

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
Departamento de Direito Processual
Disciplina: DPC 524 - O Poder Público em Juízo
Professora Doutora Susana Henriques da Costa
Seminário – Arbitragem e Administração Pública

Para Alexandre Freitas Câmara “A arbitragem é, pois, um mecanismo destinado a auxiliar na busca do mais amplo acesso à ordem jurídica justa.”¹

Inicialmente utilizava-se a denominação “meios alternativos”, a qual foi melhor adaptada para “meios adequados”² pois a obtenção de uma solução mais do que alternativa à obtenção de uma tutela jurisdicional tradicional, obtida pelo Poder Judiciário, deve ser adequada, pois nem todo o litígio pode ser resolvido por outros meios³, seja às vezes pela característica do próprio litígio, como os famosos direitos indisponíveis do Estado, seja pela característica da parte envolvida no litígio, como por exemplo uma parte verdadeira hipossuficiente⁴.

A utilização da arbitragem para resolução de litígios no âmbito dos contratos administrativos foi objeto de muita polêmica no Direito brasileiro, principalmente no que

¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Das relações entre a Arbitragem e o Poder Judiciário*. In MANNHEIMER, Sergio Nelson (Org.). Revista de direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro. Vol. XVIII. Rio de Janeiro: Lúmen Juris.

² “[A]rbitragem não é um meio “alternativo” ao processo judicial, mas sim um meio que pode ser “mais adequado” do que esse tradicional modelo de resolução de litígios” in BONIZZI, Marcelo José Magalhães. *Arbitragem e Estado ensaio sobre o litígio adequado*. Revista de arbitragem e mediação: vol. 12, n. 45 (abr./jun. 2015)

³ Nas palavras de Ada Pellegrini Grinover, a arbitragem, a mediação e a conciliação “acenderam à estatura de instrumentos mais adequados de solução de certos conflitos”. Para a autora, a leitura mais atual do princípio constitucional de acesso à justiça “é hoje compreensiva da justiça arbitral e da conciliativa”. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2018, p.62

⁴ É o resultado encontrado nos estudos elaborados pela FGV nos anos de 2007. 2008 e 2009 que analisaram todos os acórdãos de anulação de sentença arbitral no país, conforme se infere da seguinte conclusão ao referido estudo: “Analisando-se os gráficos e tabelas apresentados, fica claro que nas 14 decisões em que houve anulação da sentença havia grande proporção de conflitos envolvendo pessoas físicas (71% ao todo, sendo 50% de conflitos entre pessoas físicas), de baixo valor econômico (nos 71% dos casos em que se conhece o valor envolvido, 80% está abaixo de R\$ 10.000,00), sendo que a maior causa das nulidades foi o vício de consentimento (43% dos casos: pessoas que foram supostamente coagidas a assinar a convenção de arbitragem ou foram induzidas em erro), muitas vezes combinados com violações ao devido processo legal (outros 14% dos casos).” BRAGHETTA, Adriana e outros. *Arbitragem e Poder Judiciário: Uma radiografia dos casos de arbitragem que chegam ao Judiciário brasileiro*. Cadernos Direito GV, seminário 32, v. 6, n.6: novembro, 2009, p. 66

se refere ao argumento da indisponibilidade do interesse público e do princípio da legalidade. Conforme visto em aula, foram diversos os dispositivos legais que trataram da arbitragem em diversos setores regulados da Administração Pública, tanto antes como depois do advento da Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015, que expressamente estabeleceu no dispositivo legal o cabimento da arbitragem na Administração Pública Direta e Indireta.

A Lei nº 9.472/1997, que disciplinou a prestação do serviço de telecomunicações por particulares, permitindo que os contratos de concessão contivessem cláusula prevendo “o foro e o modo para solução extrajudicial das divergências contratuais” (art. 93, inciso X), e a Lei nº 9.478/1997, que cuidou da exploração e produção de óleo e gás após o fim do monopólio estatal, admitindo que nos contratos de concessão por ela disciplinados fossem estabelecidas “regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional” (art. 43, inciso X).

Na sequência, outros diplomas legais autorizaram expressamente o uso da arbitragem na composição de litígios entre a Administração Pública e os particulares. Sem pretender esgotá-los, vale citar a Lei nº 10.233/2001, que trata do transporte aquaviário e terrestre, permitindo a inclusão no contrato de concessão de “regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem” (art. 35, inciso XVI); merece menção também a Lei nº 11.079/2004, que disciplina o contrato de parceria público-privada, prevendo “o emprego de mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem” (art. 11, inciso III). A própria Lei nº 8.987/1995 foi alterada em 2005 para que dela constasse expressa autorização de inclusão no contrato de concessão comum “de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem” (art. 23-A).

Cabível o uso da arbitragem na Administração Pública, outras discussões tiveram início, como discussões sobre quais direitos poderiam ser objeto da arbitragem em razão da regra geral da indisponibilidade do interesse público.

O princípio da indisponibilidade do interesse público rege todo e qualquer comportamento da Administração Pública, que jamais pode deixar de observá-lo, furtando-se à satisfação do interesse maior da coletividade. Dito de outro modo: todo e qualquer ato praticado pela Administração deve estar voltado ao atendimento do interesse público, não sendo lícito aos agentes administrativos atuarem para atingir qualquer outra

finalidade. É assim tanto no exercício de direitos indisponíveis de titularidade da Administração Pública como também no exercício de seus direitos disponíveis.

E não há dúvida que a Administração Pública é titular de direitos patrimoniais disponíveis, entendidos como como direitos passíveis de negociação. Não fosse assim, a Administração sequer poderia celebrar contratos.

Se a Administração pode contratar, celebrar acordos e transações, pode também submeter-se à arbitragem para compor litígios que tenham por objeto direitos patrimoniais disponíveis de sua titularidade, que admitiriam solução extrajudicial amigável mesmo que não houvesse convenção de arbitragem.

Ao recorrer à arbitragem para solucionar litígios que tenham por objeto direitos patrimoniais disponíveis, a Administração Pública não está dispondo do interesse público, e muito menos renunciando ao seu atendimento. Sob o ponto de vista material, a atividade desenvolvida por um juiz estatal em nada difere da desempenhada por um árbitro: ambos vão compor uma lide aplicando o direito positivo com observância das garantias inerentes ao devido processo legal.

Observa-se, ademais, que a decisão proferida pelos árbitros se assemelha à judicial, de modo que se recobre da garantia constitucional da coisa julgada material, prevista no art. 5º, XXXVI, da CF/1988, e, se condenatória, será admitida como título executivo judicial, conforme inteligência dos arts. 31 da Lei nº 9.307/1996 (Lei de Arbitragem) e art. 515, VII do Código de Processo Civil.

As mencionadas características, associadas à previsão legal de que o árbitro é juiz de fato e de direito, munido de amplos poderes instrutórios (art. 22 da Lei nº 9.307/1996), e que a sua decisão não está sujeita a recurso ou homologação pelo Poder Judiciário (art. 18 da Lei nº 9.307/1996), revelam o caráter jurisdicional de que se reveste o processo arbitral. Nas palavras de Carlos Alberto Carmona: “Se o poder estatal é exercido, sub specie jurisdictionis, com o objetivo de pacificar pessoas e dirimir conflitos com justiça, e se afinal a arbitragem também visa a esse objetivo, boa parte do caminho está vencido, nessa caminhada em direção ao reconhecimento do caráter jurisdicional da arbitragem (ou, pelo menos, da grande aproximação dos institutos, em perspectiva teleológica).” In CARMONA, Carlos Alberto. A arbitragem no processo civil brasileiro. São Paulo: Malheiros, 1993, prefácio.

No direito brasileiro, os particulares podem livremente pactuar que o procedimento arbitral de que são partes tramite em sigilo. Trata-se de uma faculdade,

todavia, que simplesmente não está ao alcance da Administração Pública, tendo em vista o disposto no art. 37 da CF.

De consequência, os procedimentos arbitrais em que a Administração Pública figure como parte não podem tramitar em sigilo. Se dúvida pudesse haver, a Lei n.º 9.307/1996, na redação que lhe deu a recente Lei n.º 13.129/2015, afastou-a, assim dispondo no § 3º do art. 2º: “A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade”.

O § 3º do art. 2º da Lei n.º 9.307/1996 veda também o julgamento por equidade nos processos arbitrais de que seja parte a Administração Pública, em observância ao princípio da legalidade.

A Lei n.º 11.079/2014 (art. 11, inciso III) e a Lei n.º 8.987/1995 (art. 23-A) estabelecem que as cláusulas compromissórias inseridas nos contratos de concessão por elas regulados deverão dispor que a arbitragem terá sede no Brasil, vedando, assim, a escolha de outro país.

Ainda que não se refira diretamente à arbitragem, parece ser plenamente aplicável à generalidade dos contratos administrativos com cláusula compromissória o disposto no art. 55, § 2º da Lei n.º 8.666/1993, segundo o qual o “foro da sede da Administração” é o competente “para dirimir qualquer questão contratual”, excetuadas as hipóteses do art. 32, § 6º do mesmo diploma, que também parecem aplicáveis à generalidade dos contratos celebrados pela Administração. Aplicando-se por analogia o dispositivo, o local da arbitragem haverá de ser onde a Administração tem sua sede.

STJ, no julgamento do Caso Compagás, firmou o entendimento de que a convenção de arbitragem não precisa ser incluída no edital de licitação ou no contrato celebrado pela Administração Pública, sendo possível que a via arbitral seja escolhida já quando do efetivo surgimento do litígio, mediante a celebração de compromisso arbitral, ou mesmo antes, por meio aditivo ao instrumento contratual que nele inclua uma cláusula compromissória.

Optando a Administração por uma arbitragem institucional, a escolha da câmara arbitral não dependerá de prévia licitação, eis que não é possível estabelecer critérios objetivos de seleção que tornem viável qualquer forma de competição, a tornar inexigível o certame licitatório conforme previsto no art. 25 da Lei n.º 8.666/1993. A escolha da câmara arbitral levará em conta elementos subjetivos que deverão ser avaliados pelo agente administrativo, conforme as necessidades do caso concreto: tradição do órgão institucional, qualidade do seu regulamento, localização de sua sede, reputação e

experiência dos árbitros que integram a sua lista – além, é claro, do valor das custas e dos honorários dos árbitros, único elemento que admitiria aferição objetiva, insuficiente, por si só, para garantir uma escolha que bem atenda ao interesse público.

Mas ainda que a licitação para escolha da câmara arbitral seja inexigível, a definição não poderá ser arbitrária e desarrazoada, devendo a Administração Pública fundamentar a sua decisão. Se a escolha recair sobre uma câmara arbitral instalada no exterior e a arbitragem haverá de ter sede no Brasil, a Administração deverá demonstrar a razão pela qual deixou de optar por instituições localizadas em território nacional, sendo certo que há por aqui diversas câmaras de nível elevado e com custo bem inferior.

Tampouco a escolha do árbitro a ser indicado pela Administração Pública depende de prévia licitação, igualmente inexigível. A escolha, afinal, levará em conta a notória especialização do indicado na matéria em litígio, bem assim, e sobretudo, a confiança que nele deposita a parte, aspectos subjetivos que deverão ser apreciados pelo agente administrativo no caso concreto.

Mas a escolha do árbitro pela Administração Pública deverá também observar o comando do art. 14 da Lei n.º 9.307/1996, que veda a indicação de pessoas que tenham, “com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes”.

Considerando as limitações orçamentárias a que estão sujeitos os entes públicos, em especial a Administração Pública Direta, o pagamento das taxas administrativas e honorários arbitrais pode gerar dificuldades práticas. Se a Administração é a parte requerente no procedimento, o não pagamento pode impedir o prosseguimento do caso, em prejuízo da efetiva tutela do direito de titularidade do Poder Público. Desta forma, conforme visto em aula, diversos entes federativos em suas legislações estabelecem desde logo que o pagamento dos custos do processo arbitral ficará inicialmente sob a responsabilidade do particular que celebrou contrato com a Administração Pública, a quem caberá antecipar o montante necessário ao andamento do feito, aí incluídas custas administrativas da câmara arbitral e honorários dos árbitros. Ao final do processo, o tribunal arbitral deverá deliberar sobre a responsabilidade das partes pelo pagamento dos custos do processo, conforme o resultado da demanda, condenando a Administração a restituir ao particular o valor que a ela for atribuído.

Considerando os aspectos gerais, em pesquisa realizada nas arbitragens envolvendo o Estado de São Paulo, **Jéssica Helena Rocha Vieira Couto** apontou que o valor estimado nas disputas eram todos acima da quantia de R\$ 40 milhões:

O primeiro aspecto a ser destacado concerne ao valor estimado das disputas, todos acima de R\$ 40.000.000,00 (quarenta milhões de reais), conquanto os contratos

não trouxessem um valor mínimo para submissão ao procedimento arbitral.

Analisados os aspectos gerais da Arbitragem com a Administração Pública, no ano de 2019 foi editada a Lei Federal nº 13.867/2019, publicada no dia 27/08/2019, sendo a responsável por autorizar o uso de mediação e da arbitragem para definir os valores de indenização nas desapropriações por utilidade pública.

A referida Lei veio **regular o Decreto-Lei nº 3.365/41**, que dispõe sobre as desapropriações por utilidade pública.

A nova Lei nº 13.867/19 acrescentou ao Decreto-Lei nº 3.365/41 modificações de duas ordens:

- Alteração no procedimento de notificação da desapropriação por utilidade pública a ser enviada ao expropriado pelo expropriante
- Introdução da possibilidade do uso de meios adequados de solução de controvérsias (mediação e arbitragem) para a discussão do **valor da indenização** a ser paga pela Administração Pública ao proprietário do imóvel desapropriado.

Havendo necessidade de desapropriação por utilidade pública, o poder concedente deverá notificar o proprietário do imóvel expropriado e fornecer-lhe um valor de indenização (art. 10-A), observados os requisitos (§1º do art. 10-A):

- Cópia do ato de declaração de utilidade pública;
- Planta ou descrição dos bens e suas confrontações;
- Valor da oferta;
- Informação de que o prazo para aceitar ou rejeitar a oferta é de 15 (quinze) dias e de que o silêncio será considerado rejeição;

Em caso de rejeição pelo proprietário do valor proposto, expressa ou tacitamente, poderá optar-se pela discussão do valor de indenização por meio de processo judicial ou pela utilização de meios alternativos, quais sejam: a mediação e a arbitragem (art. 10-B).

As justificativas utilizadas para a reforma legislativa seriam para viabilizar uma resolução mais ágil e eficiente na discussão do valor indenizatório devido pelo ente expropriante ao expropriado e possibilitar inequivocamente do uso da arbitragem e da mediação.

A Lei nº 13.867/19 estabelece que ambos os procedimentos deverão seguir o disposto nas leis que lhe são próprias:

- Para a arbitragem se aplicará a Lei nº 9.307/1996.
- Para a mediação se aplicará a Lei nº 13.140/2015.
- E, subsidiariamente, serão aplicados os regulamentos do órgão ou instituição responsável especializados em gerir os procedimentos (§§1º e 4º do art. 10-B).
- Há vedação expressa à mediação ou à arbitragem ad hoc.

Bibliografia:

Arbitragem e Administração Pública. *Rafael Munhoz de Mello.* DIREITO DO ESTADO EM DEBATE. Disponível em:

https://www.pge.pr.gov.br/sites/default/arquivos_restritos/files/documento/2019-10/2015_003artigo_2_arbitragem_e_administracao_publica.pdf

ARBITRAGEM E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Jéssica Helena Rocha Vieira Couto. RESPGE - SP São Paulo v. 9 n. 1 jan./dez. 2018 . 35 a 58. Disponível em:

<https://revistas.pge.sp.gov.br/index.php/revistaespgesp/article/download/433/385/1669>

Mediação e arbitragem nas desapropriações: faculdade ou dever? Luciano Ferraz. Consultor jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-out-03/interesse-publico-mediacao-arbitragem-desapropriacoes-faculdade-ou-dever/>

Desapropriação e arbitragem: lei 13.867. Cesar Pereira. Migalhas. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/310114/desapropriacao-e-arbitragem--lei-13-867>

Considerações sobre a mediação e arbitragem à luz da nova regulamentação da desapropriação. André Luiz dos Santos Nakamura. Cames Brasil. Disponível em: <https://camesbrasil.com.br/consideracoes-sobre-a-mediacao-e-arbitragem-a-luz-da-nova-regulamentacao-da-desapropriacao/>