

ARBITRABILIDADE OBJETIVA NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO E O DECRETO Nº. 10.025/2019

PEDRO PAULO CRISTÓFARO*
DANIEL BENTO**

Sumário: 1. A arbitragem, a Administração Pública e as concessões. 2. A arbitragem como meio adequado de dirimir controvérsias. 3. Arbitrabilidade objetiva no âmbito da Administração Pública. 3.1. Nem todo litígio é adequado para solução via arbitragem. 3.2. Arbitrabilidade objetiva e o conceito de direito patrimonial disponível. 4. Exemplificação normativa das controvérsias passíveis de arbitragem em prol da segurança jurídica. 4.1. O exemplo do Decreto nº. 10.025/2019. 5. Referências bibliográficas.

1 – A arbitragem, a Administração Pública e as concessões

É notório que a arbitragem pode representar – e tem representado – meio eficiente e adequado para dirimir determinadas controvérsias suscetíveis durante a execução de contratos administrativos. Referidos atributos da arbitragem revelam-se especialmente em contratos que, a exemplo dos de concessão, envolvam tão elevados valores quanto riscos e extensos prazos de duração, necessitando, naturalmente, de solução célere e técnica para os conflitos deles decorrentes, em prol de sua boa execução.

Essa lógica foi coroada pela edição da Lei nº 13.129/2015¹ que, inclusive com o objetivo de transmitir confiança aos investidores nacionais e estrangeiros, alterou a Lei nº. 9.307/1996 (“Lei de Arbitragem”) para esclarecer expressamente que “a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis” (art. 1º, § 1º).

* Procurador do Estado do Rio de Janeiro (1965/1992) aposentado. Professor de Direito Empresarial da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Diretor Jurídico da Câmara de Mediação e Arbitragem da Fundação Getúlio Vargas.

** Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), com intercâmbio acadêmico na Universidade de Coimbra. Pesquisador de Direito Regulatório da Cátedra UERJ/Vale. Advogado.

¹ Quanto à alteração da Lei nº. 9.307/1996 relativa à arbitragem envolvendo a Administração Pública, a Exposição de Motivos da Lei nº 13.129/2015 assim esclarece: “Sempre com a devida cautela, trata da possibilidade de utilização da arbitragem para dirimir conflitos decorrentes de contratos firmados por empresas com a Administração Pública, como forma de transmitir confiança ao investidor estrangeiro, notadamente quando se tem em mente grandes obras e eventos de nível mundial” (Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/114641>>. Acesso em: 25 out. 2019.

Ratificou, assim, o já previsto em outros diplomas, a exemplo do art. 23-A da Lei nº. 8.987/1995,² incluído em 2005, no que se refere aos contratos de concessão.

Na última década, perdeu força o movimento que, nos anos 1990, incrementou as privatizações. Contempla-se, porém, agora, nova fase de privatizações e desestatizações,³ também com a venda de participações societárias de titularidade do Estado, de controle ou minoritárias, especialmente em setores de transportes e infraestrutura, que inclusive são objeto de concessão, tais como o portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário.

A arbitragem para solucionar questões entre o Estado e os particulares constitui certamente atrativo que valorizará os investimentos nesses setores, pretendidos, por exemplo, mediante o Decreto nº. 9.957/2019, que regulamenta o procedimento de relicitação⁴ dos contratos de parceria nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário de que trata a Lei nº 13.448/2017. Daí a atualidade do tema.

No que tange à arbitragem envolvendo a Administração Pública, a Lei nº 13.129/2015 veio em boa hora, concatenando os anteriores posicionamentos doutrinários⁵ e jurisprudenciais⁶ sobre o tema, arrefecendo os ânimos daqueles que

² Lei nº. 8.987/1995: “Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)”

³ Movimentos de desestatização e privatização costumam surgir em contextos motivados por elevado déficit público e pela disseminação do pensamento de que o setor público seria menos eficiente do que o setor privado para desempenhar determinadas atividades, que são, portanto, delegadas, permanecendo titularizadas pelo Estado, no caso da desestatização, e que são extraídas da órbita público-estatal, na hipótese de privatização (Vide: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 217). Tais mecanismos buscam, de certo modo, reduzir a máquina pública e, conseqüentemente, enxugar gastos estatais.

⁴ A relicitação é definida no art. 4º, III, da Lei nº. 13.448/2017: “Art. 4º Para os fins desta Lei, considera-se: (...) III - relicitação: procedimento que compreende a extinção amigável do contrato de parceria e a celebração de novo ajuste negocial para o empreendimento, em novas condições contratuais e com novos contratados, mediante licitação promovida para esse fim”.

⁵ Em resumo, a doutrina discutia as seguintes questões quanto à arbitrabilidade subjetiva da Administração Pública, dentre outras: (i) a indisponibilidade do interesse público; (ii) a incidência do princípio da legalidade administrativa na arbitragem envolvendo entes públicos; e (iii) eventual renúncia da Administração Pública ao Poder Judiciário. Sobre o tema, confira-se: TÁCITO, Caio. Arbitragem nos litígios administrativos. In: *Revista Temas de Direito Público*, 3.º, vol., Rio de Janeiro: Renovar, 2002; ARAGÃO, Alexandre Santos de. Arbitragem e regulação. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 27/2010, Out - Dez / 2010, p. 70 – 102; BARROSO, Luís Roberto. Sociedade de economia mista prestadora de serviço público. Cláusula arbitral inserida em contrato administrativo sem prévia autorização legal. Invalidez. In: *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, vol. 19/2003 Jan - Mar / 2003; e BINENBOJM, Gustavo. Arbitragem em ambientes regulados e sua relação com as competências das agências reguladoras. In: BINENBOJM, Gustavo. *Estudos de Direito Público*: artigos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

⁶ Confira-se: STJ, MS 11.308/DF, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 09/04/2008, DJe 19/05/2008 e STJ, REsp 904.813/PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 20/10/2011, DJe 28/02/2012.

ainda questionavam sua viabilidade⁷ e mitigando a incerteza jurídica, tanto para o particular quanto para o administrador público, com relação à celebração de convenção de arbitragem, de certa forma reduzindo os riscos de questionamento e potencial judicialização.

Apesar disso, embora a atual redação da Lei nº. 9.307/1996 tenha autorizado genericamente a utilização da arbitragem pela Administração Pública (arbitrabilidade subjetiva), ainda são suscitadas dúvidas quanto aos direitos estatais que seriam patrimoniais e disponíveis, passíveis de sujeição à arbitragem (arbitrabilidade objetiva).⁸

Referidas dúvidas foram de certa forma mitigadas ao menos nos setores objeto do recente Decreto nº. 10.025, de 20 de setembro de 2019, que dispõe sobre a arbitragem para dirimir litígios que envolvam a administração pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário.

Assim, o Decreto 10.025, de 20 de setembro de 2019, constitui importante e bem-vinda providência que beneficiará os setores de infraestrutura dele objeto (portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário), ao regulamentar e incentivar o uso de meios alternativos de solução de conflitos nos contratos relacionados com esses setores, celebrados entre, de um lado, a União e entidades da administração pública federal e, de outro, empresas privadas.

Em recente publicação sobre o assunto, Fernando Villela de Andrade Vianna e Renato Kloss destacam que “com a publicação do Decreto Federal nº 10.025 em 20 de setembro, que dispõe sobre a arbitragem para dirimir litígios que envolvam a administração pública federal nos setores portuário e de transporte ferroviário, rodoviário, aquaviário e aeroportuário (aqui “DFAAP”), o Governo transmite mensagens salutares para investidores nacionais e estrangeiros, justamente em um momento em que se apresenta no mercado internacional uma carteira significativa de projetos de infraestrutura”.⁹

Nesse cenário, nos tópicos abaixo examinaremos quais matérias podem ser sujeitas a arbitragem e incertezas subsistentes sobre o assunto, para, em seguida, propormos meios suscetíveis de mitigar a insegurança jurídica que tardiamente ainda paira sobre a matéria, à luz do exemplo do bem-vindo Decreto nº. 10.025/2019.

⁷ Celso Antônio Bandeira de Melo, por exemplo, julga ser inconstitucional a utilização da arbitragem pela Administração Pública em qualquer hipótese, mesmo quando há autorização legal específica, sob o argumento de que em todos esses casos estaria sendo violado o princípio da indisponibilidade do interesse público (BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *As Parcerias Público-Privadas (PPPs)*. Publicado em 12 de janeiro de 2006, na coluna Migalhas de Peso. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI20266,71043-As+Parcerias+PublicoPrivadas+PPPs>>. Acesso em: 25 out. 2019).

⁸ Consigne-se que há outros temas ainda objeto de discussão a respeito da arbitragem envolvendo a Administração, mas que não serão objeto deste estudo. Dentre outros, podemos mencionar as dúvidas relativas à aplicação do princípio da publicidade, a escolha dos árbitros ou da instituição de arbitragem, a legitimidade dos agentes que podem celebrar convenção de arbitragem, a execução do laudo arbitral desfavorável ao Estado e o pagamento pelo Estado dos custos da arbitragem.

⁹ VIANNA, Fernando Villela de Andrade; KLOSS, Renato. *Arbitragem com a administração pública: Um novo momento nos projetos de infraestrutura?* Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/arbitragem-com-a-administracao-publica-30092019>>. Acesso em 25 out. 2019.

2 – A arbitragem como meio adequado de dirimir controvérsias

A arbitragem pode ser conceituada como um mecanismo paraestatal de solução de litígios. Nas palavras de Alexandre Freitas Câmara a arbitragem constitui “meio de heterocomposição de conflitos, ou seja, um meio de composição do litígio em que este é solucionado por um terceiro, estranho ao conflito, isto é, a solução do conflito é obra de alguém que não é titular de nenhum dos interesses conflitantes”.¹⁰

A edição da Lei Brasileira de Arbitragem (Lei nº. 9.307/1996) é relativamente recente, com pouco mais de duas décadas de vigência. Entretanto, não é moderna, sem dúvida, a utilização da arbitragem como forma de dirimir controvérsias no Brasil. Há muito se fala e se escreve sobre o assunto.

Tanto que a primeira Constituição brasileira, de 1824,¹¹ já autorizava, como uma faculdade, que as partes nomeassem árbitros para dirimirem determinados tipos de conflitos. Tendo isso em conta, o professor Dalmo de Abreu Dallari denomina a arbitragem como “uma novidade muito antiga”, lembrando os comentários do jurista do Império José Antônio Pimenta Bueno sobre o instituto.¹² O Código Comercial de 1850, por sua vez, consagrou, em seu artigo 294, a arbitragem como meio exclusivo para resolver as questões sociais suscitadas entre os sócios. O juízo arbitral necessário foi abolido pela Lei nº 1350/1866, continuando, porém, a ser possível a utilização da arbitragem para solver questões sociais desde que os sócios acordem em recorrer a esse meio de resolução de conflito.

Apesar dessas previsões remotas, a arbitragem não era utilizada com frequência.¹³ No final do século XX, entretanto, o instituto foi pensado como mecanismo de garantia do “acesso à justiça”,¹⁴ a qual “não deve ser entendida meramente como uma possibilidade de acesso ao Judiciário, mas como garantia de acesso à ordem justa”.¹⁵

É nesse contexto que se enquadra a arbitragem, como meio mais flexível de resolução de controvérsias, no qual as partes possuem amplo poder de escolha quanto às formalidades a serem seguidas, visto que estão aptas a acordarem o

¹⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem: Lei nº 9.307/1996*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1997, p. 7.

¹¹ Art. 160. Nas [causas] cíveis, e nas penas civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Arbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes.

¹² DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Tradição da arbitragem e sua valorização contemporânea*. In: PUCCI, Adriana Noemi (coord.). *Aspectos Atuais da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, p. 101.

¹³ Para entender por qual motivo a arbitragem vinha sendo usada com pouca frequência, se esteve sempre prevista em nosso ordenamento jurídico, conferir: CRETELLA NETO. José. *Comentários à Lei de Arbitragem Brasileira*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 9 e ss.

¹⁴ Sobre o tema do acesso à justiça: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução brasileira de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

¹⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem: Lei nº 9.307/1996*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1997, p. 1.

procedimento¹⁶ a ser adotado, bem como a norma¹⁷ que será aplicável à solução do conflito, sem falar na possibilidade de escolha do(s) árbitro(s)¹⁸ ou da instituição no âmbito da qual será conduzido o procedimento arbitral.

Cumprе mencionar que a arbitragem, assim como a mediação e a conciliação¹⁹⁻²⁰, representa um “método alternativo de solução de conflitos” – atualmente também conhecido como “método adequado” –, na doutrina americana denominados por “alternative dispute resolution” ou “ADR”²¹. Conforme explica Eleonora Coelho, “os ADR não são simples alternativas ao Judiciário e tampouco esta deveria ser a única opção ou a principal via de solução dos conflitos, como acontece em nosso país e na maior parte dos países de tradição civilista.

¹⁶ Art. 21, da Lei 9.307/1996: “A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento. § 1º Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo. § 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento. § 3º As partes poderão postular por intermédio de advogado, respeitada, sempre, a faculdade de designar quem as represente ou assista no procedimento arbitral. § 4º Competirá ao árbitro ou ao tribunal arbitral, no início do procedimento, tentar a conciliação das partes, aplicando-se, no que couber, o art. 28 desta Lei”.

¹⁷ Art. 2º, da Lei 9.307/1996: “A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. § 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. § 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio”.

¹⁸ Art. 13, da Lei 9.307/1996: “Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes. § 1º As partes nomearão um ou mais árbitros, sempre em número ímpar, podendo nomear, também, os respectivos suplentes”.

¹⁹ Destaca-se que enquanto a arbitragem representa um método heterocompositivo de solução de controvérsias, a mediação e a conciliação constituem meios autocompositivos de solução de conflitos. Para Carlos Alberto Carmona a “característica impositiva da solução arbitral (meio heterocompositivo de solução de controvérsias) a distancia da mediação e da conciliação, que são meios autocompositivos de solução de litígios)” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei 9.307/96. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009, p. 31).

²⁰ Lia Regina Castaldi Sampaio e Adolfo Braga Neto distinguem os institutos da mediação e da conciliação nos seguintes termos: “A conciliação é um procedimento mais célere e, na maioria dos casos, restringe-se a uma reunião entre as partes e o conciliador. Trata-se de mecanismo muito eficaz para conflitos em que existe entre as partes relacionamento significativo no passado ou contínuo a futuro, portanto, preferem buscar um acordo de forma imediata para pôr fim à controvérsia ou ao processo judicial”. Quanto à mediação, por sua vez, a autora salienta que “nela o que está em jogo são meses, anos ou mesmo décadas de relacionamento, razão pela qual demanda que o terceiro tenha conhecimento mais profundo sobre a inter-relação entre as partes. É bom lembrar que a mediação, entretanto, não visa pura e simplesmente o acordo, mas a atingir a satisfação dos interesses e das necessidades dos envolvidos no conflito” (SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. *O que é mediação de conflitos*. São Paulo: Brasiliense, 2007, p. 20 e ss.)

²¹ COELHO, Eleonora. Desenvolvimento da cultura dos métodos adequados de solução de conflito: uma urgência para o Brasil. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (coord.). *Arbitragem e Mediação*: a reforma da legislação brasileira. São Paulo: Editora Atlas. 2014, p. 102.

Os ADR são mecanismos baseados na especialização e adequação de cada método a certo tipo de disputa”.²²

Sendo assim, percebe-se que, na realidade, tais métodos alternativos de resolução de controvérsias poderiam ser melhor qualificados como métodos adequados de solução de controvérsias, na medida em que há determinados tipos de litígios que se enquadram melhor à solução pela via arbitral – ou mesmo pela mediação ou conciliação – do que outros, que estão mais aptos a receberem uma prestação jurisdicional eficiente perante o Poder Judiciário.

Essa mesma lógica de adequação se aplica quando a Administração Pública decide recorrer à arbitragem para dirimir conflitos nos quais seja parte. Há muitas questões que, por necessitarem de decisões céleres – especialmente quando em curso relações jurídicas continuadas e de longa duração –, ou mesmo por sua própria natureza ou complexidade, são mais adequadamente submetidas à via arbitral, onde muito provavelmente encontrarão solução mais eficiente.

Como preceitua Francesco Carnelutti, em sua obra *Instituições de Processo Civil*, “as razões pelas quais podem as partes preferir a solução da lide por meio de árbitros à solução processual ordinária são várias: sobretudo, a natureza das questões que exijam uma experiência particular de quem tenha que resolvê-las; (...)”.²³

Em função disso, atualmente se tem observado que tanto os particulares como – agora mais do que nunca – a Administração Pública têm observado com bons olhos os métodos alternativos/adequados de solução de conflitos,²⁴ tal como a arbitragem.

O Estado é um dos maiores litigantes do país, contribuindo para o abarrotamento do Poder Judiciário. De acordo com a pesquisa de Roberta Maria Rangel, a lista divulgada pelo Conselho Nacional de Justiça²⁵ contendo os 100 maiores litigantes de 2011 é “capitaneada pelo setor público federal, sendo que as ações nas quais está em um dos polos representam 12,14% do total das demandas propostas entre 1º de janeiro e 31 de outubro de 2011”.²⁶⁻²⁷ Esses dados explicam o aumento da procura, inclusive pelo Estado, por métodos alternativos que sejam mais adequados à solução de certas controvérsias.

²² COELHO, Eleonora. Desenvolvimento da cultura dos métodos adequados de solução de conflito: uma urgência para o Brasil. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (coord.). *Arbitragem e Mediação: a reforma da legislação brasileira*. São Paulo: Editora Atlas. 2014, p. 102.

²³ CARNELUTTI, Francesco. *Instituições de processo civil*. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista, Campinas: Servanda, 1999, p. 163.

²⁴ Cumpre salientar a Lei nº 13.140/2015, que trata do instituto da mediação e disciplina, inclusive, as hipóteses de autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de Direito Público.

²⁵ Lista dos 100 Maiores Litigantes de 2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas/judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 25 out. 2019.

²⁶ RANGEL, Roberta Maria. A mediação na Administração Pública: o PLS nº 405, de 2013 e o PL nº 7.169/2014. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (coord.). *Arbitragem e Mediação: a reforma da legislação brasileira*. São Paulo: Editora Atlas. 2014, p. 281.

²⁷ Esses dados são alarmantes, mas não surpreendentes, visto que o Poder Público Federal, no território nacional, provavelmente é o ente, público ou particular, com a maior e mais complexa gama de relações jurídicas, com o maior número de agentes.

Em resumo, a arbitragem representa um método “alternativo” para a resolução “adequada” de determinados conflitos, que, muitas vezes, pode ser mais eficiente e célere do que o Poder Judiciário. Nessa linha, parece-nos que a atual redação da Lei nº. 9.307/1996, conferida pela Lei nº 13.129/2015, procurou inclusive conferir maior segurança jurídica ao administrador público que deseje celebrar convenção de arbitragem, “diminuindo-se o receio constante do poder sancionador das Cortes de Contas e investigativo do Ministério Público”²⁸ Nas palavras de Gustavo Justino de Oliveira e Guilherme Schwarstmann, “a positivação da possibilidade de a Administração Pública firmar cláusulas arbitrais se apresenta como uma garantia ao agente público em caso de escrutínio posterior relacionado à legalidade da sua decisão”²⁹.

Nessa linha, a Lei nº 13.129/2015 teve como desígnio a pacificação das controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais a respeito da arbitragem envolvendo a Administração Pública, que hoje é genérica e expressamente autorizada nos casos que envolvam direitos patrimoniais disponíveis. Porém, considerando que a Administração possui prerrogativas que lhe são intrínsecas, parece que sua atuação como parte em arbitragem envolvendo particulares não poderia seguir absolutamente todas as regras a esses aplicáveis.

O Estado, naturalmente, está sujeito a regime jurídico distinto do incidente sobre entes privados, pois é dotado de maiores e mais complexas restrições para dispor de seus bens e direitos, já que lida com o patrimônio público, estando submetido a mecanismos de controle específicos, como os tribunais de contas, o Ministério Público, Lei de Improbidade (Lei nº. 8.429/1993) etc.³⁰

Sob essa ótica, examinaremos adiante quais seriam os direitos patrimoniais passíveis de disposição pela Administração Pública, para fins de submissão à arbitragem.

²⁸ OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWARSTMANN, Guilherme Baptista. Arbitragem público-privada no Brasil: a especialidade do litígio administrativo e as especificidades do procedimento arbitral. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 44/2015, Jan - Mar / 2015, p. 150 – 171.

²⁹ OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWARSTMANN, Guilherme Baptista. Arbitragem público-privada no Brasil: a especialidade do litígio administrativo e as especificidades do procedimento arbitral. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 44/2015, Jan - Mar / 2015, p. 150 – 171.

³⁰ Nesse sentido, destaca-se a advertência de Marcelo José Magalhães Bonício: “O Estado não é e nem pode ser considerado um ente dotado de ampla discricionariedade para dispor de seus bens e direitos, embora isso não signifique que, presentes determinadas circunstâncias, ele não possua esse poder de disposição. Até mesmo uma pessoa física ou jurídica de direito privado possui alguma limitação na disposição de seus bens, como, por exemplo, a existência de herdeiros necessários, no primeiro caso, e a necessidade de assembleia com os acionistas, no segundo caso, o que, em termos simples, leva ao óbvio raciocínio de que o Estado também possui limitações. Também é óbvio o raciocínio de que as limitações do Estado são maiores e mais complexas do que as limitações impostas aos particulares em geral, simplesmente porque ele é o gestor do patrimônio público, que é uma conquista de toda a sociedade e que, não obstante os vários meios e órgãos de controle existentes em nosso país (lei de improbidade e de ação popular, corregedorias, Ministério Público, tribunais de conta etc.), continua sujeito à – notória – corrupção, dentre outros crimes, que é generalizada e está enraizada em quase todos os níveis da Administração Pública” (BONICIO, Marcelo José Magalhães. Arbitragem e Estado: ensaio sobre o litígio adequado. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 45/2015, Abr - Jun / 2015, p. 155 – 174).

3 – Arbitrabilidade objetiva no âmbito da Administração Pública

Apesar da autorização legislativa genérica, perduram dúvidas a respeito de quais litígios estão autorizados a serem submetidos à arbitragem envolvendo a Administração Pública e, além disso, quais conflitos poderiam ser adequadamente solucionados por esse meio. É o que se passa a analisar.

A retórica que atualmente lastreia a atuação da Administração está pautada pela ótica do princípio da eficiência – introduzido no caput do art. 37 da CRFB/1988 pela Emenda Constitucional nº 19/1998 – e da economicidade,³¹ extraído do art. 70 da Constituição Federal.

Carolina Barros Fidalgo esclarece que “de acordo com a doutrina jurídica brasileira, o princípio da eficiência, previsto pelo art. 37, caput, da Constituição Federal, não pode ser confundido com eficiência objeto da análise econômica. Embora esse último critério deva também ser levado em conta – sobretudo no âmbito do Estado empresário –, o princípio da eficiência a que se encontra adstrita a Administração Pública é mais amplo e consiste na análise dos custos e benefícios associados à adoção de medidas administrativas para a consecução de determinadas finalidades públicas, previstas na lei e na Constituição Federal”.³²

Ainda com relação ao princípio da eficiência, em publicação específica sobre o tema, Alexandre Santos de Aragão leciona que “a eficiência não pode ser atendida apenas com a maximização do lucro, mas sim como um melhor exercício das missões de interesse coletivo que incumbem ao Estado, que deve obter a maior realização prática possível das finalidades do ordenamento jurídico com os menores ônus possíveis para o próprio estado, especialmente de índole financeira, como para as liberdades dos cidadãos.”³³

Em obra diversa, o autor explica que a economicidade, por sua vez, exige “que a Administração adote a solução mais conveniente e eficiente sob o ponto de vista da gestão dos recursos públicos. O princípio da economicidade é a expressão especializada, pecuniária, do princípio da eficiência”.³⁴

³¹ Conforme ensina Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “embora referido a propósito da execução da fiscalização contábil, financeira e orçamentária, deve ser recebido como um princípio geral do Direito Administrativo, em razão de sua amplitude no desempenho da administração pública interna” (MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 311-312).

³² MUNHÓS, Jorge; FIDALGO, Carolina Barros. *Legislação Administrativa para concursos*: doutrina, jurisprudência e questões de concursos. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 29.

³³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da Eficiência. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, nº 4, nov/dez 2005, jan 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-4-NOVEMBRO-2005-ALEXANDRE%20ARAG%C3%83O.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2019.

³⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Interpretação consequencialista e análise econômica do Direito Público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade. In: RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (Org.). *Regulação e Agências Reguladoras*: Governança e Análise de Impacto Regulatório, Brasília: ANVISA, 2009, p. 38.

Considerando essas premissas, sob a ótica consequencialista do Direito Administrativo, é possível afirmar que o Estado, ao optar por submeter a solução de determinado ou eventual litígio à arbitragem, deve também ponderar a eficiência³⁵ e a economicidade daquela medida, verificando a adequação da lide à via arbitral, isto é, deve considerar se vale a pena submeter aquela controvérsia à arbitragem e quais seriam os possíveis benefícios dessa medida. Cabe destacar ainda que atualmente a maior incidência da consensualidade sobre o Direito Administrativo – prestigiada pela recente alteração da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB³⁶ – sugere que a Administração Pública solucione suas controvérsias com particulares por meio de instrumentos preferencialmente mais cooperativos, como a arbitragem, e não necessariamente impositivos.³⁷

Dentro dessa perspectiva, considerando que a arbitragem pode ser um meio mais eficiente para solucionar certos conflitos, analisaremos adiante quais modalidades de controvérsias são passíveis de submissão à arbitragem pela Administração Pública.

3.1 – Nem todo litígio é adequado para solução via arbitragem

A nova redação do art. 1º § 1º, da Lei nº. 9.307/1996 dispõe que a Administração Pública direta e indireta está autorizada a fazer uso da arbitragem para dirimir disputas que envolvam direitos patrimoniais disponíveis. Antes de examinarmos o que seriam propriamente os “direitos patrimoniais disponíveis”

³⁵ Conforme explica Lauro da Gama e Souza Jr., “na esfera contratual, o recurso do Poder Público à arbitragem é perfeitamente consentâneo com o princípio da eficiência, sendo ela uma alternativa menos custosa para a Administração que o recurso ao Judiciário. Na análise de custo-benefício subjacente à concretização do princípio da eficiência, tanto de uma perspectiva instrumental como pluridimensional, justifica-se o recurso à arbitragem porque, em princípio: (i) menos tempo será despendido na solução da controvérsia (evitando a eternização de demandas, tão comum nas lides que envolvam o Poder Público); (ii) as partes obterão uma decisão mais especializada, tendo em vista a presumível adequação entre a natureza da demanda e as qualificações pessoais dos árbitros escolhidos; (iii) manter-se-á um clima mais cooperativo entre os contratantes, pois a via arbitral pressupõe nível mais reduzido de litigiosidade das relações” (SOUZA JR., Lauro da Gama e. Sinal verde para a arbitragem nas parcerias público-privadas (construção de um novo paradigma para os contratos entre o Estado e o investidor privado). In: PANTOJA, Tereza Cristina G. *Prática em Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p. 142-143).

³⁶ A Lei nº. 13.655/2018, que adiciona à Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB) disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público, incluiu na LINDB, dentre outros, o art. 26, que prestigia a consensualidade na aplicação do direito público: “Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)”

³⁷ Sobre o princípio da consensualidade e a arbitragem envolvendo entes públicos e privados, vide FREITAS, Rafael Vêras. Novos desafios da arbitrabilidade objetiva nas concessões. In: *Revista de Direito público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 14, n. 53, 2016, p. 199-227.

para o Estado, teceremos breves considerações acerca dos conflitos “adequados” à via arbitral, especialmente quando envolvam a Administração Pública.

Não se trata apenas de verificar se o interesse patrimonial é disponível ou não para que seja oportuna sua submissão à arbitragem. Parece ser necessária, ainda, a realização de um exame de adequação, buscando verificar se a arbitragem seria um meio adequado e eficiente para a solução daquele litígio, à luz das características e finalidades da utilização desse meio alternativo de resolução de conflitos. Sobre o tema, Marcelo José Magalhães Bonício propõe que, para a Administração Pública sujeitar a solução de determinada contenda à arbitragem, não deve ter em conta apenas o fato de ser ou não o interesse envolvido patrimonial e disponível, nos termos do disposto no art. 1º da Lei de Arbitragem. Para o autor, o administrador público necessita verificar, ainda, se aquele litígio é adequado a ser solucionado pela via arbitral.³⁸⁻³⁹

Isso porque, atualmente (cf. tópico 2), a expressão “métodos alternativos de solução de controvérsias”, como a arbitragem e a mediação, vem convivendo com o termo “métodos adequados” (ou *adequate/appropriate dispute resolution*) “a partir da constatação de que os conflitos são diferentes entre si, tanto em complexidade, quanto em peculiaridade – e, assim, requerem ferramentas distintas para serem solucionados”.⁴⁰

Portanto, no que toca à arbitragem, o gestor público precisa verificar em que situações a arbitragem seria mais adequada e vantajosa, a justificar sua utilização pelo Estado, do que o processo judicial ou outras formas de resolução de conflitos, isto é, passa-se a uma análise do custo-benefício – próxima ao teste de proporcionalidade⁴¹ – da submissão de determinadas lides à via arbitral. Nessa linha, como ônus da arbitragem, podemos mencionar seu elevado custo financeiro. Assim, em conflitos nos quais baixos valores estejam envolvidos, geralmente não faz sentido a utilização da arbitragem.

³⁸ BONICIO, Marcelo José Magalhães. Arbitragem e Estado: ensaio sobre o litígio adequado. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 45/2015, Abr - Jun / 2015, p. 155 – 174.

³⁹ O autor inicia seu ensaio salientando que “antes de tudo, cumpre lembrar que a arbitragem não é um meio ‘alternativo’ ao processo judicial, mas sim um meio que pode ser ‘mais adequado’ do que esse tradicional modelo de resolução de litígios, e aí reside o principal fundamento da escolha da arbitragem pelo Estado, isto é, presentes determinados requisitos, nada impede que o Estado se valha da arbitragem para resolver seus litígios, desde que esse meio possa ser considerado como ‘mais adequado’ para isso do que o processo judicial” (BONICIO, Marcelo José Magalhães. Arbitragem e Estado: ensaio sobre o litígio adequado. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 45/2015, Abr - Jun / 2015, p. 155 – 174).

⁴⁰ COELHO, Eleonora. Desenvolvimento da cultura dos métodos adequados de solução de conflito: uma urgência para o Brasil. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (coord.). *Arbitragem e Mediação: a reforma da legislação brasileira*. São Paulo: Editora Atlas. 2014, p. 102.

⁴¹ Sobre os três testes sucessivos para atendimento à proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), vide: BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

Ressalte-se também que a arbitragem tende a ser mais célere do que o processo judicial, o que torna a sua utilização interessante para o Estado, por exemplo, em hipótese na qual a continuidade de determinada obra ou de alguma forma a prestação eficiente e adequada de determinado serviço dependam da solução de determinada controvérsia, o que também se justifica quando em curso contratos de longa duração, cuja boa execução naturalmente depende de um ambiente colaborativo entre as partes, como são os contratos de concessão. Nesses casos, a escolha da via arbitral pode ser bastante eficiente para a Administração,⁴² ainda que o resultado final do litígio lhe venha a ser desfavorável, pois de todo modo poria termo ao conflito e preservaria os interesses coletivos atinentes à boa continuidade do contrato.

A obtenção de crédito perante organismos internacionais, que exigem a previsão contratual da arbitragem para a autorização de determinado financiamento, por exemplo, também pode ser uma razão que justifique a utilização da arbitragem pelos gestores públicos, desde que, logicamente, os créditos disponibilizados sejam superiores ao dispêndio financeiro decorrente de eventual instauração de arbitragem para solucionar controvérsias advindas do contrato.⁴³

Nesse mesmo sentido, sabe-se que a arbitragem é altamente indicada para a resolução de litígios que envolvam questões técnicas específicas não corriqueiramente enfrentadas pelo Poder Judiciário, apesar de ser possível recorrer-se à análise pericial. Isso porque podem ser escolhidos árbitros e instituições especializadas e com experiência na matéria objeto da lide, o que tende a possibilitar o alcance de uma decisão mais razoável – balizada em fundados conhecimentos técnicos –, e, potencialmente, mais justa.⁴⁴

Nas palavras de Fernando Villela de Andrade Vianna e Renato Kloss, “dois pilares da arbitragem, em comparação à solução de controvérsias pelas vias jurisdicionais clássicas do Estado, são (i) a maior especialidade técnica dos julgadores, que são eleitos pelas partes de acordo com as regras das respectivas Câmaras e, a rigor, têm conhecimento técnico e jurídico do objeto da controvérsia; e (ii) a celeridade do procedimento arbitral, que tem regras processuais próprias e muito menos morosas que o Judiciário, por distintas razões”.⁴⁵

Tendo isso em vista, percebe-se que não basta falarmos em disponibilidade do direito patrimonial, também devemos ter em vista a adequação da submissão de determinado litígio, pelo Poder Público, à via arbitral, pois em muitos casos o gestor

⁴² BONICIO, Marcelo José Magalhães. Arbitragem e Estado: ensaio sobre o litígio adequado. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 45/2015, Abr - Jun / 2015, p. 155 – 174.

⁴³ BONICIO, Marcelo José Magalhães. Arbitragem e Estado: ensaio sobre o litígio adequado. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 45/2015, Abr - Jun / 2015, p. 155 – 174.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ VIANNA, Fernando Villela de Andrade; KLOSS, Renato. *Arbitragem com a administração pública: Um novo momento nos projetos de infraestrutura?* Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/arbitragem-com-a-administracao-publica-30092019>>. Acesso em 25 out. 2019.

público deve motivar a escolha pela arbitragem, demonstrando que esse seria mecanismo hábil potencialmente eficiente para solução de determinada disputa.

Tanto é assim que a Lei nº. 13.655/2018, ao incluir na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB disposições sobre segurança jurídica e eficiência na aplicação do direito público, adicionou o art. 20, impondo que na motivação de algumas decisões a Administração Pública demonstre a necessidade e a adequação da medida imposta.⁴⁶

Ante o exposto, conclui-se que, se não são todos os direitos que são considerados patrimoniais e disponíveis para fins de submissão à arbitragem pela Administração, não são todos que sendo direitos patrimoniais disponíveis seriam adequados à utilização da via arbitral. Deve o administrador público portanto realizar exame de proporcionalidade, para, em cada caso concreto, verificar a conveniência e a oportunidade de sujeitar a solução de determinada controvérsia – ainda que relativa a direito patrimonial disponível – à arbitragem, fundamentando sua decisão.

Feitas essas considerações sobre o litígio adequado a ser submetido à via arbitral, cabe analisar o que se entende por direito patrimonial disponível para fins de arbitragem que envolva entes públicos e privados.

3.2 – Arbitrabilidade objetiva e o conceito de direito patrimonial disponível

Como visto, o § 1º do art. 1º da Lei nº. 9.307/1996, postula que somente disputas referentes a direitos patrimoniais disponíveis podem ser resolvidas mediante arbitragem, inclusive quando envolvam a Administração. Ocorre que a recente redação da norma deixou de esclarecer ou, ao menos exemplificar, o que seriam esses direitos patrimoniais passíveis de disposição pelo Poder Público,⁴⁷ deixando a cargo do intérprete suprir essa indeterminação.

Se por um lado a indefinição é conveniente, já que a predeterminação estanque de quais direitos seriam suscetíveis à arbitragem pelo Estado poderia restringir indevidamente o uso desse mecanismo pela Administração, por outro subsistem riscos não desprezíveis de questionamento e potencial judicialização dessa arbitragem sob o argumento de que os interesses envolvidos seriam indisponíveis.

⁴⁶ Atualmente, a própria motivação das medidas a serem adotadas pela Administração Pública deve evidenciar que são adequadas e necessárias à consecução das finalidades públicas que as legitimaram, em um exame de proporcionalidade. É o que consagrou recentemente o art. 20 incluído na LINDB pela Lei nº. 13.655/2018: “Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018) Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)”

⁴⁷ Sobre os desafios da arbitrabilidade objetiva nas concessões vide: FREITAS, Rafael Vêras. Novos desafios da arbitrabilidade objetiva nas concessões. In: *Revista de Direito público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 14, n. 53, 2016, p. 199-227.

Nas palavras de Erico Ferreira Nogueira, “delicado, nesse contexto, é desvendar o real sentido da expressão jurídica ‘direitos patrimoniais disponíveis’, a qual se alinha ao que se convencionou denominar ‘conceito jurídico indeterminado’”.⁴⁸

Podemos entender como “direitos patrimoniais disponíveis aqueles que, por serem suscetíveis de valoração econômica, integram o patrimônio e podem ser livremente negociados por seus titulares com terceiros”⁴⁹. No âmbito do Direito Privado, os direitos patrimoniais disponíveis seriam aqueles não previstos no art. 852, do Código Civil, que dispõe ser “vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial”.⁵⁰ No Direito Público, por sua vez, a caracterização dos direitos como disponíveis ou não pode ser inicialmente ilustrada por meio da distinção adotada por parte da doutrina entre os interesses públicos primários e secundários.⁵¹⁻⁵²

⁴⁸ NOGUEIRA, Enrico Ferrari. *A Arbitragem e sua Utilização na Administração Pública*. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/692918>>. Acesso em: 25 out. 2019

⁴⁹ Alexandre Santos de Aragão, ao citar Eros Grau e Caio Tácito, afirma: “Como bem aponta Eros Roberto Grau, ‘dispor de direitos patrimoniais é transferi-los a terceiros. 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. (...) Daí porque, sempre que puder contratar, o que importa disponibilidade de direitos patrimoniais, poderá a Administração, sem que isso importe disposição do interesse público, convencionar cláusula de arbitragem’. Nessa mesma linha, temos, a partir da lição de Caio Tácito que, se a Administração Pública pode celebrar contratos e (deve) cumprir voluntariamente suas obrigações nos termos pactuados, pela mesma lógica deve-se entender ser possível a contratação da solução por arbitragem das controvérsias deles decorrentes. Não faz sentido entender que os direitos são ‘disponíveis’ para efeitos de poderem ser estabelecidos mediante a celebração de um acordo de vontades (contrato administrativo) e, de outro lado, entender que são ‘indisponíveis’ para vedar que controvérsias acerca dos direitos alegadamente constituídos por esse contrato possam ser voluntariamente submetidas a solução por arbitragem. Mister se faz aqui a remissão ao que expusemos no tópico 2, no sentido de que os aspectos financeiros dos contratos firmados por prestadores de serviços públicos (mesmo que seja o próprio Estado) com agentes privados não afetam interesses públicos primários ou indisponíveis; e que, se qualquer decisão jurisdicional que pudesse afetar financeiramente uma prestadora de serviço público não pudesse ser tomada em arbitragem, estar-se-ia excluindo da arbitragem qualquer lide contratual ou que envolvesse valores econômicos. Na verdade, adotando-se esse raciocínio não seria possível a arbitragem em qualquer lide envolvendo prestadoras de serviços públicos: se a matéria não for econômica a matéria não seria arbitrável em razão de os interesses públicos primários não poderem ser objeto de arbitragem; se a matéria for econômica também não poderia ser apreciada em arbitragem porque potencialmente poderia em tese afetar o equilíbrio econômico da prestação do serviço” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Arbitragem e regulação*. In: *Revista de Arbitragem e Regulação*, ano 7, n. 27, out.-dez./2010, p. 71-102).

⁵⁰ Tema tratado em: FREITAS, Rafael Vêras. *Novos desafios da arbitrabilidade objetiva nas concessões*. In: *Revista de Direito público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 14, n. 53, 2016, p. 199-227.

⁵¹ Sobre o tema, confira-se: LEMES, Selma. *Arbitragem na Administração Pública. Fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 131.

⁵² Alguns autores, como Gustavo Binenbojm e Alexandre Santos de Aragão, propõem a alteração dessa divisão categórica entre o interesse público primário e secundário, tratando, por exemplo, de graus de interesse público, como o faz o segundo autor em: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 244.

Os primeiros, considerados indisponíveis, se atrelariam aos valores eleitos pela sociedade como de maior relevância e como merecedores de superior proteção, como por exemplo a democracia, a justiça social, a dignidade da pessoa humana, a prestação de serviços públicos essenciais, o desenvolvimento econômico, a proteção do patrimônio cultural, do meio ambiente, entre outros, que, por constituírem questões de ordem pública, devem ser protegidos, não podendo, em princípio, transigir o Estado com relação a eles.

Já os interesses públicos secundários consistiriam “nos meios e instrumentos aptos à satisfação dos interesses públicos primários, compreendendo relações patrimoniais e, nessa qualidade, são absolutamente disponíveis”.⁵³ Como exemplo, podemos mencionar interesses exclusivamente pecuniários da Administração Pública e seu interesse em evitar despesas ou arcar com o menor custo possível, bem como aspectos relacionados ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão.

Tratando do interesse público secundário, ensina Diogo de Figueiredo Moreira Neto que são disponíveis “todos os interesses e os direitos deles derivados que tenham expressão patrimonial, ou seja, que possam ser quantificados monetariamente e estejam no comércio e que são, por esse motivo e normalmente, objeto de contratação que vise a dotar a Administração ou seus delegados dos meios instrumentais, de modo a que estejam em condições de satisfazer os interesses finalísticos que justifiquem o próprio Estado”,⁵⁴ consistentes no interesse público primário.

Prestigiando essa linha doutrinária, o recente Decreto Estadual nº. 46.245, de 19 de fevereiro de 2018, que regulamenta a adoção da arbitragem para dirimir os conflitos que envolvam o Estado do Rio de Janeiro, prevê, logo no art. 1º, parágrafo único: “Entende-se por conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis as controvérsias que possuam natureza pecuniária e que não versem sobre interesses públicos primários”.

Vale salientar que corrente doutrinária⁵⁵ vem se intensificando, compreendendo que, para além da distinção entre interesse público primário ou secundário, a arbitragem seria cabível sempre que o conflito possa ser dirimido por meio de transação entre as partes.⁵⁶

Criticando essa diferenciação, para Alexandre Santos de Aragão: “a distinção entre interesse público primário e secundário já nos parece artificial e imprecisa, já

⁵³ FERRAZ, Rafaella. *Arbitragem em litígios comerciais com a Administração Pública*: exame a partir da principalização do Direito Administrativo. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008, p. 50.

⁵⁴ MOREIRA NETO. Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 226-228.

⁵⁵ Confira-se: SALLES, Carlos Alberto. *Arbitragem em Contratos Administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 108.

⁵⁶ PAIVA MUNIZ, Joaquim Tavares; PERETTI, Luis Alberto Salton. A Cláusula arbitral nos contratos de concessão do Serviço telefônico Fixo Comutado (STFC). In: *Revista de arbitragem e Mediação*, vol. 48/2016, Jan./Mar./2016.

que a relação de instrumentalidade intrínseca existente entre eles os torna, ao menos em parte, indissociáveis, não restam dúvidas quanto à sua impropriedade para determinar quais controvérsias podem ou não ser arbitradas”.⁵⁷ Apesar das críticas, a distinção entre interesse público primário e secundário é disseminada pela jurisprudência de nossos Tribunais, adotada pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ em reiteradas oportunidades,⁵⁸ com reflexo inclusive no recente Decreto do Estado Rio de Janeiro sobre arbitragem envolvendo a Administração Pública, conforme acima.

De acordo com essa jurisprudência e parte da doutrina, os interesses públicos secundários, por serem disponíveis, seriam dotados de arbitrabilidade objetiva, enquanto os interesses públicos primários não o seriam. Quando o Estado contrata com particulares a aquisição de obras e serviços, por exemplo, por mais que esteja lidando com interesses secundários, o está fazendo como um instrumento para a satisfação de interesses públicos primários, como a prestação de serviço público essencial, a defesa da dignidade da pessoa humana e o desenvolvimento econômico.⁵⁹ Seguindo essa lógica, atualmente parte da doutrina admite que existe uma certa “presunção de disponibilidade dos direitos e interesses estatais regulados contratualmente”.⁶⁰

Mesmo criticando a distinção entre interesses públicos primários e secundários para fins de arbitrabilidade, Alexandre Santos de Aragão leciona, a nosso ver acertadamente, que sempre que afirmada a natureza contratual de dada controvérsia, possível será submetê-la à resolução por arbitragem.⁶¹

Para Maurício Portugal Ribeiro “a melhor explicação para a relação entre indisponibilidade do interesse público e poder de disposição da Administração Pública em contratos administrativos é que os objetivos envolvidos em um contrato e em uma contratação administrativa são certamente indisponíveis, pois vinculados à

⁵⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. A arbitragem no direito administrativo. *Revista AGU*, Brasília-DF, v. 16, n. 03, p. 19-58, jul./set., 2017, p. 30.

⁵⁸ Como exemplo, confira-se: STJ, AgInt na PET no ARE no RE nos EDcl no AgRg na PET na SLS 1.911/DF, Rel. Ministro João Otávio De Noronha, Corte Especial, julgado em 11/12/2018, DJe 14/12/2018; STJ, REsp 1646725/CE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 14/03/2017, DJe 27/04/2017; STJ, REsp 1.363.028 – MG Rel. Ministra Regina Helena Costa, decisão monocrática, 03/06/2016; STJ, AgRg no REsp 1461415/SC, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 13/10/2015, DJe 26/10/2015; STJ, EREsp 1151639/GO, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgado em 10/09/2014, DJe 15/09/2014; e STJ, REsp 786.328/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 18/10/2007, DJ. 08/11/2007, p. 168.

⁵⁹ FERRAZ, Rafaella. *Arbitragem em litígios comerciais com a Administração Pública: exame a partir da principalização do Direito Administrativo*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008, p. 50.

⁶⁰ SOUZA JR., Lauro da Gama e. *Sinal verde para a arbitragem nas parcerias público-privadas (construção de um novo paradigma para os contratos entre o Estado e o investidor privado)*. In: PANTOJA, Tereza Cristina G. *Prática em Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p. 145 e ss. Para o autor, “a exigência de autorização legislativa para tornar disponíveis os direitos e interesses da Administração, consubstanciados em contrato administrativo firmado com particular é incompatível com o sistema e os princípios postos na Constituição brasileira”.

⁶¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *A arbitragem no direito administrativo*. *Revista AGU*, Brasília-DF, v. 16, n. 03, p. 19-58, jul./set., 2017, p. 41.

satisfação de interesses públicos. Mas os contratos e o seu conteúdo são apenas meios para atingir esse interesse público e, por isso, não faz sentido considerar o seu conteúdo indisponível (...) sob pena de dificultar as escolhas pela Administração Pública dos melhores meios para alcançar os interesses públicos neles envolvidos”.⁶² Como reconheceu o STJ, “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”. E assim concluiu a Corte que “o direito patrimonial objeto do contrato de concessão (...) é direito disponível da Administração, podendo ser objeto de jurisdição arbitral”.⁶³

A arbitragem relacionada a contratos administrativos complexos, a exemplo das concessões, pode representar forma mais expedita ou meio mais hábil para a defesa do interesse público. Isto é, em alguns casos, a submissão de determinadas controvérsias à arbitragem – especialmente quando de natureza contratual – pode representar o meio mais adequado à resolução do litígio, o que se enquadra no paralelo entre eficiência e arbitragem traçado acima. Assim, o interesse da Administração não deve ser confundido com o interesse público *lato sensu*, de modo que, em muitas hipóteses, é possível que a solução que preserve o interesse público seja justamente aquela que contrarie o interesse estrito do ente da Administração,⁶⁴ como quando, ilustrativamente, em certas situações se revela mais eficiente submeter conflitos patrimoniais decorrentes de contratos de concessão à arbitragem, em prol da continuidade do serviço público, do que se manter prolongados debates entre concessionário e Poder Concedente acerca da questão, o que poderia impactar no serviço prestado.

⁶² PORTUGAL RIBEIRO, Maurício. *Arbitragem, TCU e Risco regulatório: se o TCU quiser contribuir para reduzir o risco regulatório precisa rever sua posição sobre arbitragem em contratos administrativos*. Versão preliminar em 16 de dezembro de 2014. Disponível em: [http://pt.slideshare.net/portugalribeiro/tcu-e-arbitragem-verso-preliminar-em-16122014?utm_source=slideshow02&utm_medium=ssemail&utm_campaign=share_slideshow](http://pt.slideshare.net/portugalribeiro/tcu-e-arbitragem-verso-preliminar-em-16122014?utm_source=slideshow02&utm_medium=ssemail&utm_campaign=share_slideshowhttp://pt.slideshare.net/portugalribeiro/tcu-e-arbitragem-verso-preliminar-em-16122014?utm_source=slideshow02&utm_medium=ssemail&utm_campaign=share_slideshow). Acesso em: 25 out. 2019., p. 4-5.

⁶³ CC 139.519/RJ, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministra Regina Helena Costa, Primeira Seção, julgado em 11/10/2017, DJe 10/11/2017. Na hipótese, se buscava resolver por arbitragem conflito entre a PETROBRAS e a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP relativo à legalidade da Resolução de Diretoria ANP n.º 69/2014, que unifica diversos campos de petróleo e afeta diretamente a cláusula econômica do contrato de exploração e produção de petróleo no regime de concessão que a PETROBRAS firmou na Rodada Zero. Confira-se trecho do relatório do Voto Vencedor: “Após dezesseis anos de vigência do contrato, em 05.02.2014, a ANP proferiu decisão administrativa, por sua diretoria e editou a Resolução RD n. 69/2014 (fls. 96/99e), atingindo diretamente o mencionado contrato, em sua cláusula econômica, com a unificação de todos os campos anteriormente arrematados, criando o único grande campo de petróleo (Campo de Jubarte) e, conseqüentemente, elevando “substancialmente as receitas governamentais, sem, contudo, inviabilizar economicamente o projeto (vide VPL), além de fazer migrar o Government Take - GT (%) de um patamar de 49,8%, na Alternativa 1 (campos desagregados), para 58,8%, na alternativa 3 (campos unificados)” (fls. 07/08e)”.

⁶⁴ DALLARI, Adilson Abreu. Arbitragem na concessão de serviço público. In: *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, n.º 128, out/dez, 1995, p. 66. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176408/000506871.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 25 out. 2019..

Além disso, com relação aos contratos de concessão, por exemplo, a doutrina⁶⁵ defende seu caráter incompleto,⁶⁶ considerando sua complexidade e longa duração, dificultando que, na prática, seja possível prever-se a infinidade de contingências que podem acometê-los durante a execução. Também seriam excessivos os custos de antecipar-se todas as eventuais e futuras circunstâncias que podem vir a ocorrer, capazes de impactar a execução das obrigações do Poder Concedente e do concessionário, e o próprio conteúdo do contrato.⁶⁷ Desse modo, ao se entender que tais contratos tendem a ser incompletos, frequentemente apresentando lacunas, a inclusão da arbitragem como elemento integrante dessas contratações contribui para o adequado preenchimento dessas brechas, na medida em que os árbitros teriam a expertise necessária para fazê-lo.⁶⁸

Ante as considerações acima, é importante que seja examinado quais seriam os interesses, no âmbito dos contratos de concessão, que legitimariam a submissão da lide que envolva o Estado à arbitragem. Tal estudo “contribui para a própria compreensão do papel do Estado na sociedade, que deve, cada vez mais, agir de forma eficiente para atrair mais investimentos privados, promovendo ambiente de regras mais claras e seguras para o mercado”.⁶⁹

Sendo assim, no que tange aos contratos de concessão, alguns autores sustentam⁷⁰ que aspectos relacionados às cláusulas exorbitantes⁷¹ não seriam suscetíveis de ser submetidas à arbitragem. Segundo já afirmou Floriano de Azevedo Marques Neto, “a utilização da arbitragem para dirimir contenda resultante de um contrato público possui barreiras que não poderão ser penetradas, e uma delas é a

⁶⁵ Nesse mesmo sentido, Flávio Amaral Garcia explica que “os contratos de concessão são incompletos “porque realisticamente impossibilitados de regular todos os aspectos da relação contratual, o que os torna naturalmente inacabados e com lacunas, que reclamarão uma tecnologia contratual capaz de resolver a infinidade de contingências que poderão surgir durante a sua execução” (A mutabilidade e incompletude na regulação por contrato e a função integrativa das Agências. In: *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, p. 59-83, mar./ago. 2014).

⁶⁶ Para aprofundar o tema, vide: BANDEIRA, Paula Greco. *Contrato Incompleto*. São Paulo: Atlas, 2015.

⁶⁷ Por esse motivo comumente são previstas revisões quinquenais dos contratos desses contratos, oportunidade em que a concessão é reavaliada e são efetuadas modificações contratuais com o objetivo de garantir a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, alterações essas que podem ser bastante amplas, modificando obrigações contratuais, assim como a própria forma de execução.

⁶⁸ FREITAS, Rafael Vêras. Novos desafios da arbitrabilidade objetiva nas concessões. In: *Revista de Direito público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 14, n. 53, 2016, p. 199-227.

⁶⁹ CHATEAUBRIAND, André M. Arbitragem e Administração Pública: Uma Análise da Proposta de Mudança da Lei de Arbitragem. In: *Projeto de Modernização da Lei de Arbitragem — PLS nº 406/2013*, CAHALI, Francisco José e RODOVALHO, Thiago (coord.), Editora Saraiva, São Paulo, 2015, prelo, p. 9.

⁷⁰ NANNI, Giovanni Ettore. *Direito Civil e Arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 100.

⁷¹ Na definição de José dos Santos Carvalho Filho, “cláusulas de privilégio, também denominadas cláusulas exorbitantes, são as prerrogativas especiais conferidas à Administração na relação do contrato administrativo em virtude de sua posição de supremacia em relação à parte contratada” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Editora atlas, 2011, p. 191).

revogação das cláusulas especiais (exorbitantes) colocadas a efeito para preservar o interesse da coletividade”.⁷²

Nesse contexto, alguns autores consolidaram que a distinção entre direitos disponíveis e indisponíveis em contratos de concessão, para fins de arbitragem, vincula-se à distinção clássica existente entre as cláusulas regulamentares e as cláusulas econômico-financeiras desses contratos.⁷³ As primeiras são as que poderiam ser alteradas unilateralmente à conveniência da Administração Pública – cláusulas exorbitantes, ou de privilégio –, por estarem atreladas à efetivação do interesse público envolvido (interesse público primário para alguns), não podendo ser objeto de arbitragem questões a elas relacionadas. As segundas são aquelas que somente podem ser modificadas com a concordância do contratado com a Administração Pública, ou seja, são as cláusulas sobre as quais se admite transação (segundo alguns autores interesse público secundário), podendo aspectos atinentes a elas ser submetidos à arbitragem.

Nas palavras de Maurício Portugal Ribeiro, “as definições do Poder Concedente sobre cláusulas regulamentares caracterizariam direitos indisponíveis, pois a Administração Pública não poderia renunciar à prerrogativa de adequar o contrato administrativo ao interesse público que lhe é subjacente”,⁷⁴ o que se aproxima da ideia de interesse público primário. Em sentido diverso, as cláusulas econômico-financeiras seriam disponíveis, visto que tanto o contratado quanto a Administração podem consensualmente acordar sobre elas, que diriam respeito ao interesse público secundário.

Caio Tácito explica que “quando se trata tão somente de cláusulas pelas quais a administração está submetida a uma contraprestação financeira, não faz sentido ampliar o conceito de indisponibilidade à obrigação de pagar vinculada à obra ou serviço executado ou ao benefício auferido pela Administração em virtude da prestação regular do outro contratante. (...) a convenção de arbitragem será, em tais casos, caminho aberto a que, pelo acordo de vontades, se possa alcançar a plena eficácia contratual”.⁷⁵

⁷² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Universalização de Serviços Públicos e competição: o caso da distribuição de gás natural. In: *Revista de Direito Administrativo*, nº 223, jan./mar. 2001, p. 126.

⁷³ Saliente-se que há autores, como Alexandre Santos de Aragão, para quem quando dado litígio tiver natureza contratual será possível submetê-lo à arbitragem “ainda que a questão controvertida se relacione a poderes unilaterais ou às sanções contratuais aplicáveis pela Administração”, isto é, ainda que a questão se relacione a cláusulas regulamentares desses contratos. Em consonância com os novos paradigmas do Direito Administrativo, para o autor, também são passíveis de arbitragem os “efeitos meramente patrimoniais de direitos ou interesses indisponíveis ou insuscetíveis de mensuração econômica” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. A arbitragem no direito administrativo. *Revista AGU*, Brasília-DF, v. 16, n. 03, p. 19-58, jul./set., 2017, p. 41).

⁷⁴ PORTUGAL RIBEIRO, Maurício. Arbitragem, TCU e Risco regulatório: se o TCU quiser contribuir para reduzir o risco regulatório precisa rever sua posição sobre arbitragem em contratos administrativos. Versão preliminar em 16 de dezembro de 2014. Disponível em: <http://pt.slide.share.net/por-tugalribeiro/tcu-e-arbitragem-verso-preliminar-em-16122014?utm_source=slideshow02&utm_medium=ssemail&utm_campaign=share_slideshow>. Acesso em: 25 out. 2019., p. 5-7.

⁷⁵ TÁCITO, Caio. *Arbitragem nos litígios administrativos*. In: Revista Temas de Direito Público, 3.º, vol., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.114.

Conclui-se, nesse sentido, que, mesmo após a recente alteração da Lei de Arbitragem, autores entendem que há aspectos dos contratos administrativos, como os de concessão, que continuam não podendo ser submetidos à arbitragem. Para esses autores, sobre determinadas cláusulas contratuais a Administração Pública e os particulares não poderiam transacionar, por tratarem de questões consideradas indisponíveis atreladas ao interesse público primário, a exemplo de controvérsias que envolvam cláusulas regulamentares ou exorbitantes dos contratos de concessão. O Estado não poderia abrir mão de sua prerrogativa de adaptar unilateralmente o contrato para atender aos interesses coletivos que justificaram a própria contratação, o que não significa, contudo, que os efeitos meramente patrimoniais da aplicação dessas cláusulas exorbitantes não possam ser objeto de arbitragem.⁷⁶

Em publicação específica sobre o tema, Rafael Vêras de Freitas sustenta que correspondem a direitos patrimoniais disponíveis, “no âmbito dos contratos de concessão, o seu equilíbrio econômico-financeiro e as alternativas adequadas para sua manutenção,⁷⁷ as eventuais disputas acerca dos bens reversíveis⁷⁸, quando de sua extinção; e a validade da própria cláusula compromissória”.⁷⁹ Fora isso, o autor assevera que em casos de extinção dos contratos de concessão – ainda que no exercício unilateral de prerrogativa pela Administração –, serão passíveis de arbitragem questões inerentes a conflitos quanto à indenização devida ao concessionário pelos eventuais prejuízos sofridos em decorrência da interrupção abrupta do contrato.

Apesar dos posicionamentos doutrinários sobre os interesses que seriam ou não disponíveis, a prática contratual muitas vezes seguida pela Administração – pelo menos até a edição do Decreto nº. 10.025/2019 –, no que tange às convenções de arbitragem, ainda deixa na penumbra quais direitos poderão ser submetidos à eventual arbitragem, o que pode dar azo a discussões quanto à arbitrabilidade de muitos interesses que permeiam essas contratações públicas.

Muitas das cláusulas compromissórias dos contratos de concessão em vigor são muito genéricas ou apenas reproduzem os textos legais,⁸⁰ não se tendo o hábito

⁷⁶ Sobre o assunto, vide: ARAGÃO, Alexandre Santos de. A arbitragem no direito administrativo. *Revista AGU*, Brasília-DF, v. 16, n. 03, p. 19-58, jul./set., 2017.

⁷⁷ No que se refere ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, o autor considera passível de arbitragem “o pagamento à vista de indenização à parte afetada por evento cujo risco não lhe compita; ou a diluição do pagamento de compensação financeira no fluxo de caixa da concessionária; além do cálculo e da aplicação do índice de reajuste” (FREITAS, Rafael Vêras. Novos desafios da arbitrabilidade objetiva nas concessões. In: *Revista de Direito público da Economia RDPE*, Belo Horizonte, ano 14, n. 53, 2016. p. 199-227).

⁷⁸ Com relação às disputas sobre bens reversíveis, o autor afirma que em arbitragem pode se discutir a identificação desses bens, assim como a precificação da indenização. (FREITAS, Rafael Vêras. Novos desafios da arbitrabilidade objetiva nas concessões. In: *Revista de Direito público da Economia RDPE*, Belo Horizonte, ano 14, n. 53, 2016, p. 199-227).

⁷⁹ FREITAS, Rafael Vêras. Novos desafios da arbitrabilidade objetiva nas concessões. In: *Revista de Direito público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 14, n. 53, 2016, p. 199-227.

⁸⁰ FREITAS, Rafael Vêras. Novos desafios da arbitrabilidade objetiva nas concessões. In: *Revista de Direito público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 14, n. 53, 2016, p. 199-227.

de detalhar os direitos que poderão sujeitar-se à arbitragem,⁸¹ podendo gerar disputas envolvendo sua disponibilidade.⁸² Tais conflitos muitas vezes são submetidos a excessivamente prolongada apreciação do Poder Judiciário, o que justamente se busca evitar por meio da arbitragem.

Embora o STJ⁸³ já se tenha manifestado no sentido de que questões econômico-financeiras de contratos administrativos consubstanciam direitos patrimoniais disponíveis, podendo, portanto, ser objeto de arbitragem, a jurisprudência ainda possui posicionamento divergente quanto a muitas matérias, inclusive no que tange a quais seriam as questões econômico-financeiras desses contratos, inclusive dos de concessão.

O Tribunal de Contas da União – TCU, por sua vez, já apresentou compreensão, no Acórdão Plenário nº 2.573/2012, no sentido de que (i) só poderiam ser submetidas à arbitragem as cláusulas regulamentares dos contratos de concessão; e (ii) as questões econômico-financeiras configuram direitos indisponíveis, e, por isso, não poderiam ser objeto de arbitragem.⁸⁴

Consoante as lições de Gustavo Justino de Oliveira e Guilherme Baptista Schwarstmann, essa discrepância entre o entendimento do STJ e o do TCU dificulta a atuação do administrador público, porquanto ele se sujeitou constantemente a penalidades⁸⁵⁻⁸⁶ impostas pelas Cortes de Contas, ao passo que

⁸¹ Como exemplo, temos o Contrato de Concessão da BR-101/RJ, relativo à Ponte Rio-Niterói, prevendo que “As Partes obrigam-se a resolver por meio de arbitragem as controvérsias e/ou disputas oriundas ou relacionadas ao Contrato e/ou a quaisquer contratos, documentos, anexos ou acordos a ele relacionados”. Apesar de estabelecer que “não poderão ser objeto de arbitragem as questões relativas a direitos patrimoniais indisponíveis”, como a titularidade pública do serviço ou o poder de fiscalização sobre sua exploração, a cláusula é extremamente aberta, podendo ensejar discussões quanto à disponibilidade dos direitos a serem submetidos à arbitragem.

⁸² Nesse passo vale referir que as leis editadas pelos estados de Pernambuco (Lei nº. 15.627/2015) e de Minas Gerais (Lei nº. 19.477/2011), que regulam a adoção da arbitragem para a solução de litígio em que esses estados sejam parte sequer definem o que seja direito patrimonial disponível, ao contrário do que fez o Decreto do Estado do Rio de Janeiro nº. 46.245/2018, no parágrafo único do seu art. 1º, já citado acima.

⁸³ STJ, Terceira Turma, REsp 904.813, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20.10.2011, DJe 28.02.2012.

⁸⁴ Acórdão nº. 2.573/2012, Plenário, Relator Min. Raimundo Carreiro, 26.09.2012.

⁸⁵ Lei Complementar nº 64/1990: Art. 1º São inelegíveis: I - para qualquer cargo: (...) g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição; (Redação dada pela Lei Complementar nº 135, de 2010)

⁸⁶ Lei nº 9.504/1997, art. 11, § 5º Até a data a que se refere este artigo, os Tribunais e Conselhos de Contas deverão tornar disponíveis à Justiça Eleitoral relação dos que tiveram suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável e por decisão irrecorrível do órgão competente, ressalvados os casos em que a questão estiver sendo submetida à apreciação do Poder Judiciário, ou que haja sentença judicial favorável ao interessado.

uma resposta favorável do Poder Judiciário pode levar anos para efetivamente acontecer.⁸⁷

Na opinião de Maurício Portugal Ribeiro, em artigo específico sobre o assunto, o acórdão do TCU acima foi “extremamente inoportuno”, tendo em vista que destoou da doutrina e da prática nacionais, bem como do entendimento do STJ, sem falar nos reflexos draconianos que poderiam advir da manutenção desse entendimento, em total discrepância com a finalidade da atual redação da Lei de Arbitragem, que visa a justamente ampliar a utilização da arbitragem pela Administração Pública.⁸⁸

Conforme afirma André Luis Parada, apesar de mais recentemente o TCU ter apresentado “posicionamento que muito se distancia da sua interpretação restritiva inicial”,⁸⁹ constata-se que “a maioria das decisões analisadas não está em linha de consonância com a exegese *favor arbitratis* empreendida pela maioria da doutrina, da jurisprudência (principalmente do STJ) e do legislador”,⁹⁰ sobretudo após a edição da Lei nº. 13.129/2015.

Por fim, apesar de já ter a Primeira Seção do STJ afirmado que sempre que a Administração contrata há disponibilidade dos direitos patrimoniais relativos a esses instrumentos, que podem ser objeto de arbitragem,⁹¹ a Segunda Turma dessa mesma Corte⁹² já afirmou (inclusive recentemente), que a análise acerca da (in)disponibilidade do objeto do litígio corresponde a questão de fato, que não pode ser objeto de apreciação pelas instâncias superiores. Sendo assim, a matéria pode se sujeitar a decisões casuísticas e

⁸⁷ OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWARSTMANN, Guilherme Baptista. Arbitragem público-privada no Brasil: a especialidade do litígio administrativo e as especificidades do procedimento arbitral. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 44/2015, Jan - Mar / 2015, p. 150 – 171.

⁸⁸ PORTUGAL RIBEIRO, Maurício. *Arbitragem, TCU e Risco regulatório*: se o TCU quiser contribuir para reduzir o risco regulatório precisa rever sua posição sobre arbitragem em contratos administrativos. Versão preliminar em 16 de dezembro de 2014. Disponível em: <http://pt.slideshare.net/portugalribeiro/tcu-e-arbitragem-verso-preliminar-em-16122014?utm_source=slideshow02&utm_medium=ssemail&utm_campaign=share_slideshow>. Acesso em: 25 out. 2019., p. 2.

⁸⁹ Acórdão no 2.145/2013 — Plenário. Comentando o julgado, ANDRÉ LUIS PARADA afirma: “Em julgado mais recente e inabitual, a Corte de Contas mostrou-se mais receptiva à arbitragem ao acolher seu emprego quando: a) a arbitragem for referente a contratos administrativos entabulados por sociedade de economia mista exploradora da atividade econômica; b) for técnica e economicamente justificado o uso da arbitragem; c) estiver comprovadamente de acordo com as práticas de mercado” (PARADA, André Luis Nascimento. Análise crítica das decisões do Tribunal de Contas da União acerca da utilização da arbitragem em contratos administrativos. Evolução interpretativa. In: *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 273, p. 165-198, set./dez. 2016).

⁹⁰ PARADA, André Luis Nascimento. Análise crítica das decisões do Tribunal de Contas da União acerca da utilização da arbitragem em contratos administrativos. Evolução interpretativa. In: *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 273, p. 165-198, set./dez. 2016.

⁹¹ CC 139.519/RJ, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. P/ Acórdão Ministra Regina Helena Costa, Primeira Seção, julgado em 11/10/2017, DJE 10/11/2017.

⁹² AREsp 1535054/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 19/09/2019, DJE 11.10.2019. No mesmo sentido: STJ. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1424456/SE. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. 2ª Turma. Julgamento em 18.08.2015. DJ em 28.08.2015.

divergentes no âmbito dos Tribunais de segunda instância, de modo que não haveria, em princípio, manifestação superior consolidada sobre a arbitrabilidade de direitos atrelados a contratos administrativos, causando insegurança jurídica tanto para os particulares quanto para os gestores públicos no que tange às matérias que poderão ser submetidas à arbitragem.

O caráter genérico das cláusulas de arbitragem presentes em muitos contratos administrativos estimula divergência quanto ao entendimento do que seriam direitos patrimoniais disponíveis para fins de arbitragens que envolvam esses instrumentos. Assim, como meio de buscar garantir a segurança jurídica tanto dos particulares quanto do administrador público, parece ser conveniente a edição de norma – ou normas, que tenham em conta as especificidades setoriais, como o Decreto nº. 10.025/2019 –ao menos exemplificando (acentue-se, de forma claramente não taxativa), quais seriam os direitos considerados patrimoniais e disponíveis que poderiam ser objeto de arbitragem em dadas situações.

Não se está aqui a defender que a edição de normas seja obrigatória, ou mesmo que de alguma forma sua ausência dificulte a utilização da arbitragem pela Administração – saliente-se que durante a tramitação do Projeto de Lei que alterou a Lei nº. 9.307/1996, foi rejeitada a emenda que sujeitava a matéria a regulamentação⁹³ – contudo, a edição de normas, direcionadas ao administrador público (como o Decreto nº. 10.025/2019), que ao menos exemplifiquem quais direitos podem ser objeto de arbitragem, pode ser conveniente e eficiente à plena utilização da arbitragem pelo Estado, na medida em que se estabeleçam parâmetros mínimos para embasar e dar confiança ao gestor público na sujeição de direitos à arbitragem, conforme examinado no tópico abaixo.

4 – Exemplificação normativa das controvérsias passíveis de arbitragem em prol da segurança jurídica

Fato é que a Administração Pública já utilizava e é hoje genérica e expressamente autorizada a valer-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Fato também é que a Administração Pública é dotada de uma série de prerrogativas, limitações e controles que aos particulares não são impostos.⁹⁴ Sendo assim, é possível concluir que a arbitragem que envolva entes estatais não poderia seguir todas as regras aplicáveis às arbitragens nas quais atuam como parte apenas agentes privados. Isso se depreende, inclusive, das atuais

⁹³ A emenda à Lei nº 13.129/2015 (alterou a Lei nº. 9.307/1996) que foi rejeitada apresentava a seguinte redação: “Art. 1º (...) § 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, desde que previsto no edital ou nos contratos da administração, nos termos do regulamento”.

⁹⁴ A Administração deve respeitar os princípios e deveres previstos no art. 37, da CRFB/1988, estando também sujeita a controles internos e externos, como os dos tribunais de contas.

disposições da Lei nº. 9.307/1996. quanto ao tema, que já prezam por algumas dessas particularidades⁹⁵ inerentes ao Estado.

A Lei nº 13.129/2015, todavia, não se estendeu nessas previsões, deixando algumas situações de penumbra e incerteza com relação a aspectos da arbitragem envolvendo a Administração, a exemplo da definição ou, ao menos, exemplificação do que seriam direitos patrimoniais disponíveis para o Poder Público.

Por um lado, pode-se interpretar que o legislador teria conferido maior liberdade ao administrador público no que tange à escolha dos direitos que iria submeter à arbitragem, de modo que, no caso concreto, possa fazer uso de sua discricionariedade para afastar algumas prerrogativas suas para atuar de forma mais equânime com os particulares no âmbito das arbitragens, em um exercício de flexibilização de nosso Direito Administrativo.

De qualquer forma, ainda restam dúvidas quanto aos direitos que podem ser objeto de arbitragem. É certo que a atual redação da Lei de Arbitragem é relativamente recente e que o tempo e a experiência costumam sanar algumas inquietações. Porém, pode trazer insegurança jurídica tanto aos particulares quanto ao administrador público a ausência de regras preestabelecidas que definam ou exemplifiquem os direitos submissíveis à arbitragem. Essa insegurança aumenta o risco de judicialização das arbitragens, do mesmo modo que a existência de algumas interpretações distintas sobre o mesmo problema – sobre quais direitos são considerados patrimoniais e disponíveis em determinados setores, por exemplo – aumenta o risco de decisões judiciais conflitantes e daí advém incerteza jurídica.

Tendo isso em vista, há interesse em mitigar a insegurança, evitando que a arbitragem envolvendo a Administração fique dependente de um Poder Judiciário que, qual Jano,⁹⁶ ora poderia entender que determinados direitos podem ser objeto de arbitragens e ora poderia entender, em casos similares, que esses mesmos direitos não seriam disponíveis.

Sendo assim, apesar de compreendermos ser necessário que as partes – inclusive a Administração Pública – gozem de liberdade para escolher as matérias que poderão ser submetidas à arbitragem, parece-nos que a exemplificação de algumas dessas matérias em normas setoriais pode conferir maior segurança jurídica

⁹⁵ Quando por exemplo prevê que a autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma a quem cabe a realização de acordos ou transações ou que a arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade. Ressalve-se que essas particularidades não são objeto do presente artigo, que trata especificamente da arbitrabilidade objetiva de questões envolvendo a Administração Pública.

⁹⁶ Alusão extraída de estudo de Alberto Xavier acerca do princípio da unidade da pessoa jurídica de Direito Público. O autor assevera que a União não pode aparecer como um ente bifronte, qual Jano, devendo possuir uma “vontade que é, por natureza, una e indivível” (XAVIER, Alberto. *Princípios do Processo Administrativo e Judicial Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 140). A referência foi também utilizada por Alexandre Santos de Aragão no texto: ARAGÃO, Alexandre Santos de Aragão. *Teoria das autolimitações administrativas: atos próprios, confiança legítima e contradição entre órgãos administrativos*. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 35, abril. 2010.

aos particulares e ao administrador público na utilização da arbitragem, mitigando eventuais questionamentos posteriores e diminuindo os riscos existentes, principalmente quando os valores envolvidos sejam expressivos.⁹⁷ Esse raciocínio está em linha com a atual redação da LINDB, que além de dar preferência à consensualidade, no art. 30 prevê que “as autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas”.⁹⁸

Seguindo essa ótica, destaca-se, mais uma vez, que não se defende que a predefinição dos direitos patrimoniais disponíveis seja obrigatória, ou que de alguma forma condicione a utilização da arbitragem pela Administração, o que poderia causar insegurança jurídica aos contratos já firmados com cláusula compromissória. Apenas se afirma que a edição de normas nesse sentido, por exemplo estabelecendo previsões mínimas, pode ser útil ao aproveitamento da arbitragem pelo Estado.⁹⁹

Além disso, também não se defende que seja imprescindível a edição de norma genérica para reger a atuação de toda a Administração federal, estadual e municipal. É possível que sejam editadas normas setoriais ou regionais,¹⁰⁰ que prezem pelas especificidades de cada área, como ocorreu no âmbito portuário, com a

⁹⁷ Observação semelhante fora formulada em monografia defendida em 2015, de autoria de um dos coautores do presente artigo: BENTO, Daniel. *O regime aplicável à arbitragem envolvendo entes públicos e privados: da evolução do instituto à regulamentação de suas peculiaridades*. 155 p. Monografia (Graduação em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 2015.

⁹⁸ Vide: PEREIRA, Cesar. *Decreto nº 10.025: arbitragem com a administração pública federal em setores regulados*. Disponível em <https://www.justen.com.br/pdfs/IE151/IE%20151%20-%20Cesar%20-%20Arbitragem%20Dec%2010025_revGB.pdf>. Acesso em 25 out. 2019.

⁹⁹ Exemplo de boa norma a regular a utilização da arbitragem para casos em que seja parte a Administração Pública é dado pelos art. 4º, Lei MG nº. 19.477/2011, art. 2º, Decreto RJ nº. 46.245/2018 e art. 3º, Lei PE nº. 15.627/2015, que estabelecem que as arbitragens envolvendo esses Estados sejam sempre administradas por órgão arbitral institucional, afastando assim a possibilidade de, nesses casos, realizarem-se arbitragens “ad hoc”. O Decreto do Estado de São Paulo nº. 64.356/, de 31.07.2019, por sua vez, dispõe sobre o uso da arbitragem para resolução de conflitos em que a Administração Pública direta e suas autarquias sejam parte, fixando que “a arbitragem será preferencialmente institucional, podendo, justificadamente, ser constituída arbitragem ‘ad hoc’”. O art. 1º prevê que a arbitragem pode ser utilizada como meio de resolução de conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, mas não detalha ou exemplifica quais seriam esses direitos.

¹⁰⁰ Merece menção a Lei Estadual nº 19.477/2011, de Minas Gerais, conhecida como a Lei Mineira de Arbitragem, que dispõe sobre a adoção do juízo arbitral para a solução de litígios em que o Estado seja parte. Essa norma, contudo, não será objeto deste estudo, sobretudo porque não define ou exemplifica quais seriam os direitos patrimoniais disponíveis para fins de arbitragem. Consignamos que, a nosso ver, o regramento da atuação estatal em arbitragens tem mais chance de lograr êxito por meio de atos do Poder Executivo, mais flexíveis e maleáveis em períodos de tempo mais curtos, possibilitando que o regulamento que trate do tema se aperfeiçoe, perseguindo as aspirações públicas e privadas envolvidas, num cenário em que há propensão das partes na busca por meios mais consensuais e adequados à solução de certos conflitos.

edição do Decreto nº 8.465/2015¹⁰¹ – hoje revogado pelo mais abrangente Decreto nº. 10.025/2019 –, que no que concerne à arbitragem indicou predisposição do Poder Executivo federal para aperfeiçoar a utilização do instituto,¹⁰² predisposição essa que vem alvissareiramente se consolidando, como denota o recente Decreto nº. 10.025/2019, que substituiu e aprimorou aquele.

4.1 – O exemplo do Decreto nº. 10.025/2019

O Decreto nº 10.025/2019 dispõe sobre a arbitragem para dirimir litígios que envolvam a administração pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, e regulamenta o inciso XVI do caput do art. 35 da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, o § 1º do art. 62 da Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, e o § 5º do art. 31 da Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017. Nas palavras de Cesar Pereira, “a regra não diz respeito à arbitrabilidade objetiva, que não competiria ao Decreto regular, mas ao escopo pretendido pela Administração Federal em suas convenções de arbitragem”.¹⁰³

Aludido Decreto – seguindo *a ratio* da Lei nº. 13.448/2017¹⁰⁴ – bem ilustra o ponto colocado no tópico acima, na medida em que demonstra o interesse da

¹⁰¹ Para nós, parece que à época o Decreto nº. 8.465/2015 foi construtivo e inovador ao buscar sanar algumas dúvidas quanto à utilização da arbitragem pela Administração, inclusive quanto aos direitos passíveis de arbitragem, embora necessitasse de aperfeiçoamento de modo a ajustar algumas imprecisões e evitar burocratizar excessivamente a arbitragem no setor portuário.

¹⁰² No que tange aos interesses suscetíveis à arbitragem, o art. 2º do Decreto nº. 8.465/2015 estabelece rol exemplificativo de litígios que se incluem entre os que podem ser objeto da arbitragem de que trata a norma, a saber: (i) inadimplência de obrigações contratuais por qualquer das partes; (ii) questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos; e (iii) outras questões relacionadas ao inadimplemento no recolhimento de tarifas portuárias ou outras obrigações financeiras perante a administração do porto e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ.

¹⁰³ PEREIRA, Cesar. *Decreto nº 10.025: arbitragem com a administração pública federal em setores regulados*. Disponível em <https://www.justen.com.br/pdfs/1E151/1E%20151%20-%20Cesar%20-%20Arbitragem%20Dec%2010025_revGB.pdf>. Acesso em 25 out. 2019.

¹⁰⁴ A Lei nº. 13.448/2017 estabelece as diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos do Programa de Parceria de Investimentos – PPI nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da Administração Pública federal. Essa lei fixa vários aspectos dos contratos por ela disciplinados, inclusive no que toca à arbitragem, estabelecendo que “as controvérsias surgidas em decorrência dos contratos nos setores de que trata esta Lei, após decisão definitiva da autoridade competente, no que se refere aos direitos patrimoniais disponíveis, podem ser submetidas a arbitragem ou a outros mecanismos alternativos de solução de controvérsias”. Indo além, o art. 31, § 4º, Lei nº. 13.448/2017, fixa expressamente quais os direitos que são considerados patrimoniais disponíveis para fins dessa Lei, nomeadamente: (i) as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos; (ii) o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de concessão; (iii) o inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes. Como bem salienta Cesar Pereira, “até a edição da Lei no 13.448, apenas a Lei no 10.848 previa que determinados direitos seriam considerados patrimoniais disponíveis (art. 4º, § 7º)”. Inovações na arbitragem: aeroportos, rodovias e ferrovias. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-do-justen/inovacoes-na-arbitragem-aeroportos-rodovias-e-ferrovias-21072017>>. Acesso em: 25 out. 2019.

Administração em aperfeiçoar sua atuação nas arbitragens, especialmente no que tange à exemplificação de quais direitos seriam patrimoniais e disponíveis para fins de arbitragem no setor portuário, como forma de reduzir a insegurança jurídica quanto à matéria, bem como o risco de judicialização da arbitragem.

Afinal, conforme denotam Fernando Villela de Andrade Vianna e Renato Kloss, “um dos principais temas que gerava debate nas arbitragens com a administração pública e, portanto, insegurança jurídica para a sua adoção antes de um posicionamento normativo, se referia à arbitrabilidade objetiva (temas que podem ser objeto de determinada arbitragem)”.¹⁰⁵

Conforme explicitado no site do Ministério da Infraestrutura, “o decreto sobre arbitragem é complementar ao chamado Decreto da Relicitação (nº 9.957), publicado em 7 de agosto, que compreende a extinção amigável do contrato de parceria e a celebração de novo ajuste comercial para o empreendimento, em novas condições contratuais e com novos contratados. Ambos os regramentos trazem mais segurança jurídica aos contratos e à prestação dos serviços concedidos, ao reduzir riscos de judicialização”.¹⁰⁶

Com relação aos direitos passíveis de arbitragem, o art. 2º, parágrafo único, do Decreto nº. 10.025/2019, elenca rol não taxativo, a fim de expressar em caráter exemplificativo as controvérsias sobre direitos considerados patrimoniais e disponíveis para fins da norma, a saber, entre outras: (i) as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos; (ii) o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de parceria; (iii) o inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes,¹⁰⁷ incluídas a incidência das suas penalidades e o seu cálculo.

A redação específica, porém, ampla, das hipóteses em que a arbitragem é admitida permite que esse método de solução de controvérsias seja adotado em inúmeras situações, garantindo maior segurança jurídica ao gestor público que o fizer. Assim, de acordo com o Decreto, é amplo o campo em que se podem utilizar

¹⁰⁵ VIANNA, Fernando Villela de Andrade; KLOSS, Renato. Arbitragem com a administração pública: Um novo momento nos projetos de infraestrutura? Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/arbitragem-com-a-administracao-publica-30092019>>. Acesso em 25 out. 2019.

¹⁰⁶ Disponível em <<http://transportes.gov.br/ultimas-noticias/9106-governo-regulamenta-arbitragem-no-setor-portu%C3%A1rio-e-de-transportes.html>>. Acesso em 25 out. 2019.

¹⁰⁷ Note-se que o art. 2º, parágrafo único, III, Decreto nº. 10.025/2019, ao prever textualmente a utilização da arbitragem para decidir sobre o inadimplemento das obrigações contratuais de qualquer das partes, permite expressamente a arbitragem em caso de inadimplemento pela União. Condenado o governo por sentença arbitral, o pagamento se fará por precatório. O § 2º do artigo 15 do Decreto contempla a possibilidade de alternativas menos demoradas, inclusive a compensação com deveres de natureza não tributária, a compensação com multas e a atribuição da obrigação de pagar a terceiro.

os meios alternativos de solução de conflitos,¹⁰⁸ compreendendo, mas não se limitando, apenas àquelas matérias arroladas exemplificativamente no parágrafo único do artigo 2º, como a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, o cálculo de indenizações decorrentes da extinção ou da transferência de contratos de parceria e o inadimplemento de obrigações contratuais de qualquer das partes.¹⁰⁹

Nas palavras de Márcio Araújo Lage, o Decreto é positivo “por buscar construir um ambiente de interação entre agentes públicos e privados de forma a viabilizar concessões, ressaltando direitos patrimoniais, definindo assim riscos e estabilidade das operações. Por exemplo, ao prever o prazo máximo para proferir uma sentença arbitral, a adoção do procedimento arbitral no setor de infraestrutura é capaz de criar justa expectativa na obtenção de solução para controvérsias, criando segurança jurídica a empreendedores e investidores”.¹¹⁰

Cesar Pereira, por sua vez, em artigo específico sobre o Decreto nº. 10.025/2019, aduz que “ao disciplinar os procedimentos para a submissão da Administração Federal à arbitragem, o ato normativo torna mais claros os deveres e limites de atuação dos agentes públicos envolvidos na celebração da convenção de arbitragem. Reduz-se a possibilidade de a Administração deixar de valer-se da arbitragem apenas pela insegurança dos agentes públicos em escolher esse método em cada situação concreta. A orientação normativa específica é útil para dar

¹⁰⁸ O Decreto prevê a utilização não apenas da arbitragem, mas também de quaisquer outros meios alternativos de solução de conflitos para decidir as questões surgidas, nessas áreas, entre o Poder Público e as empresas privadas prestadoras dos serviços. Como sabido, a busca de soluções não judiciais é hoje em dia uma constante. A demora na solução dos processos, decorrente do congestionamento das vias judiciais, tem levado à crescente utilização da arbitragem, especialmente em questões que envolvam interesses empresariais. O Decreto nº. 10.025/2019 não contempla apenas a arbitragem mas também, como expressamente prevê o seu artigo 4º e o parágrafo terceiro do artigo 5º, quaisquer outros mecanismos extrajudiciais adequados à solução de controvérsias. Assim, a mediação é perfeitamente possível de ser utilizada. Especialmente cabível nos contratos de concessão de longo prazo são as “*Dispute Resolution Boards - DRB*” (“Comitês de Solução de Controvérsias”), mecanismo amplamente utilizado nos Estados Unidos, na Europa na Austrália e na Nova Zelândia. O DRB é um comitê constituído quando da assinatura de contrato de longo prazo que, conforme o modelo escolhido pelas partes, faz recomendações que podem ou não ser acatadas pelas partes ou profere decisões vinculantes. O DRB permite soluções rápidas e menos custosas para questões que sempre surgem na execução dos contratos de longo prazo. Grandes obras o utilizaram com sucesso, tais como a do Eisenhower-Johnson Memorial Tunnel, escavado nas Montanhas Rochosas, obra gigantesca com 97 quilômetros de extensão, o Aeroporto de Hong Kong, a usina subterrânea de Ertan, na China e o trecho no Reino Unido do Eurotunnel. O DRB é sem dúvida adequado não apenas a grandes obras mas a contratos de concessão. Parece evidente que a possibilidade de soluções mais rápidas mais adequadas e menos custosas resultarão em economia de custos e no desenvolvimento eficiente de obras e serviços de grande porte.

¹⁰⁹ Vide entrevista de Pedro Paulo Cristofaro, um dos coautores do presente artigo, especificamente acerca do Decreto nº. 10.025/2019, concedida ao LexLatin em outubro de 2019. Disponível em: <<https://br.lexlatin.com/entrevistas/arbitragem-em-concessoes-trara-resultados-bastante-positivos>>. Acesso em: 21 out. 2019.

¹¹⁰ Entrevista concedida ao portal Lexlatin, publicada em 25.10.2019. Disponível em <<https://br.lexlatin.com/taxonomy/term/1962>>. Acesso em 25 out. 2019.

uniformidade e segurança à atuação dos agentes públicos responsáveis pela submissão do litígio à arbitragem e a sua condução”.¹¹¹

Sendo assim, tendo em vista as incertezas com relação à definição dos direitos que poderiam ser objeto de arbitragem que envolva o Estado, é promissora – apesar de não obrigatória, o que poderia resultar em insegurança jurídica para os contratos já firmados¹¹² – a edição de normas setoriais, a exemplo do Decreto nº. 10.025/2019, para ao menos exemplificar os direitos que serão considerados patrimoniais e disponíveis para os fins da arbitragem, podendo fixar também alguns critérios para aferição da adequação dos litígios à via arbitral (cf. Tópico 3.1).

É justamente o que prevê o art. 6º, § 1º, do Decreto nº. 10.025/2019, segundo o qual será dada preferência à arbitragem nas hipóteses em que a divergência esteja fundamentada em aspectos altamente técnicos, por exemplo.¹¹³ Conforme notícia o site do Ministério da Infraestrutura, “será dada preferência à arbitragem nas hipóteses em que a divergência esteja fundamentada em aspectos eminentemente técnicos; e sempre que a demora na solução definitiva do litígio possa gerar prejuízo à prestação adequada do serviço ou à operação da infraestrutura; ou inibir investimentos considerados prioritários”.¹¹⁴

Ressalte-se, ainda, ser promissor que aludidas normas regulamentadoras da arbitragem sejam setoriais, como é o caso do Decreto nº. 10.025/2019, propiciando que sejam contempladas as particularidades de cada área, como forma de aperfeiçoar o instituto da arbitragem que envolva entes públicos e entes privados, inclusive positivando a praxe de setores, como ocorreu na aviação civil e nos transportes terrestres. Nas palavras de Cesar Pereira, “o Decreto [nº. 10.025/2019] elimina qualquer dúvida sobre a eficácia plena do art. 31 da Lei 13.448. A inexistência do Decreto não impediu a ANAC e a ANTT de celebrar suas próprias convenções de arbitragem. Ainda assim, a sua edição preenche a disciplina do dispositivo legal no que se refere à forma de credenciamento das instituições arbitrais aptas a administrar os procedimentos”.¹¹⁵

¹¹¹ PEREIRA, Cesar. *Decreto nº 10.025: arbitragem com a administração pública federal em setores regulados*. Disponível em <https://www.justen.com.br/pdfs/IE151/IE%20151%20-%20Cesar%20-%20Arbitragem%20Dec%2010025_revGB.pdf>. Acesso em 25 out. 2019.

¹¹² Na medida em que poderia suscitar discussões quanto à possibilidade de utilização da arbitragem pelo Poder Público na pendência de normas específicas que a regulamentem.

¹¹³ Vide a dicção do referido art. 6º: “Art. 6º Na hipótese de ausência de cláusula compromissória, a administração pública federal, para decidir sobre a celebração do compromisso arbitral, avaliará previamente as vantagens e as desvantagens da arbitragem no caso concreto. § 1º Será dada preferência à arbitragem: I - nas hipóteses em que a divergência esteja fundamentada em aspectos eminentemente técnicos; e II - sempre que a demora na solução definitiva do litígio possa: a) gerar prejuízo à prestação adequada do serviço ou à operação da infraestrutura; ou b) inibir investimentos considerados prioritários”.

¹¹⁴ Disponível em <<http://transportes.gov.br/ultimas-noticias/9106-governo-regulamenta-arbitragem-no-setor-portu%C3%A1rio-e-de-transportes.html>>. Acesso em 25 out. 2019.

¹¹⁵ PEREIRA, Cesar. *Decreto nº 10.025: arbitragem com a administração pública federal em setores regulados*. Disponível em <https://www.justen.com.br/pdfs/IE151/IE%20151%20-%20Cesar%20-%20Arbitragem%20Dec%2010025_revGB.pdf>. Acesso em 25 out. 2019.

Com a anunciada tendência de desestatizações, parece que a solução será útil em setores concedidos, na medida em que as normas que exemplificassem os interesses que poderiam ser objeto de arbitragem podem nortear a atuação dos agentes públicos na redação das cláusulas compromissórias em contratos de concessão, propiciando mais segurança aos investidores nacionais e estrangeiros.

Fernando Villela de Andrade Vianna e Renato Kloss pontuam ser “inegável que o Governo federal deu um passo relevante com a edição do DFAAP [Decreto nº. 10.025/2019], especialmente em um momento que a infraestrutura está tomando uma posição de destaque no Brasil, com a estruturação de projetos em diversos setores com vocação para o capital estrangeiro. A qualidade da arbitragem no Brasil é reconhecida internacionalmente e a sua adoção em grandes projetos de infraestrutura, cujos contratos de parceria são naturalmente de longo prazo, seguramente contribuirá para a atratividade de investidores estrangeiros”.¹¹⁶

Apesar de normas disciplinadoras – que quando influenciam regras contratuais integram suas cláusulas regulamentares¹¹⁷ – não serem essenciais para o uso da arbitragem pelo Poder Público, como visto, a exemplificação dos direitos suscetíveis à arbitragem, norteados na redação dos contratos de concessão, pode representar um passo importante no sentido de conferir maior segurança jurídica tanto aos gestores públicos como aos particulares que desejem valer-se da arbitragem.

5 – Referências bibliográficas

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Arbitragem e regulação. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 27/2010, Out - Dez / 2010.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A arbitragem no direito administrativo. *Revista AGU*, Brasília-DF, v. 16, n. 03, p. 19-58, jul./set., 2017.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

¹¹⁶ VIANNA, Fernando Villela de Andrade; KLOSS, Renato. *Arbitragem com a administração pública: Um novo momento nos projetos de infraestrutura?* Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/arbitragem-com-a-administracao-publica-30092019>>. Acesso em 25 out. 2019.

¹¹⁷ Conforme ensina Alexandre Santos de Aragão, as cláusulas regulamentares ou de serviço: Oriundas dos *cahiers des charges* do Direito Administrativo francês, são as que, constando de lei, decreto ou do próprio contrato, disciplinam o modo e a forma da prestação do serviço, de forma a sempre melhor atender aos seus objetivos. Como esses são por definição dinâmicos, as normas de serviço são modificáveis unilateralmente (*jus variandi* do poder concedente) (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 602).

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Interpretação consequencialista e análise econômica do Direito Público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade. In: RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (Org.). *Regulação e Agências Reguladoras: Governança e Análise de Impacto Regulatório*, Brasília: ANVISA, 2009.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da Eficiência. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, nº 4, nov/dez 2005, jan 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-4-NOVEMBRO-2005-ALEXANDRE%20ARAG%C3%83O.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2019.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Teoria das autolimitações administrativas: atos próprios, confiança legítima e contradição entre órgãos administrativos. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 35, abril. 2010.
- BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *As Parcerias Público-Privadas (PPPs)*. Publicado em 12 de janeiro de 2006, na coluna Migalhas de Peso. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI20266,71043-As+Parcerias+PublicoPrivadas+PPPs>>. Acesso em: 25 out. 2019.
- BANDEIRA, Paula Greco. *Contrato Incompleto*. São Paulo: Atlas, 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. Sociedade de economia mista prestadora de serviço público. Cláusula arbitral inserida em contrato administrativo sem prévia autorização legal. Invalidez. In: *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, vol. 19/2003 Jan - Mar / 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BENTO, Daniel. *O regime aplicável à arbitragem envolvendo entes públicos e privados: da evolução do instituto à regulamentação de suas peculiaridades*. 155 p. Monografia (Graduação em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 2015.
- BINENBOJM, Gustavo. Arbitragem em ambientes regulados e sua relação com as competências das agências reguladoras. In: BINENBOJM, Gustavo. *Estudos de Direito Público: artigos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.
- BONICIO, Marcelo José Magalhães. Arbitragem e Estado: ensaio sobre o litígio adequado. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 45/2015, Abr - Jun / 2015, p. 155 – 174.

- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem: Lei nº 9.307/1996*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1997.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução brasileira de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- CARNELUTTI, Francesco. *Instituições de processo civil*. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista, Campinas: Servanda, 1999.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Editora atlas, 2011.
- CHATEAUBRIAND, André M. Arbitragem e Administração Pública: Uma Análise da Proposta de Mudança da Lei de Arbitragem. In: *Projeto de Modernização da Lei de Arbitragem — PLS nº 406/2013*, CAHALI, Francisco José e RODOVALHO, Thiago (coord.), Editora Saraiva, São Paulo, 2015, prelo.
- COELHO, Eleonora. Desenvolvimento da cultura dos métodos adequados de solução de conflito: uma urgência para o Brasil. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (coord.). *Arbitragem e Mediação: a reforma da legislação brasileira*. São Paulo: Editora Atlas. 2014.
- CNJ. Lista dos 100 Maiores Litigantes de 2011. Disponível em: < http://www.cnj.jus.br/images/pesquisasjudiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 25 out. 2019.
- CRETELLA NÉTO, José. Comentários à Lei de Arbitragem Brasileira. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007
- CRISTOFARO, Pedro Paulo. Entrevista concedida ao LexLatin, em outubro de 2019. Disponível em: <<https://br.lexlatin.com/entrevistas/arbitragem-em-concessoes-trara-resultados-bastante-positivos>>. Acesso em: 21 out. 2019.
- DALLARI, Adilson Abreu. Arbitragem na concessão de serviço público. In: *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, nº 128, out/dez, 1995, p. 66. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176408/000506871.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 25 out. 2019.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. A Tradição da arbitragem e sua valorização contemporânea. In: PUCCI, Adriana Noemi (coord.). *Aspectos Atuais da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Editora Forense. 29ª ed. 2016.
- FERRAZ, Rafaella. *Arbitragem em litígios comerciais com a Administração Pública: exame a partir da principalização do Direito Administrativo*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008.
- FREITAS, Rafael Vêras. Novos desafios da arbitrabilidade objetiva nas concessões. In: *Revista de Direito público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 14, n. 53, 2016, p. 199-227.
- GARCIA, Flávio Amaral. A mutabilidade e incompletude na regulação por contrato e a função integrativa das Agências. In: *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, p. 59-83, mar./ago. 2014.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. – 10. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- LAGE, Márcio Araújo. Entrevista concedida ao portal Lexlatin, publicada em 25.10.2019. Disponível em < <https://br.lexlatin.com/taxonomy/term/1962>>. Acesso em 25 out. 2019.
- LEMES, Selma. *Arbitragem na Administração Pública. Fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Arbitragem no setor portuário: um passo importante para a difusão da arbitragem no âmbito da Administração Pública. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 47/2015,| Out - Dez / 2015, p. 75 – 83.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Universalização de Serviços Públicos e competição: o caso da distribuição de gás natural. In: *Revista de Direito Administrativo*, nº 223, jan./mar. 2001.
- MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- _____. *Mutações do direito administrativo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001
- MUNHÓS, Jorge; FIDALGO, Carolina Barros. *Legislação Administrativa para concursos: doutrina, jurisprudência e questões de concursos*. Salvador: Juspodivm, 2014.
- NANNI, Giovanni Ettore. *Direito Civil e Arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014.

- NOGUEIRA, Enrico Ferrari. *A Arbitragem e sua Utilização na Administração Pública*. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/692918>>. Acesso em: 25 out. 2019. OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWARSTMANN, Guilherme Baptista. Arbitragem público-privada no Brasil: a especialidade do litígio administrativo e as especificidades do procedimento arbitral. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 44/2015, Jan - Mar / 2015, p. 150 – 171.
- PAIVA MUNIZ, Joaquim Tavares; PERETTI, Luis Alberto Salton. A Cláusula arbitral nos contratos de concessão do Serviço telefônico Fixo Comutado (STFC). In: *Revista de arbitragem e Mediação*, vol. 48/2016, Jan./Mar./2016.
- PARADA, André Luis Nascimento. Análise crítica das decisões do Tribunal de Contas da União acerca da utilização da arbitragem em contratos administrativos. Evolução interpretativa. In: *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 273, p. 165-198, set./dez. 2016
- PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Decreto para setor portuário frustra uso da arbitragem por agentes públicos. In: *Consultor Jurídico*, 24 agosto 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-24/direito-civil-actual-decreto-portos-frustra-uso-arbitragem-agentes-publicos>>. Acesso em: 25 out. 2019.
- PEREIRA, Cesar. Decreto nº 10.025: arbitragem com a administração pública federal em setores regulados. Disponível em <https://www.justen.com.br/pdfs/IE151/IE%20151%20-%20Cesar%20-%20Arbitragem%20Dec%2010025_revGB.pdf>. Acesso em 25 out. 2019.
- PORTUGAL RIBEIRO, Maurício. *Arbitragem, TCU e Risco regulatório: se o TCU quiser contribuir para reduzir o risco regulatório precisa rever sua posição sobre arbitragem em contratos administrativos*. Versão preliminar em 16 de dezembro de 2014. Disponível em: <http://pt.slideshare.net/portugalribeiro/tcu-e-arbitragem-verso-preliminar-preliminar-em-16122014?utm_source=slideshow02&utm_medium=ssemail&utm_campaign=share_slideshow http://pt.slideshare.net/portugalribeiro/tcu-e-arbitragem-verso-preliminar-em-16122014?utm_source=slideshow02&utm_medium=ssemail&utm_campaign=share_slideshow>. Acesso em: 25 out. 2019.
- RANGEL, Roberta Maria. A mediação na Administração Pública: o PLS nº 405₂ de 2013 e o PL nº 7.169/2014. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (coord.). *Arbitragem e Mediação: a reforma da legislação brasileira*. São Paulo: Editora Atlas. 2014.
- SALLES, Carlos Alberto. *Arbitragem em Contratos Administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

- SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. *O que é mediação de conflitos*. São Paulo: Brasiliense, 2007.
- SANTOS, Fernanda Pires de. *Libra encerra disputa com União e renova contrato*. *Jornal Valor econômico*. 04 out. 2015.
- SOUZA JR. Lauro da Gama e. Sinal verde para a arbitragem nas parcerias público-privadas (construção de um novo paradigma para os contratos entre o Estado e o investidor privado). In: PANTOJA, Tereza Cristina G. *Prática em Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.
- TÁCITO, Caio. Arbitragem nos litígios administrativos. In: *Revista Temas de Direito Público*, 3.º, vol., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- VIANNA, Fernando Villela de Andrade; KLOSS, Renato. *Arbitragem com a administração pública: Um novo momento nos projetos de infraestrutura?* Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/arbitragem-com-a-administracao-publica-30092019>>. Acesso em 25 out. 2019.
- WALD, Arnaldo. *Um decreto construtivo e inovador*. *Jornal Valor Econômico*, 29 jul. 2015.
- XAVIER, Alberto. *Princípios do Processo Administrativo e Judicial Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

Recebido em: 25/07/2018

Aprovado em: 17/09/2018

Revisado pelos autores em: 25/10/2019