16

Arbitragem e Administração Pública

André Rodrigues Junqueira
Procurador do Estado de São Paulo. Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP).

Sumário: 1. Arbitragem e Administração Pública no Brasil. 1.1. Evolução legislativa. 1.1.1. Legislação relativa às concessões de serviço público. 1.1.2. Novos marcos regulatórios. 1.2. Evolução jurisprudencial. 1.2.1. O "Caso Lage" (STF, Agravo de Instrumento em Recurso Extraordinário 52.181, Rel. Min. Bilac Pinto, j. 14.11.1973). 1.2.2. O "Caso Copel" (Procedimento 12656/KGA – CCI). 1.2.3. O "Caso Metrô/SP" (Procedimento 15283/JRF – CCI). 1.2.4. Pontos de contato entre os três precedentes. 1.2.5. Posicionamento do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Contas da União. 2. Arbitragem e Administração Pública no Direito Comparado. 2.1. França e Portugal. 2.2. Estados Unidos e Inglaterra. 2.3. Países latino-americanos. 3. Cláusula compromissória nos contratos da Administração Pública. 3.1. A primeira fase: o cumprimento das diretrizes dos financiadores internacionais. 3.2. A segunda fase: o uso indiscriminado da cláusula arbitral. 3.3. A terceira fase: o aprimoramento da cláusula arbitral. 4. Aspectos procedimentais. 4.1. Eventuais peculiaridades procedimentais da arbitragem com o Estado. 4.2. O princípio da publicidade. 4.3. Possibilidade de participação de terceiros no procedimento arbitral. 5. Conclusões. 6. Bibliografia.

1. Arbitragem e Administração Pública no Brasil

A utilização da arbitragem pela Administração Pública tem crescido nos últimos anos. A necessidade de instrumentos eficientes para solução de disputas nos contratos celebrados pelo Estado, aliada a um cenário normativo e doutrinário mais explícito quanto à legalidade das cláusulas compromissórias, colaborou nesse processo, de modo que o debate contemporâneo parece estar concentrado no estudo de melhores práticas e eventuais peculiaridades da arbitragem com participação das pessoas jurídicas governamentais.

Na tentativa de contribuir com esse tema, serão oferecidos ao leitor subsídios necessários para compreender o instituto da arbitragem no contexto do regime jurídico administrativo, em seu viés normativo, jurisprudencial e de direito comparado, com a derradeira classificação evolutiva das cláusulas de solução de disputas contratuais das avenças estatais e exposição de especificidades procedimentais na condução dos litígios.

1.1. Evolução legislativa

O primeiro instrumento normativo de que se tem notícia sobre arbitragem com participação da Administração Pública brasileira é o Decreto 7.959, de 29.12.1880, por meio do qual foram uniformizados os termos das concessões de estradas de ferro gerais do Império, conforme aponta estudo de Selma Lemes[1]. De acordo com o relato da autora, a cláusula XXXV do termo de concessão constante no Decreto estipulava que eventuais divergências entre as partes seriam resolvidas por "árbitros nomeados".

Nesse período, os grupos empresariais que atuavam nas concessões ferroviárias eram predominantemente ingleses, de modo que a arbitragem comercial era um instrumento seguro e conhecido que gerava um maior conforto para a celebração de contratos de longo prazo em uma nação ainda em formação. Ao que parece, a maior nota de consensualidade de tal instrumento de solução de disputas tenderia a favorecer as trocas comerciais da época[2].

Cabe destacar que o período em questão se caracterizava pela baixa densidade normativa em matéria de contratações públicas, com um Poder Judiciário em formação. O Brasil ainda era uma monarquia, escravocrata, despido de instituições consolidadas e predominantemente agrícola[3], de modo que a escolha por cláusulas arbitrais em contratos de concessão ferroviária talvez fosse

---

1. LEMES, Selma. *Arbitragem na Administração Pública*: fundamentos jurídicos e eficiência econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 63.
2. PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atuação administrativa consensual*: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 139.
3. Sobre o contexto político e econômico do período: "Apesar da ideologia dominante, do país exclusivamente agrícola, infiltra-se a seiva autonomista, composta dos mesmos elementos que fizeram a Independência. No seio da camada dirigente, muitas vezes para sua perplexidade e incompreensão, forma-se um corpo difuso, à procura de forma, projetado para o futuro. No seu flanco, a classe lucrativa, a filha dos comissários desdenhados pelo marquês de Lavradio e a egressa do tráfico, expande-se em atividade, sequiosa de negócios. Enquanto, ao seu lado, vicejam o exportador e o importador, ela mergulha na terra, fascinando a agricultura, expandindo-se nas cidades, fascinada pelas ações das companhias, crente no progresso, mas fiel à bolsa, aos seus lucros e ao enriquecimento súbito. [...]. Na ribalta, novos atores põem a máscara, para que o espetáculo, presidido pelo imperador, continue animado pela orquestra da gente cobiçosa e insaciável de lucro. Sobre todos, o Tesouro vela e provê, pródigo em concessões garantidas, em proteções alfandegárias, em emissões, em patentes bancárias, socorrendo, na hora das crises, as fortunas desfalcadas. Nesse sistema, com o Estado presente na atividade econômica, pai da prosperidade geral, a política dá as mãos ao dinheiro, como outrora" (FAORO, Raymundo. *Os donos*

a única opção razoável ao investidor estrangeiro à época. Sobre esse período, os registros documentais são escassos, assim não é possível saber se algum conflito contratual foi solucionado pela via arbitral no Brasil do século XIX.

Passados cerca de quarenta anos, com o advento de um regime constitucional republicano e com certa organização burocrática estatal, a situação altera-se. À medida que o arcabouço normativo brasileiro sobre contratações públicas se unifica e a magistratura brasileira se corporifica[4], a legislação parece conduzir no sentido de que as lides envolvendo a Administração Pública deveriam ser solucionadas pelo Poder Judiciário.

O primeiro instrumento normativo que trouxe alguma disciplina sistematizada sobre licitações e contratos públicos foi o Código de Contabilidade da União (com regulamento aprovado pelo Decreto 15.783/1922). Referida norma não trazia uma disciplina específica sobre métodos de solução de disputas nos liames obrigacionais estatais, contudo o seu conteúdo permitia inferir que os conflitos decorrentes das contratações públicas deveriam ser solucionados pelo Poder Judiciário, inclusive para as obrigações contraídas com pessoas domiciliadas no estrangeiro[5]. Ao que parece, tratava-se de exigência legal intransponível[6].

Após um longo período, com o advento do Decreto-lei 2.300, de 21.11.1986, que disciplinou detalhadamente as licitações e os contratos administrativos, a utilização da arbitragem foi expressamente proibida, por meio de seu art. 45. Em pouco tempo, referido estatuto jurídico foi reformulado pelo Decreto-lei 2.348, de 24.07.1987, para permitir a previsão de arbitragem em contratos contemplados com financiamentos de organismos multilaterais e para avenças celebradas pelo Estado com empresas estrangeiras para produtos fabricados e entregues no exterior.

Com a promulgação da Lei federal 8.666, de 21.06.1993, e a consequente revogação do estatuto de 1986, o manejo da arbitragem pela Administração

---

do poder: formação do patronato político brasileiro. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012. p. 370 e ss.).

4. Sobre a densidade do Poder Judiciário à época, cf. LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915.
5. Nesse sentido, previa o art. 775 do Decreto 15.783/1922: "A estipulação dos contratos administrativos compreende cláusulas essenciais e cláusulas assessórias. § 1º São cláusulas essenciais e como tais não podem ser omitidas em contrato algum, sob pena de nulidade: [...] e) nos contratos com pessoas naturais ou jurídicas domiciliadas no estrangeiro, a cláusula que declara competente o foro nacional brasileiro para dirimir quaisquer questões judiciárias originadas dos mesmos contratos".
6. CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. p. 85.

Pública perdeu seu fundamento de validade no ordenamento jurídico brasileiro, o qual foi recuperado com a legislação relacionada às concessões e a regulação de serviços públicos.

Durante todo o período relatado *supra*, a ocorrência de arbitragens, com participação da Administração Pública ou entre particulares, foi rara no solo brasileiro. Alguns entraves legais dificultavam a aceitação do instituto entre nós, como a necessidade de homologação da sentença arbitral pelo Poder Judiciário, a possibilidade de interposição de recurso de apelação contra a sentença que homologar o laudo[7], ou mesmo pela falta de conhecimento ou pouca divulgação em torno do tema.

1.1.1. Legislação relativa às concessões de serviço público

De forma abrangente, a Lei federal 8.987, de 13.02.1995, que dispõe sobre as concessões de serviço público em geral, foi alterada em 2005 para permitir expressamente a utilização de arbitragem nos contratos por ela regulamentados[8]. No mesmo sentido caminhou a Lei federal 11.079, de 30.12.2004 (Lei das Parcerias Público-Privadas)[9].

A partir do permissivo geral das legislações mais abrangentes, a regulamentação setorial passou a incorporar a possibilidade do manejo de arbitragem em seus contratos.

Nessa toada, o setor de energia elétrica foi um dos que mais se desenvolveu no que diz respeito ao uso da arbitragem para solução de conflitos, nos ramos de geração, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica[10].

---

7. Art. 1.101 do CPC/1973, revogado pela Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996.
8. Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da n. 9.307, de 23 de setembro de 1996.
9. Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever: [...] III o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos, da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.
10. "Ou seja, para que a energia elétrica possa ser efetivamente usufruída, tem de haver outras relações contratuais entre geradores, transmissores, distribuidores e comercializadores – sendo que cada uma dessas relações possui inúmeras obrigações e responsabilidades (muitas vezes de cunho eminentemente privado). Nesse contexto,

Cabe mencionar a Lei federal 10.848, de 15.03.2004, que dispõe sobre a comercialização de energia elétrica[11], e a Lei federal 10.438, de 26.04.2002, que disciplina a expansão da oferta de energia elétrica emergencial, recomposição tarifária extraordinária, cria o Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica (Proinfa), a Conta de Desenvolvimento Energético (CDE) e dispõe sobre a universalização do serviço público de energia elétrica[12], as quais expressamente adotam a arbitragem como um legítimo instrumento de solução de controvérsias.

No setor de transportes, pode ser destacada a Lei federal 11.442, de 05.01.2007, que dispõe sobre o transporte rodoviário de cargas por conta de terceiros e mediante remuneração, cujo art. 19 facultou às partes contratantes o uso da arbitragem como mecanismos de resolução de disputas.

---

a utilização de mecanismos alternativos de solucionar conflitos vem se destacando no setor de energia elétrica" (RIBEIRO, Diogo Albaneze Gomes. *Arbitragem no setor de energia elétrica*. Coimbra: Almedina, 2017. p. 20 e ss.).

11. Art. 4º Fica autorizada a criação da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE, pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, sob autorização do Poder Concedente e regulação e fiscalização pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, com a finalidade de viabilizar a comercialização de energia elétrica de que trata esta Lei.. [...] § 5º As regras para a resolução das eventuais divergências entre os agentes integrantes da CCEE serão estabelecidas na convenção de comercialização e em seu estatuto social, que deverão tratar do mecanismo e da convenção de arbitragem, nos termos da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996. § 6º As empresas públicas e as sociedades de economia mista, suas subsidiárias ou controladas, titulares de concessão, permissão e autorização, ficam autorizadas a integrar a CCEE e a aderir ao mecanismo e à convenção de arbitragem previstos no § 5º deste artigo.
12. Art. 4º A ANEEL procederá à recomposição tarifária extraordinária prevista no art. 28 da Medida Provisória 2.198-5, de 24 de agosto de 2001, sem prejuízo do reajuste tarifário anual previsto nos contratos de concessão de serviços públicos de distribuição de energia elétrica. [...] § 5º A recomposição tarifária extraordinária estará sujeita a homologação pela Aneel e observará as seguintes regras: [...] V – para atender aos fins previstos no inciso IV, a homologação da recomposição tarifária extraordinária estará condicionada, nos termos de resolução da Aneel, à solução de controvérsias contratuais e normativas e à eliminação e prevenção de eventuais litígios judiciais ou extrajudiciais, inclusive por meio de arbitragem levada a efeito pela Aneel; [...] § 8º Os contratos iniciais e equivalentes, assim reconhecidos em resolução da ANEEL, serão aditados para contemplar uma fórmula compulsória de solução de controvérsias, para que a ANEEL instaure *ex officio*, caso as partes não o façam em prazo determinado, os mecanismos de solução de controvérsias existentes, sem prejuízo da atuação subsidiária da ANEEL na arbitragem de controvérsias.

Igualmente, no ramo de hidrocarbonetos, tanto para os contratos de concessão quanto para as avenças de partilha, o uso da arbitragem está previsto expressamente na legislação regulamentadora (Lei federal 9.478/1996 e Lei federal 12.351/2010).

Não seria exagerado afirmar que quase todos os setores de infraestruturas públicas têm legislações que explicitam a viabilidade de solução de seus conflitos contratuais por arbitragem. Seria impossível mencionar todos os diplomas normativos no presente estudo, em razão das delimitações de espaço.

1.1.2. Novos marcos regulatórios

A partir de 2015, foram promulgadas novas leis para regulamentar o uso da arbitragem pela Administração Pública, de modo que pode ser dado destaque aos seguintes instrumentos: (i) Lei federal 13.129/2015 (que reformou a Lei de Arbitragem brasileira e esclareceu a possibilidade de a Administração Pública se submeter à arbitragem); (ii) Decreto federal 8.465/2015 (que dispõe sobre arbitragem no Setor Portuário); e (iii) Lei federal 13.448/2017 (que estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria nos setores aeroportuário, rodoviário e ferroviário).

Assim, a Lei federal 13.129/2015 reformulou a Lei federal 9.307/1996 para prever que a arbitragem com participação da Administração Pública será realizada em respeito ao princípio da publicidade e com vedação ao uso da equidade. Trata-se de elemento já previsto em muitos contratos celebrados por entes públicos.

Por sua vez, o Decreto 8.465, de 08.06.2015, regulamentou o § 1º do art. 62 da Lei federal 12.815, de 05.06.2013, para dispor sobre os critérios de arbitragem para dirimir litígios no âmbito do setor portuário. Cabe apontar que se trata, até o presente momento, da mais detalhada regulamentação sobre arbitragem com entes estatais de que se tem notícia.

Referido ato legislativo apresenta um rol de matérias que podem ser objeto de convenção arbitral, veda o procedimento que decida por equidade e que seja realizado em outro vernáculo. Além disso, o colegiado julgador deverá ser composto por, no mínimo, três árbitros para questões acima de vinte milhões de reais.

Além disso, os contratos de concessão, arrendamento e autorização poderão conter cláusula compromissória, a qual não poderá prever sua utilização para questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, sem prejuízo de posterior celebração de compromisso arbitral para a solução de disputas dessa natureza, cujos requisitos são apresentados no texto do Decreto.

Tal ato legislativo ainda prevê que a escolha de árbitro ou instituição arbitral será considerada contratação direta por inexigibilidade de licitação e que o pagamento de eventual condenação pela Administração Pública ocorrerá por precatório ou requisição de pequeno valor.

O Decreto de arbitragem no setor portuário é bastante criticado por regulamentar alguns pontos na contramão de uma evolução doutrinária e jurisprudencial. Por exemplo, a restrição à utilização de arbitragem para questões que envolvam reequilíbrio econômico-financeiro parece contrariar as principais previsões contratuais contidas nos instrumentos de concessão de serviço público, tendo em vista se tratar de tema cuja disponibilidade patrimonial costuma estar presente[13]. Da mesma forma, privilegiar o compromisso arbitral, em detrimento da cláusula compromissória, reduz a importância da previsão contratual e contraria pontos mais relevantes trazidos pela Lei de Arbitragem[14].

Nessa toada, cabe trazer a conhecimento do leitor o conteúdo da Lei 13.448/2017, que disciplinou a prorrogação e a relicitação dos contratos de parceria nos setores aeroportuário, rodoviário e ferroviário. No que diz respeito à arbitrabilidade objetiva, mencionada lei dispôs um elenco das matérias

---

13. "Importante ressaltar que a própria Lei dos Portos estabelece contratos administrativos de períodos longos, onde, por exemplo, os autorizatários terão 25 anos prorrogáveis por igual período. Em face destes grandes períodos, tais contratos são sensíveis a fatos supervenientes, substancialmente lesivos para o equilíbrio contratual, podendo causar lesão a uma parte e enriquecimento sem causa à outra. Ocorre que se torna muito difícil fragmentar a relação entre o descumprimento contratual e o desequilíbrio econômico-financeiro, uma vez que tais institutos estão intrinsecamente ligados. O desequilíbrio econômico pode gerar um descumprimento contratual, e vice-versa. Neste sentido, o decreto poderia estar criando uma celeuma, onde diante da possibilidade de a Administração Pública não realizar um compromisso arbitral, um eventual litígio sobre o desequilíbrio econômico-financeiro e descumprimento contratual poderia tramitar concomitantemente em âmbito judicial e arbitral, respectivamente, causando uma grande insegurança jurídica e caminhando na contramão do próprio incentivo à arbitragem" (CARDOSO, Camila Mendes Vianna et al. Dec. 8.465/2015: fomento à arbitragem envolvendo a Administração Pública no setor portuário. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 13, v. 48, p. 172, jan.-mar. 2016).
14. "Tendo em vista que o direito positivo brasileiro não se preocupou – até o advento da Lei 9.307/96 – com a normatização da cláusula compromissória, o legislador foi particularmente atencioso com relação ao tema, especialmente porque a cláusula deixou de ser apenas um pré-contrato de compromisso, eis que, nos termos do art. 5º, o juízo arbitral pode ser instituído (art. 19) sem que seja necessária a celebração de um compromisso arbitral" (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei n. 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 17).

consideradas direitos patrimoniais disponíveis (questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos; cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de concessão; e o inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes). Ao que parece, o rol apresentado tende a abarcar qualquer tema da gestão contratual que possa ser objeto de litígio, dado o uso de expressões de amplo conteúdo semântico.

A lei federal supramencionada ainda inovou ao prever que ato do Poder Executivo regulamentará o credenciamento de câmaras arbitrais para as finalidades sujeitas à sua disciplina jurídica[15]. A forma para instrumentalizar tal procedimento depende da edição de decreto regulamentador, ainda não editado.

Em sentido semelhante, no âmbito estadual, o Decreto do Estado do Rio de Janeiro 46.245, de 19.02.2018, regulamentou a adoção da arbitragem para dirimir os conflitos que envolvam sua Administração Direta ou entidades descentralizadas, com a previsão de um cadastramento de câmaras arbitrais, a ser realizado pela Administração Pública, com base em diversos critérios (representação no Estado do Rio de Janeiro, constituição regular pelo prazo mínimo de cinco anos e reconhecida idoneidade e experiência na administração de procedimentos arbitrais), de modo que a parte privada poderá realizar a escolha dentre as instituições devidamente cadastradas[16].

1.2. Evolução jurisprudencial

Os casos que serão explanados a seguir não foram escolhidos a esmo. Trata-se de procedimentos arbitrais que foram judicializados para discutir sua arbitrabilidade, diante das peculiaridades da participação estatal. São processos

---

15. Existem estudos que defendem a possibilidade do uso do credenciamento para seleção de câmaras arbitrais. Nesse sentido, cf. ALVES, Marcus Vinicius Armani. *A Fazenda Pública na arbitragem*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 184.
16. No contexto estadual, vale recordar que o Estado de Minas Gerais foi pioneiro na promulgação de uma lei específica para lidar com a arbitragem perante o Poder Público. Trata-se da Lei estadual mineira 19.447, de 13.01.2011. A lei mineira, em seu art. 4º, impõe a utilização da arbitragem institucional, excluindo o modelo *ad hoc*. Ainda assim, exige-se que o árbitro seja brasileiro e membro de câmara arbitral inscrita no Cadastro Geral de Fornecedores de Serviços ao Estado. Foi previsto, adicionalmente, que a câmara arbitral seja preferencialmente sediada em Minas Gerais e esteja regularmente constituída por, no mínimo, três anos, funcione como instituição arbitral, tenha como fundadora, associada ou mantenedora entidade que exerça atividade de interesse coletivo e seja idônea, competente e experiente.

julgados em períodos distintos da história do Brasil, sob a égide de diferentes ordenamentos jurídicos, cada qual com suas peculiaridades, mas que têm em comum a participação de um ente estatal como parte e a intensa discussão acadêmica gerada nos meios especializados.

O primeiro precedente a ser analisado é o "Caso Lage", apontado pela doutrina como o *leading case* de arbitragem com participação da Administração Pública[17]. O segundo caso envolve a Companhia Paranaense de Energia (Copel) e a sociedade de propósito específico UEG Araucária Ltda., em conflito no qual se questionou a legalidade da cláusula arbitral no contrato. O último envolveu o contrato de obras para construção da Linha 4 do Metrô de São Paulo, no qual foi impetrado mandado de segurança contra o presidente do tribunal arbitral, apontado como autoridade coatora.

1.2.1. O "Caso Lage" (STF, Agravo de Instrumento em Recurso Extraordinário 52.181, Rel. Min. Bilac Pinto, j. 14.11.1973)

O chamado "Caso Lage" ocorreu em um contexto político muito peculiar da História do Brasil, que precisa ser esclarecido ao leitor, para que se compreendam o alcance e a importância de tal precedente.

Durante a Segunda Guerra Mundial, foi publicado o Decreto 10.358, de 31.08.1942, que declarou o estado de guerra no território nacional, com a relativização de certas garantias constitucionais, como o direito de propriedade. Com fundamento em tal ato normativo, determinados bens poderiam ser incorporados ao patrimônio da União para sua utilização na atividade bélica.

Naquela época, as "Organizações Lage", conglomerado empresarial do setor carbonífero e naval, continham um conjunto patrimonial útil ao interesse da defesa nacional[18]. Nesse contexto, Henrique Lage, presidente do grupo,

---

17. A esse respeito: "A jurisprudência nacional tem também adotado uma orientação firme no sentido da admissibilidade da arbitragem para a solução de litígios relativos a matéria administrativa. Já há várias décadas, o Supremo Tribunal Federal (STF) afirmou o cabimento da arbitragem envolvendo a Administração Pública no clássico 'caso Lage'" (TALAMINI, Eduardo; PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Arbitragem e Poder Público: o esboço de um consenso e novos desafios. In: _____; _____ (Coord.). *Arbitragem e Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 8. Em sentido semelhante: AMARAL, Paulo Osternack. *Arbitragem e Administração Pública*: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 80; e CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei n. 9.307/96. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 45).

18. Sobre a história das "Organizações Lage" e de Henrique Lage, cf. CAMPELLO, Carlos. A trajetória empresarial de Henrique Lage e as relações com o Estado. *XXIII*

ofereceu parte dos bens de sua companhia para serem incorporados, em troca da liquidação de seus débitos com o Tesouro Nacional e o Banco do Brasil[19].

Pouco tempo após o envio de tal oferta ao Presidente Getúlio Vargas, em 02.07.1941, Henrique Lage faleceu. Alguns meses depois de sua morte, foi promulgado o Decreto-lei 4.648, de 02.09.1942, que determinou a incorporação ao patrimônio nacional dos bens e direitos das "Organizações Lage" e do espólio de Henrique Lage.

Após algumas divergências entre a União e os representantes do espólio acerca do valor cabível a título de indenização, o Decreto-lei 7.024, de 06.11.1944, manteve a incorporação do acervo das empresas Lage, com fixação do valor de indenização, e os bens não incorporados seriam restituídos em processo de inventário e partilha. Inúmeras dificuldades ocorreram para a restituição dos bens, de modo que o Presidente da República solicitou a oitiva do Consultor-Geral da República à época, que opinou pela possibilidade de solução da controvérsia por juízo arbitral, o que já havia sido sugerido pelo advogado do espólio de Henrique Lage. Com suporte em tal peça opinativa, foi expedido o Decreto-lei 9.521, de 26.07.1946, que viabilizou essa opção.

O juízo arbitral foi composto por Raul Gomes de Matos, indicado pela União, Antônio Sampaio Dória, indicado pelo espólio, e Manoel da Costa Manso, ministro aposentado do STF, por escolha dos árbitros nomeados pelas partes. A sentença arbitral foi proferida em 1948, determinando o valor da indenização a ser adimplida. Contudo, parte das requisições feitas pelo espólio de Henrique Lage não foi paga, de modo que o Presidente da República enviou projeto de lei ao Congresso Nacional solicitando a abertura de crédito suplementar para fazer frente a tal pagamento.

A questão caminhava no Congresso Nacional, quando, em razão de uma mudança de governo, com retorno de Getúlio Vargas à Presidência da República, foi solicitado parecer do Procurador-Geral da Fazenda, Haroldo Renato Ascoli, que, em 1952, sustentou a inconstitucionalidade do juízo arbitral. Uma mensagem presidencial foi enviada ao Congresso solicitando o cancelamento das propostas de abertura de crédito suplementar, a qual, após intensos debates, foi acolhida, com o consecutivo arquivamento dos projetos de lei.

Simpósio Nacional de História. Londrina, 2005. Disponível em: [http://anais.anpuh.org/wp-content/uploads/mp/pdf/ANPUH. S23.0178.pdf]. Acesso em: 24.04.2018.

19. A carta de Henrique Lage endereçada ao então Presidente Getúlio Vargas, subscrita em 29.06.1941, pode ser acessada em: [http://fgv.br/cpdoc/acervo/arquivo-pessoal/GV/textual/carta-de-henrique-lage-a-getulio-vargas-colocando-a-disposicao-do-governo-parte-dos-navios-de-sua-companhia-para-integrarem-a-grande-companhia-uni]. Acesso em: 27.04.2018.

Diante de tais fatos, a questão foi levada ao Poder Judiciário pelo espólio de Henrique Lage. Na derradeira decisão desse conflito, que perdurou de 1948 a 1973, o STF decidiu pela constitucionalidade do juízo arbitral envolvido e reforçou a obrigatoriedade das partes de cumprir a sentença arbitral.

O precedente jurisprudencial supradescrito costuma ser mencionado como o posicionamento sobre a constitucionalidade da arbitragem com o Poder Público, proferido pelo STF. Contudo, uma análise mais atenta das circunstâncias do julgado tende a relativizar essa afirmação.

Como relatado, o conflito arbitral discutiu uma indenização decorrente de um ato expropriatório praticado durante a Segunda Guerra Mundial. Tratava-se de ato administrativo anômalo, praticado com fundamento em um decreto-lei que havia "suspendido a eficácia" de diversos artigos da Constituição de 1937[20]. A despeito de tanto a expropriação quanto a submissão do valor de indenização à arbitragem decorrerem da vontade das partes (como indicam a carta enviada por Henrique Lage ao Presidente Getúlio Vargas em 1941 e o relatório apresentado pelo Ministro Bilac Pinto), tudo foi positivado de forma unilateral por Decreto Legislativo, que dispunha inclusive sobre o rito procedimental a ser seguido.

Na compreensão aqui defendida, o painel arbitral se aproximou de um "Tribunal *ad hoc*", instituído com o objetivo de solucionar a contenda de um grupo empresarial que mantinha boas relações com o governo à época[21]. Toda a documentação referente a esse período denota a tentativa de restringir a transparência em torno de um litígio que envolvia a luta de um empresário para saldar suas dívidas (dado que Henrique Lage pretendia compensar sua indenização com débitos no Tesouro Nacional e no Banco do Brasil) e os objetivos governamentais de obter ativos no setor militar. Portanto, tratava-se de

---

20. Sobre o referencial político e jurídico do primeiro governo de Getúlio Vargas, cf. LOEWENSTEIN, Karl. *Brazil under Vargas*. New York: The Macmillian Company, 1942.

21. "Durante o Estado Novo, as relações entre Henrique Lage e Getúlio Vargas tornam-se mais próximas, inclusive com a prestação de homenagens de parte a parte. Exemplo disto é a concessão, em 1938, por parte de Vargas a Henrique Lage, da Ordem do Mérito Militar no grau de oficial. Por sua vez, Lage homenageia Getúlio Vargas com a inauguração de retratos do Presidente, sendo o principal na sala de reuniões do Conselho Geral de Administração da 'Organização Lage', em cerimônia de comemoração do primeiro aniversário do Estado Novo" (CAMPELLO, Carlos. A trajetória empresarial de Henrique Lage e as relações com o Estado. *XXIII Simpósio Nacional de História*. Londrina, 2005. Disponível em: [http://anais.anpuh.org/wp-content/uploads/mp/pdf/ANPUH. S23.0178.pdf]. Acesso em: 24.04.2018, p. 6).

evento pautado em objetivos muito distantes daqueles que hoje fundamentam a escolha pela arbitragem em litígios sobre direitos patrimoniais disponíveis. Em sentido semelhante, pode ser destacado o pensamento de Carlos Alberto de Salles[22].

1.2.2. O "Caso Copel" (Procedimento 12656/KGA – CCI)

A Companhia Paranaense de Energia (Copel) é uma sociedade de economia mista, cujo controle acionário pertence ao Estado do Paraná. Em 1997, referida empresa iniciou um projeto com a Petrobras Distribuidora S.A. e a empresa El Paso para construção de uma usina termoelétrica a gás na cidade de Araucária, Paraná. A implementação desse empreendimento se deu pela constituição de uma Sociedade de Propósito Específico, denominada Usina Elétrica a Gás de Araucária (UEG).

Após sua constituição, a UEG foi autorizada a atuar como produtora independente de energia elétrica, de modo que, no ano 2000, tal companhia celebrou contrato com a Copel para compra e venda de energia, pelo prazo de vinte anos. Tal instrumento continha cláusula arbitral para solução de disputas, com indicação da CCI para reger o procedimento, a ser sediado em Paris (França), com utilização do direito brasileiro no julgamento[23].

---

22. "Importante destacar o fato de a arbitragem haver sido instituída por força de disposição legal, contida em um decreto-lei que, à época, era inteiramente equiparado à lei ordinária. Com isso, não se cuidou do estabelecimento de arbitragem por livre convenção das partes, mas instituída por força e nos termos de lei específica. Ainda mais, deve-se considerar que o Decreto-lei 9.521/46 criou um regime próprio de arbitragem, diverso daquele então vigente, o qual, inclusive, exigia homologação judicial da sentença arbitral. Exatamente por essa razão, um dos principais argumentos do recurso da União dizia respeito ao juízo arbitral em questão constituir verdadeiro juízo de exceção e sua criação, pelo Presidente da República, ter criado estrutura judiciária à margem do sistema constitucional. Essa posição foi afastada no voto do Ministro Rodrigues Alkmin sob o argumento de que 'os conflitos de interesses comportam solução negocial', podendo transigir e aceitar compromisso, o que, segundo ele, não torna 'possível confundir a situação com a instituição de órgão dotado de poder jurisdicional'. [...] O 'Caso Lage', mesmo não lidando propriamente com a aplicação da arbitragem para solução de controvérsias contratuais da administração e referindo-se a situação de grande peculiaridade, tem o interesse de discutir e posicionar-se quanto à participação do Poder Público em uma arbitragem. Nesse sentido, é útil por ajudar a superar algumas premissas em torno das quais se forma forte resistência à arbitragem nessa área" (SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 229-230).

23. "A construção da usina e sua operação, como sói acontecer nesse tipo de empreitada, apresentaram dificuldades. Entre a maior delas, segundo a Copel, a incompatibilidade

A construção e a operação da usina pela UEG enfrentaram dificuldades, relatadas por Julia Dinamarco[24]. Diante da suspensão dos pagamentos pela Copel, a UEG ingressou com requerimento de arbitragem perante a CCI em 2003.

Pouco tempo depois de ser notificada do requerimento de arbitragem, a Copel ingressou com ação judicial, com pedido de provimento jurisdicional que declarasse a nulidade da cláusula arbitral assinada e a indisponibilidade dos bens e direitos contidos no contrato. Inicialmente, foi deferida medida liminar para o fim de que a UEG não praticasse qualquer ato na arbitragem, sob pena de multa diária[25].

Após a prolação de tal medida judicial, seguiu-se intensa judicialização do tema pelas partes, por meio da qual a estatal tentou provar a impossibilidade de submissão do pleito ao juízo arbitral. Ao final, em 2006, UEG e Copel entraram em acordo, promovendo a extinção de tais processos[26].

---

do equipamento que seria utilizado para a produção da energia elétrica com as especificações do gás natural que deveria ser utilizado pelo equipamento. Da responsabilidade por essa incompatibilidade e da necessidade de ajustes no equipamento (com acréscimo de custos e, ademais, atraso no início de operação efetiva da usina) nasceram os desentendimentos entre Copel e UEG. Não obstante, Copel realizaria alguns pagamentos ao amparo do Contrato, no início de 2003. Posteriormente, a Copel interromperia pagamentos à UEG, alegando adicionalmente caracterização de excessiva onerosidade no Contrato, com consequente lesão ao patrimônio público. Além da excessiva onerosidade, a Copel afirmaria que o Contrato não teria sido aprovado pela Aneel, e que teria havido um erro estratégico na construção da Usina por causa da incompatibilidade do equipamento e resultante atraso na finalização das obras sem culpa da Copel" (DINAMARCO, Julia. Algumas considerações sobre o caso judicial Copel v. UEG. In: GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (Coord.). *Aspectos práticos da arbitragem*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 84).

24. DINAMARCO, Julia. Algumas considerações sobre o caso judicial Copel v. UEG. In: GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (Coord.). *Aspectos práticos da arbitragem*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 85.
25. "Foram dois os argumentos utilizados para sustentar a nulidade da cláusula compromissória: primeiro, a Copel alegou ser uma sociedade de economia mista, dependente, portanto, de autorização legal específica para se submeter à arbitragem (ou seja, inarbitrabilidade subjetiva); em segundo lugar, a Copel alegou que o objeto do contrato de compra e venda envolvia questões de interesse público, sendo assim direito indisponível e, portanto, inarbitrável (ou seja, inarbitrabilidade objetiva)" (ALVES, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade de medidas antiarbitragem no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 230).
26. A descrição de toda a controvérsia processual e de seu derradeiro acordo pode ser encontrada em duas obras: ALVES, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade de medidas antiarbitragem no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 230-234; e

Assim, formou-se o painel arbitral para julgamento da controvérsia, composto por Karl-Heinz Böckstiegel (Presidente), Martin Hunter (indicado pela UEG) e Jorge Fontoura Nogueira (indicado pela Copel). Referido colegiado proferiu sentença parcial, por maioria, vencido Jorge Nogueira, em 06.12.2004, reconhecendo sua competência para o julgamento da causa[27].

O caso narrado *supra* foi amplamente discutido nos meios acadêmicos, mencionado por autores estrangeiros, como Emmanuel Gaillard[28], e descrito em *papers* publicados em periódicos internacionais, como artigo de Flávia Mange[29]. Em geral, a referência é sempre negativa, dado ser um típico exemplo de *anti-suit injunctions*, ou seja, medida adotada com a intenção de interromper ou dificultar o curso legítimo de uma arbitragem.

Ao que parece, o "Caso Copel" ganhou muita repercussão por envolver uma arbitragem internacional, com um painel composto por dois árbitros de renome mundial, para discussão de vultosas quantias. Em paralelo, o despreparo do Estado do Paraná para lidar com a questão, aliado a algumas peculiaridades político-governamentais da época (que não serão discutidas neste artigo, por estarem fora do objeto de estudo), ocasionou uma atuação litigante que tangenciou a má-fé, considerando que a companhia estatal alegou a nulidade da cláusula contida em contrato por ela assinado[30].

DINAMARCO, Julia. Algumas considerações sobre o caso judicial Copel v. UEG. In: GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (Coord.). *Aspectos práticos da arbitragem*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 80-104.

27. Sentença parcial sobre competência de 06.12.2004 no Caso CCI 12656, *UEG Araucária c. Copel*. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 11, p. 257, out.-dez. 2006.
28. GAILLARD, Emmanuel. *Teoria jurídica da arbitragem internacional*. Trad. Natália Mizrahi Lamas. São Paulo: Atlas, 2014. p. 64-65.
29. MANGE, Flávia Foz. Anti-suit Injunctions in International Arbitration: Protecting the Procedure or Pushing to Settlement? *Dispute Resolution International*, v. 4, n. 2, p. 191-218, oct. 2010. De acordo com a autora, o caso Copel "se tornou um exemplo conhecido de como um país de *civil law* pode utilizar uma medida antiarbitragem no contexto de uma arbitragem internacional" (traduçao livre, p. 194).
30. Infelizmente, a conduta da Copel repetiu-se em outros casos envolvendo a Administração Pública. No Estado de Sergipe, a Construtora Celi Ltda. requereu o estabelecimento de compromisso arbitral em face do Estado de Sergipe, relatando que, após vencer licitação, firmou o contrato 46/2004 com a Administração, objetivando a execução de obras complementares da adutora do Piautinga. Asseverou que, após a finalização das supramencionadas obras, restaram, em virtude do inadimplemento do requerido, verbas a receber, e, no contrato norteador do certame avençado, existia cláusula submetendo a solução de qualquer controvérsia ao juízo arbitral. O Estado

1.2.3. O "Caso Metrô/SP" (Procedimento 15283/JRF – CCI)

A primeira arbitragem da Companhia do Metropolitano de São Paulo (Metrô/SP, sociedade de economia mista paulista) decorreu de litígio de dois contratos de obras celebrados pela estatal para construção da Linha 4 – Amarela.

A Concorrência Pública Internacional 41301212, lançada pelo Metrô/SP para implementação dos Lotes 1 e 2 da Linha 4 do Metrô de São Paulo, foi conquistada, após o procedimento competitivo, pelo Consórcio Via Amarela (CVA), integrado pelas empresas CBPO Engenharia Ltda., Construtora OAS Ltda., Construtora Queiroz Galvão S.A., Construções e Comércio Camargo Correia S.A., Construtora Andrade Gutierrez S.A. e Alstom Transport S.A., com a subsequente celebração de dois contratos em 1º.10.2003, na modalidade *turn-key*, que tem por objeto a execução de projetos, construções, suprimentos e instalações das obras, equipamentos e sistemas para os lotes em questão.

Em 26.11.2007, o Metrô/SP e o CVA apresentaram requerimento de arbitragem, noticiando a situação litigiosa dos dois contratos supramencionados. Isso porque, em 16.05.2006, o CVA apresentou ao Metrô/SP solicitação de pagamento adicional a título de reequilíbrio econômico-financeiro, em função de alteração do método construtivo, de *Shield* para NATM ("New Austrian Tunnelling Method"). Por sua vez, o Metrô/SP recusou tal pleito, entre outras razões, porque aprovara a nova metodologia construtiva, com a expressa condição de que não implicasse custos adicionais.

Inicialmente, o caso foi levado à Junta de Litígios, instância administrativa prevista nos contratos, a qual recomendou o pagamento do reequilíbrio econômico-financeiro pleiteado pelo CVA. Ambas as partes discordaram de tal recomendação. O Metrô/SP se insurgiu por considerar descabido qualquer pagamento e o CVA divergiu quanto ao valor proposto.

Após a realização da instrução processual, o tribunal arbitral[31], em 18.06.2009, proferiu sentença parcial, na qual considerou procedente o pleito apresentado pelo CVA, condenando o Metrô/SP ao pagamento das despesas adicionais decorrentes da mudança da metodologia construtiva, em valor a ser apurado mediante perícia contábil.

A compreensão explicitada pelo tribunal arbitral aponta que, ainda que a mudança da metodologia construtiva tenha decorrido de proposta do CVA, o

---

de Sergipe, por sua vez, recusou-se a submeter ao procedimento arbitral, afirmando que os interesses em jogo eram indisponíveis e o Estado jamais poderia se afastar da jurisdição estatal (18ª Vara Cível de Aracaju, Autos 200911801550).

31. Composto pelos juristas Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Gustavo Binenbojm e Carlos Alberto Carmona (Presidente).

fato de esta ter sido aceita pelo Metrô/SP vinculá-la-ia. Além disso, a ressalva de que a mudança na obra somente seria autorizada se não houvesse incremento de custos teria sido proferida mais de cinco meses após a estatal aprovar parte da proposta.

Diante de tal sentença parcial, o Metrô/SP apresentou pedido de esclarecimentos, para pronunciamento, entre outros elementos, sobre a espécie de prova a ser produzida para liquidação da sentença, tendo em vista que, no seu entendimento, não seria possível a mera perícia contábil para identificar os preços unitários de trechos, etapas ou estações, que têm valor global, de modo que seria inviável identificar o valor da condenação à recomposição do equilíbrio contratual. Assim, no entender da estatal, seria necessária perícia de engenharia.

Os argumentos apresentados pelo Metrô foram refutados pelo tribunal arbitral, por meio de decisão proferida em 09.11.2009[32].

Não resignada, a estatal ainda apresentou um pedido de reconsideração em sede arbitral, para, após o seu não conhecimento, ingressar com mandado de segurança perante o Poder Judiciário paulista.

Nessa toada, a Ação Mandamental 0017261-67.2010.8.26.0053 (13ª Vara da Fazenda Pública da Capital do Estado de São Paulo) inicialmente concedeu medida liminar, com a finalidade de obrigar o tribunal arbitral a realizar a perícia de engenharia para apurar os valores devidos ao CVA. Referida medida foi cassada em sede recursal (TJSP, 5ª Câmara de Direito Público, Agravo de Instrumento 0284191-48.2010.8.26.0000, Rel. Des. Franco Cocuza, j. 14.03.2011, v.u.).

Ao final, o processo foi extinto pelo reconhecimento da decadência, tendo em vista que foi ultrapassado o prazo de cento e vinte dias para impetração do *writ*, dado que o Metrô/SP considerou como marco inicial para contagem do

---

32. De acordo com a decisão: "13. Em segundo lugar, a perícia não se prestará para verificação da boa ou má execução do CONTRATO segundo a nova metodologia, pois no curso da referida execução, o próprio METRÔ recebeu ou deveria ter recebido relatório do progresso da obra (Cláusula 18, especificamente Subcláusulas 18.3 e 18.4 das GCC), aprovou ou poderia ter aprovado documentos técnicos (Cláusula 23, especialmente Subcláusulas 20.3, 20.8 e 23.12 das GCC), determinou ou poderia ter determinado quaisquer testes e inspeções na obra (Cláusula 23, especialmente 23.5 das GCC). Sendo titular de efetivo poder de fiscalização, é de se esperar que o METRÔ o tenha exercido de acordo com as cláusulas contratuais e com o princípio da boa-fé objetiva, apontando eventuais falhas, excessos ou distorções na execução das obras".

prazo o não conhecimento do seu pedido de reconsideração na arbitragem, quando deveria reputar a contagem do prazo a partir da sentença que rejeitou o pedido de esclarecimentos[33].

Referido precedente representa um modelo de baixa maturidade do uso da arbitragem por empresa estatal paulista. Ainda que se possa discordar do mérito da decisão tomada pelo painel de árbitros, o conjunto de elementos apresentado nos autos não foi capaz de comprovar qualquer irregularidade ao longo do procedimento. Ainda assim, para tais casos, o inconformismo deve se expressar por meio da ação anulatória prevista no art. 32 da Lei de Arbitragem, dado que a qualificação de árbitro como autoridade coatora não é elemento aferível da legislação que rege o mandado de segurança (Lei federal 12.016/2009).

1.2.4. Pontos de contato entre os três precedentes

Os três precedentes analisados demonstram o posicionamento jurisprudencial pelo reconhecimento da viabilidade do juízo arbitral com participação da Administração Pública em diferentes momentos e por diversos fundamentos. A distância temporal entre os casos analisados mostra a redução no escopo da medida antiarbitragem solicitada ao Poder Judiciário, o que pode indicar uma assimilação (ainda que muito lenta) de tal método de solução de disputas pelo governo.

Em todos os casos analisados, a medida antiarbitragem não obteve êxito perante o Poder Judiciário, seja pelo reconhecimento da arbitragem enquanto instituto válido para a solução de disputas (Caso Lage e Copel), seja pela existência de preliminares aptas à extinção do processo (Caso Metrô/SP).

---

33. Conforme exposto na sentença: "O prazo decadencial inicia-se da data da publicação da primeira decisão. No entanto, no caso específico dos autos, tem-se que o impetrante formulou pedido de esclarecimento e o que por ele foi denominado 'addendum'. Tais pedidos foram apreciados em 09.11.2009, por decisão que lhe foi comunicada em 18.11.2009. Novo pedido de esclarecimentos e 'addendum' veio a ser formulado, este com efeito de embargos de declaração. A omissão do Tribunal Arbitral provocou a adoção de reiterações subscritas pelo impetrante que culminaram com decisão final datada de 10.02.2010, com comunicação formal ao polo ativo em 04.03.2010. Uma vez que o Metrô foi notificado do ato que indeferiu a realização da prova pericial de engenharia em 06.07.2009 não poderia ter aguardado até 31.05.2010 para impetrar este mandado de segurança sob pena de esbarrar-se no prazo de decadência. Pretende, pois, o impetrante, que o lapso temporal tome por termo inicial a data da sua intimação formal desta última decisão. Feitas essas considerações e por tudo o mais que dos autos consta, JULGO EXTINTO O PROCESSO, sem a análise do mérito, nos termos do artigo 23 da Lei n. 12.016/09".

1.2.5. *Posicionamento do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Contas da União*

O olhar externo sobre a cláusula de solução de disputas dos contratos da Administração Pública demonstra que os órgãos de controle ainda não firmaram um entendimento consolidado em torno da controvérsia, o que pode comprometer a segurança jurídica e dificultar a atuação do gestor público.

Nesse quesito, pode ser destacada a divergência de entendimento entre o Tribunal de Contas da União (TCU) e o STJ quanto à validade da cláusula de arbitragem nos contratos públicos. Cabe destacar que a comparação entre essas duas cortes se justifica em razão da relevância do TCU como órgão de controle dos contratos celebrados pela União e do STJ como instância jurisdicional de interpretação da lei federal.

A avaliação de editais e contratos realizada pelo Tribunal de Contas da União, tradicionalmente, explicitava um viés restritivo quanto ao manejo da arbitragem pelos entes públicos, inclusive para as empresas estatais. Isso porque a compreensão da Corte de Contas federal era pela necessidade de autorização legislativa específica para introdução da cláusula compromissória na minuta de contrato, posicionamento que encontrava respaldo doutrinário minoritário em momento anterior ao advento da Lei 13.129/2015[34].

Nesse ponto, pode ser mencionado o Acórdão 286/1993, anterior à Lei de Arbitragem, que serviu como referência para outros julgados, conforme apontam os estudos dedicados ao tema[35]. Essa compreensão foi corroborada nos Acórdãos 584/2003 e 537/2006[36].

---

34. BARROSO, Luís Roberto. Sociedade de economia mista prestadora de serviço público. Cláusula arbitral inserida em contrato administrativo sem prévia autorização legal. Invalidade. In: _____. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. t. 3, p. 615-616. Em sentido semelhante, enxergando a previsão de foro contida no § 2º do art. 55 da Lei 8.666/1993 como um obstáculo à utilização de arbitragem, cf. MEDEIROS, Suzana Domingues. Arbitragem envolvendo o Estado no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 233, p. 71-101, jul.-set. 2003.
35. ESCOBAR, Marcelo Ricardo. *Arbitragem tributária no Brasil*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 176; e MAROLLA, Eugênia Cristina Cleto. *Arbitragem e os contratos da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 70.
36. Especificamente sobre a compreensão do TCU quanto à restrição ao uso de arbitragem para pleitos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, cabe destacar o artigo doutrinário que analisa o Acórdão 2.573/2012 do Plenário da Corte. Cf. CARVALHO, André Castro. Restrições à arbitragem pelo Tribunal de Contas da União: comentários ao acórdão TCU-Plenário 2.573/2012. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 36, p. 325-357, jan.-mar. 2013.

Passados alguns anos, o Tribunal de Contas da União apresentou posicionamento diferente. Nos autos da Tomada de Contas 006.588/209-8, o Ministro Relator Benjamin Zymler expôs seu entendimento sobre a possibilidade de adoção de cláusula arbitral em contratos celebrados por sociedade de economia mista, desde que essa opção seja devidamente justificada, de modo a seguir comprovada prática de mercado[37]. Ao que parece, tal julgado (o qual ainda não pode ser considerado jurisprudência da Corte) compreende ser necessária uma justificativa técnica para adoção de cláusula arbitral nas minutas contratuais, a qual deve estar presente no processo que antecede a publicação do aviso de licitação, devidamente comprovada, inclusive por meio da emissão de parecer jurídico. Essa demonstração deve explicitar, em concreto, os ganhos esperados por essa modalidade de solução de conflitos.

Em outra oportunidade, o TCU compreendeu pela possibilidade de utilização de cláusula compromissória nos contratos de concessão aeroportuária em Guarulhos, Campinas e Brasília, desde que os conflitos versem sobre questões de cunho patrimonial, como permitido pela lei[38].

Em paralelo, no contexto do STJ, ainda não se pode concluir pela existência de uma jurisprudência acerca da utilização de cláusulas com métodos diferenciados de solução de disputas em contratos com a Administração Pública. Em geral, os precedentes do STJ reconhecem a possibilidade de submissão de litígios com entidades da Administração Pública à arbitragem, mas os julgados encontrados versam sobre empresas estatais. O acórdão proferido no Recurso Especial 612.439/RS (*DOU* 14.09.2006 – caso "AES Uruguaiana"), de relatoria do então Ministro Luiz Fux, é uma das decisões mais importantes sobre arbitragem no STJ. Em seu voto, o ministro relator entendeu que a indisponibilidade do interesse público não implica a indisponibilidade do patrimônio público.

Em sentido semelhante, o Recurso Especial 606.345/RS (julgamento com o precedente supramencionado) versava sobre a validade de cláusula compromissória contida em contrato de comercialização de potência de energia elétrica, celebrado entre uma empresa estatal e uma companhia privada geradora de energia. Esse liame obrigacional havia sido viabilizado por financiamento internacional, de modo que o organismo multilateral havia exigido a introdução de cláusula compromissória na avença. Surgido o litígio, houve resistência da estatal em aderir ao sistema privado de solução de contendas, o que foi considerado ilegítimo pelo STJ.

---

37. TC 006.588/2009-8. Data da sessão: 14.08.2013.
38. TC 032.786/2011-5. Data da sessão: 09.02.2012.

Os julgados supramencionados, tanto pelo Tribunal de Contas da União quanto pelo STJ, são representativos do "estado da arte" do tema em tais cortes. Não se pode falar na existência de uma jurisprudência sedimentada sobre a utilização da cláusula arbitral em contratos públicos, dado que poucos casos foram examinados, sendo a maioria deles sobre sociedades de economia mista. De maneira geral, parece que o TCU e o STJ caminham para reconhecer a viabilidade da arbitragem para o Poder Público, o que deve se intensificar pelo incremento de leis que autorizam a solução de controvérsias administrativas por essa via.

2. Arbitragem e Administração Pública no Direito Comparado

Após a apresentação da evolução legislativa brasileira sobre o tema e do estudo comparativo dos três importantes precedentes brasileiros sobre arbitragem com entes estatais, cabe trazer ao leitor um relato do tema no direito estrangeiro. A ideia do presente tópico é descortinar um panorama sobre o funcionamento de tal método de solução de disputas no contexto de duas nações que têm contencioso administrativo (Portugal e França), em dois países que adotam a tradição da *common law* (Estados Unidos e Inglaterra) e nos principais países latino-americanos em desenvolvimento.

2.1. França e Portugal

Em Portugal, a arbitragem com participação da Administração Pública tem ampla aceitação. Em referida nação, existe uma distinção doutrinária entre arbitragem voluntária e arbitragem necessária, de modo que a primeira se realiza por vontade das partes e a segunda seria imposta pela lei[39]. Com base em tal distinção, Portugal aprovou a Lei de Arbitragem Voluntária (Lei 31, de 29.08.1986), que tem a principiologia da Lei de Arbitragem brasileira.

No que diz respeito à arbitragem com entes públicos, o Código de Processo nos Tribunais Administrativos (aprovado pela Lei 15, de 22.02.2002, e alterado pela Lei 4-A, de 19.02.2003) trouxe maiores detalhamentos sobre o

---

39. "A Arbitragem voluntária consiste, deste modo, num meio jurisdicional de resolução de litígios, instaurado por convenção das partes, normalmente com caráter ocasional, nos termos do qual estas confiam a árbitros, por si escolhidos ou nomeados nos termos da lei, a resolução de um ou mais litígios que existam ou possam vir a existir entre si. A arbitragem voluntária caracteriza-se pela existência de um elemento formal (a convenção arbitral), de um elemento material (a existência, presente ou futura, de um litígio) e por um elemento orgânico (os árbitros)" (ESQUÍVEL, José Luís. *Os contratos administrativos e a arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 116).

tema, prevendo a expressa possibilidade de constituição de tribunal arbitral para questões referentes a contratos, incluindo a apreciação de atos administrativos relativos à sua execução, responsabilidade civil extracontratual, incluindo o direito de regresso e para lides relativas a atos administrativos que possam ser revogados sem fundamento na sua invalidade, nos termos da lei substantiva (art. 180). Referida norma dispôs sobre constituição e funcionamento dos tribunais arbitrais, competência para firmar compromisso arbitral e atribuição do Estado em autorizar a instalação de centros de arbitragem permanentes, para julgamento de determinados litígios[40].

Vale destacar, ainda, que o Código de Processo nos Tribunais Administrativos vetou a utilização de arbitragem para lides que envolvam a responsabilidade civil por prejuízos decorrentes da função política, legislativa e jurisdicional (art. 185).

Uma peculiaridade do sistema lusitano, inexistente em nosso ordenamento, é a possibilidade de submissão de questões tributárias à arbitragem, conforme preveem o art. 124 da Lei 3-B, de 28.04.2010, e o Decreto-lei 10, de 20.01.2011.

Na França, a realidade encontrada é diametralmente oposta.

Em território gaulês, a arbitragem com participação de entes públicos foi tradicionalmente afastada pela legislação e jurisprudência. Em um panorama geral, a França encontra-se no conjunto daqueles países em que a arbitragem com participação da Administração Pública é proibida como regra geral, podendo ser admitida em alguns casos específicos.

A previsão legislativa inicial acerca do tema é o art. 2.060 do *Code Civil*, que estabelecia um princípio geral de uso da arbitragem das pessoas coletivas públicas (*collectivités publiques et établissements publics*). No plano jurisprudencial, o Conselho de Estado francês adotou entendimento no sentido de fortalecimento de tal proibição. Segundo Eugênia Marolla, o pensamento que norteou essa corrente decisória pautava-se na ideia de que o Estado não poderia organizar uma justiça estatal e, ao mesmo tempo, deixar de utilizá-la em seus conflitos com argumento de sua inadequação ou ineficiência. Seria esse

40. Em Portugal, o Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD) foi autorizado pelo Governo a promover a resolução de litígios em matéria administrativa e tributária. Em tema administrativo, a entidade atua em litígios sobre relações jurídico-administrativas em geral, emprego público e contratos da administração. Na esfera tributária, a entidade organiza todos os tribunais arbitrais tributários, aos quais se vincula a Autoridade Tributária e Aduaneira. Disponível em: [www.caad.org.pt]. Acesso em: 28.04.2018.

um comportamento contraditório[41]. De acordo com a autora, uma posterior alteração na legislação flexibilizou esse entendimento[42].

Com o passar dos anos, diversas leis foram promulgadas para afastar a proibição contida no Código Civil francês para determinados casos concretos, principalmente para grandes obras, projetos de infraestrutura e parcerias público-privadas[43].

Após a exposição *supra*, pode-se perceber como Portugal e França, a despeito de terem estruturas conceituais semelhantes na origem das respectivas legislações de Direito Administrativo, adotaram compreensões diversas sobre a possibilidade de participação de entes estatais em arbitragem. Para o direito lusitano, a regra geral é a permissão do uso de tal método de solução de disputas para lides públicas, com vedação em algumas hipóteses específicas. Por sua vez, aos franceses, a premissa é a vedação do uso da arbitragem, a qual é admitida excepcionalmente por meio de lei.

Nessa toada, os portugueses promoveram a aproximação da arbitragem com a Administração Pública, principalmente por meio da autorização conferida ao Centro de Arbitragem Administrativa para gerir os procedimentos que envolvem o Estado. O regime francês, de maneira diversa, tratou a arbitragem como algo distante, excepcional e afastado de sua tradicional prática contenciosa administrativa.

2.2. Estados Unidos e Inglaterra

Nos Estados Unidos da América, a utilização de arbitragem para resolução de conflitos com a presença de entes estatais tem alguns limites e objeções, como demonstrado a seguir.

Em âmbito federal, o primeiro instrumento normativo a regulamentar a arbitragem de forma ampla foi o *Federal Arbitration Act* de 1925, que possibilitou

---

41. Arbitragem e os contratos da Administração Pública. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 39.
42. "Em 1975 foi incluída uma alínea neste artigo do Código Civil prevendo que 'as categorias de estabelecimentos públicos de caráter industrial e comercial poderão ser autorizadas por decreto a celebrar compromisso'. A partir de então, diversas categorias de estabelecimentos públicos de caráter industrial e comercial foram autorizados, por decreto, a firmar compromissos, como a SNCF (*Société Nationale des Chemins de Fer Français*), o correio (*La Poste*), France Télécom" (MAROLLA, Eugênia Cristina Cleto. *Arbitragem e os contratos da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 40).
43. MAROLLA, Eugênia Cristina Cleto. *Arbitragem e os contratos da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 41-42.

às partes a submissão de litígios comerciais e marítimos à referida forma de solução de disputas[44].

No território norte-americano, cabe destacar, os entes federados têm autonomia para legislar sobre contratos e arbitrabilidade dos litígios deles decorrentes. Portanto, a potencialidade de conflitos entre legislações estaduais seria grande, razão pela qual foi necessário um posicionamento jurisprudencial sobre o tema.

Até 1967, a maioria dos tribunais norte-americanos sustentava que, se uma parte levantou uma defesa fundamentada em lei estadual que tornaria o liame obrigacional entre as partes nulo, a questão deveria ser decidida pelo Poder Judiciário, a despeito da existência de cláusula arbitral no contrato. Esses tribunais argumentavam que, se o contrato for inválido, a cláusula compromissória nele contida também o será. No precedente *Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Mfg. Co.*, a Suprema Corte norte-americana rejeitou essa tese e decidiu que as cláusulas compromissórias são autônomas em relação ao contrato. Assim, a mais alta corte compreendeu que as alegações de vícios em um contrato, como fraude, ilegalidades ou falta de consentimento, não anulam o dever de arbitrar. Em vez disso, tais alegações devem ser decididas pelo árbitro. Somente se for demonstrado que há uma nulidade na própria cláusula compromissória, portanto, um tribunal estatal poderá acolher a recusa das partes em submeter o litígio à arbitragem[45].

Considerando exclusivamente a regulamentação federal norte-americana, a autorização para que o governo federal possa submeter conflitos à arbitragem foi dada com o advento do *Administrative Dispute Resolution Act* (ADRA), de 1996[46].

---

44. "O Congresso promulgou a FAA, que era então chamada de Lei de Arbitragem dos Estados Unidos, em 1925. Como descrito em detalhes por Macneil, a Lei foi o produto de anos de elaboração e *lobby* por grupos empresariais e pela ABA [*American Bar Association*]. O Comitê de Comércio e Direito Comercial da ABA preparou o rascunho original do projeto de lei, e o Congresso o aprovou com apenas pequenas emendas" (DRAHOZAL, Christopher R. In Defense of Southland: Reexamining the legislative history of the Federal Arbitration Act. *Notre Dame Law Review*, v. 78, p. 101-170, 2002).
45. STONE, Katherine van Welzel. Rustic Justice: community and coercion under the Federal Arbitration Act. *North Carolina Law Review*, v. 77, p. 931-1.036, 1999.
46. "A ADRA convidou todas as agências federais a 'adotar uma política que aborde o uso de meios alternativos de resolução de disputas e gerenciamento de casos'. A Lei funcionava como um endosso do Congresso de qualquer procedimento que substituísse as formas tradicionais de resolução adjudicatória de controvérsias. Mais

Referido instrumento normativo estabeleceu diversos requisitos para submissão de conflitos do governo federal norte-americano à arbitragem, a serem corporificados em diretrizes expedidas pela agência governamental interessada[47].

Como se pode notar, o uso da arbitragem pelo governo federal norte-americano é bastante restrito e tem diversas condicionantes positivadas no regulamento de 1996. A baixa utilização dessa forma heterocompositiva de resolução de disputas costuma ser atribuída à qualidade do Poder Judiciário, que tornaria desnecessário o uso de um instrumento privado que implica diversos custos às partes[48].

Em sentido totalmente diferente, a Inglaterra tem uma maior tendência em aceitar a solução de conflitos estatais por arbitragem.

Em território inglês, a utilização da arbitragem por entes governamentais é bastante aceita, dado que os liames obrigacionais contraídos pelo Estado estão sujeitos às mesmas condições dos contratos comuns entre privados.

---

especificamente, a Lei incentivava as agências federais a usar a ADR, fornecendo uma base estatutária para a confidencialidade e a arbitragem vinculativa, autorizando o uso da ADR em disputas decorrentes da Lei de Disputas Contratuais, Disponibilidade de terceiros neutros e fornecendo diretrizes sobre hipóteses em que as agências não devem usar o ADR" (SEIBEL, David. To Enhance the Operation of Government: Reauthorizing the Administrative Dispute Resolution Act. *Harvard Negotiation Law Review*, v. 1, p. 239-246, 1996).

47. "Essas diretrizes devem ser elaboradas com a participação do *Attorney General* e devem afastar a utilização da arbitragem naqueles casos nos quais o ADRA não recomenda, também, a utilização dos outros procedimentos nele previstos por razões relacionadas, sobretudo, à adequação, em tese, dos mecanismos regulados por esse diploma legal. É o que ocorre nas situações em que (a) seja conveniente levar o caso à produção de um precedente dependendo, portanto, da produção de uma decisão judicial ou administrativa pelo *Board os Appeal*; (b) a questão envolva política de governo; (c) haja risco de criar disparidades em relação à decisão de outros casos individuais; (d) afete significativamente pessoas ou organizações que não façam parte do procedimento; (e) seja necessário produzir e conservar uma completa documentação pública acerca da matéria tratada, impossível de ser reunida fora dos procedimentos administrativos ou judiciais convencionais; ou (f) seja recomendável a decisão, no âmbito administrativo, para manter a autoridade do órgão público envolvido" (SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 162).

48. Existem outras razões que podem estar relacionadas ao baixo uso da arbitragem em tal contexto. Para um aprofundamento da questão, cf. JUNQUEIRA, André Rodrigues. *Arbitragem na Administração Pública*: estudo de caso sobre a eficiência do instituto das parcerias público-privadas do Estado de São Paulo. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 97 e ss.

Conforme aponta Eugênia Marolla, no direito inglês não existe distinção entre contrato de direito público e privado. A Administração Pública inglesa, quando assume vínculos obrigacionais, age como o particular, aplicando-se à avença o regime de direito comum. Inclusive, esse regime jurídico comum é regido por outras duas regras básicas: a liberdade de contratar e a inviolabilidade do contrato (*freedom of contract* e *sanctity of contract*). A inviolabilidade do contrato, no direito inglês, impõe que todas as circunstâncias aptas a alterar as condições de execução do contrato sejam por ele previstas, não importando o tempo de sua duração, ou a qualidade da parte contratante (no caso, a Administração Pública)[49].

Em 1996, a Inglaterra promulgou o *Arbitration Act* para regulamentação do instituto em seu território, cujo conteúdo foi inspirado na Lei Modelo da Uncitral, ao dispor sobre os atos procedimentais, os custos e os direitos das partes[50].

Em conclusão, Estados Unidos e Inglaterra são países da tradição do *common law*, nos quais a Administração Pública não tem, em geral, as estruturas hierárquicas típicas do Direito Administrativo de matriz francesa (cláusulas contratuais exorbitantes, por exemplo), mas apresenta características diferentes no que diz respeito ao uso da arbitragem por entes estatais. Por sua vez, a equiparação do ente público ao privado em relações contratuais na Inglaterra pode ter impulsionado o uso do método privado de solução de controvérsias, nos Estados Unidos, os custos da arbitragem, aliados ao adequado funcionamento do Poder Judiciário, podem ter tornado pouco necessária a utilização de tal instituto.

2.3. *Países latino-americanos*

A ideia de explorar alguns países latino-americanos justifica-se pelas semelhanças socioeconômicas de algumas de suas nações em relação ao Brasil, as quais podem influenciar a escolha pela arbitragem em contratos públicos.

Na maior parte do território latino-americano em desenvolvimento, o fomento pelo uso da cláusula compromissória decorre da necessidade de atrair

---

49. MAROLLA, Eugênia Cristina Cleto. *Concessões de serviço público*: a equação econômico-financeira dos contratos. São Paulo: Verbatim, 2011. p. 130.
50. "O *Arbitration Act* de 1996 é inspirado na Lei Modelo da Uncitral, com certa flexibilidade. A legislação inglesa regulamenta mais facetas da arbitragem do que a Lei Modelo, refletindo sua sequência procedimental. O Relatório do *Arbitration Act* de 1996 revela que a legislação inglesa é percebida como efetiva. Nenhuma mudança foi recomendada" (ANDREWS, Neil. Arbitration and Mediation in England. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 175, p. 107-129, set. 2009).

investimentos estrangeiros para impulsionar o desenvolvimento nacional, da baixa experiência dos magistrados locais no julgamento de temas complexos na área de infraestrutura e da estrutura insuficiente do Poder Judiciário para promover o adequado andamento dos processos.

Conforme aponta o estudo do professor da Universidade de Bogotá, José Luis Benavides, em parceria com Tarcila Reis[51], os países latino-americanos podem ser enquadrados em três categorias: (i) aqueles que introduziram em suas Constituições a expressa possibilidade de o Estado se submeter à arbitragem[52]; (ii) países que constitucionalizaram a mera autorização de utilização da arbitragem de forma ampla[53]; e (iii) nações que não estabeleceram qualquer previsão constitucional sobre tal método de solução de disputas[54].

Nesse conjunto de países, pode-se afirmar que aquele que mais se desenvolveu na prática da arbitragem é o Peru, que previu a possibilidade de utilização do instituto com entes estatais em sua Constituição de 1993 e no art. 53 de sua Lei de Procedimentos Administrativos (para arbitragens internacionais e domésticas). Em território peruano, o uso de referido método de solução de disputas em contratos públicos é a regra, conforme aponta o estudo supramencionado, de tal sorte a se afirmar que no Peru "é proibido proibir a arbitragem"[55].

Igualmente, no Chile, a utilização da arbitragem é corriqueira nos contratos estatais. Nesse país, existe a permissão expressa para que o Estado se submeta aos métodos diferenciados de solução de disputas desde 1978, consubstanciada no Decreto 2.349. Para os contratos de concessão de obras públicas, a autorização de adoção do instituto existe desde 1993.

Recentemente, no ano de 2010, foi promulgada a Lei 20.410, que consolidou o sistema de solução de controvérsias por arbitragem no Chile, prevendo, igualmente, a utilização de *dispute boards*.

Na Argentina, a situação é semelhante, pois, em geral, aceita-se a possibilidade de submissão da Administração Pública à arbitragem, exceto quanto

---

51. BENAVIDES, José Luis; REIS, Tarcila. International Arbitration and Public Contracts in Latin America. *Public Contracts and International Arbitration*. Paris: Bruyant, 2011. p. 59.
52. Panamá e Peru.
53. Colômbia, Equador, El Salvador, Honduras, Paraguai, Uruguai e Venezuela.
54. Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Costa Rica, Guatemala, México, Nicarágua e República Dominicana.
55. BENAVIDES, José Luis; REIS, Tarcila. International Arbitration and Public Contracts in Latin America. *Public Contracts and International Arbitration*. Paris: Bruyant, 2011. p. 56.

às questões de império, soberania e poder de polícia. No que diz respeito ao direito positivo, o regime geral de contratações públicas abre a possibilidade de utilização do instituto por meio da legislação sobre obras públicas (Lei 13.064/1947) e do Decreto sobre Participação Privada no Desenvolvimento de Infraestruturas (Decreto 1.299/2000).

O que se percebe, em geral nos países latino-americanos, é a existência de um direito administrativo semelhante ao brasileiro, influenciado pela matriz europeia, no qual a utilização de instrumentos diferenciados para solução de disputas contratuais não é dado natural, mas uma decorrência do contexto político e econômico de reforma do Estado, por meio do qual as nações precisaram adaptar seus arranjos institucionais para atrair investimentos aptos à construção de infraestruturas públicas, associado a vicissitudes estruturais no Poder Judiciário local. Como exposto, em alguns casos, as necessárias modificações jurídicas ocorreram por reforma constitucional, em outros, mediante alterações infraconstitucionais ou até mesmo pelo ativismo jurisprudencial. Não por acaso, grande parte dessas alterações normativas e interpretativas ocorreu nos anos 1990 do século XX, período de abertura econômica no pós-Guerra Fria e intensificação da globalização econômica[56].

3. Cláusula compromissória nos contratos da Administração Pública

O capítulo de resolução de disputas em contratos públicos para implementação de infraestruturas costuma combinar os institutos da arbitragem com outros métodos de solução de controvérsias, como mediação e conciliação.

Em geral, em tais casos, a maior preocupação reside na previsão de arbitragem nas avenças. Pode-se atribuir esse fato ao seu caráter heterocompositivo, privado e adjudicatório, ou seja, o fato de um conflito em contrato público ser solucionado, de forma definitiva, por um tribunal arbitral composto por

---

56. Em recente estudo empírico internacional, dois pesquisadores destacam o incremento do uso da arbitragem na América Latina nos seguintes termos: "A última década tem sido transcendental para o desenvolvimento da arbitragem na América Latina, como demonstram as conclusões do presente capítulo. A aceitação que a arbitragem tem hoje na América Latina de maneira geral e, em especial, a participação ativa que têm os Estados e entidades públicas nos processos arbitrais demonstram um reconhecimento da arbitragem como instituição jurídica e como mecanismo de apoio ao desenvolvimento econômico e manutenção das relações internacionais" (FERRIS, José Ricardo; MOURA, Ana Serra e. La participación de los Estados y entidades públicas latino-americanas em Arbitraje de La Cámara de Comercio Internacional: diez años de experiência. In: TANZI, Attila et al. *Derecho Internacional de las Inversiones en América Latina*. Boston: Leiden, 2016. p. 571 e ss. Tradução livre).

agentes privados despertou, inicialmente, atenção e preocupação, até que se compreendesse o alcance, as limitações e as vantagens de tal instituto.

A seguir, serão descritas as fases evolutivas da redação das cláusulas arbitrais, de acordo com a compreensão do autor.

3.1. A primeira fase: o cumprimento das diretrizes dos financiadores internacionais

Em um primeiro momento, a cláusula arbitral, assim como as cláusulas dos demais métodos de solução de disputas, que compunham capítulo próprio do contrato, foi inserida em avenças de infraestrutura por uma exigência de organismos financiadores multilaterais. Essa etapa pode ser identificada a partir do julgamento pela constitucionalidade da Lei de Arbitragem até os primeiros anos do século XXI (2001 a 2008, aproximadamente).

Em tais casos, parte dos custos de obras contratadas ou projetos estruturados foi custeada com recursos do Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (Bird), do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) e de outras agências de fomento. Trata-se de fenômeno de escala nacional.

Nesse contexto, por exemplo, o Banco Mundial recomendava a adoção da arbitragem comercial internacional em contratos de aquisição de bens e obras que contam com seu financiamento, de acordo com o item 2.43 das Diretrizes para Aquisições Financiadas por Empréstimos do Bird e Créditos da AID (versão de maio de 2004, revisada em 1º.10.2006)[57].

Esse momento histórico significou um desafio no tocante ao uso da arbitragem em contratos com a Administração Pública, tendo em vista que a redação do capítulo de solução de disputas, em geral, decorria de uma minuta-padrão da entidade financiadora internacional, redigida em inglês e traduzida para o idioma nacional de forma descuidada, o que gerava o risco de problemas interpretativos para sua utilização[58].

---

57. "As condições do contrato deverão conter dispositivos sobre a legislação aplicável e o foro para solução de controvérsias. A arbitragem comercial internacional apresenta vantagens práticas em relação a outros métodos de solução de disputas. Por esse motivo, o Banco recomenda aos Mutuários o uso desse tipo de arbitragem nos contratos de aquisição de bens e obras. O Banco não poderá ser instituído como árbitro ou ser solicitado a designá-lo. No caso de contratos de obras, de fornecimento e instalação, bem como do tipo empreitada integral, a cláusula relativa à solução de controvérsias também deverá estabelecer mecanismos tais como conselhos de exame de controvérsias ou árbitros, cuja atuação visa possibilitar uma solução mais rápida".
58. Na temática da redação equivocada de cláusulas arbitrais, há o precedente do Superior Tribunal de Justiça, que reconheceu a competência do Poder Judiciário de primeira

Além disso, a justificativa para o uso de métodos diferenciados de soluções de disputas, em geral, não decorria de sua adequação ao caso concreto, mas sim da possibilidade de adoção de padrões (*guidelines*) dos organismos financiadores multilaterais nos contratos viabilizados pelo financiamento, nos termos do § 5º do art. 42 da Lei federal 8.666/1993[59].

3.2. *A segunda fase: o uso indiscriminado da cláusula arbitral*

É possível identificar um segundo momento de utilização da cláusula de arbitragem nos contratos públicos de infraestrutura. A partir de um cenário de recuperação econômica, após a mitigação dos efeitos da crise no mercado financeiro ocorrida no segundo semestre de 2008, diversas nações retomaram programas de investimentos. No Brasil, esse fenômeno foi reforçado pelo advento da Copa do Mundo de 2014 e pelos Jogos Olímpicos de 2016.

Referido período pode ser delimitado entre os anos de 2009 e 2015 (até a promulgação da Lei federal 13.129/2015, que alterou a Lei de Arbitragem). Nessa etapa, foram celebrados importantes contratos para construção e operação de estádios para a Copa do Mundo de 2014 e realizados relevantes projetos de parceria público-privada (por exemplo, concessão administrativa para construção e gestão de complexo penitenciário em Minas Gerais (2009); concessão administrativa do Porto Maravilha no Rio de Janeiro (2010); concessão patrocinada da Linha 6 do Metrô de São Paulo (2013), entre outros).

O que parece ter caracterizado a redação dos contratos em tal intervalo de tempo, no que tange especificamente à cláusula de solução de disputas e de

---

instância para dirimir conflito de competência positivo entre duas câmaras arbitrais, diante da redação defeituosa da cláusula. Sobre tal precedente, cf. LOPES, Christian Sahb Batista. Jurisprudência estatal nacional comentada. Cláusula patológica. Dúvida sobre instituição arbitral escolhida. Potencial conflito positivo de competência. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência n. 113.260-SP. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, n. 31, p. 92-107, 2011.

59. "§ 5º Para realização de obras, prestação de serviços ou aquisição de bens com recursos provenientes de financiamento ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte, poderão ser admitidas, na respectiva licitação, as condições decorrentes de acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional, bem como as normas e procedimentos daquelas entidades, inclusive quanto ao critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, o qual poderá contemplar, além do preço, outros fatores de avaliação, desde que por elas exigidos para a obtenção do financiamento ou da doação, e que também não conflitem com o princípio do julgamento objetivo e sejam objeto de despacho motivado do órgão executor do contrato, despacho esse ratificado pela autoridade imediatamente superior."

arbitragem, é a tentativa de dispor sobre tal tema, sem a necessária *expertise*. Nessa etapa, a cláusula compromissória já não era mais uma obrigação imposta pelas entidades multilaterais de financiamento, mas uma opção legitimamente exercida pela Administração Pública.

Assim, alguns contratos apresentaram cláusulas compromissórias patológicas ou com redação imperfeita[60]. Como exemplo, pode ser mencionada a avença firmada em 2011 para construção e operação do estádio Arena das Dunas, em Natal, Rio Grande do Norte. Mencionado empreendimento trouxe um capítulo de solução de disputas contratuais, com previsão do uso da arbitragem, a qual não poderia excluir a apreciação da controvérsia pelo Poder Judiciário[61].

3.3. A terceira fase: o aprimoramento da cláusula arbitral

O terceiro período pode ser identificado pelo amadurecimento no uso das cláusulas de soluções de disputas contratuais, em especial a cláusula compromissória, bem como por um estudo mais aprofundado das formas de implementação da arbitragem com participação da Administração Pública.

Diversos governos tiveram a iniciativa de aprimorar a redação das cláusulas arbitrais de seus contratos e refletir sobre as hipóteses em que o instrumento privado de solução de disputas pode ser utilizado. Como exemplo, pode ser mencionada a previsão contida nos recentes contratos de parceria público-privada celebrados pelo Estado de São Paulo, por ocasião de uma

---

60. Conforme destaca José Carlos Fernández Rozas: "A cláusula patológica pode surgir diante de uma variedade de circunstâncias, tais como a designação do procedimento de arbitragem revogado; a falta de vontade clara e definitiva de submeter o litígio à arbitragem; a renúncia de proteção judicial em relação a juízes e cortes; designação defeituosa da instituição responsável pela administração da arbitragem, a concordância de submissão à arbitragem como método de resolução de eventuais litígios decorrentes do contrato, com a escolha do foro judicial, bem como a previsão de procedimento de arbitragem impossível ou difícil de aplicar, tais como prazos excessivamente curtos para prolação da sentença, ou estabelecimento de um procedimento para a nomeação de árbitros excessivamente complicado" (El convenio arbitral: entre la estabilidad y el desatino. *Estudios de arbitraje*: libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azocar. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006. p. 697-725. Tradução livre).

61. "50.1.4. A resolução por meio de arbitragem de eventuais conflitos que possam surgir entre as PARTES em matéria de aplicação, interpretação ou integração das regras por que se rege a CONCESSÃO ADMINISTRATIVA não excluirá a apreciação destes conflitos pelo Poder Judiciário, nos termos do Inciso XXXV, do artigo 5º da Constituição Federal."

cláusula-padrão ofertada por sua Procuradoria-Geral. Trata-se de exemplo de postura institucional de um ente federativo, a partir da iniciativa de seu órgão de advocacia pública, no intuito de fomentar o uso de métodos adequados de solução de disputas em contratos públicos.

Seguindo as tendências recentes, o Estado de São Paulo fez a opção pela arbitragem institucional. A partir dessa premissa, duas questões precisaram ser verificadas: (i) Qual câmara arbitral seria indicada para o conflito; e (ii) Quem faria essa indicação. Nas arbitragens institucionais decorrentes das PPP paulistas, a ideia era ter um critério para seleção das câmaras que possibilitasse a designação de instituições adequadas para os conflitos públicos[62].

Diante das vicissitudes encontradas para uma indicação apriorística de uma câmara arbitral para todas as minutas contratuais dos projetos de PPP paulistas (com o risco de que os órgãos de controle enxergassem algum tipo de direcionamento) e pelo desafio em escolher uma instituição que julgará um litígio que poderá ocorrer somente após trinta anos de execução contratual, optou-se por não indicar a câmara arbitral de início, diferindo-se a escolha para o momento em que o litígio surgisse, com base em alguns critérios apontados na minuta contratual, como a adaptação do regulamento às arbitragens com a Administração Pública (permitindo-se, por exemplo, a publicidade do procedimento) e a presença de uma lista de árbitros que contemplasse especialistas no litígio específico. Caso a Administração Pública não fizesse a escolha da câmara no prazo estipulado, o contratado poderia fazê-lo.

4. Aspectos procedimentais

4.1. Eventuais peculiaridades procedimentais da arbitragem com o Estado

Sabe-se que o regulamento processual aplicado ao Estado, quando parte em procedimentos judiciais estatais, diferencia-se daqueles aplicados aos demais agentes privados. Tradicionalmente, a denominada "Fazenda Pública" tem "prerrogativas", as quais ampliam prazos para se manifestar e recorrer, instituem um regime próprio para citações e intimações e limitam a possibilidade de o magistrado proferir liminares de cunho pecuniário.

Na arbitragem, um de seus traços conceituais acaba por tornar desnecessária qualquer prerrogativa processual diferenciada ao Estado: a consensualidade.

---

62. JUNQUEIRA, André Rodrigues; OLIVEIRA, Mariana Beatriz Tadeu de; SANTOS, Michele Manaia. Cláusula de solução de controvérsias em contratos de parceria público-privada: estudo de casos e proposta de redação. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 77-78, p. 285-314, jan.-dez. 2013.

Como sabido, não existe qualquer legislação que preveja prazos para contestar ou recorrer em arbitragem, tampouco o regulamento das câmaras, em geral, presta-se a essa função. Trata-se de aspecto acordado com as partes e definido no termo de arbitragem. Dessa forma, o representante da Administração Pública poderá solicitar um prazo adequado às suas necessidades, o qual poderá ser acolhido pelo tribunal arbitral e aplicado a ambas as partes, em respeito à isonomia processual. O mesmo raciocínio pode ser usado quanto à forma de disponibilização e ciência de ordens processuais e sentenças.

No mesmo sentido, revela-se equivocada qualquer discussão sobre aplicação compulsória de reexame necessário em face de sentenças proferidas contra a Administração Pública em arbitragem. Isso porque não há qualquer previsão legal para estruturação de um órgão de revisão das decisões tomadas em sede de arbitragem. Assim, um possível "recurso de ofício" seria apresentado ao Poder Judiciário (o que certamente afrontaria a independência do árbitro, investido de poderes para apreciar em definitivo o conflito, com força vinculante às partes) ou por disposição consensual entre os litigantes (em tese, para criação ou delegação de competência a um órgão específico).

Em paralelo à avaliação das prerrogativas processuais da "Fazenda Pública", cabe analisar a eficácia de certas decisões arbitrais e seu alcance em procedimentos com participação da Administração Pública.

Sabe-se que existe limitação legal à possibilidade de concessão de tutelas antecipadas por juízes estatais contra a Administração Pública. Ao magistrado não é permitido conceder provimento jurisdicional liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza[63]. Em geral, tais casos versam sobre matérias que costumam ser decididas por juízo estatal, afetadas ao poder de polícia ou a direitos indisponíveis.

Todavia, compreende-se que a limitação à emissão de decisões de cunho pecuniário contra a Administração Pública também se aplica à arbitragem, conforme previsto na legislação supramencionada. Trata-se de limitação legal que visa proteger e organizar o orçamento público contra eventos inesperados e fora da esfera de controle do Poder Executivo. Assim, a racionalidade que justifica a sua existência é aplicável a ambos os métodos de solução de disputas (estatal e privado). Além disso, não se poderia conferir maior poder decisório ao árbitro, em detrimento do magistrado.

---

63. Conforme previsto no § 2º do art. 7º da Lei federal 12.016/2009 e no art. 1º da Lei federal 8.437/1992.

No mesmo sentido, a sentença arbitral proferida contra a Administração Pública precisa seguir o regime de pagamento por precatório, em respeito ao art. 100 da Constituição Federal[64], que determina a sujeição das sentenças judiciárias a essa forma de cumprimento. Da mesma maneira, compreende-se que as sentenças arbitrais não poderiam ter maior efetividade em relação aos comandos emitidos pelo Poder Judiciário, caso permitissem o adimplemento imediato da dívida[65]. A despeito de um potencial sentimento de injustiça gerado pelo diferimento de um pagamento que é devido, a sistemática constitucional em questão funciona como forma de organização da dívida pública[66].

Contudo, cabe apontar a existência de corrente doutrinária que preconiza a possibilidade de execução do conteúdo pecuniário de sentenças arbitrais proferidas contra a Administração Pública por meio de fundos privados garantidores, principalmente para os litígios decorrentes de contratos de PPP. Nesse sentido, destaca-se o posicionamento de Flavio Willeman, construído com base em ensinamentos de Carlos Ari Sundfeld e Gustavo Binenbojm[67].

Em conclusão, os aspectos procedimentais em geral da arbitragem não precisam ser alterados em razão da participação da Administração Pública como parte[68]. Todavia, os preceitos relativos à impossibilidade de cumprimento

---

64. 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.
65. Nesse sentido, cf. ALVES, Marcus Vinicius Armani. *A Fazenda Pública na arbitragem* cit., p. 228 e ss.; MEGNA, Bruno Lopes. *Arbitragem e Administração Pública:* o processo arbitral devido e adequado ao regime jurídico administrativo. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2017, p. 256.
66. No Estado de São Paulo já existe sentença arbitral, decorrente de procedimento regido pela CCI, em fase de cumprimento, para posterior expedição de precatório. TJSP, 13ª Vara da Fazenda de São Paulo/SP, Autos 1047237-63.2014.8.26.0053, Juíza Dra. Maria Gabriella Pavlópoulos Spaolonzi, Consórcio Calha F2 *vs.* Departamento de Águas e Energia Elétrica (DAEE).
67. WILLEMAN, Flávio de Araújo. *Acordos administrativos, decisões arbitrais e pagamentos de condenações pecuniárias por precatórios judiciais*. Disponível em: [http://download.rj.gov.br/documentos/10112/392202/DLFE26509.pdf/07ArcodosAdministrativosDecisoesArbitrais.pdf]. Acesso em: 17.04.2018.
68. Em sentido semelhante, cf. CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e administração pública. Primeiras reflexões sobre a arbitragem envolvendo a Administração Pública. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, v. 13, n. 51, p. 7-21, jul.-set. 2016.

imediato de decisões de cunho pecuniário (sentenças finais ou medidas liminares) merecem ser considerados.

4.2. O princípio da publicidade

As arbitragens em geral, com participação de entidades privadas como partes, costumam adotar a confidencialidade como premissa procedimental.

No que diz respeito aos procedimentos arbitrais com participação da Administração Pública, a situação é diversa. Isso porque os autores que se debruçaram sobre o tema, mesmo antes da reforma promovida pela Lei federal 13.129/2015, defenderam a necessidade de aplicação do princípio da publicidade em tais hipóteses, em respeito ao comando contido no art. 37, *caput*, da Constituição Federal[69].

Com o advento da lei supramencionada, foi reformulada a Lei de Arbitragem no Brasil para positivar a regra da publicidade para os procedimentos

---

69. Nesse sentido, cabe destacar os seguintes posicionamentos: "não há antagonismo entre *publicidade* e *arbitragem*, cabendo à Administração, ao elaborar o edital de licitação e a minuta de contrato de PPP, determinar que o procedimento arbitral e suas decisões não serão sigilosas, mas, apenas, os aspectos da arbitragem que *razoavelmente* devam ser preservados da divulgação pública" (SOUZA JR., Lauro da Gama e. Sinal verde para a arbitragem nas parcerias público-privadas (a construção de um novo paradigma para os contratos entre o Estado e o investidor privado). *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 241, p. 150, jul.-set. 2005).

No mesmo sentido: "À arbitragem, tendo por objeto negócios do Estado, evidentemente, se projeta essa obrigação de publicidade, não sendo possível concebê-la como um campo isento aos controles próprios da Administração Pública. Resta saber qual o significado concreto a ser dado a essa garantia, isto é, quais atos do procedimento arbitral se submeteriam a essa exigência, de maneira a não descaracterizar esse mecanismo com a imposição de formalidades incomuns e impróprias a seu desenvolvimento.

A esse propósito, pode-se imaginar uma ampla variação de graus de sigilo passíveis de incidir sobre a arbitragem. É possível ele dizer respeito a determinadas pessoas, situações, entidades ou instituições.

Para garantir o efeito de controle desejado pela própria Constituição, e, ao mesmo tempo, manter as qualidades da arbitragem enquanto mecanismo de solução de controvérsias, é fundamental à convenção arbitral administrativa – e correspondente instrumento convocatório da licitação que a antecede, como se tem sustentado – garantir a ampla publicidade da sentença arbitral e dos documentos produzidos durante o procedimento arbitral. Nesse sentido, acredita-se ser essencial a divulgação do resultado da arbitragem e daqueles elementos de prova e argumentação que lhe sirvam de base" (SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos* cit., p. 284).

arbitrais com participação da Administração Pública[70]. Trata-se de previsão legislativa que consolidou a compreensão predominante sobre o tema, que já era prática em diversos contratos na área de infraestrutura no Brasil[71].

Diante de tal previsão legal, questiona-se qual a extensão da publicidade em procedimentos arbitrais com participação da Administração Pública brasileira.

Carlos Alberto Carmona defende uma publicidade mitigada, com fornecimento das principais informações e documentos processuais à sociedade, o que poderia contar com o apoio das instituições de arbitragem[72]. Por sua vez, André Chateaubriand Martins afirma que deverão ser disponibilizados apenas os elementos necessários para prestar contas aos órgãos de controle e dar transparência às atividades da Administração[73].

Por ora, o tema em análise ainda não foi discutido em profundidade no meio acadêmico e tem pouca expressão jurisprudencial. Conforme apontado *supra*, acredita-se ser adequado franquear acesso aos documentos do procedimento arbitral por meio de instrumentos de tecnologia da informação, tanto pelo Estado quanto pelas câmaras arbitrais (para os procedimentos institucionais), independentemente de qualquer pedido de cidadão ou órgão de controle. Obviamente, as partes deverão solicitar aos árbitros o deferimento do sigilo do procedimento, quando tal medida for imposta pela legislação (para preservar segredos industriais ou sigilos comerciais, por exemplo). Nessa toada, a restrição em abstrato de acesso aos documentos contidos no procedimento arbitral afrontaria, em tese, a tendência legislativa do século XXI de ampliação de acesso à informação (Lei federal 12.527, de 18.11.2011, e Lei Complementar federal 131, de 27.05.2009).

4.3. *Possibilidade de participação de terceiros no procedimento arbitral*

A participação de terceiros no procedimento arbitral, não signatários da convenção de arbitragem, é tema bastante controverso. A Lei federal 9.307/1996

---

70. Art. 2º [...] § 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.
71. Como exemplo, podemos mencionar os contratos de PPP celebrados no Estado de São Paulo a partir de 2013.
72. CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e administração pública. Primeiras reflexões sobre a arbitragem envolvendo a Administração Pública. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, v. 13, n. 51, p. 7-21, jul.-set. 2016.
73. MARTINS, André Chateaubriand. Arbitragem e Administração Pública. In: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre. *Arbitragem*: estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-5-2015. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 81.

não disciplinou o tema, de modo que coube à doutrina e à jurisprudência conferir subsídios aos operadores do direito.

Em geral, compreende-se que não pode ser admitida intervenção compulsória de terceiros na arbitragem. Nathalia Mazzonetto dissertou sobre o tema, apontando o caráter contratual e consensual da arbitragem como impeditivo à sua imposição a terceiros estranhos à convenção de arbitragem[74].

Assim, na hipótese de haver consenso entre as partes e o tribunal arbitral acerca da participação voluntária de terceiros no processo arbitral, compreende-se que não haverá óbices a tal integração processual. Nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco aponta que a vontade do terceiro de participar do procedimento é requisito específico para sua intervenção na arbitragem, ao contrário do processo civil comum, no qual a intervenção poderá ocorrer de forma compulsória[75].

Nas contratações administrativas em setores de infraestrutura, poderá haver a necessidade de integração no procedimento de agentes não signatários do contrato ou da convenção de arbitragem, em razão da potencial transcendência

---

74. "Na doutrina prevalece o entendimento de que nenhuma espécie de intervenção de terceiros é admitida, em se tratando de arbitragem. Seja voluntário, seja forçado, o ingresso de terceiro em procedimento arbitral não pode ser imposto às partes.
Como regra, os argumentos invocados para afastar tal intervenção residem no caráter contratual/consensual da arbitragem, assim como no efeito relativo da cláusula de arbitragem ou do compromisso, que somente vincula e submete ao juízo arbitral aquele que à convenção aderiu.
Não se pode deixar de lado, contudo, o viés jurisdicional que compõe a arbitragem. E é justamente nessa dimensão que reside a discussão a respeito da intervenção de terceiros no juízo arbitral. Ademais, como vimos acenando, verifica-se uma tendência a mitigar o teor absoluto da regra da relatividade dos contratos, decorrente da autonomia da vontade, o que pode servir a fundamentar também eventual intervenção de terceiro na arbitragem" (MAZZONETTO, Nathalia. *Partes e terceiros na arbitragem*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 166-167).

75. "Também como em todo processo civil, no arbitral é em tese admissível a ulterior agregação de outros sujeitos à relação processual, além do autor e do réu, na condição de intervenientes. A admissibilidade das intervenções de terceiros no processo arbitral pode, todavia, estar condicionada a um requisito adicional, que é a vontade do terceiro não signatário da convenção de arbitragem. Não desejando participar do processo arbitral, sua inserção por provocação de uma das partes seria um ultraje à sua liberdade de contratar e equivaleria a uma indevida extensão subjetiva da cláusula compromissória" (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo, Malheiros, 2013. p. 124).

dos efeitos da decisão para além das partes processuais. Igualmente, pode ser útil a participação de *amicus curiae* para apresentação de contribuições técnicas relevantes à resolução da disputa.

Quanto à possível eficácia da decisão para outros agentes que não participaram do procedimento arbitral, em uma análise superficial do tema, poderia parecer pouco provável, dado que, em geral, discute-se um conflito contratual, relacionado a direitos patrimoniais disponíveis. Contudo, para os liames obrigacionais da Administração Pública, a questão pode apresentar contornos diferenciados.

Sabe-se que o Estado pode se valer do contrato administrativo para a execução de uma obra ou serviço, para a concessão de um serviço público, para outorga do direito de exploração de uma atividade ao vencedor de um leilão de aquisição do controle societário de uma empresa, como um instrumento de regulação, entre outras finalidades.

Assim, o liame obrigacional entre Estado e ente privado nem sempre tem contornos óbvios ou restritos às partes contratantes. Alguns exemplos podem ilustrar essa situação.

Há casos em que a construção e a operação de uma linha de metrô, mediante contrato de PPP, preveem integração com as demais linhas da malha, as quais são operadas por empresas estatais. Em tal hipótese, alguma divergência técnica, no bojo do contrato de PPP, na construção da interligação entre a linha metroviária antiga, operada pela companhia estatal, e a futura linha metroviária a ser operada pelo parceiro privado, precisará contar com a participação de todos os atores envolvidos, ou seja, Estado e empresa privada (como signatários do contrato de PPP) e a empresa estatal (legítima interessada na resolução do conflito, cujas consequências poderão impactar suas atividades).

De outra banda, em alguns setores de infraestrutura, as alterações promovidas em um contrato podem impactar outras avenças, como o setor de energia elétrica, em que as diversas atividades da cadeia produtiva são divididas em contratos próprios (geração, transmissão e distribuição). Nesses casos, quer parecer relevante a atuação das Agências Reguladoras nos procedimentos arbitrais.

Em suma, em razão da potencial interface dos contratos administrativos, em especial da área de infraestruturas, como outros contratos, bem como pelo potencial impacto regulatório que a decisão arbitral sobre um contrato pode promover em todo o setor, a figura da intervenção de terceiros merece ser considerada nas arbitragens com participação da Administração Pública.

No que diz respeito à atuação de *amicus curiae*, quer parecer que sua participação pode se justificar em razão de uma potencial relevância socioeconômica

da decisão a ser tomada na arbitragem, a despeito de versar sobre direitos patrimoniais disponíveis. Nessa temática, Eugenia Levine relata a importância que o tema da participação de *amicus curiae* vem ganhando nas disputas comerciais internacionais. De acordo com a autora, ao mesmo tempo que tais agentes processuais podem aprimorar o debate e contribuir para a solução do caso, a intensificação de sua atuação pode afastar o interesse do investidor estrangeiro, em razão do aumento de sua exposição no conflito[76].

5. Conclusões

A previsão de arbitragem para solução dos conflitos contratuais pela Administração Pública não é fenômeno recente, mas sua relevância cresceu nos últimos anos pela necessidade de obter uma resolução eficiente nas controvérsias dos empreendimentos de infraestrutura e pelo advento de um cenário legislativo e doutrinário de maior segurança jurídica ao manejo de tal instituto.

Assim, a avaliação das cláusulas arbitrais inseridas em contratos celebrados pelo Estado demonstra um nítido aperfeiçoamento e reflexão sobre como se valer do método privado de solução de disputas. Em tempos recentes, os debates concentram-se nas melhores práticas para a convenção de arbitragem, como escolha das câmaras, indicação de árbitros e forma de condução dos procedimentos.

O estudo do tratamento do tema nos ordenamentos jurídicos estrangeiros pode fornecer subsídios à atividade jurisprudencial brasileira, a qual ainda

---

76. "A rápida ascensão da arbitragem de investimento internacional na ordem jurídica internacional tem sido acompanhada por uma crescente preocupação pública quanto à legitimidade e responsabilidade do sistema. A controvérsia decorre do fato de que, embora a arbitragem seja tradicionalmente um mecanismo de resolução de controvérsias confidencial e privado, a participação de um Estado no contexto do investimento pode levar a decisões arbitrais que afetam um leque significativamente maior de atores que as duas partes na disputa. Como ressalta um autor, 'a arbitragem entre investidores e Estados envolve desafios às medidas governamentais, às vezes medidas de aplicação geral destinadas a promover ou alcançar importantes objetivos de políticas públicas' [...] Ao considerar o papel a ser desempenhado por terceiros intervenientes nas disputas arbitrais investidor-Estado, é necessário manter-se consciente do fato de que o regime de arbitragem de investimentos difere fundamentalmente da arbitragem comercial tradicional. Em muitos casos, é imperativo que a arbitragem entre investidores estatais 'satisfaça elevados padrões de transparência e abertura a participantes não disputantes'" (LEVINE, Eugenia. *Amicus Curiae* in International Investment Arbitration: e Implications of an Increase in Third-Party Participation. *Berkeley Journal of International Law*, v. 29, p. 200-224, 2011. Tradução livre).

expõe preconceitos contra o uso da arbitragem pelo Estado, ou mesmo veda indiscriminadamente seu uso com base em argumentos genéricos e despidos de racionalidade econômica e jurídica.

Em geral, o Estado não precisa receber tratamento diferenciado quando for parte em um processo arbitral, tendo em vista que a consensualidade inerente a tal instituto permite às partes acordar sobre prazos e procedimentos aderentes às suas necessidades. Todavia, algumas normas cogentes não podem ser afastadas, como o procedimento específico para execução de cunho pecuniário contra a Administração Pública e a obediência ao princípio da publicidade (expressamente previsto na Lei de Arbitragem brasileira).

6. Bibliografia

ALVES, Marcus Vinicius Armani. *A Fazenda Pública na arbitragem*. 2016. Dissertação (Mestrado) –Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

ALVES, Rafael Francisco. A inadmissibilidade de medidas antiarbitragem no direito brasileiro. São Paulo: Atlas, 2009.

AMARAL, Paulo Osternack. *Arbitragem e Administração Pública*: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ANDREWS, Neil. Arbitration and Mediation in England. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 175, p. 107-129, set. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Sociedade de economia mista prestadora de serviço público. Cláusula arbitral inserida em contrato administrativo sem prévia autorização legal. Invalidade. In: _____. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. t. 3.

BENAVIDES, José Luis; REIS, Tarcila. International Arbitration and Public Contracts in Latin America. *Public Contracts and International Arbitration*. Paris: Bruyant, 2011.

CAMPELLO, Carlos. A trajetória empresarial de Henrique Lage e as relações com o Estado. *XXIII Simpósio Nacional de História*. Londrina, 2005. Disponível em: [http://anais.anpuh.org/wp-content/uploads/mp/pdf/ANPUH.S23.0178.pdf]. Acesso em: 24.04.2018.

CARDOSO, Camila Mendes Vianna et al. Dec. 8.465/2015: fomento à arbitragem envolvendo a Administração Pública no setor portuário. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 13, v. 48, p. 172, jan.-mar. 2016.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei n. 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e administração pública. Primeiras reflexões sobre a arbitragem envolvendo a Administração Pública. *Revista Brasileira de Arbitragem*. São Paulo, v. 13, n. 51, p. 7-21, jul.-set. 2016.

CARVALHO, André Castro. Restrições à arbitragem pelo Tribunal de Contas da União: comentários ao acórdão TCU-Plenário 2.573/2012. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 36, p. 325-357, jan.-mar. 2013.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

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

DINAMARCO, Julia. Algumas considerações sobre o caso judicial Copel v. UEG. In: GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (Coord.). *Aspectos práticos da arbitragem*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

DRAHOZAL, Christopher R. In Defense of Southland: Reexamining the legislative history of the Federal Arbitration Act. *Notre Dame Law Review*, v. 78, p. 101-170, 2002.

ESCOBAR, Marcelo Ricardo. *Arbitragem tributária no Brasil*. São Paulo: Almedina, 2017.

ESQUÍVEL, José Luís. *Os contratos administrativos e a arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2004.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*: formação do patronato político brasileiro. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012.

FERRIS, José Ricardo; MOURA, Ana Serra e. La participación de los Estados y entidades públicas latino-americanas em Arbitraje de La Cámara de Comercio Internacional: diez años de experiência. In: TANZI, Attila et al. *Derecho Internacional de las Inversiones en América Latina*. Boston: Leiden, 2016.

GAILLARD, Emmanuel. *Teoria jurídica da arbitragem internacional*. Trad. Natália Mizrahi Lamas. São Paulo: Atlas, 2014.

JUNQUEIRA, André Rodrigues. *Arbitragem na Administração Pública*: estudo de caso sobre a eficiência do instituto das parcerias público-privadas do Estado de São Paulo. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

JUNQUEIRA, André Rodrigues; OLIVEIRA, Mariana Beatriz Tadeu de; e SANTOS, Michele Manaia. Cláusula de solução de controvérsias em contratos de parceria público-privada: estudo de casos e proposta de redação. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 77-78, p. 285-314, jan.-dez. 2013.

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

LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915.

LEVINE, Eugenia. *Amicus Curiae* in International Investment Arbitration: e Implications of an Increase in Third-Party Participation. *Berkeley Journal of International Law*, v. 29, p. 200-224, 2011.

LOEWENSTEIN, Karl. *Brazil under Vargas*. New York: The Macmillian Company, 1942.

LOPES, Christian Sahb Batista. Jurisprudência estatal nacional comentada. Cláusula patológica. Dúvida sobre instituição arbitral escolhida. Potencial conflito positivo de competência. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência n. 113.260-SP. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, n. 31, p. 92-107, 2011.

MANGE, Flávia Foz. Anti-suit Injunctions in International Arbitration: Protecting the Procedure or Pushing to Settlement? *Dispute Resolution International*. v. 4, n. 2, oct. 2010, p. 191-218.

MAROLLA, Eugênia Cristina Cleto. *Concessões de serviço público*: a equação econômico-financeira dos contratos. São Paulo: Verbatim, 2011.

MAROLLA, Eugênia Cristina Cleto. *Arbitragem e os contratos da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MARTINS, André Chateaubriand. Arbitragem e Administração Pública. In: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre. *Arbitragem*: estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-5-2015. São Paulo: Saraiva, 2016.

MAZZONETTO, Nathalia. *Partes e terceiros na arbitragem*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

MEDEIROS, Suzana Domingues. Arbitragem envolvendo o Estado no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 233, p. 71-101, jul.-set. 2003.

MEGNA, Bruno Lopes. *Arbitragem e Administração Pública*: o processo arbitral devido e adequado ao regime jurídico administrativo. 2017. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atuação administrativa consensual*: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

RIBEIRO, Diogo Albaneze Gomes. *Arbitragem no setor de energia elétrica*. Coimbra: Almedina, 2017.

ROZAS, José Carlos Fernández. El convenio arbitral: entre la estabilidad y el desatino. *Estudios de arbitraje*: libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azocar. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006.

SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SEIBEL, David. To Enhance the Operation of Government: Reauthorizing the Administrative Dispute Resolution Act. *Harvard Negotiation Law Review*, v. 1, p. 239-246, 1996.

SENTENÇA parcial sobre competência de 6 de dezembro de 2004 no Caso CCI 12656, *UEG Araucária c. Copel*. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 11, out.-dez. 2006.

SOUZA JR., Lauro da Gama e. Sinal verde para a arbitragem nas parcerias público-privadas (a construção de um novo paradigma para os contratos entre o Estado e o investidor privado). *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 241, p. 150, jul.-set. 2005.

STONE, Katherine van Welzel. Rustic Justice: community and coercion under the Federal Arbitration Act. *North Carolina Law Review*, v. 77, p. 931--1.036, 1999.

TALAMINI, Eduardo; PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Arbitragem e Poder Público: o esboço de um consenso e novos desafios. In: TALAMINI, Eduardo; PEREIRA, Cesar A. Guimaraes. (Coord.). *Arbitragem e Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2010.

WILLEMAN, Flávio de Araújo. *Acordos administrativos, decisões arbitrais e pagamentos de condenações pecuniárias por precatórios judiciais*. Disponível em: [http://download.rj.gov.br/documentos/10112/392202/DLFE26509.pdf/07ArcodosAdministrativosDecisoesArbitrais.pdf]. Acesso em: 17.04.2018.

Sites consultados:

[http://fgv.br/cpdoc/acervo/arquivo-pessoal/GV/textual/carta-de-henrique--lage-a-getulio-vargas-colocando-a-disposicao-do-governo-parte-dos--navios-de-sua-companhia-para-integrarem-a-grande-companhia-uni]. Acesso em: 27.04.2018.

[www.caad.org.pt]. Acesso em: 28.04.2018.