



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A REGULAMENTAÇÃO DO INSTITUTO DA ARBITRAGEM NA RESOLUÇÃO DOS
CONFLITOS QUE ENVOLVEM O PODER PÚBLICO E SEUS REFLEXOS NA
GERÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Tainara Pompeu Borges da Silva

Rio de Janeiro

2022

TAINARA POMPEU BORGES DA SILVA

A REGULAMENTAÇÃO DO INSTITUTO DA ARBITRAGEM NA RESOLUÇÃO DOS
CONFLITOS QUE ENVOLVEM O PODER PÚBLICO E SEUS REFLEXOS NA
GERÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professores orientadores:
Maria Carolina Cancellia Amorim
Ubirajara da Fonseca Neto.

Rio de Janeiro

2022

A REGULAMENTAÇÃO DO INSTITUTO DA ARBITRAGEM NA RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS QUE ENVOLVEM O PODER PÚBLICO E SEUS REFLEXOS NA GERÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Tainara Pompeu Borges da Silva

Graduada pela Universidade Estácio de Sá.
Advogada.

Resumo - Diante de um cenário de congestionamento do judiciário, e decisões judiciais ineficazes no setor público pela falta de expertise em determinados assuntos, a busca por soluções alternativas para solução dos conflitos se tornou maior. A Arbitragem tem ganhado maior relevância no direito público, visando ao alcance de maior celeridade e eficiência na solução dos litígios decorrentes dos contratos firmados entre particular e poder público, muito embora ainda encontre resistência por parte da doutrina mais tradicional. Este trabalho tem como objetivo principal analisar o uso da Arbitragem pela Administração Pública à luz dos princípios elencados no art. 37, caput, da Constituição Federal, bem como, demonstrar as peculiaridades do instituto em concordância com o regime de direito público da Administração Pública, apresentando as principais alterações advindas da Lei 13.129/15, fazendo uma abordagem acerca dos benefícios e prejuízos do instituto, com o intuito de expansão de sua aplicabilidade.

Palavras – Chave - Direito Administrativo. Arbitragem. Contratos Administrativos. Gestão gerencial.

Sumário - Introdução. 1. A reforma administrativa e sua influência para positivação da arbitragem no âmbito do poder público. 2. O instituto da arbitragem e sua compatibilização com o regime de direito público da administração. 3. O procedimento arbitral e a aplicação prática na administração pública no setor ferroviário. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico, foi desenvolvido pela método hipotético - dedutivo, apresentando em seu bojo um conjunto de proposições, as quais se acredita serem suficientes e adequadas para análise do objeto da pesquisa que será abordado de maneira qualitativa, com a finalidade de despertar o questionamento acerca da aplicabilidade da utilização da Arbitragem como meio alternativo para solução das controvérsias que envolvam o poder público visando a expansão do seu uso.

As sociedades modernas compartilham a experiência da crescente expansão da judicialização dos conflitos, e embora esse fenômeno demonstre a concretização do acesso à justiça, também indica uma aparente incapacidade de auto composição entre as partes. Sob este enfoque, é perceptível o impacto que o enorme volume de processos causa no eficaz funcionamento do poder judiciário e de forma reflexa na Administração Pública. Em virtude do regime de direito público, que embora, esteja passando por uma atual ressignificação,

superando conceitos tradicionais, essa situação é ainda mais alarmante na gerência do poder público, em virtude de um sistema ainda muito “engessado”.

Para enfrentar essa situação, diante da ampliação da atividade contratual do Estado, os métodos alternativos de solução dos conflitos ganharam maior importância e aplicação nas relações contratuais da Administração pública. Por muitos anos, a ausência de previsão normativa inibiu a utilização da Arbitragem como método consensual de resolução dos conflitos aos casos que envolvessem a Administração pública. Esse cenário se alterou com a busca pela eficiência na atividade administrativa, a ampliação da atividade contratual do Estado e o congestionamento do judiciário pelo excesso de litígios. As alterações que serão tratadas neste artigo deram força de lei a entendimentos consagrados na doutrina e na jurisprudência, admitindo expressamente a utilização da Arbitragem como meio alternativo de solução dos conflitos que envolvem o poder público.

Atualmente a resolução de conflitos por meio de procedimentos arbitrais tem apresentado saldo positivo. Segundo dados das principais câmaras arbitrais do país, casos envolvendo estados, municípios ou agências reguladoras representaram aproximadamente 15% das arbitragens instauradas, principalmente nas áreas de construção e infraestrutura, disputas do setor de energia, disputas societárias e de operações de M&A (Mergers and Acquisitions ou Fusões e Aquisições), contratos comerciais e contratos públicos (PPPs e Concessões).

Ante o exposto, com o objetivo de apresentar o tema, o primeiro capítulo abordará a mudança de paradigma sofrida pela gestão administrativa do poder público e sua influência para o despertar da Arbitragem e consequente aplicação deste método extrajudicial de solução de conflitos nos contratos administrativos.

O segundo capítulo deste trabalho fará uma abordagem simplificada acerca do instituto da Arbitragem, apresentando breve histórico, conceito e características para uma melhor compreensão do tema e estabelecerá um diálogo com as peculiaridades do regime de direito público e os princípios básicos que regem a Administração Pública, visando demonstrar a compatibilização deste instituto com o regramento do direito público.

No último capítulo, visando demonstrar os aspectos abordados na atuação prática dessa atividade consensual, serão apresentadas as características do procedimento arbitral, a atuação dos órgãos de controle e como estes regulam a atividade arbitral na resolução dos conflitos, será demonstrado ainda, um caso concreto, que tratou dos critérios de solução de controvérsias nos setor ferroviário e de infraestrutura rodoviária da Administração Pública Federal sob

regulação da ANTT, o quanto a Arbitragem não é só conveniente como também pode ser, necessária e indispensável para o alcance de bons resultados pela Administração pública.

1. A REFORMA ADMINISTRATIVA E SUA INFLUÊNCIA PARA POSITIVAÇÃO DA ARBITRAGEM NO ÂMBITO DO PODER PÚBLICO

Instalada no Brasil a partir da década de 1990, a reforma administrativa foi responsável pela mudança de paradigma do modelo de gestão burocrático da administração pública e consequente consolidação de um molde gerencial. O agigantamento do Estado em decorrência da assunção do padrão de Estado social tornou o modelo burocrático ineficaz e levou a máquina pública a enfrentar uma crise em relação à prestação dos serviços públicos, justificando a necessidade de um modelo gerencial das atividades estatais se aproximando dos métodos de administração das empresas privadas.

O modelo burocrático na época se mostrou insuficiente para atender as demandas do Estado Social que insurgia, pois se caracterizava pela morosidade no atendimento, entraves às demandas sociais e prestação cara de serviços públicos, não conseguindo assegurar os interesses dos cidadãos. Com o intuito de resolver essas falhas, o modelo gerencial surgiu para pôr fim às práticas clientelistas e patrimonialistas do antigo modelo, isto é, instalar uma administração pautada nos “princípios da nova gestão pública” (*new public management*).¹

Formalmente estabelecida pela Emenda Constitucional nº 19/98², a reforma foi marcada pela diminuição do intervencionismo estatal e consagração do princípio da eficiência como norteador da atividade do poder público. Com o intuito de reduzir o papel do Estado, buscando maior eficiência e adequação na prestação de suas atividades básicas, investiu na desestatização, e o Estado passou a transferir para a iniciativa privada parte das tarefas que havia assumido ao longo da última década, assumindo a posição de regulador e fomentador dos serviços oferecidos, deixando de ser prestador exclusivo.

Sobre esse ponto, o Min. Gilmar Mendes³ do Supremo Tribunal Federal se posiciona no sentido de que a Reforma do Estado não visa à redução drástica do Estado e não prima pela predominância do mercado. Diz o Ministro que ao contrário disso, ela parte da constatação de

¹ BRITO, Alexandre José Trovão. *O modelo gerencial de administração pública e sua aplicação no Brasil a mudança de paradigma na administração pública brasileira e a concretização dos princípios do direito administrativo*. Disponível em: < <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/o-modelo-gerencial-de-administracao-publica-e-sua-aplicacao-no-brasil-a-mudanca-de-paradigma-na-administracao-publica-brasileira-e-a-concretizacao-dos-principios-do-direito-administrativo/>> Acesso em: 10 set. 2019.

² BRASIL. *Emenda Constitucional nº 19* de 04 de junho de 1998. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc19.htm>.

³ MENDES, Gilmar. *ADI 1923 MC/DF*. Informativo do Supremo Tribunal Federal nº 474: Transcrições

que a solução para a crise do Estado não estaria no desmantelamento do aparelho estatal, mas em sua reconstrução adaptada para enfrentar os novos desafios da sociedade pós-industrial, um modelo de Estado que além de garantir o cumprimento dos contratos econômicos seja forte o suficiente para assegurar os direitos sociais e a competitividade de cada país no cenário internacional.

Isto posto, a questão que se apresenta é: De que forma o novo modelo de gestão da Administração pública, foi capaz de impulsionar a utilização da Arbitragem pelo poder público? A nova posição do Estado pós-reforma ampliou sua atividade contratual, e deu origem a novas relações contratuais entre o Estado e as entidades privadas. Diante da necessidade de se estabelecer um diálogo com a iniciativa privada, a Arbitragem se apresentou como uma alternativa mais atrativa de solução dos conflitos que pudessem insurgir da execução dos contratos celebrados entre os particulares e a Administração pública. Tal atratividade se confirma, e atrai o interesse em contratar com o Estado, pois além de tornar mais célere a solução dos litígios, diante de um cenário de congestionamento do judiciário na época, estabelece maior equilíbrio entre as partes, considerando as prerrogativas que são inerentes ao poder público.

O instituto da Arbitragem possui registros de sua utilização desde os tempos antigos e fora positivado em diversos diplomas legais no decorrer dos anos. Sob uma ótica moderna, a Arbitragem, como instituto do direito privado, foi tratada no Código Civil de 1916 e no Código de Processo Civil de 1973, contudo, por conta de sua pouca utilização, recebeu um tratamento legislativo precário e inadequado se mantendo pouco conhecida e utilizada. Em 1997, no mesmo período da reforma administrativa o advento da Lei da Arbitragem, diante das modificações no cenário internacional, trouxe uma abordagem normativa mais moderna e promoveu o despertar desse instituto que permanecera adormecido ao longo dos anos. Todavia, cabe assinalar, que tal diploma legal nada contribuiu para equacionar a questão de sua aplicação nas relações com o poder público.⁴

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), já tinha uma série de decisões favoráveis à Arbitragem em contratos com a Administração pública celebrados com sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica, o que impulsionou o surgimento dos primeiros

⁴ BRASIL. *Código Civil de 1916*. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em 12 set. 2019.

Id. *Código de Processo Civil de 1973*. Disponível em < https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-5869-11-janeiro-1973-357u_991-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em 12 set. 2019

Id. *Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm> Acesso em 12 set. 2019

diplomas legais setoriais - portos, energia elétrica e transportes e sequencialmente, outras legislações específicas foram positivando tal método na composição dos litígios decorrentes dos contratos celebrados. No setor do transporte aquaviário e terrestre (Art. 35, inciso XVI, Lei nº 10.233/01)⁵, na disciplina das Parcerias pública privada (Art. 11, inciso III, Lei nº 11.079/04)⁶ e também da Lei de Concessões (Lei nº 8.987/95, alterada em 2005)⁷. No âmbito estadual em 2011, o Estado de Minas Gerais, foi pioneiro e editou a Lei Mineira da Arbitragem (Lei nº 19.477/11)⁸, que permitia e regulamentava a adoção do juízo arbitral.

Dessa forma, o novo modelo de gestão sem dúvida foi propulsor para a utilização da Arbitragem nos contratos administrativos, por se apresentar como medida extrajudicial, consensual, célere, eficaz e dotada de expertise. Este método alternativo de solução de conflitos se encaixou perfeitamente ao novo modelo de atuação estatal que buscava ser mais eficaz e capaz de atender as demandas sociais de maneira mais efetiva e transparente em seus contratos administrativos.

Contudo, ainda que, presente em leis esparsas, e com potencial crescimento de sua utilização em setores específicos, a utilização da Arbitragem ainda era muito discutida, pois uma corrente mais tradicional do Direito Administrativo resistia e de certa maneira ainda resiste defendendo a indisponibilidade do interesse público e portanto o não cabimento deste instituto.

Passo fundamental para o avanço da utilização da Arbitragem nas relações processuais que envolvem o poder público foi o advento da Lei nº 13.129/15, que promoveu alterações na Lei anterior e conseguiu pacificar o tema, determinando expressamente em seu texto legal e em caráter nacional a possibilidade de utilização da Arbitragem pela Administração pública direta e indireta.⁹

⁵ BRASIL. Lei 10.233 de 05 de junho de 2001. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/11098082/inciso-xvi-do-artigo-35-da-lei-n-10233-de-05-de-junho-de-2001#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20reestrutura%C3%A7%C3%A3o%20dos,Transportes%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAsncias.>

⁶ Id. Lei 11.079 de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10929639/artigo-11-da-lei-n-11079-de-30-de-dezembro-de-2004#:~:text=Artigo%2011%20da%20Lei%20n%C2%BA%2011.079%20de%2030%20de%20Dezembro%20de%202004&text=III%20%E2%80%93%20o%20emprego%20dos%20mecanismos,decorrentes%20ou%20relacionados%20ao%20contrato.>

⁷ Id. Lei nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm

⁸ Id. Lei nº 19.477 de 12 de janeiro de 2011. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=142620>

⁹ Id. Lei 13.129 de 26 de maio de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm. Acesso em: 16 Set. 2019.

2. O INSTITUTO DA ARBITRAGEM E SUA COMPATIBILIZAÇÃO COM O REGIME DE DIREITO PÚBLICO DA ADMINISTRAÇÃO

Antes de adentrar nas especificidades do uso da Arbitragem pelo poder público, convém uma breve exposição conceitual sobre o tema. Na lição de Carlos Alberto Carmona¹⁰, a Arbitragem se conceitua como:

[...] meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial [...].

Em outras palavras, as partes diante de um conflito de interesses envolvendo direitos patrimoniais disponíveis, submetem o litígio à apreciação de um terceiro, o qual será atribuído à competência exclusiva para dirimir a controvérsia. O árbitro, que será uma pessoa de confiança, dotada de profundo conhecimento sobre o tema conflitado, é o responsável pela apreciação do conflito em questão, e deverá respeitar a vontade de ambas as partes. Não havendo a conciliação, o Árbitro, por força de lei, tem a permissão e a capacidade de decidir sobre o conflito, obrigando às partes envolvidas o seu cumprimento, sob pena de execução daquela decisão, denominada sentença arbitral, que por sua vez, faz coisa julgada e não admite recurso.

A opção por esta via de resolução dos eventuais conflitos se dá através da denominada Convenção de Arbitragem, meio pelo qual as partes exteriorizam a sua vontade de se submeter ao método em estudo. A Cláusula Compromissória e o Compromisso Arbitral são as formas pelas quais se estabelece expressamente tal interesse. A cláusula compromissória, estipulada por escrito, podendo ser firmada separadamente, determinará que as partes irão submeter à arbitragem todas ou parte das possíveis controvérsias (ainda indefinidas) relacionadas com o contrato. O Compromisso Arbitral, também expresso por escrito, porém sem a necessidade de manifestação anterior, é firmado pelas partes na intenção de manifestar a vontade de que um conflito já determinado, envolvendo direito patrimonial disponível, poderá ser solucionado por meio da arbitragem. Assim, também ocorre nos contratos administrativos desde o advento da lei 13.129/15.¹¹

¹⁰ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: Um comentário à lei 9.307/96*. 3ª. ed. - São Paulo: Atlas, 2009, p.31.

¹¹ PEREIRA, Cesar Guimarães. *Arbitragem e Administração*. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/155/edicao-1/arbitragem-e-administracao>

Em havendo cláusula ou compromisso arbitral, as eventuais controvérsias instauradas durante a execução do contrato deverão ser solucionadas pela Arbitragem, observadas as condições de arbitrabilidade e as peculiaridades do regime aplicável à Administração Pública. O regime jurídico-administrativo estabelecido no Art. 37, caput da Constituição Federal, determina como princípios basilares da Administração pública, a Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência.¹²

Nesse diapasão, observando-se os princípios que regem o direito público, de que forma é possível concretizar a aplicação da Arbitragem e suas peculiaridades de direito privado nos conflitos que envolvem a Administração Pública? Em um primeiro momento, o conflito evidente que surge entre a Arbitragem e o regime administrativo, é com o Princípio da Legalidade, que, contudo, restou superado com as alterações trazidas pela Lei 13.129/15¹³, com o estabelecimento de forma expressa e em caráter nacional da Arbitragem como meio possível de ser utilizado pelo poder público para direitos patrimoniais disponíveis, não restando, portanto, do ângulo da Legalidade, qualquer conflito entre o princípio administrativo e a Arbitragem.

Outra questão que insurge, é que, no direito arbitral o estabelecimento do sigilo, em regra, é uma prerrogativa das partes e embora não se trate de elemento essencial, pode opcionalmente ser estabelecido. Essa opção decorre na maioria das vezes do fato de que as partes não desejam dar conhecimento a terceiros sobre seus problemas internos, já que estes podem ser seus concorrentes no mercado. Ocorre que esta prerrogativa fere o Princípio da Publicidade inerente a atividade estatal, que atua sob a égide da transparência de seus atos em virtude do interesse público.¹⁴

Sobre este ponto, a Lei 13.129/15 incluiu um parágrafo (§3º)¹⁵ ao texto do artigo 1º, onde se lê que "a arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade". Dessa forma, direcionou para o entendimento de que não é possível garantir o sigilo da arbitragem sem desrespeitar o referido princípio constitucional, devendo, portanto, assegurar o acesso aos interessados à decisão e aos atos essenciais do processo arbitral, preservando-se, somente, o sigilo dos debates e a confidencialidade dos

¹² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em : 15 set. 2019.

¹³ BRASIL, op.cit., nota 9.

¹⁴ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Ducler. *A arbitragem no âmbito da administração pública e o sigilo – Regra e exceções*. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI282710,91041-A+arbitragem+no+ambito+da+administracao+publica+e+o+sigilo+Regra+e>>. Acesso em: 18 set. 2019.

¹⁵ BRASIL. *Art. 1º, §3º da Lei 13129 de 26 de maio de 2015*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113129.htm

documentos que instruíram o processo. A jurisprudência a respeito dessa discussão, tem se baseado nas hipóteses de restrição definidas na Lei de Acesso a Informação, o Art. 7º, §1º e o art. 23 da Lei 12.527/11 que delimitam os casos em que o direito a informação poderá ser restringido, mitigando o Princípio da Publicidade.¹⁶

Quanto aos princípios basilares do regime jurídico-administrativo, os princípios da Supremacia do interesse público e da Indisponibilidade do interesse público, que atualmente estão a sofrer interpretações mais consentâneas a democracia devendo ser entendidos de maneira mais dialética com o sistema, quando contrapostos com as condições de arbitrabilidade, conjunto de condições objetivas e subjetivas que informam a possibilidade de que um conflito possa ser submetido à Arbitragem, sugerem algumas discussões.¹⁷

Tradicionalmente, a Administração pública observa estes princípios, não admitindo transação do objeto de seus litígios por tratarem de direitos indisponíveis. A doutrina moderna em sentido contrário entende que o poder público também é titular de direitos patrimoniais disponíveis, passíveis de negociação mitigando tal indisponibilidade e favorecendo a utilização da Arbitragem. Longe de desatender ao interesse público, a escolha pelo juízo arbitral pode justamente melhor satisfazê-lo, nesse sentido a lição do jurista Eros Roberto Grau¹⁸:

“[...]Disponíveis são os direitos patrimoniais que podem ser alienados. A Administração, para a realização do interesse público, pratica atos, da mais variada ordem, dispondo de determinados direitos patrimoniais, ainda que não possa fazê-lo em relação a outros deles. Por exemplo, não pode dispor dos direitos patrimoniais que detém sobre os bens públicos de uso comum. Mas é certo que inúmeras vezes deve dispor de direitos patrimoniais, sem que com isso esteja a dispor do interesse público, porque a realização deste último é alcançada mediante a disposição daqueles.”

¹⁶ BRASIL. *Lei nº 12527* de 18 de novembro de 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.html

¹⁷ BACELLAR, Roberto Portugal. *Mediação e arbitragem*. São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em: <<http://www.fkb.br/biblioteca/Arquivos/Direito/Mediacao%20e%20Arbitragem%20-%20Roberto%20Portugal%20Bacellar.pdf>>. Acesso em: 19 set. 2019.

¹⁸ SUNDFELD Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O Cabimento da Arbitragem nos Contratos Administrativos. *Revista de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 120. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=2948556>. Acesso em: 19 set. 2019

Nessa linha de raciocínio, a Min. Regina Helena Costa em recente julgado do STJ sobre o Conflito Positivo de Competência n.º 139.519-RJ, envolvendo a ANP e a Petrobrás, declarou em seu voto que “Sempre que a administração contrata há disponibilidade do direito patrimonial, podendo, desse modo, ser objeto de cláusula arbitral, sem que isso importe em disponibilidade do interesse público”.¹⁹

Ainda sobre essa discussão, a jurisprudência é majoritária no sentido de dividir o interesse público em primário e secundário, para, assim consagrar o último como apto a ser transacionado. Segundo Carmona²⁰, o interesse público tido como indisponível, por sua vez classificado como primário, é aquele que versa sobre o interesse da coletividade, e se sobrepõe ao próprio interesse da administração pública, por exemplo, a definição de políticas públicas, ao passo que secundário, seria o interesse exclusivo da Administração pública, que admite a instauração da Arbitragem desde que as partes assim convençionem e não haja colisão com nenhum interesse primário.

No que diz respeito às condições de Arbitrabilidade subjetiva, ou seja, definição de quem tem capacidade para figurar na relação arbitral podem submeter-se à arbitragem as pessoas naturais ou jurídicas, de direito privado ou de direito público, as entidades integrantes da Administração Pública, direta ou indireta. Em suma, pessoas capazes de contratar atendem à exigência da Lei nº 9.307/96 e podem submeter seus litígios à arbitragem, não havendo discussão sobre o assunto.²¹

3. O PROCEDIMENTO ARBITRAL E A APLICAÇÃO PRÁTICA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO SETOR FERROVIÁRIO

A Lei nº 9.307/96 determina que o poder público ao julgar o conflito não poderá se utilizar da espécie de Arbitragem por equidade, devendo sempre ser feita com base nas regras de direito (Art. 2º, §3º, lei 9.307/96). A arbitragem de direito, é aquela em que os árbitros decidirão a controvérsia com base no ordenamento jurídico, podendo as partes escolher livremente as regras de direito que serão aplicadas, ou convençionar para que a arbitragem se realize com base em princípios, costumes e regras internacionais de comércio, desde que não

¹⁹ TORRES, Daniel Xavier. *Valorização da arbitragem e STJ*. Disponível em: <http://www.tjamme.org/index.php?pgs=mostra_noticias&pg=pgs&id=278>. Acesso em: 19 set. 2019

²⁰ CARMONA, Carlos Alberto, *Arbitragem e Processo: um comentário à lei 9.307/96*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2009, p. 50.

²¹ PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Arbitrabilidade. Manual de Arbitragem para Advogados*, p. 48-63. Disponível em: <<http://oabam.org.br/downloads/manual-arbitragem.pdf>>. Acesso em: 19 set. 2019

haja violação aos bons costumes e à ordem pública (§ 1º do art. 2º). Na Arbitragem por equidade os árbitros decidirão a controvérsia de acordo com aquilo que lhes parecer mais justo, razoável e equânime.²²

A autoridade que irá celebrar a convenção de arbitragem é a mesma que teria competência para assinar acordos ou transações, conforme previsto na legislação do respectivo ente. Quanto à escolha do árbitro, poderá haver um ou mais árbitros totalizando um número ímpar e qualquer pessoa civilmente capaz e que tenha a confiança das partes poderá ser escolhida. As partes poderão estabelecer o processo de escolha dos árbitros ou adotar as regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada. Se as partes optarem pelo órgão arbitral, a seleção dos árbitros será feita, em princípio, pelas regras previstas no estatuto da entidade, que normalmente possui uma lista de árbitros previamente cadastrados, excepcionalmente essa regra poderá ser afastada.²³

Aos árbitros se aplicam as mesmas causas de impedimento e suspeição previstas para os juízes no Código de Processo Civil, pois no desempenho de sua função, deverão proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição. Quanto às espécies de procedimento arbitral, tem-se a Arbitragem *ad hoc* e a institucional. A Arbitragem *ad hoc* consiste no processo arbitral no qual as partes escolhem um árbitro ou colégio de árbitros e ante a falta de um regramento específico de uma câmara, definem o próprio regulamento no termo de arbitragem. Na institucional, as regras procedimentais são previamente estabelecidas por uma câmara arbitral, que irá conduzir o processo de acordo com seu regulamento, fornecerá apoio administrativo e rol de árbitros a ela credenciados.²⁴

Acredita-se, que a Administração possa de acordo com critérios de conveniência e oportunidade optar por qualquer das duas espécies procedimentais, no entanto, a arbitragem institucional tem se revelado mais adequada, pois a existência de um regulamento próprio e a prestação de serviços de secretaria às partes e fornecimento de estrutura para a realização das audiências, a tornam mais apropriada nos conflitos que envolvam o Poder Público. Nesse sentido, a maioria das legislações estabelece uma preferência por esta espécie, o recente decreto nº. 10.025/19, por exemplo, ao regulamentar o art. 62, §1º da lei 12.815/13 (Lei dos

²² DIZER O DIREITO. *Comentários à Lei 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem) (atualizado)*. Disponível em: < <https://www.dizerodireito.com.br/2015/05/comentarios-lei-131292015-reforma-da.html>>. Acesso em: 21 set. 2019.

²³ BRASIL. *Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm>. Acesso em: 21 set. 2019.

Portos), cria uma preferência legal pela arbitragem institucional, exigindo a declaração de um justo motivo nos casos de opção pela arbitragem *ad hoc*.²⁵

Quanto à discussão acerca da necessidade de licitação para escolha da câmara arbitral, na linha de construção teórica do Prof. Marçal Justen Filho²⁶, “a arbitragem não produz um vínculo de natureza contratual entre a Administração e a câmara de arbitragem e os árbitros. Trata-se de uma relação de natureza institucional.”, portanto, tal vínculo tem se estabelecido por meio de contratos administrativos, firmados diretamente por inexigibilidade de licitação. Contrário a esse entendimento, parte da doutrina considera que a contratação direta, sobretudo quando prévia ao surgimento do litígio, pode vulnerar os princípios da consensualidade e da imparcialidade, os quais são pilares da arbitragem. De fato, é desestimulante para um particular interessado em contratar com a Administração Pública, ter que submeter eventual litígio a uma câmara arbitral já previamente definida e contratada pela Administração Pública, sem um processo de seleção impessoal. Uma alternativa que a doutrina apresenta para essa questão é o credenciamento, nesta sistemática, as câmaras arbitrais que preenchem os requisitos mínimos de qualificação definidos pela Administração Pública podem ser credenciadas e com o surgimento de um conflito, qualquer uma das câmaras pode ser escolhida para conduzir a arbitragem. Dessa forma, não fere a celeridade ínsita à arbitragem e preserva a imparcialidade e consensualidade, uma vez que a escolha da câmara pode ser feita pelo particular. Ressalte-se, que ainda assim, haverá casos em que mesmo com a utilização do credenciamento poderá ser feita a contratação direta quando, em razão da especialidade da controvérsia, não houver câmara arbitral credenciada apta a dirimir a controvérsia.²⁷

Quanto à competência, caberá ao juízo arbitral decidir se irá conhecer e julgar a demanda que lhe for submetida. Descabe intervenção de juízo diverso, que só poderá realizar o controle judicial da sentença arbitral, quanto à sua validade (Arts. 32 e 33, caput, da Lei n.º 9.307/96)²⁸, ou seja, havendo vícios formais, como por exemplo, a ausência dos pressupostos de arbitralidade.

²⁵ BRASIL. *Decreto n.º 10.025* de 20 de setembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10025.htm#art18>. Acesso em: 2 out. 2019.

²⁶ FILHO, Marçal Justen. Administração Pública e Arbitragem: O vínculo com a câmara de arbitragem e os árbitros. *Revista Brasileira da Advocacia*, São Paulo, ano 1, vol 1, p.103, abr-jun. 2016

²⁷ CARVALHO, Denilton Leal. *A escolha de câmara privada pela administração pública*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI302103,31047-A+escolha+de+camara+privada+pela+administracao+publica>> Acesso em: 2 out. 2019.

²⁸ BRASIL, op.cit., nota 23.

A sentença arbitral constitui-se em título executivo judicial (Art. 515, VII, do CPC/15)²⁹ e para produzir seus efeitos, não precisa de homologação, o árbitro decide a causa, e somente no caso de a parte perdedora não cumprir voluntariamente o que lhe foi imposto, é que a parte vencedora terá que executar esse título na justiça comum. O Poder Judiciário não pode revogar ou modificar a sentença arbitral quanto ao seu mérito por entendê-la injusta ou errada, a parte prejudicada que desejar anular a sentença arbitral por vícios formais deverá ajuizar a ação de nulidade no prazo máximo de 90 dias após o recebimento da notificação da sentença arbitral ou de seu aditamento (Art. 33, § 1º, Lei 9.307/96)³⁰, ultrapassado esse prazo, a decisão arbitral torna-se imutável pela coisa julgada material.

A Lei n.º 13.129/2015 acrescentou ainda, um importante capítulo na Lei da Arbitragem prevendo a possibilidade de serem concedidas tutelas cautelares e de urgência antes e durante o procedimento arbitral, que serão concedidas pelos próprios árbitros escolhidos. Não havendo árbitro, as partes poderão requerê-las junto ao Poder Judiciário. Quanto à aplicação de precedentes, Eduardo Talamini, explica que nas decisões arbitrais, ainda que o árbitro tenha que aplicar o ordenamento jurídico em sua plenitude, considerando-se inclusive os precedentes e orientações jurisprudenciais, não cabe usar contra as decisões arbitrais nenhum mecanismo processual judiciário de observância de força vinculante de precedentes. O argumento de que a violação ao precedente violaria a convenção arbitral que previu arbitragem de direito (e não por equidade) conduziria à conclusão de que toda sentença arbitral incorreta quanto à solução de mérito seria controlável e anulável pelo Judiciário. Os limites de controle judicial da arbitragem são dados pelo art. 32 da lei de Arbitragem, em rol exaustivo e o STF reputa constitucional essa limitação.³¹

Partindo para uma análise prática da efetiva utilização da Arbitragem, podemos citar o tratamento da matéria na ANTT (Agência Nacional de transportes terrestres), que por sua vez, embora o ambiente de solução de controvérsias fosse algo já previsto entre suas competências, tal atividade ainda não havia sido normatizada de modo satisfatório. Para tanto, fora organizada uma Audiência pública com a proposta de promover o debate entre especialistas, objetivando colher subsídios ao aprimoramento da proposta de Resolução que

²⁹ BRASIL. *Código de Processo Civil de 2015*. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/28891814/inciso-vii-do-artigo-515-da-lei-n-13105-de-16-de-marco-de-2015>

³⁰ BRASIL. Op.cit., nota 23.

³¹ TALAMINI, Eduardo. *Arbitragem e precedentes: Cinco premissas, cinco conclusões, um epílogo (e um vídeo)*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI286703,101048-Arbitragem+e+precedentes+Cinco+premissas+cinco+conclusoes+um+epilogo>>. Acesso em: 8 out. 2019.

dispõe sobre os critérios de solução de controvérsias nos contratos dos setores rodoviário e ferroviário da Administração Pública Federal sob regulação da ANTT.

Em maio de 2018 ocorreu a Audiência Pública nº 4/2018³², e foram apresentados alguns pareceres sobre o tema, a proposta estabelecia um procedimento escalonado de solução de conflitos que contempla uma etapa de mediação e outra de Arbitragem. O especialista em regulação Leopoldo Faiad da Cunha, na nota técnica nº. 1 se baseou na experiência de outras agências reguladoras para maiores informações acerca da regulamentação da atividade arbitral. As pesquisas demonstraram que as agências que são reguladas e preveem o instituto da Arbitragem, são os setores de energia elétrica (ANEEL), petróleo, gás natural e biocombustíveis (ANP), transporte aquaviário e portos (ANTAQ), e telecomunicações (ANATEL).

A Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) é atualmente uma das agências mais ativas no tema, contudo, não há previsão da Arbitragem em resolução, sendo tratado diretamente nos contratos. As cláusulas contratuais que versam sobre solução de controvérsias no âmbito da ANP são, até o momento, as mais completas e detalhadas, resultado da maturidade e da expertise desta agência reguladora nessa modalidade de solução de controvérsias, somada à cultura do setor regulado. No caso da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), a questão arbitral é regulada pelo Decreto nº 8.465/15³³. Esse decreto dispõe de termos que até então não haviam sido tratados em contratos, como os dezessete requisitos para escolha dos árbitros (art. 5º) e quais são os casos que serão preferíveis serem tratados no ambiente arbitral (Art. 9º, § 2º). No caso da ANATEL, a questão arbitral é definida nos contratos de prestação de serviço de telefonia fixa. A Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) até o momento ainda não definiu claramente os trâmites relacionados ao assunto.

A partir dessa análise acerca da aplicação da Arbitragem das outras agências reguladoras, o especialista conseguiu demonstrar a efetiva utilização do instituto da Arbitragem e ainda extraiu normas que junto aos conceitos que embasariam a Resolução e suas aplicações concretas no âmbito da ANTT facilitasse o trabalho, inovando em alguns pontos. Ao fim da Audiência após diversas orientações sobre temas específicos do procedimento arbitral, fora elaborada uma minuta de Resolução dispondo sobre as regras procedimentais para autocomposição e arbitragem no âmbito da agência. Dessa forma é

³² AUDIENCIA PÚBLICA, Nº 4, 2018, Diário Oficial da União. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/3095481/do3-2018-02-09-audiencia-publica-n-4-2018-3095477

³³ BRASIL. *Decreto nº 8465*, de 8 de junho de 2015. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2015/decreto-8465-8-junho-2015-780968-norma-pe.html>. Acesso em: 9 de out. 2019

possível perceber o quanto a utilização da Arbitragem é indispensável para as diversas atuações do Estado na prestação dos seus serviços.

CONCLUSÃO

Levando-se em consideração os aspectos tratados, inicialmente é possível concluir que a evolução do Estado liberal para o Estado Social, que ensejou na mudança de paradigma do modelo de gestão da atividade administrativa teve influência no despertar do instituto da Arbitragem e sua positivação no âmbito do poder público. Ora, considerando que o novo modelo gerencial, buscava atender de forma mais eficiente a prestação dos serviços públicos, e o meio para tal foi ampliar a atividade contratual do estado, estabelecendo relação com a atividade privada, a solução extrajudicial célere e dotada de expertise que já era efetiva no direito privado, em um cenário de congestionamento do judiciário, é evidentemente atrativa, e por isso ela passa a ser interessante de ser utilizada também pelo poder público em seus contratos.

Cabe salientar que o aperfeiçoamento da gestão gerencial ainda não alcançou um índice de desenvolvimento pleno na administração pública, principalmente se comparado à administração privada. Este novo conceito de administração busca uma otimização dos recursos públicos, cada vez mais escassos, com foco no desempenho organizacional e melhoria dos serviços públicos, o que ainda não é possível de ser visto em sua totalidade, mas tem apresentado grande avanço, inclusive, por conta da crescente utilização da Arbitragem pelo poder público.

Restou esclarecido ainda, que no seio da burocracia estatal, a implementação de uma nova cultura de resolução consensual de conflitos, no geral ainda encontra resistências, pois exige quebra de paradigmas há muito enraizados na cultura do Direito Administrativo e da própria Administração Pública brasileira. Ainda assim, é indiscutível o avanço da Arbitragem como mecanismo adequado de solução de conflitos no Brasil no que se refere a disputas envolvendo a Administração Pública, o que pode se evidenciar com base em uma doutrina moderna que está superando aos poucos as concepções tradicionais e os conflitos entre os princípios da Administração Pública e as peculiaridades da Arbitragem. Essa superação é marcada não só pelas recentes alterações legislativa mas também por ponderações da doutrina e jurisprudência que se mostram cada vez mais favoráveis à utilização da Arbitragem pelo poder público.

Da síntese acerca do procedimento arbitral, podem ser percebidos benefícios e também os prejuízos na utilização da Arbitragem na Administração pública. A título de benefício,

podemos elencar a prevalência da autonomia da vontade das partes, o consensualismo, um julgamento mais técnico, a segurança no procedimento, a efetividade na prestação do serviço e a celeridade na resolução dos conflitos que possuem tempo máximo de julgamento em média de quatro anos enquanto a Justiça leva cerca de dez anos. Em contrapartida, também é possível apontar alguns prejuízos, que ainda tornam a Arbitragem pouco utilizada, quais sejam, a questão do sigilo que não possibilita a transparência necessária e indispensável a atividade prestacional do Poder público que preza pela Publicidade dos seus atos e os custos do procedimento arbitral que em alguns casos poderá ser superior se comparado aos gastos nos Juizados Especiais, ou nos casos em que a pessoa fosse beneficiada pela justiça gratuita.

Em se tratando de legislação específica acerca da Arbitragem, sempre houve uma variedade de normas tratando do tema e recentemente fora publicado um decreto que regulamenta a adoção da Arbitragem para dirimir conflitos que envolvam o Estado do Rio de Janeiro e as entidades da Administração Pública Estadual Indireta. Outros procedimentos seguem o mesmo sentido, tal como da Desapropriação que após decretada na hipótese de utilidade pública, o poder público deverá notificar o particular, enviando uma oferta de indenização, e o mesmo poderá aceitar a proposta ou optar pela negociação, que ocorrerá em um órgão especializado em Mediação ou Arbitragem previamente cadastrado pelo responsável da desapropriação. Mais recente ainda, a Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, após consulta pública com especialistas da comunidade arbitral regulamentou a atividade arbitral no âmbito do Estado para orientar o administrador público a utilizar a cláusula arbitral, acreditando que os meios de solução de conflitos existentes são vistos como uma forma eficiente e mais simples para que a sociedade resolva o seu litígio sem a interferência do Estado, possibilitando reduções das demandas dirigidas à justiça tradicional.

Em consonância com esse propósito, vale salientar que é crescente o número de câmaras arbitrais se credenciando junto ao Poder público, o que representa uma evolução na forma de utilização da arbitragem pela Administração Pública, na medida em que proporciona maior isonomia e transparência nessa contratação. Em contrapartida tem se exigido uma sistemática de credenciamento, através da edição de normas que prevejam os requisitos mínimos para habilitar esses entes a atuar em procedimentos arbitrais envolvendo a Administração Pública, com intuito de preservar a discricionariedade e motivação do poder público. Os requisitos que são exigência para o credenciamento são basicamente de aspectos estrutural, temporal e de qualificação.

Por fim, dado o exposto, conclui-se que a Arbitragem tem crescido no setor público como método alternativo de solução dos conflitos nos contratos administrativos, contudo

merece maior estudo e investimento para que se torne um método ainda mais compatível e utilizado, tendo em vista que seus benefícios são inúmeros e seus prejuízos são perfeitamente passíveis de serem solucionados e até suportados por uma Administração pública que seja minimamente organizada e priorize verdadeiramente o interesse público.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Lei nº 9.307*, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm>. Acesso em: 14 set. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em : 15 set. 2019.

_____. *Lei nº 13.129*, de 26 de maio de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm>. Acesso em : 15 Set. 2019.

_____. *Decreto nº 10.025*, de 20 de setembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10025.htm#art18>. Acesso em: 2 out. 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, 25ª ed., rev. amp. e atual., São Paulo: Atlas, 2012.

CARMONA, Carlos Alberto, *Arbitragem e Processo*: um comentário à lei 9.307/96. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, 12ª ed., São Paulo: Atlas, 2000.

GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, nº 32, 2000, p. 14-20.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, 13ª ed. (rev., at. e amp.), São Paulo: Malheiros, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Arbitragem nos contratos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, v. 209, p.81-90, jul./set. 1997.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*, Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2013.

SCHMIDT, Gustavo da Rocha. *A arbitragem nos conflitos envolvendo a administração*. 2016. 140 f. Dissertação (Mestrado em Direito da regulação) – FGV Direito Rio, Rio de Janeiro, 2016.

TALAMINI, Eduardo. *Arbitragem e precedentes*: Cinco premissas, cinco conclusões, um epílogo (e um vídeo). Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI286703,101048-Arbitragem+e+precedentes+Cinco+premissas+cinco+conclusoes+um+epilogo>>. Acesso em: 8 out. 2019.

TUCCI, José Rogério Cruz. Igualdade é assegurada às partes na composição do painel arbitral. *Revista Consultor Jurídico*, 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-ago-05/igualdade-assegurada-partes-composicao-painel-arbitral>. Acesso em 31 de janeiro de 2016.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Transigibilidade na administração pública: uma faceta da consensualidade no direito administrativo do século XXI. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 11, n. 123, maio 2011.