

**UNIVERSIDADE ANHANGUERA-UNIDERP  
REDE DE ENSINO LUIZ FLÁVIO GOMES**

**ARBITRAGEM E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

**SANDRA SAYURI KANNO**

**ARARAQUARA/SP**

**2012**

---

**SANDRA SAYURI KANNO**

**ARBITRAGEM E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual como requisito parcial à obtenção do grau de especialista em Pós-Graduação em Processo Civil.

Universidade Anhanguera-Uniderp  
Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes

**Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Tatiana Fernandes Santos Bazenga**

**ARARAQUARA/SP**

**2012**

## RESUMO

A Administração Pública, inicialmente pautada por uma visão conservadora, atualmente admite a Arbitragem como meio de resolução de conflitos que surgem entre o Poder Público e os particulares. O presente estudo restringe-se a análise do cabimento da Arbitragem no âmbito das Agências Reguladoras e nos contratos administrativos de concessão nas modalidades parceria público-privado e concessão de serviço público. É certo que a Arbitragem apresenta mais vantagens do que desvantagens em relação ao processo estatal, como celeridade, tecnicidade dos julgamentos e ampla autonomia da vontade das partes. Todavia, quando a Administração Pública é parte na Arbitragem, goza de algumas peculiaridades: não se pode julgar por equidade, deve haver publicidade e a Administração não goza das prerrogativas processuais previstas no CPC, mas é perfeitamente possível que a tutela de urgência seja deferida contra os interesses da Administração.

**Palavras-chave:** arbitragem, Administração Pública, contrato administrativo, vantagem.

## ABSTRACT

The Public Administration, at first guided by a conservative view, admits the Arbitration nowadays as a method of resolving conflicts which happen between the Public Power and the private individuals. The present study restricts itself to the analysis of the Arbitration suitability in the Regulator Agencies and its use in concession administrative contracts made between government-private partnership and public services concession. It is certainly the case that the Arbitration presents more advantages than disadvantages concerning the state process, such as celerity, technicity of the judgments and high autonomy of the sides will. However, when the Public Administration is part of the Arbitration, it enjoys some peculiarities: it's not possible to judge based on fairness, there must be publicity and the Administration doesn't enjoy the procedural rights detailed in the Brazilian Civil Procedural Code, but it is perfectly possible that the urgent guardianship may be bestowed against Public Administration interests.

**Key-words: arbitration, Public Administration, administrative contract, advantage.**

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO.....</b>	<b>04</b>
<b>2. BREVE COMENTÁRIO SOBRE A ARBITRAGEM.....</b>	<b>05</b>
<b>3. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO PARTE NA ARBITRAGEM.....</b>	<b>07</b>
3.1. Arbitrabilidade Subjetiva.....	07
3.2. Arbitrabilidade Objetiva.....	09
3.3. Jurisprudências.....	10
<b>4. AS VANTAGENS E DESVANTAGENS DA ARBITRAGEM EM RELAÇÃO AO PROCESSO ESTATAL.....</b>	<b>13</b>
<b>5. TUTELA DE URGÊNCIA CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELO JUÍZO ARBITRAL.....</b>	<b>18</b>
<b>6. PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS E A ARBITRAGEM.....</b>	<b>20</b>
<b>7. AS CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO E A ARBITRAGEM.....</b>	<b>24</b>
<b>8. AS AGÊNCIAS REGULADORAS E A ARBITRAGEM.....</b>	<b>26</b>
<b>9. CONCLUSÃO.....</b>	<b>30</b>

## 1. INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é o debate acerca das peculiaridades, vantagens e desvantagens da aplicação da Arbitragem como meio de solução de conflitos envolvendo a Administração Pública.

A discussão sobre o cabimento desse instituto quando o Poder Público seja parte, embora ainda haja muitas divergências doutrinárias, já está superada. Um grande passo é o fato de a jurisprudência estar se pronunciando a favor do cabimento da Arbitragem em litígios envolvendo a Administração Pública.

Além disso, outro fator de suma importância é a mudança de paradigma, atualmente concepções mais modernas buscam aproximar o Estado das pessoas privadas e também perseguem uma Administração mais paritária e consensual, baseando-se em princípios constitucionais e na verdadeira essência do interesse público.

Assim, em um primeiro momento, analisa-se a viabilidade da Administração Pública como parte na Arbitragem. Posteriormente, aborda-se as vantagens e desvantagens da Arbitragem se comparadas ao processo estatal. Em seguida, tendo em vista a omissão da Lei da Arbitragem, discute-se a possibilidade de deferimento das tutelas de urgência contra o Poder Público em processos arbitrais. Por fim, estuda-se as peculiaridades dos contratos de concessão quando submetidas à arbitragem e quando uma Agência Reguladora é parte no processo arbitral.

A propósito, o presente estudo não pretende esgotar o tema, mas tão somente despertar discussões e encontrar soluções para a “crise do judiciário”<sup>1</sup>, já que o Governo é o “maior cliente”<sup>2</sup> da justiça estatal.

---

<sup>1</sup> “Segundo o Conselho Nacional de Justiça, em seu site, no ano de 2008, nos Tribunais Regionais Federais, tramitaram quase 1,2 milhão de processos, dos quais 474 mil ingressaram nesse ano e 713 mil eram remanescentes de 2007, com taxa de congestionamento de 59,80%. Já na primeira instância federal, 2,1 milhões de feitos em trâmite, 1,5 milhão referente ao estoque de julgamento, com taxa de 76,1%. Nas Turmas Recursais, correram 568 mil ações (380 mil novos casos e 188 mil pendentes), com congestionamento de 40,6% e, nos Juizados Especiais Federais, 2,2 milhões (1,2 milhão de novos e 979 mil de pendentes), com taxa de 47,3%. Nos Tribunais Regionais do Trabalho, o número de processos foi de, aproximadamente, 882 mil, dos quais 659 mil ingressantes nesse ano de 2008, com taxa de congestionamento de 25,2%. No primeiro grau da Justiça do Trabalho, foram distribuídos surpreendentes 6 milhões de processos, com 3,2 milhões de novos casos e 2,8 milhões remanescentes de 2007, com congestionamento de 47,5%. Já no 2º grau da Justiça Estadual, o número de distribuições chegou a 1,8 milhão, com taxa de congestionamento de 42,5%. Na primeira instância, tramitaram incríveis 45 milhões de feitos, 33 milhões já pendentes de 2007, com taxa de 79,6%. Nas Turmas Recursais, correram 441 mil ações (321 mil novas e 120 mil antigas), com taxa de 42%. E, nos Juizados Especiais, 8,2 milhões de processos (4,2 milhões de novos e 4 milhões de pendentes), com taxa de 50,6%” (SOUZA, Juan Carlos Ferreira. Arbitragem. Justiça Federal de São Paulo. <http://www.jfsp.jus.br/assets/Uploads/administrativo/NUBI/TCCs-JF-1.-Grau-em-Sao-Paulo>. Acesso em: 29 de novembro de 2011, p. 11/12).

## 2. BREVE COMENTÁRIO SOBRE A ARBITRAGEM

Por definição, a arbitragem é um meio de solução de conflitos na qual as partes, livremente e de comum acordo, elegem uma terceira pessoa, estranha à relação processual, para decidir uma questão patrimonial disponível controvertida.

Segundo Paulo Osternack Amaral:

A arbitragem constitui meio alternativo de solução de controvérsias, por meio do qual as partes – no âmbito da autonomia da vontade – investem um ou mais particulares de poderes para solucionar litígio que verse sobre direitos patrimoniais disponíveis, cuja decisão se equipara à judicial e se reveste da garantia constitucional da coisa julgada material (CF/88, art. 5º, XXXVI) (AMARAL et al., 2010, p. 329).

Todavia, não se deve confundir transação, mediação, conciliação e arbitragem. Os três primeiros são técnicas de autocomposição, enquanto a arbitragem é modo extrajudicial de heterocomposição.

Na transação, as partes, entre si, terminam um litígio por meio de concessões mútuas, sem a participação de um terceiro, ou seja, sem a interferência de um juiz ou de um árbitro.

Na mediação, as partes tentam obter uma solução amigável, de comum acordo. É possível que o mediador apresente propostas concretas para por fim ao litígio, mas não podem impor às partes qualquer solução.

Na conciliação, o conciliador participa mais ativamente do que o mediador. O conciliador visa evitar que as partes recorram ao Poder Judiciário. A solução do conflito pode dar-se por renúncia ao direito pelo autor, submissão do réu à pretensão do autor ou concessões recíprocas (transação).

Na arbitragem, entretanto, é necessária a intervenção de um terceiro - o árbitro - para proferir uma decisão a favor de uma das partes e o processo arbitral não obedece a qualquer norma processual emanada do Estado, ou seja, as partes podem convencionar como serão os procedimentos arbitrais.

Luiz Ferreira Xavier Borges e Nelson Alexandre Paloni ensinam que “Não existe analogia entre processo civil e processo arbitral; a própria Lei de Arbitragem não faz tal analogia” (BORGES et al., 2008, p. 186).

---

<sup>2</sup> “Em um país em que o governo (em todos os níveis federativos) é o maior cliente da justiça estatal, respondendo por 80% dos processos e recursos que tramitam nos tribunais superiores, a arbitragem representa alternativa séria e efetiva aos congestionados tribunais” (PANTOJA et al., Prática em Arbitragem. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p. 128).

É de salientar que o processo arbitral respeita o princípio constitucional de que todo cidadão será submetido a um processo justo, pois a arbitragem respeita o contraditório, isonomia, imparcialidade do julgador e respeito a seu livre convencimento (art. 21, § 2º da Lei n. 9.307/96)<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> A Lei n. 9.307/96 disciplina as regras da arbitragem no Brasil, foi publicada em 24.9.1996 e entrou em vigor sessenta dias após a data de sua publicação.

### **3. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO PARTE NA ARBITRAGEM**

#### **3.1. Arbitrabilidade Subjetiva**

Alguns doutrinadores defendem a necessidade de prévia autorização legislativa específica para a Administração Pública participar de arbitragem. A finalidade da lei específica seria a de declarar a disponibilidade administrativa de um direito ou interesse contratual da Administração.

Contudo, essa posição ainda que pareça adequada, é exagerada se for analisada juntamente com o princípio da eficiência administrativa, pois este princípio autoriza a flexibilização dos meios utilizados pela Administração Pública para a realização de suas ações.

Ademais, se for analisado com o direito fundamental de razoável duração do processo é sempre mais vantajoso que a justiça estatal.

Não se deve privilegiar os interesses burocráticos da Administração, ao contrário, deve-se ter em mente o interesse público.

Para outros autores, o simples fato da Lei de Arbitragem e do Código Civil não trazer qualquer restrição à aplicação da arbitragem nas relações em que a Administração Pública é parte, é suficiente para que o Poder Público a ela se submeta.

Uma terceira corrente, visando uma concepção mais moderna, defende que a Administração Pública vem evoluindo para uma administração paritária e consensual e, nesse sentido, deve guardar conformidade com a ordem constitucional, não se restringindo às regras da legislação ordinária.

Para Lauro da Gama e Souza Jr.:

Marcada pela constitucionalização de princípios diretores da atuação do Estado e pela teoria dos direitos fundamentais, a nova dogmática do direito administrativo brasileiro libertou-se, não sem grande atraso, do instrumental teórico centrado na idéia de supremacia do interesse público (SOUZA et al., 2008, p. 129).

Acrescenta ainda:

Em contraste, os novos paradigmas do direito administrativo fundam-se nas seguintes bases: (i) a definição do que é interesse público e de sua eventual supremacia sobre o interesse particular deixa o arbítrio do administrador, passando a depender de juízos de ponderação proporcional entre os direitos fundamentais e outros valores e interesses metaindividuais constitucionalmente consagrados; (ii) a Constituição, e não mais a lei, figura no cerne da vinculação administrativa à juridicidade; e (iii) a discricionariedade deixa de ser um espaço

de livre escolha do administrador para convolar-se em um resíduo de legitimidade, a ser preenchido por procedimentos técnicos e jurídicos, prescritos pela Constituição e pela lei, com vistas à otimização do grau de legitimidade da decisão administrativa (SOUZA et al., 2008, p. 130).

Assim, esse novo paradigma afasta a resistência da Administração Pública à jurisdição arbitral e limita o poder do Estado, visando à satisfação de necessidades coletivas.

O citado autor, conclui:

... toda e qualquer limitação a direitos fundamentais deve ser justificada à luz do princípio da proporcionalidade. É o emprego de tal princípio que auxilia o intérprete e aplicador do direito a alcançar a justa proporção na ponderação entre os valores constitucionais envolvidos na limitação a qualquer direito fundamental (SOUZA et al., 2008, p. 133).

Por fim, alguns doutrinadores entendem que o art. 1º da Lei de Arbitragem, por si só, autoriza o Poder Público ser parte em processo arbitral.

Thalita Bizerril Duleba Mendes explica:

Tem-se que, apesar de não estar expressa na Lei de Arbitragem a capacidade do Estado em figurar como parte, é suficiente o disposto em seu art. 1º, de forma que, sendo pessoa jurídica de direito público plenamente apta a celebrar contratos, estaria a Administração Pública legalmente autorizada a participar de arbitragens (MENDES et al., 2010, p. 351).

E Aline Lícia Klein:

Não há dúvidas de que o Estado é pessoa capaz para contratar. Para o atingimento dos seus objetivos, celebra diversos tipos de contratos e se compromete mediante avenças celebradas com outros entes estatais e com particulares. Assim, em termos de arbitrabilidade subjetiva, não há qualquer impedimento no art. 1º da Lei de Arbitragem para que os entes da Administração direta e indireta sejam partes em processo arbitral (KLEIN et al., 2010, p. 69).

Para essa autora, a incapacidade para participar de processo arbitral teria sua origem na própria incompetência para contratar. Ensina que o ente que celebrou o contrato e que dispunha de poderes para resolver amigavelmente com o contratado a controvérsia, também pode deliberar pela submissão a juízo arbitral.

### **3.2. Arbitrabilidade Objetiva**

Diz o art. 1º da Lei 9.307/96: “As *peças capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis*”.

Quanto ao requisito disponibilidade, tem-se que um direito é disponível quando seu titular pode exercê-lo livremente, independentemente de autorização.

Segundo estudos de Aline Lícia Klein, a disponibilidade pode ser avaliada sob dois enfoques distintos:

a) abrir mão da submissão da controvérsia à justiça estatal

A disponibilidade, nesse ponto, é relacionada com a possibilidade de dispensar a intervenção da justiça estatal nos casos em que a própria Administração poderia definir a questão amigavelmente ou unilateralmente.

b) possibilidade ou não de renúncia do direito material objeto do litígio

Aqui, a Administração permite que a regularidade de seus atos seja verificada por um juízo arbitral. Não quer dizer que o Poder Público esteja renunciando uma competência sua, pois não existe a obrigatoriedade de que todas as controvérsias que envolvam a Administração sejam submetidas ao Poder Judiciário.

Já quanto ao segundo requisito objetivo, o direito patrimonial é aquele passível de valoração pecuniária ou do qual é possível extrair-se utilidade econômica (PEREIRA et al., 2010, p. 77).

No âmbito da Administração Pública, apenas os bens dominicais ou disponíveis para alienação são passíveis de submissão ao juízo arbitral, como por exemplo, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, disputas que decorrem do término do contrato no tocante à reversão de bens, validade de atos praticados pela Administração no contrato de concessão, interpretação a ser dada ao contrato, questões relacionadas com a execução do contrato, entre inúmeros outros temas.

### **3.3. Jurisprudências**

CASO LAGE: o Supremo Tribunal Federal, em acórdão relatado pelo Ministro Bilac Pinto, reconheceu a possibilidade de arbitragem em litígio envolvendo a Administração Pública (AI 52.191, Pleno, rel. Min. Bilac Pinto).

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em acórdão relatado pela Desembargadora Nancy Andrichi, admitiu a solução arbitral em litígio envolvendo a Administração (MS 1998.00.2.003066-9, Conselho Especial).

O Tribunal de Alçada do Paraná considerou cabível a via arbitral para solucionar litígio envolvendo sociedade de economia mista estadual, que tinha por objeto o equilíbrio econômico-financeiro de contrato administrativo (AP 247.646-0, 7ª C. Cível, rel. Juiz Lauro Laertes de Oliveira).

O Superior Tribunal de Justiça admitiu a arbitragem para dirimir conflito no contrato de arrendamento de área portuária firmado por sociedade de economia mista.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup>MS n. 11.308/DF, rel. Min. Luiz Fux: "ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PERMISSÃO DE ÁREA PORTUÁRIA. CELEBRAÇÃO DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. JUÍZO ARBITRAL. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE. ATENTADO. 1. A sociedade de economia mista, quando engendra vínculo de natureza disponível, encartado no mesmo cláusula compromissória de submissão do litígio ao Juízo Arbitral, não pode pretender exercer poderes de supremacia contratual previsto na Lei 8.666/93. 2. A decisão judicial que confere eficácia à cláusula compromissória e julga extinto o processo pelo "compromisso arbitral", se desrespeitada pela edição de Portaria que eclipsa a medida afastada pelo ato jurisdicional, caracteriza a figura do "atentado" (art. 880 do CPC). 3. O atentado, como manifestação consistente na alteração do estado fático da lide influente para o desate da causa, pode ocorrer em qualquer processo. Impõe-se, contudo, esclarecer que, quando a ação é proposta, as partes não se imobilizam em relação ao bem sobre o qual gravita a lide. Nesse sentido, não se vislumbra na fruição normal da coisa ou na continuação de atos anteriores à lide (qui continuat non attentan). Assim, v.g., 'em ação de usucapião, como posse justificada, o usucapiente pode construir no imóvel; ao revés, há inovação no estado de fato e portanto comete atentado o réu que em ação reivindicatória procura valorizar o imóvel erigindo benfeitorias úteis no bem, ou o demandado que violando liminar deferida aumenta em extensão a sua infringência à posse alheia. De toda sorte, é imperioso assentar-se que só há atentado quando a inovação é prejudicial à apuração da verdade. O atentado pode ocorrer a qualquer tempo, inclusive, após a condenação e na relação de execução. (Luiz Fux, in, Curso de Direito Processual Civil, 3ª edição, Editora Forense, páginas 1637/1638) 4. Mandado de segurança impetrado contra ato do Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia, ante a publicação da Portaria Ministerial nº 782, publicada no dia 07 de dezembro de 2005, que ratificou os termos da rescisão contratual procedida pela Nuclebrás Equipamentos Pesados S/A - NUCLEP, em 14 de junho de 2004, Ato Administrativo nº 01/2005, de 05 de setembro de 2005, do contrato administrativo de arrendamento C-291/AB -001, celebrado em 16 de dezembro de 1997, com a empresa TMC, terminal Multimodal de Coroa Grande S/A e autorizou tanto a assunção imediata pela NUCLEP, do objeto do contrato de arrendamento C-291/AB 001, conforme permissivo legal expresso no art. 80, inc. I da Lei 8.666/93, como a ocupação e utilização do local, instalações, necessárias à continuidade do objeto do contrato de arrendamento C-291-001, conforme permissivo legal expresso no art. 80, inc. II e § 3º, da Lei nº 8.666/93, em afronta às cláusulas 21.1 e 21.2, do Contrato de Arrendamento para Administração, Exploração e Operação do Terminal Portuário e de Área Retroportuária (Complexo Portuário), lavrado em 16/12/1997 (fls.31/42), de seguinte teor: "Cláusula 21.1 – Para dirimir as controvérsias resultantes deste Contrato e que não tenham podido ser resolvidas por negociações amigáveis, fica eleito o foro da Comarca do Rio de Janeiro, RJ, em detrimento de outro qualquer, por mais privilegiado que seja. Cláusula 21.2 - Antes de ingressar em juízo, as partes recorrerão ao processo de arbitragem previsto na Lei 9.307, de 23.09.06. 5. Questão gravitante sobre ser possível o juízo arbitral em contrato administrativo, posto relacionar-se a direitos indisponíveis. 6. A doutrina do tema sustenta a legalidade da submissão do Poder Público ao juízo arbitral, calcado em precedente do E. STF, in litteris: "Esse fenômeno, até certo ponto paradoxal, pode encontrar inúmeras explicações, e uma delas pode ser o erro, muito comum de relacionar a indisponibilidade de direitos a tudo quanto se puder associar, ainda que ligeiramente, à Administração." Um pesquisador atento e diligente poderá facilmente verificar que não existe qualquer razão que inviabilize o uso dos tribunais arbitrais por agentes do Estado. Aliás, os anais do STF dão conta de precedente muito expressivo, conhecido como 'caso Lage', no qual a própria União submeteu-se a um juízo arbitral para resolver questão pendente com a Organização Lage, constituída de empresas privadas que se dedicassem a navegação, estaleiros e portos. A decisão nesse caso unanimemente proferida pelo Plenário do STF é de extrema importância porque reconheceu

especificamente 'a legalidade do juízo arbitral, que o nosso direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a Fazenda.' Esse acórdão encampou a tese defendida em parecer da lavra do eminente Castro Nunes e fez honra a acórdão anterior, relatado pela autorizada pena do Min. Amaral Santos. Não só o uso da arbitragem não é defeso aos agentes da administração, como, antes é recomendável, posto que privilegia o interesse público. " (in "Da Arbitrabilidade de Litígios Envolvendo Sociedades de Economia Mista e da Interpretação de Cláusula Compromissória", publicado na Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, Editora Revista dos Tribunais, Ano 5, outubro - dezembro de 2002, coordenada por Arnold Wald, esclarece às páginas 398/399). 7. Deveras, não é qualquer direito público sindicável na via arbitral, mas somente aqueles cognominados como "disponíveis", porquanto de natureza contratual ou privada. 8. A escorreita exegese da dicção legal impõe a distinção jus-filosófica entre o interesse público primário e o interesse da administração, cognominado "interesse público secundário". Lições de Carnelutti, Renato Alessi, Celso Antônio Bandeira de Mello e Min. Eros Roberto Grau. 9. O Estado, quando atestada a sua responsabilidade, revela-se tendente ao adimplemento da correspectiva indenização, coloca-se na posição de atendimento ao "interesse público". Ao revés, quando visa a evadir-se de sua responsabilidade no afã de minimizar os seus prejuízos patrimoniais, persegue nítido interesse secundário, subjetivamente pertinente ao aparelho estatal em subtrair-se de despesas, engendrando locupletamento à custa do dano alheio. 10. Destarte, é assente na doutrina e na jurisprudência que indisponível é o interesse público, e não o interesse da administração. 11. Sob esse enfoque, saliente-se que dentre os diversos atos praticados pela Administração, para a realização do interesse público primário, destacam-se aqueles em que se dispõe de determinados direitos patrimoniais, pragmáticos, cuja disponibilidade, em nome do bem coletivo, justifica a convenção da cláusula de arbitragem em sede de contrato administrativo. 12. As sociedades de economia mista, encontram-se em situação paritária em relação às empresas privadas nas suas atividades comerciais, consoante leitura do artigo 173, § 1º, inciso II, da Constituição Federal, evidenciando-se a inoocorrência de quaisquer restrições quanto à possibilidade de celebrarem convenções de arbitragem para solução de conflitos de interesses, uma vez legitimadas para tal as suas congêneres. 13. Outrossim, a ausência de óbice na estipulação da arbitragem pelo Poder Público encontra supedâneo na doutrina clássica do tema, verbis: (...) Ao optar pela arbitragem o contratante público não está transigindo com o interesse público, nem abrindo mão de instrumentos de defesa de interesses públicos, Está, sim, escolhendo uma forma mais expedita, ou um meio mais hábil, para a defesa do interesse público. Assim como o juiz, no procedimento judicial deve ser imparcial, também o árbitro deve decidir com imparcialidade, O interesse público não se confunde com o mero interesse da Administração ou da Fazenda Pública; o interesse público está na correta aplicação da lei e se confunde com a realização correta da Justiça." (No sentido da conclusão Dalmo Dallari, citado por Arnold Wald, Athos Gusmão Carneiro, Miguel Tostes de Alencar e Ruy Janoni Doutrado, em artigo intitulado "Da Validade de Convenção de Arbitragem Pactuada por Sociedade de Economia Mista", publicado na Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, nº 18, ano 5, outubro-dezembro de 2002, à página 418). 14. A aplicabilidade do juízo arbitral em litígios administrativos, quando presentes direitos patrimoniais disponíveis do Estado é fomentada pela lei específica, porquanto mais célere, consoante se colhe do artigo 23 da Lei 987/95, que dispõe acerca de concessões e permissões de serviços e obras públicas, e prevê em seu inciso XV, dentre as cláusulas essenciais do contrato de concessão de serviço público, as relativas ao "foro e ao modo amigável de solução de divergências contratuais". (Precedentes do upremo Tribunal Federal: SE 5206 AgR / EP, de relatoria do Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, publicado no DJ de 30-04-2004 e AI. 52.191, Pleno, Rel. Min. Bilac Pinto. in RTJ 68/382 - "Caso Lage". Cite-se ainda MS 199800200366-9, Conselho Especial, TJDF, J. 18.05.1999, Relatora Desembargadora Nancy Andrichi, DJ 18.08.1999.) 15. A aplicação da Lei 9.307/96 e do artigo 267, inc. VII do CPC à matéria sub judice, afasta a jurisdição estatal, in casu em obediência ao princípio do juiz natural (artigo 5º, LII da Constituição Federal de 1988). 16. É cediço que o juízo arbitral não subtrai a garantia constitucional do juiz natural, ao contrário, implica realizá-la, porquanto somente cabível por mútua concessão entre as partes, inaplicável, por isso, de forma coercitiva, tendo em vista que ambas as partes assumem o "risco" de serem derrotadas na arbitragem. (Precedente: Resp nº 450881 de relatoria do Ministro Castro Filho, publicado no DJ 26.05.2003) 17. Destarte, uma vez convenção pelas partes cláusula arbitral, o árbitro vira juiz de fato e de direito da causa, e a decisão que então proferir não ficará sujeita a recurso ou à homologação judicial, segundo dispõe o artigo 18 da Lei 9.307/96, o que significa categorizá-lo como equivalente jurisdicional, porquanto terá os mesmos poderes do juiz togado, não sofrendo restrições na sua competência. 18. Outrossim, vige na jurisdição privada, tal como sucede naquela pública, o princípio do Kompetenz-Kompetenz, que estabelece ser o próprio juiz quem decide a respeito de sua competência. 19. Consequentemente, o fumus boni iuris assenta-se não apenas na cláusula compromissória, como também em decisão judicial que não pode ser infirmada por Portaria ulterior, porquanto a isso corresponderia verdadeiro "atentado"

O Tribunal de Contas da União – TCU expressamente aludiu à possibilidade de arbitragem em contratos e parceria público-privada (Acórdão n. 1.330/2007 – Plenário, no qual foi aprovada a redação da Instrução Normativa n. 52, de 4.7.2007) e admitiu implicitamente a previsão de arbitragem em atos complementares de cooperação internacional (Acórdão n. 1.339/2009 – Plenário).

---

(art. 879 e ss. do CPC) em face da sentença proferida pelo Juízo da 42ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro. 20. A título de argumento obiter dictum pretendesse a parte afastar a cláusula compromissória, cumprir-lhe-ia anular o contrato ao invés de sobrejulgá-lo por portaria ilegal. 21. Por fim, conclui com acerto Ministério Público, verbis: "In casu, por se tratar tão somente de contrato administrativo versando cláusulas pelas quais a Administração está submetida a uma contraprestação financeira, indubitável o cabimento da arbitragem. Não faria sentido ampliar o conceito de indisponibilidade à obrigação de pagar vinculada à obra ou serviço executado a benefício auferido pela Administração em virtude da prestação regular do outro contratante. A arbitragem se revela, portanto, como o mecanismo adequado para a solução da presente controvérsia, haja vista, tratar-se de relação contratual de natureza disponível, conforme dispõe o artigo 1º, da Lei 9.307/96: "as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis." (fls. 472/473) 22. Ex positis, concedo a segurança, para confirmar o teor da liminar dantes deferida, em que se determinava a conservação do statu quo ante, face a sentença proferida pelo Juízo da 42ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro, porquanto o presente litígio deverá ser conhecido e solucionado por juízo arbitral competente, eleito pelas partes" (fls. 513/517)."

#### 4. AS VANTAGENS E DESVANTAGENS DA ARBITRAGEM EM RELAÇÃO AO PROCESSO ESTATAL

Para grande parte dos doutrinadores, a maior vantagem do processo arbitral em relação ao processo estatal é a celeridade e a segunda, a tecnicidade dos julgamentos. Como se verá adiante, a arbitragem também apresenta grande atrativo que consiste na ampla autonomia da vontade das partes.

Primeiramente, as vantagens da arbitragem:

##### a) Escolha dos árbitros

Na arbitragem, as partes escolhem os árbitros que decidirão o seu litígio (art. 13, §3º da Lei da Arbitragem). Esses julgadores devem ser pessoas físicas capazes e que tenham a confiança das partes, mas podem ser nomeados tanto brasileiros como estrangeiros de qualquer nacionalidade.

A possibilidade dessa escolha traz duas vantagens para as partes: (1) segurança em relação ao julgamento, pois a pessoa nomeada é de confiança de ambas as partes e (2) tecnicidade dos julgamentos, já que a escolha recairá em árbitros com conhecimento especializado na matéria objeto do litígio, enquanto o juiz togado é um generalista que normalmente não detém conhecimento técnico.

As partes também podem optar pela arbitragem *ad hoc* ou institucional. Lauro da Gama e Souza Jr. assim define a diferença entre elas:

Dentre as vantagens da arbitragem institucional destacam-se: (i) existência de lista de árbitros criteriosamente elaborada; (ii) tabela de custas e honorários de árbitros previamente conhecida; (iii) oferta de estrutura administrativa, com secretariado, equipamentos e outras facilidades; e (iv) possibilidade de utilização de regras procedimentais preestabelecidas, geralmente inspiradas em outras instituições e testadas em outros casos. Em algumas instituições há, igualmente, painéis para revisão dos laudos, no que diz respeito ao seu aspecto formal.

As arbitragens *ad hoc*, embora possam ser mais custosas, às vezes são mais adequadas a questões complexas, nas quais as partes já conhecem o perfil do árbitro que desejam indicar e possuem estrutura administrativa adequada para a realização de todas as etapas dos procedimentos, podendo dispensar a supervisão de uma instituição arbitral (SOUZA et al., 2008, p. 164).

##### b) Escolha da lei aplicável e possibilidade do julgamento por equidade

As partes têm a liberdade para elegerem as regras que serão aplicadas para resolver o seu litígio (art. 2º, caput, da Lei da Arbitragem).

Assim, as partes podem escolher a lei material (interna ou internacional) que será aplicada à causa submetida ao processo arbitral e também podem escolher a lei processual que regerá o desenvolvimento dos trabalhos.

O árbitro ao utilizar os critérios de equidade, julgará segundo o que lhe parecer justo e, portanto, poderá decidir em sentido diverso daquele indicado no direito positivo.

Para Paulo Osternack Amaral:

O árbitro também pode, desde que autorizado, afastar o critério da estrita legalidade e julgar com base nos princípios gerais de direito (equivalente ao julgamento por equidade), bem como nos usos e costumes (em especial aqueles do comércio internacional) (AMARAL et al., 2010, p. 336).

Por outro lado, a escolha das regras não é ilimitada, ao contrário, devem ser compatíveis com os bons costumes, com a ordem pública e com os princípios informadores do processo arbitral.

#### c) Flexibilidade do procedimento arbitral

Segundo art. 21 da Lei de Arbitragem, as partes podem estabelecer na convenção de arbitragem um dos seguintes procedimentos arbitrais:

- criar um procedimento para o seu caso;
- submeter-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada;
- delegar ao árbitro, ou tribunal arbitral, regular o procedimento.

#### d) Celeridade

Como dito anteriormente, a celeridade do procedimento arbitral sempre foi considerada uma grande vantagem do processo arbitral.

De acordo com o art. 23 da Lei de Arbitragem, a sentença no processo arbitral será proferida em 6 meses, a contar da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro.

Mas, tanto as partes como os árbitros podem, de comum acordo, prorrogar o prazo inicialmente estabelecido.

A propósito, o prazo para a decisão final é tão importante que será considerada inválida a sentença arbitral prolatada após o prazo fixado, tudo isso porque são aplicados os princípios da autonomia da vontade e do *pacta sunt servanda* (art. 32, VII, da Lei n. 9.307/96).

e) os efeitos da sentença arbitral são os mesmos da sentença judicial

Antes da Lei da Arbitragem, era necessária a homologação do laudo arbitral pelo Poder Judiciário, o que causada certa desconfiança do instituto, além de suprimir uma das maiores vantagens da arbitragem, ou seja, a celeridade.

Atualmente, a sentença arbitral produz os mesmos efeitos da sentença judicial e, caso tenha conteúdo condenatório, a sentença constitui título executivo judicial.

f) Processo e procedimentos confidenciais

As partes têm a faculdade de restringir a publicidade do processo e dos procedimentos arbitrais, ou seja, mais uma vez se privilegiou a autonomia da vontade na arbitragem.

Como desvantagem da arbitragem em relação ao processo estatal cita-se:

a) Ausência de duplo grau de jurisdição

O duplo grau de jurisdição, por sua vez, até poderia ser apontada como uma desvantagem, já que essa garantia constitucional visa evitar sentenças arbitrárias ou equivocadas, bem como serve de fiscalização dos órgãos de instâncias inferiores.

Contudo, o recurso é uma faculdade da parte e o uso dela poderia tirar a maior vantagem da arbitragem: a celeridade.

Além disso, não se pode falar que a supressão do duplo grau de jurisdição seja algo exclusivo da arbitragem, nosso ordenamento jurídico já prevê situação de irrecorribilidade de decisões, como, por exemplo, o princípio da indiscutibilidade dos veredictos proferidos pelos Tribunais do Júri, a vedação do duplo grau de jurisdição quando o valor da dívida for igual ou inferior a 50 ORTN em Execução Fiscal, conciliação na Justiça do Trabalho (art. 831, parágrafo único da CLT), homologação da composição dos danos vivos (art. 74 da Lei n. 9.099/95), entre outros.

b) o custo da arbitragem.

Em regra, o processo arbitral é muito mais caro que o processo estatal, diante da remuneração dos árbitros, do secretário, da instituição arbitral, etc.

Segundo estudo de Paulo Osternack Amaral:

Em consulta à tabela de custas e honorários do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, pode-se extrair que uma arbitragem administrada por tal instituição, considerando-se um painel composto por três árbitros, não custará menos de cinquenta mil reais às partes. Semelhante conclusão também é extraível da tabela de custas e honorários da Câmara de Mediação e Arbitragem de São Paulo, a qual evidencia que um processo arbitral (conduzido por três árbitros) administrado por essa Câmara não sairá por menos de trinta e oito mil reais.

A tabela de custas e honorários do Centro de Arbitragem da Câmara Americana de Comércio (Amcham), considerando que a demanda arbitral tenha termo em seis meses, custará às partes o equivalente a vinte mil reais (AMARAL et al., 2010, p. 342).

Assim, nota-se que o custo de um processo arbitral é um fator relevante e talvez seja esse o motivo da arbitragem ainda não ter se popularizado no Brasil.

Contudo, é certo que ao avaliar a viabilidade da arbitragem para o seu caso, as partes também avaliam outros aspectos e vantagens que poderão sobrepor-se ao fator custo.

#### **4.1. As Vantagens, Desvantagens e Peculiaridades da Arbitragem Envolvendo a Administração Pública**

O processo arbitral que tenha o Poder Público como parte, também goza das vantagens de ser célere e ter a flexibilidade do procedimento.

Por outro lado, as prerrogativas processuais para a Fazenda Pública conferidas no Código de Processo Civil em processo estatal, não são aplicadas ao processo arbitral.

Além disso, também aparecem como desvantagem da arbitragem em relação à demanda estatal, o fato de o árbitro não poder julgar por equidade em processo arbitral que tenha a Administração Pública como parte, pois nos termos do Art. 37 da CF, a decisão arbitral deve ser proferida em estrita consonância com a legalidade.

A segunda desvantagem é a restrição da publicidade que não pode ser invocada quando entes públicos figurem como parte.

Por fim, a terceira desvantagem está no custo da arbitragem, bem mais oneroso para as partes do que um processo judicial.

Porém, conforme estudo acima, uma análise de custo-benefício poderá indicar que a arbitragem ainda é mais vantajosa para as partes que a via estatal.

## 5. TUTELA DE URGÊNCIA CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELO JUÍZO ARBITRAL

Observa-se que a Lei da Arbitragem é omissa ao tratar das tutelas de urgência, contudo, podemos extrair do art. 13, §6º, da referida Lei, que o árbitro deve “*proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição*” e, assim, garantir a efetividade do processo que conduz.

O art. 22, §4º, da mesma Lei, autoriza o árbitro a analisar o cabimento e proferir decisões acautelatórias, todavia, seu poder se restringe à jurisdição, não tem poder para executar a medida cautelar e, para tanto, deverá solicitar ao juiz estatal o cumprimento de sua decisão.

Thalita Bizerril Duleba Mendes, analisando os estudos feitos por Nilton Cesar Antunes da Costa, aponta dois momentos em que a tutela de urgência pode ser necessária:

(...) caso a tutela de urgência seja necessária antes deste momento, há duas possíveis:

- a) A rigor, quando ainda não instaurada a arbitragem, é de se requerer ao juízo estatal competente o deferimento da tutela (...)
- b) Pode ainda acontecer de haver previsão expressa no regimento da instituição arbitral no sentido de competência de árbitro específico para a análise da tutela de urgência na hipótese de ainda não estar instaurada a arbitragem (...)

(...) No caso já estar instaurada, havendo a necessidade de tutela de urgência, esta será incidental e então de competência do árbitro do feito (MENDES et al., 2010, p. 360).

Assim, a tutela de urgência pode ser requerida antes ou depois da instauração da arbitragem<sup>5</sup> e “*havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa*” (art. 22, §4º, da Lei de Arbitragem).

Nesse quadro, se a parte não cumprir espontaneamente a medida, o juízo estatal deverá executar a decisão cautelar, sem qualquer alteração.

E é possível a concessão de tutela de urgência contra os interesses da Administração Pública?

---

<sup>5</sup>.Segundo a Lei da Arbitragem: Art. 19. Considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários. Parágrafo único. Instituída a arbitragem e entendendo o árbitro ou o tribunal arbitral que há necessidade de explicitar alguma questão disposta na convenção de arbitragem, será elaborado, juntamente com as partes, um adendo, firmado por todos, que passará a fazer parte integrante da convenção de arbitragem.

A resposta é simples, se o Poder Público pode figurar como parte na arbitragem, é perfeitamente possível que a tutela de urgência possa ser deferida contra ou a favor dos interesses da Administração Pública.

Porém, são necessárias algumas considerações, já que parte da doutrina entende que não se podem conceder tutelas de urgência contra a Administração Pública. Vejamos.

As medidas acautelatórias ou antecipatórias dos efeitos da tutela são provisórias e revogáveis a qualquer momento, por isso não há que se falar em prejuízo à Administração Pública.

Embora os contratos administrativos sejam onerosos, nem toda tutela de urgência irá demandar pagamento, e ainda que demande pagamento, é certo que o contrato já dotava de previsão orçamentária. Desta forma, qualquer pagamento realizado pelo Poder Público em sede de antecipação de tutela, não será novo crédito, e sim pagamento daquilo que já era devido.

A União vem ampliando o leque de utilização da arbitragem, em 2007 criou a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF para dirimir conflitos internos entre entes ou órgãos da Administração Federal.

A cartilha aponta como objetivo:

- conciliar os interesses divergentes dos diversos órgãos e entidades da Administração Federal, e entre estes e a Administração Pública dos Estados e do Distrito Federal, bem como evitar a judicialização de novas demandas; e - encerrar processos já judicializados, harmonizando os interesses dos órgãos envolvidos, por meio de conciliações (Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal, 2008, p. 6).

Nesse quadro, não se vislumbra impedimento para que as tutelas de urgência sejam deferidas contra a Administração Pública.

## 6. PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS E A ARBITRAGEM

As Parcerias Público-Privadas são modalidades de contratos administrativos de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

Maria Sylvia Zanella di Pietro explica:

Para englobar as duas modalidades em um conceito único, pode-se dizer que a parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão que tem por objeto (a) a execução de serviço público, precedida ou não de obra pública, remunerada mediante tarifa paga pelo usuário e contraprestação pecuniária do parceiro público, ou (b) a prestação de serviço de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, com ou sem execução de obra e fornecimento e instalação de bens, mediante contraprestação do parceiro público (DI PIETRO, 2007, p. 285).

A Lei n. 11.079/2004<sup>6</sup>, em seu art. 11, III, contemplou a possibilidade de o contrato de PPP prever a arbitragem como meio de solução de litígios entre concessionário e poder concedente, ou seja, entre o parceiro privado e o parceiro público, respectivamente.

Vale lembrar que uma PPP pode ser puramente administrativa, como a *concessão*, ou envolver relação de direito privado, como as de *financiamento e construção* ou, ainda, situar-se no cruzamento entre ambas, como a *garantia prestada através do fundo garantidor*.

O administrador tem a faculdade de escolher ou não a arbitragem, mas caso o administrador opte pela arbitragem, parte da doutrina entende que o edital de licitação deve constar expressamente que qualquer controvérsia do referido contrato será submetido a esse tipo de solução de conflitos.

Para esses autores, na licitação vigora o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, segundo o qual tanto a Administração como o particular contratado devem obediência aos termos do edital.

Para Lauro da Gama e Souza Jr:

A adoção da arbitragem pelo administrador público é facultativa; contudo, feita a escolha, é obrigatório que conste do edital de licitação.

(...)

Nas licitações, como se sabe, vigora o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, segundo o qual a Administração se curva estritamente aos termos do edital, seja quanto a regras de fundo, seja quanto a normas de procedimento. Ao praticar atos em desconformidade com o edital, no curso ou após a licitação, a Administração poderá violar os princípios norteadores da atividade administrativa, como a legalidade, a moralidade e a isonomia. Desse modo, a celebração a posteriori de convenção arbitral, não prevista na minuta

<sup>6</sup> A Lei n. 11.079/2004 instituiu normas gerais para a licitação e contratação das PPP em nível nacional.

de contrato anexada ao edital de licitação, pode vir de encontro a tais princípios, sendo passível de nulidade, nos termos do art. 41 da Lei n. 8.666/1993 (SOUZA et al., 2008, p. 151/152).

Em sentido contrário, Aline Lícia Klein ensina que:

Se não houver cláusula arbitral estipulada no edital e no contrato, a solução por arbitragem dependerá da concordância das partes envolvidas. De comum acordo, os contratantes deverão firmar compromisso arbitral. Não existe o direito de uma das partes de compelir a outra a se submeter à arbitragem justamente porque não houve anterior manifestação de vontade nesse sentido (KLEIN et al., 2010, p. 94).

É necessário destacar que sendo o contrato de PPP o objeto da controvérsia, a arbitragem deverá atender a alguns requisitos diferenciados da arbitragem que envolve somente particulares:

1) O artigo 11, III, da Lei n. 11.079/2004, estabelece que a arbitragem deve ser realizada no Brasil. Nesses termos, todas as etapas do procedimento arbitral e a sentença arbitral devem ser desenvolvidas em território nacional, embora não seja proibido que certos atos sejam praticados fora do Brasil.

2) Deve ser utilizada a língua portuguesa, contudo, admite-se que sejam utilizadas outras línguas em arbitragem internacional.

3) Os procedimentos e decisões arbitrais que envolvem os conflitos de contratos de PPP devem ser públicos, pois devem atender ao princípio da publicidade (art. 37, caput, da CF), o qual visa garantir a transparência dos atos praticados pelo administrador no exercício da função pública.

Segundo Carlos Alberto Carmona *apud* Lauro da Gama e Souza:

Parece-me, francamente, um falso dilema, já que o sigilo é uma característica que pode – apenas pode – ser estabelecida pelas partes, nada impedindo que os litigantes, por qualquer razão, abram mão da confidencialidade que geralmente cerca o procedimento arbitral (SOUZA et al., 2008, p. 157).

4) A cláusula de eleição de foro, segundo Lauro da Gama e Souza Jr., “*não tem lugar nos contratos de PPP*”.

Todavia, trata-se de cláusula desnecessária, já que o art. 55, §2º, da Lei n. 8.666/93 fixa a competência do foro na sede da Administração para os litígios oriundos do contrato.

A propósito, verifica-se que a cláusula de arbitragem afasta o Judiciário da solução do litígio, entregando-a a árbitros indicados pelas partes, enquanto que a fixação da competência do órgão judicial indicada pela Lei refere-se às decisões que só podem ser tomadas pelas autoridades judiciárias estatais, como o poder de coerção e medida de preservação de direitos.

5) A decisão arbitral envolvendo tais contratos deve seguir o mandamento do texto legal, sob pena de nulidade.

O art. 2º da Lei de Arbitragem (9.307/96) autoriza que o árbitro julgue a causa por equidade, todavia, no âmbito das PPP, a decisão arbitral deve ser proferida com base nas normas do direito positivo.

Ensina Lauro da Gama e Souza Jr:

O julgamento por equidade não se coaduna com a observância, pela Administração Pública, do princípio da legalidade, além de representar risco para a previsibilidade jurídica da decisão a ser proferida, por árbitros, em relação ao contrato de PPP. Por conseguinte, a arbitragem envolvendo tais contratos deve ser rigorosamente de direito (SOUZA et al., 2008, p. 160).

6) A arbitragem envolvendo contrato de PPP terá de envolver todos os interessados, sob pena de nulidade da sentença arbitral.

Se o litisconsórcio for facultativo, os árbitros só podem julgar as partes que subscreveram a convenção de arbitragem, não podendo estender os efeitos a pessoas que não se vincularam espontaneamente à arbitragem.

## 7. AS CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO E A ARBITRAGEM

As Concessões de Serviço Público são modalidades de contratos administrativos de concessão em que a Administração Pública delega a execução de um serviço público a um particular.

Maria Sylvia Zanella di Pietro explica:

Concessão de serviço público é o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, assegurando-lhe a remuneração mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço (DI PIETRO, 2007, p. 273).

A Lei 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, prevê em seu art. 23: *“São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: XV – ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais”*.

Com a edição da Lei, surgiu a dúvida se o mencionado artigo autorizava ou não a utilização da arbitragem para solução dos litígios relacionados com os contratos de concessão.

Entendia-se que o fato de se permitir a solução amigável, por si só já afastava a natureza indisponível do interesse público e com isso eliminava-se, também, os óbices à arbitragem.

Contudo, em 2005, a Lei n. 11.196 passou a dispor expressamente que o contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de controvérsias decorrentes ao contrato, inclusive a arbitragem.

Superada essa controvérsia, a doutrina, mais uma vez, diverge quanto a classificação dos contratos de concessão serem considerados como de adesão ou não.

Para os que entendem ser verdadeiros contratos de adesão, deve ser aplicada a regra do Art. 4º, §2º da Lei de Arbitragem: *“Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula”*.

Já para os que entendem não ser contrato de adesão, argumentam que o *fato de o particular aderir a um conjunto de disposições preestabelecidas pela Administração não é suficiente para caracterizar o contrato de concessão como sendo*

---

*de adesão* (PEREIRA et al., 2010, p. 97), pois se trata de decisão voluntária, o particular pode ou não contratar com a Administração, e se decidir contratar, assume todas as possibilidades de rentabilidade e de riscos envolvidos no contrato de concessão.

## 8. AS AGÊNCIAS REGULADORAS E A ARBITRAGEM

As Agências Reguladoras são entidades de direito público e desenvolvem atividades tipicamente estatais, exercendo atividade de regulação de determinados setores.

Maria Sylvia Zanella di Pietro assim define:

Agência reguladora, em sentido amplo, seria, no direito brasileiro, qualquer órgão da Administração Direta ou entidade da Administração Indireta com função de regular a matéria específica que lhe está afeta.

(...)

As atribuições das agências reguladoras, no que diz respeito à concessão, permissão e autorização de serviço público resumem-se ou deveriam resumir-se às funções que o poder concedente exerce nesses tipos de contratos ou atos de delegação: regulamentar os serviços que constituem objeto da delegação, realizar o procedimento licitatório para escolha do concessionário, permissionário ou autorizatário, celebrar o contrato de concessão ou permissão ou praticar ato unilateral de outorga da autorização, definir o valor da tarifa e da sua revisão ou reajuste, controlar a execução dos serviços, aplicar sanções, encampar, decretar a caducidade, intervir, fazer a rescisão amigável, fazer a reversão de bens ao término da concessão, exercer o papel de ouvidor de denúncias e reclamações dos usuários, enfim exercer todas as prerrogativas que a lei outorga ao Poder Público na concessão, permissão e autorização.

(...)

Quanto às agências que atuam no exercício do poder de polícia, as atribuições são aquelas inerentes a esse poder, tais como as de normatizar a atividade (nos limites legais), fiscalizar o cumprimento das normas, aplicar sanções (DI PIETRO, 2007, p. 434 e 437/438).

O exercício dessa atividade congrega inúmeras competências específicas, como exercer atividades de natureza normativa, fiscalizadora, sancionatória e de solução de conflitos.

Assim, devido à diversidade de atividades concentradas numa mesma entidade, é possível que haja conflitos que possam ser submetidas ao juízo arbitral e outros não.

Vejamos as diversas competências exercidas pelas Agências Reguladoras e a possibilidade ou não de sua submissão à arbitragem:

### 1) Competência para editar normas gerais setoriais.

Nesse ponto, não é propriamente a edição de normas gerais que pode levar ao surgimento de conflitos, mas é a aplicação dessas normas gerais pelas agências às situações concretas que é apta a atingir o direito das entidades reguladas ou dos usuários de serviços regulados.

Logo, a competência regulatória das agências reguladoras não podem ser controladas ou substituídas por meio de sentença arbitral, mas as consequências patrimoniais dessa atuação da agência é que podem ser objeto de arbitragem.

2) Competência fiscalizadora.

É certo que os contratos de concessão, em regra, apresentam prazos longos, o que propicia o aparecimento de conflitos na aplicação e interpretação do contrato pelas partes.

Além das regras gerais emanadas pela Lei da Arbitragem (9.307/96) e da Lei das PPP (11.079/2004), há diversas previsões específicas aos setores regulados autorizando o uso da arbitragem, como, por exemplo, as leis: Lei n. 10.848/2004 (Setor de energia elétrica), Lei n. 9.472/97 (Setor de telecomunicações), Lei n. 10.233/2001 (Setor de transportes terrestres e aquaviários) e Lei n. 9.478/1997 (Setor de petróleo):

Lei n. 10.848/2004	Setor de energia elétrica	<p>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.</p> <p>§ 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 no 9.307, de 23 de setembro de 1996.</p> <p>§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.</p>
Lei n. 9.472/97	Setor de telecomunicações	<p>Art. 93 O contrato de concessão indicará:</p> <p>XV - o foro e o modo para solução extrajudicial das divergências contratuais.</p> <p>Art. 120 A permissão será formalizada mediante assinatura de termo, que indicará:</p> <p>X - o foro e o modo para solução extrajudicial das divergências.</p>
Lei n. 10.233/2001	Setor de transportes terrestres e aquaviários	<p>Art. 35 O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais as relativas a:</p> <p>XVI – regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive</p>

		a conciliação e a arbitragem; Art. 39 O contrato de permissão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais as relativas a: XI – regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, incluindo conciliação e arbitragem;
Lei n. 9.478/1997	Setor de petróleo	Art. 43 O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais: X - as regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional;

### 3) Competência sancionatória.

São as sanções aplicadas aos agentes do setor regulado em razão do descumprimento de obrigações estabelecidas pelas leis e normas regulatórias.

Os conflitos surgidos com o particular em relação à competência sancionatória deverão ser solucionados no juízo estatal porque se tratam de interesses indisponíveis.

André Guskow Cardoso ensina:

No tocante ao exercício dessa competência, não parece viável submeter eventuais conflitos surgidos com o particular à solução pela via arbitral. Ocorre que, nessa hipótese, não se trata de direito disponível das partes. A agência não pode abrir mão de aplicar a sanção, em caso de descumprimento de obrigações pelo agente regulado; nem o particular pode considerar o cumprimento de uma obrigação como direito disponível seu (CARDOSO et al., 2010, p. 94).

### 4) Competência da Agência Reguladora na resolução de conflitos entre agentes regulados.

Essa atuação da Agência Reguladora, interferindo e decidindo os conflitos entre agentes regulados configura ou não arbitragem?

Segundo estudo de André Guskow Cardoso, os doutrinadores que respondem “*não configura arbitragem*”, justificam que essa competência trata-se de uma função da administração pública e desenvolve-se no curso de um processo administrativo. Além disso, na atuação da agência não há escolha do árbitro e não há voluntariedade das partes, pois esse procedimento é imposto pela lei. Ademais, a arbitragem é uma atividade que se desenvolve fora do Estado e, portanto, não poderia a Administração exercer essa função por ser atípica.

---

Os que respondem “*sim, configura arbitragem*”, defendem a idéia de que a Agência Reguladora funciona como verdadeiro tribunal arbitral, exercitando plenamente uma função jurisdicional e com a vantagem de ter conhecimento técnico específico do setor.

## 9. CONCLUSÃO

A Arbitragem mostra-se como meio eficiente de resolução de conflitos entre a Administração Pública e o particular.

Conforme palavras de Lauro da Gama e Souza Jr.:

Em um país em que o governo (em todos os níveis federativos) é o maior cliente da justiça estatal, respondendo por 80% dos processos e recursos que tramitam nos tribunais superiores, a arbitragem representa alternativa séria e efetiva aos congestionados tribunais (SOUZA et al., 2008, p. 128).

Nesse quadro, levando-se em conta o princípio da eficiência (art. 37, caput, da CF) e do direito fundamental de razoável duração do processo e meios que garantam a celeridade de sua tramitação (art. 5º, LXXVIII, da CF), de fato, a arbitragem mostra-se necessária no contexto das relações entre os particulares e a Administração Pública.

Além disso, apesar de a arbitragem para solucionar controvérsias relativas a contratos administrativos apresentar algumas desvantagens em relação ao processo estatal (não aplicação da equidade, publicidade e custo elevado), é certo que a via arbitral representa *“um ganho de otimização e eficiência na justa composição dos litígios entre os jurisdicionados, traduz-se em uma importante alternativa àqueles litígios que exigem um conhecimento extremamente especializado em determinada área do conhecimento”* (PEREIRA et al., 2010, p. 345).

E é esse o entendimento que vem sendo adotado pela doutrina moderna e atuais jurisprudências dos tribunais superiores.

## REFERÊNCIAS

Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal-CCAF: cartilha. 2. ed. Brasília: AGU, 2008, disponível em [http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/download/cartilhas/Cartilha\\_CCAF\\_03\\_02\\_09.pdf](http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/download/cartilhas/Cartilha_CCAF_03_02_09.pdf). Acesso em: 27 de novembro de 2011.

CARDOSO, Cinira Sonia. **O Acesso à Justiça e as Formas Alternativas de Solução de Conflitos. Justiça Federal de São Paulo.** <http://www.jfsp.jus.br/assets/Uploads/administrativo/NUBI/TCCs-JF-1.-Grau-em-Sao-Paulo>. Acesso em: 29 de novembro de 2011.

CRUZ, Marcilia Maria César F. da. **A Lei de Arbitragem e seus efeitos. Revista Jus Vigilantibus**, disponível em <http://jusvi.com>. Acesso em: 20 de outubro de 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2007.

LEAL, Marcello Fernandes. **Breves Comentários à Lei de Arbitragem Brasileira. Juris Way**, disponível em <http://www.jurisway.org.br>. Acesso em: 20 de outubro de 2011.

MACHADO, Antonio Cláudio da Costa. **Código de Processo Civil Interpretado: Artigo por Artigo, Parágrafo por Parágrafo**. Barueri/SP: Manole, 2007.

MARCATO, Antonio Carlos. **Código de Processo Civil Interpretado**. São Paulo: Atlas, 2004.

FRÓES, Carlos Henrique de C., COSTA, Carlos Jorge Sampaio, LAMÈTHE, Didier, SOUZA JR., Lauro da Gama e, PINTO, Luiz Fernando Teixeira, BORGES, Luiz Ferreira Xavier, ARAUJO, Nadia de, PALONI, Nelson Alexandre, ARGOLLO, Oscar, PANTOJA, Teresa Cristina G, BARRAL, Welber. **Prática em Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

KLEIN, Aline Lícia, CARDOSO, André Guskow, PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães, ROMERO, Eduardo Silva, TALAMINI, Eduardo, WLADECK, Felipe Sripes, REISDORFER, Guilherme Frecherico Dias, TUCCI, José Rogério Cruz e, COSTA, Larissa Maria Lima, BORGES, Luiz Ferreira Xavier, SANTOS, Maurício Gomm, STUDZINSKI, Merly Lyssett Krauss, AMARAL, Paulo Osternack, NALIN, Paulo Roberto Ribeiro, SMITH, Quinn, SCHWIND, Rafael Wallbach, VIDAL, Rodrigo Cesar Nasser, MENDES, Thalita Bizerril Duleba. **Arbitragem e Poder Público**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUZA, Juan Carlos Ferreira. **Arbitragem. Justiça Federal de São Paulo**. <http://www.jfsp.jus.br/assets/Uploads/administrativo/NUBI/TCCs-JF-1.-Grau-em-Sao-Paulo>. Acesso em: 29 de novembro de 2011.

## **TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE**

Declaro, para todos os fins de direito e que se fizerem necessários, que isento completamente a Universidade Anhanguera-Uniderp, a Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes e o professor orientador de toda e qualquer responsabilidade pelo conteúdo e idéias expressas no presente Trabalho de Conclusão de Curso.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado.

Araraquara, 13 de fevereiro de 2012.