



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

As inovações da Lei nº 13.129/2015 na Lei de Arbitragem e sua aplicação no âmbito da administração pública

Guilherme Mendes Larghi

Rio de Janeiro  
2015

GUILHERME MENDES LARGHI

**As inovações da Lei nº 13.129/2015 na Lei de Arbitragem e sua aplicação no âmbito da administração pública**

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.  
Professores Orientadores:  
Mônica Areal  
Néli Luiza C. Fetzner  
Nelson C. Tavares Junior  
Rafael Mario Iorio Filho

Rio de Janeiro  
2015

## AS INOVAÇÕES DA LEI Nº 13.129/2015 NA LEI DE ARBITRAGEM E SUA APLICAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Guilherme Mendes Larghi

Graduado pela Universidade Federal Fluminense. Advogado.

**Resumo:** As relações do Direito Administrativo estão em constante evolução. A aplicação de meios alternativos de solução de controvérsias, sobretudo a arbitragem – instituto considerado do direito privado –, outrora alijado do direito público, ante a indisponibilidade do interesse público, hoje ganha força no âmbito da Administração Pública. A Lei nº 9.307/96, regulamentadora da arbitragem, recentemente sofreu significativas alterações pela Lei nº 13.129/2015, dando força de lei a entendimentos consagrados na doutrina e na jurisprudência, além de outras inovações, de modo a atrair o interesse das partes à desjudicialização dos conflitos. O objetivo do presente trabalho é analisar, sob a ótica da Administração Pública, as mudanças promovidas pelo diploma alterador.

**Palavras-Chave:** Direito Administrativo. Lei de Arbitragem. Lei nº 9.307/96. Lei nº 13.129/15. Arbitragem. Administração Pública. Contratos Administrativos.

**Sumário:** Introdução. 1. A arbitragem sob a ótica principiológica do direito administrativo brasileiro. 2. A concessão de tutelas cautelares e a nova sistemática da Lei nº 13.129/2015. 3. Arbitrabilidade objetiva e subjetiva: limites e possibilidades. 4. Outras inovações trazidas pela Lei nº 13.129/2015. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a instituição da arbitragem no âmbito do direito administrativo, sobretudo sob a ótica de suas limitações legais, de acordo com a Lei nº 13.129, promulgada em 26 de maio de 2015, que trouxe profundas alterações à Lei 9.307/96.

A arbitragem, meio alternativo de solução de controvérsias, voltou a ganhar força nas últimas décadas do século XX, em razão do processo de globalização e em função do iminente colapso do Poder Judiciário para o qual se caminha. O protagonismo judicial – do qual o ativismo jurídico faz parte –, decorrente da inércia ou da inefetividade dos demais poderes em promoverem suas pautas, faz com que todos os anseios da sociedade recaiam sobre o Poder Judiciário, sobrecarregando-o com matérias que não seriam, em princípio, de sua competência.

Em 26 de maio de 2015, foi promulgada a Lei nº 13.129, alterando a Lei 9.307/96, ampliando as hipóteses de aplicação da arbitragem, bem como regulamentando a concessão, manutenção e revogação de tutelas cautelares e de urgência, além de outras inovações, como a criação da carta arbitral e a sentença arbitral parcial.

Justifica-se, assim, a escolha da Lei 13.129/15 por trazer profundas alterações à Lei de Arbitragem. Por seu turno, justifica-se a escolha do direito administrativo ante o interesse público envolvido que, direta ou indiretamente, submete todas as pessoas aos seus ditames, especialmente no que toca à adoção de políticas públicas, onde, para efetivação dessas, por diversas vezes são celebrados convênios e contratos com entes privados.

No primeiro capítulo, será abordada arbitragem enquanto instituto, com breve histórico evolutivo e sua adequação aos princípios constitucionais expressos e implícitos. O capítulo seguinte traz um dos pontos nodais da arbitragem e que carecia de positivação: a concessão de medidas cautelares, as quais dependem, em muitos casos, do Poder Judiciário para sua efetivação, em razão do aparato coercitivo deste. O terceiro capítulo trata da arbitrabilidade que, em pouquíssimas palavras, pode ser considerada como a possibilidade de submeter determinada pessoa, objeto e matéria ao juízo arbitral, versando sobre seus limites e possibilidades na esfera administrativa. Por derradeiro, são elencadas outras inovações à Lei da Arbitragem, não menos importantes, sobre sentença parcial, prescrição, carta arbitral, as vedações à arbitragem sigilosa ou por equidade quando celebrada por pessoa jurídica de direito público.

Para tanto, o trabalho utiliza pesquisa feita com a metodologia do tipo bibliográfica, com base em doutrina nacional, além de referências jurisprudenciais, emanadas dos Tribunais Superiores brasileiros.

## **1. A ARBITRAGEM SOB A ÓTICA PRINCIPIOLÓGICA DO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO**

O art. 37, *caput*, da Constituição da República de 1988 consagra a matriz axiológica dos princípios da atuação da Administração Pública, sem esgotá-los, devendo serem observados por todos os entes federativos e suas respectivas pessoas administrativas. Tais princípios são chamados expressos, exatamente por sua previsão constitucional explícita.

Outrossim, há princípios que, a despeito de não estarem positivados, possuem a mesma relevância e obrigatoriedade de observância, sendo tratados como princípios reconhecidos.

Dentre os princípios previstos na Carta Magna se enquadram: a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Enquanto se destacam, dentre os implícitos, os seguintes princípios: supremacia do interesse público, autotutela, indisponibilidade, razoabilidade, proporcionalidade, proteção à confiança (ou segurança jurídica), sindicabilidade, continuidade dos serviços públicos e precaução. De todos esses, será destacado tão somente o princípio da legalidade administrativa, em razão da exiguidade do presente trabalho, bem como porque permeia todos os demais.

O princípio da legalidade administrativa, como é chamado pela doutrina administrativista<sup>1</sup>, por longo período foi o argumento base da doutrina contrária à adoção do juízo arbitral para a solução de controvérsias envolvendo a administração pública. Isso porque, como é cediço, a atuação do Poder Público impende de autorização legal e, na falta dessa, ao ente público somente restaria recorrer ao Poder Judiciário para a solução de suas controvérsias.

---

<sup>1</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 62.

Não obstante o sedutor argumento acima, prevaleceu a vertente<sup>2</sup> favorável à arbitragem. O fundamento estaria na interpretação do art. 1º da Lei nº 9.307/96, segundo o qual “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. De fato, o Poder Público é parte capaz para contratar e possui determinados direitos patrimoniais disponíveis, pelo que poderia instituir cláusula compromissória nesses casos. Ademais, em 2001, a Lei 9.307/96 – Lei da Arbitragem teve sua constitucionalidade declarada, pelo Supremo Tribunal Federal<sup>3</sup>, e reforçada, também, com a adesão pelo governo brasileiro à Convenção de Nova Iorque de 1958, no ano de 2002.

Com efeito, diante do reconhecimento doutrinário e jurisprudencial da ausência de óbice à celebração de convenção arbitral por parte da Administração Pública, faltava tão somente a norma prever. A Lei nº 13.129/2015, então, não apenas solucionou a questão, como trouxe outras inovações.

## **2. A CONCESSÃO DE TUTELAS CAUTELARES E A NOVA SISTEMÁTICA DA LEI 13.129/2015.**

As tutelas cautelares podem ser pleiteadas de forma autônoma, por meio de um processo cautelar preparatório, ou por via incidental, isso é, no curso do processo principal já iniciado. O provimento judicial não será exauriente, e sim sumário, porque a decisão será proferida de forma mais expedita por basear-se em *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, ou seja, em indício do direito alegado e no perigo de perda da efetividade em razão da demora.

---

<sup>2</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 1012.

<sup>3</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SE 5.206 AgR/EP – Espanha. Rel. Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28SE%24%2ESCLA%2E+E+5206%2ENUME%2E%29+OU+%28SE%2EACMS%2E+ADJ2+5206%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/b59606e>>. Acesso em: 27 out. 2015.

A concessão de tutelas cautelares e de urgência também faz parte do microsistema de arbitragem, com ampla aceitação da doutrina e da jurisprudência, por consagrar os preceitos do direito processual civil brasileiro, de onde se infere a competência do Tribunal Arbitral contratado para processar e julgar pedido cautelar formulado pelas partes envolvidas no conflito, visto que o poder é inerente ao compromisso arbitral, estando expressamente previsto no art. 22 da Lei nº 9.307/96.

Conforme leciona Pedro Batista Martins<sup>4</sup>, quando as partes celebram o compromisso:

[...] conferem ao árbitro a competência e o poder para resolver todas as questões atinentes à espécie, assumindo este o dever de zelar para que as partes não sejam prejudicadas nos seus direitos, o que inclui, obviamente, a competência para determinar medidas cautelares.

Até a entrada em vigor da Lei nº 13.129/15, a lei brasileira de arbitragem somente dispunha que, havendo necessidade de tutela cautelar, a parte poderia se dirigir ao Tribunal já instituído, o qual concederia a medida, quando presentes os requisitos para tanto.

Em caso de resistência da parte a quem a medida seria dirigida, o árbitro solicitaria ao Judiciário sua concretização, pois não possui o juízo arbitral o poder de *imperium*.

Não obstante tal situação fosse clara, a redação original da Lei de Arbitragem não trazia a previsão da possibilidade de concessão de tutelas cautelares e de urgência na pendência de instauração do juízo arbitral. O C. Superior Tribunal de Justiça, então, firmou jurisprudência para declarar a competência do Poder Judiciário para a concessão de medida que tenha por escopo garantir o resultado útil do procedimento arbitral, suprimindo a lacuna legislativa<sup>5</sup>. Veja:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ARBITRAGEM. MEDIDA CAUTELAR. COMPETÊNCIA. JUÍZO ARBITRAL NÃO CONSTITUÍDO.

1. O Tribunal Arbitral é competente para processar e julgar pedido cautelar formulado pelas partes, limitando-se, porém, ao deferimento da tutela, estando impedido de dar cumprimento às medidas de natureza coercitiva, as quais, havendo

---

<sup>4</sup> MARTINS, Pedro Batista. Da ausência de poderes coercitivos e cautelares do árbitro, In: *Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 357-382.

<sup>5</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.297.974/RJ. Rel. Ministra Nancy Andriahi. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271297974%27\)+ou+\(%27RESP%27+adj+%271297974%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271297974%27)+ou+(%27RESP%27+adj+%271297974%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO)>. Acesso em: 27 out. 2015.

resistência da parte em acolher a determinação do(s) árbitro(s), deverão ser executadas pelo Poder Judiciário, a quem se reserva o poder de *imperium*.

2. Na pendência da constituição do Tribunal Arbitral, admite-se que a parte se socorra do Poder Judiciário, por intermédio de medida de natureza cautelar, para assegurar o resultado útil da arbitragem.

3. Superadas as circunstâncias temporárias que justificavam a intervenção contingencial do Poder Judiciário e considerando que a celebração do compromisso arbitral implica, como regra, a derrogação da jurisdição estatal, os autos devem ser prontamente encaminhados ao juízo arbitral, para que este assumo o processamento da ação e, se for o caso, reaprecie a tutela conferida, mantendo, alterando ou revogando a respectiva decisão.

4. Em situações nas quais o juízo arbitral esteja momentaneamente impedido de se manifestar, desatende-se provisoriamente as regras de competência, submetendo-se o pedido de tutela cautelar ao juízo estatal; mas essa competência é precária e não se prorroga, subsistindo apenas para a análise do pedido liminar.

5. Recurso especial provido.

(REsp 1297974/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/06/2012, DJe 19/06/2012)

Assim, na pendência da constituição do tribunal arbitral, a parte poderia se socorrer do Judiciário para solicitar tais medidas. Constituído o tribunal, a ele deveriam ser remetidos os autos da medida cautelar, para que se decidisse sobre a sua manutenção, modificação ou revogação.

Julgada procedente a ação de instalação de arbitragem, os efeitos da tutela cautelar deferida pelo Poder Judiciário se esvaíam com o esgotamento da esfera jurisdicional, mediante a instauração do procedimento arbitral. Caso a ação anterior fosse julgada improcedente, os efeitos da tutela cautelar concedida permaneceriam até o trânsito em julgado desta.

A sistemática trazida pela Lei nº 13.129/2015<sup>6</sup> – art. 22-A e art. 22-B – revela consonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Ou seja, antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer diretamente ao Poder Judiciário para pleitear a concessão de tutela de urgência ou cautelar. Uma vez concedida, caberá à parte beneficiária requerer a instituição da arbitragem no prazo de 30 (trinta) dias, a fim de manter a eficácia da medida. *In verbis*:

Art. 22-A. Antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência.

<sup>6</sup> BRASIL. Lei n. 13.129, de 26 de maio de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm)>. Acesso em: 22 out. 2015.

Parágrafo único. Cessa a eficácia da medida cautelar ou de urgência se a parte interessada não requerer a instituição da arbitragem no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data de efetivação da respectiva decisão.

Art. 22-B. Instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário.

Parágrafo único. Estando já instituída a arbitragem, a medida cautelar ou de urgência será requerida diretamente aos árbitros.”

Outrossim, uma vez concedida a medida pelo órgão jurisdicional do Estado, a instalação do juízo arbitral desloca a competência para si, podendo mantê-la, modificá-la ou revogá-la. Ainda que o dispositivo seja omissivo, a reanálise da medida deve ser precedida de pedido da parte interessada, não devendo ser objeto de atuação *ex officio*.

A Administração Pública poderá se utilizar das aludidas medidas, sem qualquer ressalva, observando os procedimentos e requisitos.

### **3. ARBITRABILIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA: LIMITES E POSSIBILIDADES.**

Como outrora afirmado no presente estudo, o Estado brasileiro pode, em determinadas situações, instituir a arbitragem como meio alternativo de solução de conflitos, rejeitando a judicialização da controvérsia. A análise da possibilidade, sob o prisma de condição de validade, de levar a disputa ao juízo arbitral é o que se chama de arbitrabilidade.

A arbitrabilidade foi precisamente definida na lição de Jacob Dolinger e Cármen Tibúrcio, segundo os quais:

[...] Mesmo se partindo da premissa que a jurisdição – aplicação da lei ao caso concreto – é uma das funções do Estado, admite-se que as partes possam decidir submeter a solução de seus litígios à arbitragem ao invés de à jurisdição estatal. O Estado conserva, todavia, o poder de impedir que determinadas questões sejam dirimidas pela via da arbitragem, resultando no estabelecimento da regra da competência exclusiva da jurisdição estatal no que se refere a determinadas controvérsias. Nesse caso, diz-se que o litígio não é passível de ser resolvido por arbitragem, ou melhor, não é arbitrável. Dessa forma, a arbitrabilidade é uma condição de validade da convenção arbitral e conseqüentemente da competência dos árbitros.<sup>7</sup>

<sup>7</sup> DOLINGER, Jacob e TIBURCIO, Carmen. Arbitrabilidade. In: *Direito Internacional Privado – Parte Especial: Arbitragem Comercial Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 231.

Para melhor compreensão do instituto, a doutrina o subdividiu em arbitrabilidade subjetiva e arbitrabilidade objetiva.

A arbitrabilidade subjetiva foca no sujeito, ou seja, visa a identificar quem pode se submeter à arbitragem, enquanto a arbitrabilidade objetiva analisa o objeto do conflito, ou seja, estabelece quais matérias podem ser resolvidas no juízo arbitral.

Remetendo-se acerca da evolução do instituto da arbitragem no direito brasileiro anteriormente apresentado, sobretudo após a edição da Lei nº 13.129/2015, tem-se que a arbitrabilidade subjetiva não gera, atualmente, grandes controvérsias.

Isso porque o aludido meio alternativo de solução de conflitos é amplamente aceito na administração direta ou indireta, sejam elas entes federativos, autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, entre outras. Assim, denota-se que o Poder Público é parte legítima para firmar compromisso arbitral e cláusula arbitral.

A problemática surge quando se trata da arbitrabilidade objetiva, que corresponde aos limites de utilização da arbitragem.

No campo do direito privado, o art. 852 do Código Civil restringe, aos particulares, o juízo às causas que não envolvam questões de estado, de direito pessoal, de direito de família ou sucessório e as demais que não versem exclusivamente sobre direitos patrimoniais.

Percebe-se, com nitidez, a preocupação do legislador em proteger os direitos indisponíveis, excetuando-os à solução por juízo arbitral.

De semelhante maneira, com o Poder Público não poderia ser diferente.

Desde os primeiros doutrinadores – quando a legislação ainda era silente – favoráveis à arbitragem para causas envolvendo a Administração Pública, cabimento da arbitragem foi considerado restrito às demandas acerca de direitos patrimoniais disponíveis.

Muito se deve ao fato de que a Administração Pública deve ser guiada pelo princípio da supremacia do interesse público, ainda que, atualmente, esse seja mitigado por parte da

doutrina<sup>8</sup>. Segundo o princípio citado, a atuação do Poder Público deverá ter, como finalidade última, o interesse público, o qual pode ser entendido como um interesse comum a todo o grupo social, considerando individualmente cada pessoa, e que representa o ideal de bem-estar e segurança esperados.

Os direitos patrimoniais disponíveis passíveis de arbitragem passaram a ser elencados como aqueles decorrentes de contratos celebrados pelo Poder Público – ainda que, em um contrato, nem todas as cláusulas da avença possam ser levadas ao juízo arbitral –, seja com outros entes públicos, particulares ou até mesmo em parcerias<sup>9</sup>. Passou-se a associar, então, o cabimento da arbitragem à existência de um contrato, tanto que é comum os livros de Direito Administrativo não tratarem do tema com outras possibilidades, mas tão somente a arbitragem nos contratos administrativos.

O Projeto de Lei nº 7.108/2014, da Câmara dos Deputados, do qual originou a Lei nº 13.129/2015, trazia a previsão que autorizava a instituição de arbitragem nos “contratos administrativos” o que, no entanto, foi objeto de emenda e, conseqüentemente, retirado.

Percebe-se, com isso, a preocupação do legislador em ampliar a utilização do meio alternativo de solução de controvérsias, não restringindo às demandas envolvendo contratos administrativos.

---

<sup>8</sup> Segundo Gustavo Binenbojm: “Note-se bem: não se nega a existência de um conceito de interesse público, como conjunto de ‘interesses gerais que a sociedade comete ao Estado para que ele os satisfaça, através de ação política juridicamente embasada (a dicção do Direito) e através de ação jurídica politicamente fundada (a execução administrativa ou judiciária do Direito).’ O que se está a afirmar é que o interesse público comporta, desde a sua configuração constitucional, uma imbricação entre interesses difusos da coletividade e interesses individuais e particulares, não se podendo estabelecer a prevalência teórica e antecipada de uns sobre outros. Com efeito, a aferição do interesse prevalecente em um dado confronto de interesses é procedimento que reconduz o administrador público à interpretação do sistema de ponderações estabelecido na Constituição e na lei, e, via de regra, o obriga a realizar seu próprio juízo ponderativo, guiado pelo dever de proporcionalidade”. BINENBOJM, Gustavo. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade. in: *Direito Administrativo*. Série Direito em Foco. Niterói: Impetus, 2005, p. 74.

<sup>9</sup> A Lei nº 11.079/04, que instituiu as normas gerais para licitação e contratação de Parceria Público-Privada, prevê, expressamente, no inciso III do art. 11, a possibilidade de “emprego de mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307/1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato”.

De acordo com a redação dada ao §1º-A do art. 1º da Lei nº 9.307/96<sup>10</sup>, introduzido pela Lei nº 13.129/2015, “A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

Conclui-se, então, que não são apenas os contratos administrativos que versam acerca de direitos patrimoniais disponíveis.

Naturalmente, surge, com a afirmação acima, a pergunta: quais seriam as outras hipóteses de cabimento?

O problema está em encaixar cada hipótese à tênue linha que separa os direitos patrimoniais disponíveis aos indisponíveis. Relembre-se que os direitos patrimoniais disponíveis podem ser definidos como aqueles sujeitos à transação, por parte do Poder Público.

Assim, não haveria óbice à inclusão de cláusula compromissória, por exemplo, em autorização de uso de bens público feita pela Administração Pública ao particular. A autorização, ato discricionário e precário, manifesta o consentimento da Administração de que o particular exerça atividade ou utilize bem público no seu próprio interesse. O raciocínio em questão também abrange a permissão de uso, por também ser ato administrativo não negocial relacionado ao uso de bem público.

### **3. OUTRAS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI Nº 13.129/2015**

Como se pode perceber, a Lei nº 13.129/2015 trouxe uma série de inovações ao sistema arbitral brasileiro. Todavia, verifica-se, também, que grande parte do que foi incluído ou alterado na Lei 9.307/96<sup>11</sup>, já era de aceitação doutrinária e jurisprudencial.

---

<sup>10</sup> BRASIL, op. cit., 6.

<sup>11</sup> \_\_\_\_\_. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm)>. Acesso em: 23 out. 2015.

Algumas mudanças podem significar enorme avanço à adoção do procedimento alternativo de solução de controvérsias, outras podem causar receio, como se verá. Tendo sido abordados, anteriormente, os dois principais pontos de interesse do presente artigo – a possibilidade de arbitragem envolvendo a Administração Pública e a concessão de tutelas cautelares e de urgência no procedimento arbitral –, foca-se, a partir de agora, nas demais mudanças.

A primeira a ser citada é a possibilidade de prolação de sentenças arbitrais parciais (art. 23, §1º da Lei 9.307/96<sup>12</sup>). De fato, a possibilidade de sentença parcial em juízo arbitral era aceita por ausência de vedação no ordenamento jurídico, sobretudo porque o Código de Processo Civil de 1973 admite a sentença que não resolva todo o mérito da demanda. No entanto, como o escopo do presente trabalho é a arbitragem no âmbito da Administração Pública, tem-se que o preceito não seria aplicável, em razão do princípio da legalidade estrita, segundo o qual o Poder Público somente pode fazer o que a lei permite.

No entanto, com a entrada em vigor, em 26 de julho de 2015, da Lei nº 13.129/2015<sup>13</sup>, não restam dúvidas acerca do cabimento da prolação de sentenças parciais de mérito em juízo arbitral, por ter adicionado, ao art. 23, o §1º, segundo o qual “os árbitros poderão proferir sentenças parciais”.

A vantagem de se admitir a sentença arbitral parcial seria a limitação à quantidade de assuntos pendentes que necessitariam de um conjunto fático-probatório mais denso, solucionando as controvérsias à medida que o processo se desenrola. Assim, os pontos incontroversos poderiam ter o mérito resolvido pelo árbitro, sem a necessidade de se aguardar o provimento final.

Outra inovação é a adoção da carta arbitral. A referida carta tem por objetivo otimizar a comunicação entre o juízo arbitral e o Poder Judiciário. A arbitragem, não obstante sua

---

<sup>12</sup> Ibid.

<sup>13</sup> BRASIL, op. cit., 6

natureza de jurisdição privada, por vezes necessita de procedimentos do juízo estatal para efetivar determinadas medidas.

Atualmente, quando cada vez mais se fala em dever de cooperação processual, esse não pode se restringir ao Poder Judiciário, internamente. Deve haver um mecanismo de cooperação mútua entre juízo arbitral e juízo estatal, para garantir celeridade e efetividade à arbitragem. E esse mecanismo é a carta arbitral, prevista no art. 22-C da Lei nº 9.307/96<sup>14</sup>, por meio da qual o árbitro poderá requerer ao juízo estatal a prática de atos processuais, principalmente coercitivos, por não ter o juízo arbitral essa prerrogativa. Cita-se, como exemplo, a oitiva de testemunhas, a qual pode ser conduzida coercitivamente ao juízo estatal, poder esse que o juízo arbitral não possui. O parágrafo único do artigo acima garante a confidencialidade do conteúdo da carta e do ato, em razão do segredo de justiça.

Uma outra novidade está prevista no art.13, §4º da Lei nº 9.307/96, que trata da escolha do árbitro único, coárbitro ou presidente do tribunal. Segundo a nova regra, as partes não estão vinculadas à aplicação de dispositivo do regulamento do órgão arbitral institucional ou entidade especialidade que limite a escolha dos árbitros à lista apresentada pela corte ou câmara de arbitragem. Com efeito, em caso de impasse e arbitragem multiparte, prevalecerão as normas do regulamento aplicável. Tem-se, portanto, certa liberdade de escolha dos árbitros pelas partes, com vistas a efetivar o princípio da imparcialidade do juízo, o qual não deve ser mitigado, ainda que se trate de procedimento de arbitragem.

Houve, também, a positivação da regra acerca da prescrição em razão da adoção do juízo arbitral. Ao art. 19 da Lei de Arbitragem foi acrescido o §2º, segundo o qual a instituição da arbitragem interrompe a prescrição, semelhante ao previsto no art. 219, §1º do CPC/1973, retroagindo seus efeitos à data do requerimento de instauração. De acordo com o

---

<sup>14</sup> Ibid.

parágrafo destacado, a interrupção se dará ainda quando for extinta a arbitragem por falta de jurisdição.

Há duas inovações específicas à Administração Pública, previstas no art. 2º, §3º da LA<sup>15</sup>, que devem ser analisadas com detimento. Veja a redação do dispositivo:

Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.  
§ 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.

A primeira é quanto Arbitragem por equidade e de direito.

Arbitragem por equidade é aquela em que o árbitro decide a controvérsia fora das regras de direito de acordo com seu conhecimento técnico e entendimento. Poderá reduzir os efeitos da lei e decidir de acordo com seu critério de justo. Para que o árbitro possa decidir por equidade as partes devem prévia e expressamente autorizá-lo.

A redação do §3º vedou a adoção da arbitragem por equidade às lides envolvendo o Poder Público. Com efeito, um dos principais argumentos da doutrina favorável à arbitragem, incluindo na Administração Pública, é de que no procedimento arbitral seria um julgamento mais técnico da demanda, porque os árbitros poderiam ser escolhidos dentre um corpo técnico de determinada matéria, o que não é viável na jurisdição estatal, lembrando-se que sempre quem julga é o juiz togado que não necessariamente (para não dizer quase nunca, por sua formação acadêmica ser, em regra, restrita ao direito) tem conhecimento técnico. Ainda que se argumente que o juízo poderá se valer de perícias e pareceres técnicos, o julgamento estará, da mesma maneira, sujeito ao livre convencimento do magistrado.

Ao vedar a arbitragem por equidade – e aqui o legislador demonstrou sua preocupação com a indisponibilidade dos bens públicos e a inafastabilidade do Poder Judiciário – a nova regra minimiza uma das vantagens à contratação de particulares com a Administração Pública. Ou seja, sai de cena o magistrado tradicional com sua decisão pautada no direito e entra o árbitro, ao qual também cabe fundamentar sua decisão em aspectos jurídicos.

---

<sup>15</sup> Ibid.

A arbitragem de direito não suscita grandes dúvidas. É a resolução da celeuma de acordo com as regras do ordenamento jurídico vigente.

Por fim, há a problemática acerca da publicidade. Em razão dos vultuosos valores decorrentes de contratos sujeitos à arbitragem – lembrando-se que é um procedimento com custos elevados – e da indesejada exposição a terceiros que os litígios judiciais trazem, faculta-se às partes a adoção de sigilo no procedimento arbitral.

Parte da doutrina<sup>16</sup>, em momento anterior à alteração legislativa em voga, justificava o sigilo na arbitragem em que o Poder Público fosse parte com base na mitigação do princípio da publicidade, expresso no art. 37, *caput*, da Constituição da República de 1988, mediante uma ponderação de que o sigilo não seria inerente à arbitragem.

Certamente, o sigilo não faz parte do procedimento arbitral, não devendo ambos andarem lado a lado, em todos os momentos. Todavia, se há, na Carta da República, previsão de que deverá ser dada publicidade aos atos praticados pelo Estado, como inclusive é feito no âmbito dos contratos administrativos, não deveria ser diferente na arbitragem.

Não há qualquer interesse do Estado no sigilo, tendo em vista que nenhum particular deixará de ter interesse em contratar junto ao Poder Público porque este possui demanda arbitral em que é parte. Ora, é cediço no mundo jurídico que o Estado, em todos os seus níveis, é o maior litigante.

Por outro lado, a adoção de sigilo pelo Estado traria efeito contrário perante a sociedade, a qual reagiria negativamente, por facilitar a adoção de medidas expúrias por parte do Administrador Público. Ou seja, a preocupação do legislador deve estar nos administrados, e não somente naqueles que pretendem contratar com o ente estatal.

---

<sup>16</sup> Segundo Bernardo Bichara, Procurador do Estado do Rio de Janeiro, “o sigilo não é próprio da arbitragem, o que deveras avulta como uma idiossincrasia sua é a maleabilidade de conformação do seu processamento que, por consequência, viabiliza a opção, ou não, pela tramitação sigilosa do feito. E se assim o é, não há motivos para impedir a participação do Estado em arbitragens sob essa alegação”. FARIA COELHO, Bernardo Bichara. Breves Considerações Acerca da Arbitragem e os Princípios da Administração Pública. in: *Revista de Direito da Procuradoria Geral*. Rio de Janeiro, (68), 2014.

Portanto, entende-se ser acertada a disposição legal que veda a adoção de sigilo no procedimento arbitral.

## **CONCLUSÃO**

A arbitragem é um equivalente jurisdicional há muito utilizado. Sua ideia inicial é bastante simples: o chamamento de um terceiro, com a concordância das partes, não obstante alheio a elas, para dirimir uma controvérsia, devendo sua decisão ser acatada, sem que se possa invocar a jurisdição estatal para impugná-la, salvo em controle de legalidade.

A despeito do princípio constitucional da inafastabilidade do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da CR/88), reconhece-se, no ordenamento jurídico brasileiro, a validade da convenção arbitral acerca de direitos disponíveis. A jurisdição estatal somente poderia intervir em procedimento arbitral para controle da legalidade, desde que provocada, ressaltando-se que a sentença proferida pelo juízo arbitral tem natureza de título executivo extrajudicial.

Nesse contexto, a Lei de Arbitragem, não obstante ter representado grande avanço à época de sua promulgação, deixou de tratar sobre alguns temas.

A adoção da arbitragem pela Administração Pública sempre suscitou dúvidas. Primeiro, acerca de seu cabimento e, posteriormente, sobre quais seriam os seus limites. Doutrina e jurisprudência, então, encarregaram-se de responder a essas questões, ainda que permaneçam algumas dúvidas em relação ao segundo ponto.

E, com base nos avanços produzidos no âmbito acadêmico e dos tribunais, foi editada a Lei nº 13.129/2015, objeto do presente estudo no que tange ao, a qual absorveu tais entendimentos, bem como trouxe outras inovações.

Verificou-se que o direito da Administração Pública firmar convenção de arbitragem foi positivado, limitando-o às causas em que se discutam direitos patrimoniais disponíveis.

Ressaltou-se, também, um acréscimo à sistemática da concessão de cautelares, segundo o qual, uma vez concedida a cautelar, pelo Poder Judiciário, o juízo arbitral, ao ser instituído, deverá se manifestar pela manutenção, ou não, da medida.

Ademais, foram elencadas outras inovações à Lei da Arbitragem, não menos importantes, sobre sentença parcial, prescrição, carta arbitral, as vedações à arbitragem sigilosa ou por equidade quando celebrada por pessoa jurídica de direito público, de onde se evidenciou a preocupação do legislador em estabelecer normas próprias, mais restritivas, ao administrador público que pretenda firmar compromisso arbitral, sem, no entanto, inviabilizá-lo.

Por todo o exposto, conclui-se que a nova lei positivou entendimentos doutrinários e jurisprudenciais consagrados e, também, regras inéditas, com o objetivo de tornar a arbitragem mais atrativa, célere, segura e eficiente, o que resume a intenção daqueles que buscam os meios alternativos de solução de controvérsias, sem olvidar das prerrogativas da Administração Pública.

## REFERÊNCIAS

BINEJNBOJM, Gustavo. *i*. In WILLEMANN, Flávio de Araújo. Acordos Administrativos, Decisões Arbitrais e Pagamentos de Condenações Pecuniárias Judiciais. p.17 -19. Disponível em: <<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/392202/DLFE-26509.pdf/07ArcodosAdministrativosDecisoesArbitrais.pdf>>. Acesso em 07 out. 2015.

\_\_\_\_\_, Gustavo. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade. In: *Direito Administrativo*. Série Direito em Foco. Niterói: Impetus, 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SE 5.206 AgR/EP – Espanha. Rel. Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28SE%24%2ESCLA%2E+E+5206%2ENUME%2E%29+OU+%28SE%2EACMS%2E+ADJ2+5206%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/b596o6e>>. Acesso em: 27 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.297.974/RJ. Rel. Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+)

@num=%271297974%27)+ou+(%27RESP%27+adj+%271297974%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 27 out. 2015.

CARMONA, Carlos Alberto (Org.). *Convenção Arbitragem e Processo Arbitral*. São Paulo: Atlas, 2009.

DOLINGER, Jacob e TIBURCIO, Carmen. Arbitrabilidade. in: *Direito Internacional Privado – Parte Especial: Arbitragem Comercial Internacional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FERREIRA NETTO, Cássio Telles. *Contratos Administrativos e Arbitragem*. São Paulo: Elsevier, 2008.

FARIA COELHO, Bernardo Bichara. Breves Considerações Acerca da Arbitragem e os Princípios da Administração Pública. in: *Revista de Direito da Procuradoria Geral*. Rio de Janeiro, (68), 2014.

LEMES, Selma Ferreira. *Equivalência da Sentença Arbitral à Sentença Judicial*. Disponível em: <<http://www.selmalemes.com.br/artigos/artigo48.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2015.

\_\_\_\_\_. *Jurisprudência Brasileira sobre Arbitragem e Sociedade de Economia Mista: uma Lição Pedagógica*. Disponível em:

<<http://selmalemes.adv.br/artigos/Arbitragem%20e%20SEM.%20Jurisprud%3%AAncia%20Pedag%3%B3gica.pdf>>. Acesso em 20 out. 2015.

MARTINS, Pedro Batista. Da ausência de poderes coercitivos e cautelares do árbitro, in: *Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; DI SALVO, Sílvia Helena Johnson. *A reforma da lei de arbitragem: análise sobre a autorização do uso da arbitragem pela administração pública direta e indireta*. Disponível em:< [http://www.justinodeoliveira.com.br/wp-content/uploads/2013/12/A-REFORMA-DA-LEI-DE-ARBITRAGEM\\_2013-12-11.pdf](http://www.justinodeoliveira.com.br/wp-content/uploads/2013/12/A-REFORMA-DA-LEI-DE-ARBITRAGEM_2013-12-11.pdf)>. Acesso em 20 out. 2015.

SALOMÃO, Wiliander França. *A arbitragem na administração pública*. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9627&revista\\_caderno=4](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9627&revista_caderno=4)>. Acesso em 20 out. 2015.

TIBURCIO, Carmen. *A arbitragem envolvendo a administração pública*. Disponível em: <<http://www.revistadireito.uerj.br/artigos/AARBITRAGEMENVOLVENDOADMINISTRACAO PUBLICA.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2015.

WILLEMANN, Flávio de Araújo. *Acordos Administrativos, Decisões Arbitrais e Pagamentos de Condenações Pecuniárias Judiciais*. Disponível em: <<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/392202/DLFE-26509.pdf/07AcordosAdministrativosDecisoesArbitrais.pdf>>. Acesso em 20 ago. 2014.