbitragem, bem como pela necessidade de autorização legislativa expressa para optar pela arbitragem<sup>18</sup>.

Cumpre mencionar que a jurisprudência do TCU foi formada antes da reforma da Lei de Arbitragem, que será mais bem abordada no capítulo seguinte, de modo que o argumento de inexistência de previsão legal autorizando a arbitragem quando envolvido entes públicos não tem mais razão de existir.

Por fim, conclui-se que, em que pese ser a jurisprudência do TCU desfavorável ao uso da arbitragem quando envolvidos entes da Administração Pública, nota-se que o judiciário brasileiro, em especial o STJ, caminha no desenvolvimento e consolidação da utilização do procedimento arbitral envolvendo entes estatais.

---

<sup>16</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 612.439/RS, Relator Ministro João Otávio de Oliveira, 2005.

<sup>17</sup> ROCHA, Caio Cesar Vieira, “Arbitragem e Administração Pública: nova disciplina normativa após a Lei 13.129/2015”. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo: Editora RT, v. 49, ano 13, p. 103-126, abr.-jun. 2016.

<sup>18</sup> BARALDI, Elena B. Arbitragem e contratos com a Administração Pública. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

## **4 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA SOBRE A ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A REFORMA DA LEI DE ARBITRAGEM**

Neste capítulo, será feita análise, não exaustiva, do desenvolvimento da legislação federal brasileira a respeito da arbitragem envolvendo a Administração Pública no Brasil.

Conforme já mencionado anteriormente, a Constituição Imperial de 1824 já fazia menção à arbitragem, conforme previsão do seu art. 160, segundo o qual “nas cíveis, e nas penas civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Arbitros”.

Nas lições de Selma Lemes<sup>19</sup>, um dos marcos da arbitragem na Administração Pública foi o Decreto 7.959 de 29 de dezembro de 1880, que previu a solução de controvérsias nos contratos de concessão de serviços e obras públicas entre o Governo do Império e empresas privadas pela arbitragem.

A primeira lei federal que expressamente fez referência, ainda que indiretamente, à possibilidade de utilizar o procedimento arbitral entre a Administração Pública e particulares foi a Lei de Concessões (Lei 8.987/1995). Em seu art. 23, a referida lei trata das cláusulas essenciais do contrato de concessão e, no inciso XV, faz referência expressa ao “modo amigável” de solução das divergências contratuais<sup>20</sup>.

Com efeito, apenas após a promulgação da Constituição de 1988, a partir do final dos anos 90, começaram a surgir leis com a previsão expressa da possibilidade de se eleger a arbitragem como meio de solução de conflitos decorrentes de contratos firmados entre o ente público e o particular.

Nesse sentido, Fichtner, Mannheimer e Monteiro<sup>21</sup> assinalam que “o final da década de 1990 foi especialmente marcado pela edição de leis instituidoras das agências reguladoras brasileiras, em que o tema da arbitragem ganhou relevância”. Alguns exemplos dessas leis trazidos pelos autores são a Lei nº 9.472/1997, que criou a Agência Nacional de Telecomunicações, e a Lei nº 9.478/1997, que criou a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis.

---

<sup>19</sup> LEMES, Selma, Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica, São Paulo: Quartier Latin, 2007.

<sup>20</sup> ROCHA, Caio Cesar Vieira, “Arbitragem e Administração Pública: nova disciplina normativa após a Lei 13.129/2015”. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo: Editora RT, v. 49, ano 13, p. 103-126, abr.-jun. 2016.

<sup>21</sup> FICHTNER, Jose Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André. Teoria Geral da Arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

Em 1996, foi editada a Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996), que regula o uso dessa forma de resolução de conflitos no direito brasileiro. Contudo, a supramencionada lei foi silente quanto à possibilidade do uso da arbitragem como meio de solução de controvérsias envolvendo a Administração Pública.

Em meio a existente controvérsia, houve uma tentativa de se proibir expressamente o uso da arbitragem nos litígios contratuais em que entidades de direito público figurassem como uma das partes. Tal tentativa ocorreu por meio da PEC 29/2000, que pretendia trazer para a Constituição Federal a previsão expressa da arbitragem como forma de solução de controvérsia, mas, ao mesmo tempo, também pretendia excluir a Administração Pública direta e indireta da arbitragem. Veja-se trecho do texto submetido à votação que alterava o §4º, do art. 98 da Constituição Federal: “ressalvadas as entidades de direito público, os interessados em resolver seus conflitos de interesse poderão valer-se do juízo arbitral, na forma da lei”<sup>22</sup>.

Ultrapassada a PEC 29/2000, surgiram diversas outras leis federais e estaduais que passaram a prever a arbitragem como forma de solução de conflitos envolvendo a Administração Pública. À título de exemplo, Elina B. Baraldi<sup>23</sup>, cita as seguintes legislações:

Lei dos Transportes Terrestres e Aquaviários –ANTT (Lei 10.233/2001, art. 35, XVI); Lei do Mercado Atacadista de Energia Elétrica – CCEE (Lei 10.848/2004, art. 4º, §§ 5º e 6º); Lei de Parcerias Público-Privadas – PPP (Lei 11.079/2004, art. 11, III); Lei de Partilhas, art. 29, XVIII); Lei Estadual 19.477/2011, que regulamentou a arbitragem no Estado de Minas Gerais, e Lei dos Portos (Lei 12.815/2013, art. 37).

Somente em 2015, por meio da Lei nº 13.129/2015, foi expressamente prevista a admissibilidade do uso do procedimento arbitral como meio de solução de litígios originários em que uma das partes é um ente de qualquer uma das esferas da Administração Pública (direta ou indireta). Essa lei trouxe três parágrafos que alteraram o texto original da Lei nº 9.307/1996 e puseram fim às divergências jurídicas. Abaixo estão alguns trechos do referido dispositivo legal, os quais autorizam a utilização da Arbitragem pela Administração Pública.

---

<sup>22</sup> BARALDI, Elena B. Arbitragem e contratos com a Administração Pública. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

<sup>23</sup> Ibid.

.....  
§1º A Administração Pública direta e indireta poderá utilizar-se da Arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§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.”

Art. 2º

.....  
§3º A Arbitragem que envolva a Administração Pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.

Com a promulgação da Lei 13.129/2015, afastou-se qualquer discussão sobre a arbitrabilidade subjetiva das entidades da Administração, direta ou indireta. Restou claro que todas as esferas administrativas podem se submeter a arbitragem<sup>24</sup>. Fichtner, Mannheimer e Monteiro<sup>25</sup> complementam afirmando que o novo dispositivo legal toca mais diretamente na questão da arbitrabilidade subjetiva, afastando a crítica comum da exigência de autorização legal específica, sob pena de infringir o princípio da legalidade.

Contudo, relembrem os supramencionados autores que as discussões a respeito da arbitrabilidade de controvérsias envolvendo entes públicos não foram completamente superadas com a reforma da Lei da Arbitragem de 2015. Para eles, em que pese haja autorização legal específica, a Administração Pública só pode se submeter à arbitragem quando o conflito de interesses versar sobre “direitos patrimoniais disponíveis”<sup>26</sup>. Ainda segundo Fichtner, Mannheimer e Monteiro, a definição precisa dessa expressão, em especial quando se trata de entes públicos, por vezes pode se mostrar uma tarefa difícil. Concluem os autores afirmando que o mais conhecido critério doutrinário para realizar essa definição se baseia na tradicional distinção entre interesses públicos primários e interesses públicos secundários<sup>27</sup>.

O parágrafo segundo da Lei 13.129/2015 resolveu outro dilema existente quanto à utilização da arbitragem envolvendo entes públicos, qual seja, a definição de

---

<sup>24</sup> ROCHA, Caio Cesar Vieira, “Arbitragem e Administração Pública: nova disciplina normativa após a Lei 13.129/2015”. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo: Editora RT, v. 49, ano 13, p. 103-126, abr.-jun. 2016.

<sup>25</sup> FICHTNER, Jose Antonio; Mannheimer, Sergio Nelson, Monteiro; André. Teoria Geral da Arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

<sup>26</sup> Ibid.

<sup>27</sup> Ibid.

qual seria a autoridade competente para firmar a convenção de arbitragem, fixando como sendo aquela competente para realizar acordos ou transações. Quanto ao § 2º, Caio Cesar Vieira Rocha<sup>28</sup>, ainda comenta que pela menção expressa ao termo convenção de arbitragem, conclui-se que se admite a instauração da arbitragem tanto por cláusula compromissória, como via compromisso arbitral.

Por fim, o § 3º, do art. 2º, foi adicionado para garantir o respeito ao princípio da publicidade ao qual se submete a Administração Pública. Diferentemente do que ocorre nas arbitragens privadas, nas arbitragens que envolvam entes públicos não é possível a contratação da costumeira confidencialidade<sup>29</sup>.

Com efeito, mister trazer à baila neste artigo lições do professor Carlos Alberto Carmona, sobre a Reforma da Lei de Arbitragem. Carmona<sup>30</sup> afirma que o Estado não poderia ficar imune à tendência do sistema multiportas de resolução de litígios consagrada pela Lei de Arbitragem e sua reforma, bem como pelo Novo Código de Processo Civil. Para ele, a Lei de Arbitragem, na sua origem, não se preocupou com o Estado e suas vicissitudes, que vieram a ser regulamentadas apenas com a reforma introduzida pela Lei 13.129/2015. Contudo, o autor defende que, para além da necessidade de formar quadro de procuradores aptos a participar, em pé de igualdade, com os advogados da iniciativa privada, algumas questões básicas devem ser resolvidas. São elas: a escolha do órgão arbitral; a nomeação de árbitros; as custas e despesas; a verba honorária; a sede de arbitragem; o idioma e a publicidade<sup>31</sup> (CARMONA, 2016).

Sobre a escolha do órgão arbitral, o autor entende não haver impedimentos para utilização da arbitragem *ad hoc*, que significaria uma considerável economia de recursos. Entretanto, tendo em vista a possível falta de expertise, mostra-se mais adequada a escolha de uma arbitragem institucional, haja vista que, apesar do alto custo, haveria maior estrutura para o desenvolvimento do processo<sup>32</sup>.

---

<sup>28</sup> ROCHA, Caio Cesar Vieira, "Arbitragem e Administração Pública: nova disciplina normativa após a Lei 13.129/2015". Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo: Editora RT, v. 49, ano 13, p. 103-126, abr.-jun. 2016.

<sup>29</sup> SCHMIDT, Gustavo Rocha. A arbitragem nos conflitos envolvendo a Administração Pública. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2016.

<sup>30</sup> CARMONA, Carlos Alberto, "Arbitragem e Administração Pública – Primeiras reflexões sobre Arbitragem envolvendo Administração Pública". Revista Brasileira de Arbitragem, São Paulo, ano XIII, n. 51, p.7-21, set. 2016.

<sup>31</sup> Ibid.

<sup>32</sup> Ibid.

Ainda quanto à escolha do órgão arbitral, Carmona repele a ideia de que escolha do órgão arbitral possa ser feita depois do surgimento do litígio. Para ele a escolha da instituição deve ser feita de antemão na cláusula compromissória, haja vista que, após o surgimento do litígio, já existirá alto grau de desconfiança entre as partes e um acordo será mais difícil. A ideia de promoção de licitação entre as entidades que oferecem o serviço também é repelida, sob o fundamento de que os critérios são muito diferentes: preço, serviços oferecidos, qualidade das instalações, regulamento, existência ou não de lista de árbitros, experiência prévia etc. Por fim, quanto à escolha do órgão arbitral, o autor defende a possibilidade da escolha de entidades com sede no exterior<sup>33</sup>.

Quanto à nomeação dos árbitros, Carmona<sup>34</sup> sustenta não ser contrário à participação de árbitros estrangeiros, não compartilhando do temor manifestado por algumas entidades estatais em relação aos árbitros não nacionais. Ressalta apenas a necessidade de o julgador dominar razoavelmente o português.

A questão das custas e despesas também é suscitada como uma das questões a serem resolvidas, haja vista a burocracia e a limitação orçamentaria da Administração Pública. O autor argumenta que a solução de antecipação das custas pela parte adversária não é suficiente para resolução do problema, podendo gerar abusos. O autor sustenta caber ao Estado arcar com as despesas devidas caso este tenha dado início ao procedimento arbitral. Defende, ainda, ser necessário criar mecanismos e verba específica a fim de custear esses processos, tendo em vista a inevitável necessidade de envolvimento do Estado na arbitragem<sup>35</sup>.

A verba honorária compartilha do mesmo problema das custas e despesas. Segundo Carmona, a melhor forma de resolver o problema seria evitar surpresas, incluindo, desde logo, na convenção de arbitragem, se haverá ou não a incidência de verba honorária<sup>36</sup>.

Quanto à sede da arbitragem, o autor sustenta que, em que pese não haver impedimentos para que o Estado celebre convenção arbitral prevendo o desenvolvimento do processo em terras estrangeiras, por questão de segurança e

---

<sup>33</sup> Ibid.

<sup>34</sup> Ibid.

<sup>35</sup> CARMONA, Carlos Alberto, "Arbitragem e Administração Pública – Primeiras reflexões sobre Arbitragem envolvendo Administração Pública". Revista Brasileira de Arbitragem, São Paulo, ano XIII, n. 51, p.7-21, set. 2016.

<sup>36</sup> Ibid.

conveniência, a Administração Pública provavelmente preferirá pela realização em território nacional, a fim de que a sentença arbitral seja proferida no Brasil<sup>37</sup>.

Quanto ao idioma, a aplicação da lei brasileira à arbitragem envolvendo o Estado sugere a utilização do idioma português no procedimento. Nada impede, todavia, que sejam elaborados documentos em língua estrangeira e depois traduzidos para o português<sup>38</sup>.

Por fim, quanto à publicidade, Carmona afirma não ser possível entender o §3º, do art. 2º, da Lei de Arbitragem, como uma regra de publicidade total e absoluta para todos os atos da arbitragem. Afirma ser inviável tornar pública todas as informações relativas ao processo arbitral, sendo adequado franquear ao público apenas os atos mais relevantes praticados pelas partes. Defende que devem as partes deixar claro qual grau de publicidade pretendem dar ao procedimento arbitral<sup>39</sup>.

Em 2019 adveio o Decreto Federal nº 10.025, dispondo sobre a arbitragem no âmbito da Administração Pública Federal, nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário. A norma aborda diversos temas dentro do procedimento arbitral, como o objeto da arbitragem, escolha da câmara arbitral e dos árbitros, prazos, despesas, além de estabelecer diretrizes aplicáveis à cláusula compromissória e ao compromisso arbitral, respondendo, inclusive, algumas das questões suscitadas por Carlos Alberto Carmona em 2016.

Cumprir destacar que o decreto encerra a antiga discussão acerca do que seriam os “direitos patrimoniais disponíveis”, previstos pelo artigo 1º da Lei nº. 9.307/96. O Decreto, já em seu artigo 2º, apresenta um rol exemplificativo, englobando: 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 parceria; e III – o inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes, incluídas a incidência das suas penalidades e o seu cálculo<sup>40</sup> (TIEPPO; ALMEIDA, 2020).

Observa-se que o Decreto Federal nº 10.025 é mais completo e detalhado sobre a prática da arbitragem na Administração Pública, abordando questões como

---

<sup>37</sup> Ibid.

<sup>38</sup> Ibid.

<sup>39</sup> Ibid.

<sup>40</sup> TIEPPO, Fábio Lunardi; ALMEIDA, Giovanna Helena Lopes de, “A Evolução da Arbitragem na Administração Pública”, Revista 199 Âmbito Jurídico, 2020.

custas, prazos e delimitando, ainda, quais as hipóteses em que o procedimento arbitral é admissível e recomendável.

O Decreto prevê que as arbitragens sejam realizadas no Brasil, em língua portuguesa, de acordo com a lei brasileira, e que sejam preferencialmente institucionais, sendo admitida, excepcionalmente, a arbitragem *ad hoc*, desde que a escolha seja devidamente justificada. Trata ainda da publicidade, excepcionando as informações necessárias à preservação de segredo industrial ou comercial, bem como aquelas consideradas sigilosas pela legislação pátria. A norma fixa ainda um prazo mínimo de 60 dias para resposta inicial, e de 24 meses para apresentação da sentença arbitral, contados da data de celebração do Termo de Arbitragem<sup>41</sup>.

Dessa forma, nota-se ter a arbitragem na Administração Pública tomado contornos mais nítidos após toda evolução legislativa, não pairando mais dúvidas quanto à sua possibilidade de aplicação quando envolvidos entes públicos.

## 5 CONCLUSÃO

Percebe-se, assim, a trajetória histórica da arbitragem no ordenamento jurídico, desde suas previsões iniciais nas Ordenações Filipinas, passando pela Constituição de 1824 e os códigos que a sucederam, até culminar na promulgação da Lei n.º 9.307/1996, marco institucional significativo para a consolidação desse instituto no direito brasileiro.

Da análise dos casos de jurisprudência emblemáticas e das legislações, mostra-se nítida a evolução e consolidação do instituto da arbitragem junto à Administração Pública. Nota-se que no Brasil, felizmente, predominou uma tendência favorável à arbitragem envolvendo entes públicos – e de outra maneira não poderia ser.

A despeito das discussões sobre a constitucionalidade da arbitragem, superadas pelo Supremo Tribunal Federal em 2001, a adoção desse instrumento para conflitos envolvendo a Administração Pública encontrou obstáculos e oposições. A PEC 29/2000, que buscava excluir a Administração Pública da arbitragem, reflete os questionamentos sobre o princípio da legalidade e a indisponibilidade do interesse público.

---

<sup>41</sup> Ibid.

Contudo, a jurisprudência, notadamente a do Superior Tribunal de Justiça, tem favorecido a aplicação da arbitragem, como evidenciado nos casos “Caso Lage”, “CEE vs. AES Uruguaiana” e “Compagas vs. Consórcio Passareli.” As decisões proferidas nesses processos contribuíram para sedimentar a possibilidade de utilização da arbitragem nos litígios de interesse da Administração Pública.

Diversas polêmicas que envolviam a possibilidade do uso da arbitragem quando envolvidos entes públicos foram superadas, a exemplo da necessidade de autorização legislativa expressa para o uso da arbitragem, bem como a definição de o que seriam os “direitos patrimoniais disponíveis”, de modo que não se mostra mais admissível a suscitação de dúvida quanto à abertura da via arbitral para a Administração Pública.

A evolução legislativa também desempenhou papel fundamental nesse quesito, com destaque para a Lei n.º 13.129/2015, que expressamente reconheceu a arbitrabilidade de litígios que envolvem a Administração Pública. O Decreto Federal n.º 10.025/2019 complementou essa evolução ao trazer disposições mais específicas e detalhadas acerca da prática da arbitragem no âmbito da Administração Pública Federal.

Superadas as polêmicas envolvendo o uso da arbitragem na Administração Pública, resta apenas ressaltar as qualidades que justificam o seu uso, quais sejam, a celeridade, a especialidade dos árbitros, a imparcialidade dos árbitros e a eficácia transnacional da sentença arbitral.

Conclui-se, ante todo o exposto neste trabalho, após análise da evolução da arbitragem envolvendo entes públicos, ter se consolidado no Brasil a utilização do procedimento arbitral junto à Administração Pública, como forma de conferir maior credibilidade, segurança jurídica, respeito aos contratos e aumento da influência do país no cenário arbitral internacional.

## Referências

ACCIOLY, João Pedro, “Arbitragem e Administração Pública: um panorama global”, **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 56, ano 15, jan.-mar. 2018, p. 143-178.

ANDRADE, Érico; MAGALHÃES, Gustavo, “Arbitragem e Administração Pública: limites e possibilidades de arbitrabilidade nos contratos de concessão (Leis

8.987/1995 e 11.079/2004)”, **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 65, ano 17, abr.-jun. 2020, 83-125.

BARALDI, Elena B. **Arbitragem e contratos com a Administração Pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 612.439/RS, Relator Ministro João Otavio de Oliveira, 2007.

CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**. 3. ed. São Paulo: RT, 2013.

CARMONA, Carlos Alberto, “Arbitragem e Administração Pública – Primeiras reflexões sobre Arbitragem envolvendo Administração Pública”. **Revista Brasileira de Arbitragem**, São Paulo, ano XIII, n. 51, p.7-21, set. 2016.

CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMERA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ. **Relatório Anual de Arbitragem 2019** – Fatos e Números, CAMCCBC, 2019.

CONSELHO FEDERAL DE DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. 20 anos da Lei Brasileira de Arbitragem. Brasília, OAB, 2015.

FICHTNER, Jose Antonio; Mannheim, Sergio Nelson, Monteiro; André. **Teoria Geral da Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

LEMES, Selma. **Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica**, São Paulo: Quartier Latin, 2007.

LEMES, Selma. **Pesquisa de Arbitragem em Número e Valores – 2020-2021**. [s.l.]: [s.n.], 2022.

MARTINS, André Chateaubriand, “A Administração Pública na reforma da Lei de Arbitragem” In: ROCHA, Caio Cesar Vieira, SALOMÃO, Luis Felipe. **Arbitragem e mediação: a reforma da legislação brasileira**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

ROCHA, Caio Cesar Vieira, “Arbitragem e Administração Pública: nova disciplina normativa após a Lei 13.129/2015”. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo: Editora RT, v. 49, ano 13, p. 103-126, abr.-jun. 2016.

RODRIGUES, Marco Antonio. **A Fazenda Pública no processo civil**, São Paulo: Atlas, 2016.

SCHMIDT, Gustavo Rocha. **A arbitragem nos conflitos envolvendo a Administração Pública**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito)- Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2016.

TIEPPO, Fábio Lunardi, Almeida, Giovanna Helena Lopes de. “A Evolução da Arbitragem na Administração Pública”. **Revista 199 Âmbito Jurídico**, 2020.