

**Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP**  
**Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em**  
**Contratos e Responsabilidade Civil**

**Nathália Gomes Bernardes**

**Arbitragem nos contratos administrativos**

**Brasília – DF**

**Agosto / 2013**

**Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP**

**Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em  
Contratos e Responsabilidade Civil**

**Nathália Gomes Bernardes**

**Arbitragem nos contratos administrativos**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Contratos e Responsabilidade Civil, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientador: Prof. Paulo Roberto Roque  
Antônio Khouri

**Brasília – DF  
Agosto / 2013**

**Nathália Gomes Bernardes**

## **Arbitragem nos contratos administrativos**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Contratos e Responsabilidade Civil, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_, com menção\_\_\_(\_\_\_\_\_).

Banca Examinadora:

---

Presidente: Prof. Paulo Roberto Roque Antônio Khouri

---

Integrante: Prof.

---

Integrante: Prof.

## **Resumo**

Discussão acerca da possibilidade de utilização da arbitragem nos conflitos advindos do cumprimento e interpretação dos contratos administrativos. Enfoque em alguns aspectos do direito administrativo, como os princípios aplicáveis à Administração Pública e o contrato administrativo. Enfrentamento de temas pertinentes à problemática acerca da utilização da arbitragem pela Administração Pública. Análise da jurisprudência acerca da aceitação ou recusa do referido instituto em contratos administrativos.

Palavras-chave: Arbitragem. Contratos administrativos. Administração Pública.

## **Abstract**

Discussion about the possible use of arbitration in disputes arising from the interpretation and fulfillment of administrative contracts. Focus on some aspects of administrative law, the principles applicable to public administration and administrative contracts. Coping with themes relevant to the issue about the use of arbitration by the Public Administration. Analysis of the case law on the acceptance or rejection of the aforementioned institute in contracts.

Key words: Arbitration. Administrative contracts. Public Administration

## Sumário

INTRODUÇÃO .....	7
1. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	9
1.1. Princípios aplicáveis à Administração Pública.....	9
1.1.1. Princípio da legalidade .....	10
1.1.2. Princípio da publicidade .....	11
1.1.3. Princípio da indisponibilidade do interesse público .....	11
1.1.4. Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional .....	13
1.2. Ato administrativo.....	14
1.3. Contratos celebrados pela Administração pública .....	15
2. ARBITRAGEM.....	22
2.1. A Lei 9.307/1996 .....	22
2.2. Vantagens da utilização da arbitragem como forma de resolução de conflito .....	24
2.2.1. Expertise e experiência do árbitro .....	25
2.2.2. Celeridade .....	26
2.2.3. Confidencialidade.....	26
2.2.4. Desafogamento do Judiciário.....	27
3. A ARBITRAGEM NOS CONTRATOS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	29
3.1. Análise do art. 1 da Lei 9.307/1996 – o que pode ser objeto da arbitragem .....	29
3.2. A inafastabilidade do controle jurisdicional e a arbitragem na Administração Pública .....	31
3.3. Publicidade da Administração X Confidencialidade da Arbitragem.....	33
3.4. A importância da arbitragem para atrair investimentos privados.....	38
3.5. Análise jurisprudencial da utilização da arbitragem pela Administração Pública .....	40
Referências Bibliográficas .....	45
Decisões judiciais.....	50

# INTRODUÇÃO

Essa monografia tem como objeto a análise jurídica da possibilidade da escolha da arbitragem como meio de solução de conflitos advindos dos contratos celebrados com a Administração Pública, em especial os contratos administrativos.

A arbitragem, hoje, tem relevante papel no direito privado. A sua utilização já é bastante utilizada por empresas de grande porte, especialmente aquelas com acordos internacionais, de modo que a Administração Pública, ao contratar com o particular, deve se modernizar e participar desse novo formato de resolução de conflitos.

No entanto, como há aparente conflito entre normas de direito público aplicáveis à Administração Pública e normas de direito privado aplicáveis na arbitragem, cumpre verificar em que medida o regime jurídico administrativo pode se integrar com a Lei 9.307/1996, a Lei de Arbitragem.

Esse tema foi escolhido, portanto, tendo em vista a relevância e atualidade do problema, considerando-se, inclusive, o aumento do número de contratos de concessão firmados pela Administração Pública com entes privados que tratem de direitos disponíveis.

O objetivo principal desse trabalho é demonstrar que a Administração Pública, tanto em seus contratos regidos pelo direito privado como naqueles regidos pelo direito público – os contratos administrativos –, pode adotar a arbitragem como forma alternativa de solução de conflitos, se beneficiando da: (i) expertise e experiência técnica do árbitro; (ii) celeridade processual; e (iii) confidencialidade do procedimento, na medida exata permitida pela lei. Há, ainda, um desgaste menor na relação entre a Administração Pública e o particular em procedimentos arbitrais, se comparados a processos judiciais e, em uma análise mais ampla, toda a sociedade se beneficiaria do desafogamento do Judiciário.

A técnica escolhida para o desenvolvimento da pesquisa foi o da revisão bibliográfica, com análise de livros de doutrina sobre o tema, revistas especializadas e artigos publicados na internet. Foi realizado, ainda, estudo de caso, com análise de alguns casos levados ao Poder Judiciário.

Para o bom desenvolvimento do trabalho foram apresentadas, no primeiro capítulo, noções sucintas de contrato administrativo, e da sua diferença com o ato administrativo, bem como os principais princípios aplicáveis ao contrato administrativo e à Administração Pública, relevantes ao deslinde do tema central.

No segundo capítulo foram apresentados aspectos relevantes da Lei 9.307/1996, a Lei de Arbitragem, bem como as vantagens na utilização da arbitragem como meio de resolução alternativo de conflitos em comparação com o Poder Judiciário.

O terceiro e último capítulo detém-se na aplicação das noções desenvolvidas nos capítulos anteriores para a análise jurídica da possibilidade de a Administração Pública se utilizar da arbitragem para solucionar conflitos contratuais. Nessa parte do trabalho são analisados os principais obstáculos apontados pela doutrina como aptos a impedirem a utilização da arbitragem pela Administração Pública, bem como os argumentos que os refutam.



# 1. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Administração Pública, em sentido estrito subjetivo, pode ser definida como o conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado. Em sentido estrito objetivo, deve ser entendida como a atividade administrativa exercida por aqueles entes.<sup>1</sup>

## 1.1. Princípios aplicáveis à Administração Pública

O Direito Administrativo é regido por determinados princípios, alguns próprios de outros ramos do direito público e outros específicos do próprio Direito Administrativo.

Tendo em vista que o Direito Administrativo tem suas origens em legislação não codificada, os princípios apresentam papel relevante nesse ramo do direito, permitindo que se alcance um equilíbrio entre as prerrogativas da Administração e os direitos dos administrados.<sup>2</sup>

Os dois princípios fundamentais e que decorrem do binômio liberdade do indivíduo e autoridade da Administração são os princípios da legalidade e da supremacia do interesse público sobre o direito privado, que não são específicos do Direito Administrativo, mas se referem ao Direito Público. No entanto, são essenciais, pois deles derivam todos os demais princípios do Direito Administrativo.<sup>3</sup>

A Constituição Federal de 1988 faz menção expressa a alguns dos princípios do Direito Administrativo, a saber, os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência<sup>4</sup>. A Lei n. 9.874/99, por sua vez, em seu artigo 2, faz referência aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 56.

<sup>2</sup> Id., 2009, p. 62.

<sup>3</sup> Ibid., 2009, p. 63.

<sup>4</sup> MEIRELLES, Hely Lopes; AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 88.

<sup>5</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 95.

Cumpra ressaltar que outras leis esparsas trazem princípios que se referem a matérias específicas, como a Lei n. 8.666/93, sobre licitações e contratos, e a Lei n. 8.987/95, sobre concessão e permissão de serviço público.

Para o melhor entendimento do cabimento da cláusula arbitral nos contratos administrativos, analisaremos, em especial, os princípios da legalidade, da publicidade, da indisponibilidade do interesse público e da inafastabilidade do controle jurisdicional.

### 1.1.1. Princípio da legalidade

Esse princípio traduz a idéia de que a Administração Pública apenas pode fazer o que a lei antecipadamente autorize, só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei.<sup>6</sup> No âmbito da relação entre particulares, o princípio equivalente seria o da autonomia da vontade, ou seja, o particular pode fazer tudo o que a lei não proíbe.<sup>7</sup>

Sua origem remonta ao nascimento do Estado de Direito, uma vez que o qualifica e lhe dá identidade própria,<sup>8</sup> constituindo, portanto, uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais. O princípio da legalidade é o antídoto natural do poder monocrático, pois tem como raiz a idéia de soberania popular, da plenitude da cidadania, uma vez que todo poder emana do povo.<sup>9</sup>

A lei, ao mesmo tempo em que os define, estabelece os limites da atuação estatal que tenha por objeto a restrição ao exercício de tais direitos em benefício da coletividade.<sup>10</sup> É a completa submissão da Administração Pública às leis.

A Constituição Federal trouxe referido princípio em seu artigo 37, bem como no artigo 5, inciso II, que estabelece que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Prevê o princípio da legalidade, ainda, em seu artigo 84, IV.

Em função disso, a Administração Pública não pode conceder direitos, criar obrigações ou impor vedações aos administrados por simples ato administrativo, para tanto, é necessária a disposição expressa em lei.<sup>11</sup>

---

<sup>6</sup> Id., 2010, p. 100.

<sup>7</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 64.

<sup>8</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 99-100.

<sup>9</sup> Id., 2010, p. 101.

<sup>10</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 63.

<sup>11</sup> Id., 2009, p. 64.

A própria Constituição Federal prevê, ainda, remédios específicos contra atos ilegais da Administração Pública, como a ação popular, o habeas corpus, o habeas data, o mandado de segurança e o mandado de injunção, sem mencionar o controle que deve ser feito pelo Legislativo, diretamente ou com ajuda do Tribunal de Contas, e no controle pela própria Administração Pública.<sup>12</sup>

### 1.1.2. Princípio da publicidade

O princípio da publicidade se consagra no dever administrativo de manter transparência em seu comportamento. Se o poder emana do povo, este não pode ser privado dos assuntos a que todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida,<sup>13</sup> deve haver ampla divulgação dos atos praticados pela Administração Pública.<sup>14</sup>

Há previsão constitucional do princípio da publicidade no artigo 37 da Constituição Federal.

No âmbito administrativo, o sigilo só se admite quando imprescindível à segurança da Sociedade e do Estado, conforme preceitua o artigo 5, inciso XXXIII, da Constituição Federal,<sup>15</sup> ou, ainda, para a defesa da intimidade ou pelo interesse social, segundo o inciso LX do supracitado artigo.

Importante assinalar que o art. 5, XXXIII assegura o direito à informação para assuntos particulares ou de interesse coletivo geral, de modo que possa haver uma maior fiscalização dos atos administrativos por parte da coletividade.<sup>16</sup>

### 1.1.3. Princípio da indisponibilidade do interesse público

O princípio da indisponibilidade do interesse público significa que os interesses classificados como próprios da coletividade não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, em especial do administrador, devendo ser encarados como um dever e não como

---

<sup>12</sup> Ibid., 2009, p. 64.

<sup>13</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 114.

<sup>14</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 71.

<sup>15</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 115.

<sup>16</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 73.

uma mera faculdade. A Administração Pública não tem disponibilidade sobre eles devendo, tão somente, realizar os atos necessários para o cumprimento da finalidade.<sup>17</sup>

A previsão trazida no artigo 2 da Lei n. 9.784/99 deixa claro que o interesse público é irrenunciável pela autoridade administrativa, senão vejamos:

Art. 2o A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

[...]

II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei;

Verifica-se, portanto, que na Administração os bens e os interesses não se acham entregues à vontade do administrador,<sup>18</sup> tendo, portanto, uma presunção de indisponibilidade, ainda que se refiram a direitos de natureza contratual. Apenas uma autorização concedida por lei, poderia torná-los disponíveis.

No entanto, o Direito Administrativo tem ganhado novos contornos, em especial a partir da década de 70<sup>19</sup>, com a superação da idéia de que o interesse público sempre se sobreporá ao interesse privado. Deve ser feita, na realidade, a ponderação entre um e outro de acordo com o caso concreto, para que se decida a melhor forma de resolução do conflito.<sup>20</sup>

O aplicador do direito deve considerar todas as peculiaridades do caso em questão para, só então, decidir pela prevalência do interesse público ou privado, respeitando o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade.

Vem ganhando espaço, nessa nova teoria do Direito Administrativo, elementos como o acordo, a cooperação, o consenso e a parceria entre entes particulares e públicos, mitigando-se a idéia de primazia da Administração Pública, e conseqüentemente do interesse público.<sup>21</sup>

---

<sup>17</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 74.

<sup>18</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 74.

<sup>19</sup> OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino. **Contratos Administrativos**. Disponível em: [http://www.justinodeoliveira.com.br/wp-content/uploads/2012/05/Tema-9-Contratos-administrativos\\_VF.pdf](http://www.justinodeoliveira.com.br/wp-content/uploads/2012/05/Tema-9-Contratos-administrativos_VF.pdf). Acesso em: agosto 2013.

<sup>20</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 762952/PI, da Segunda Turma, Relator Ministro Humberto Martins, 11 de junho de 2010.

<sup>21</sup> OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino. **Contratos Administrativos**. Disponível em: [http://www.justinodeoliveira.com.br/wp-content/uploads/2012/05/Tema-9-Contratos-administrativos\\_VF.pdf](http://www.justinodeoliveira.com.br/wp-content/uploads/2012/05/Tema-9-Contratos-administrativos_VF.pdf). Acesso em: agosto 2013.

Segundo Marçal Justen Filho *apud* Gustavo Henrique Justino Oliveira:

[...] há uma tendência à contratualização da atividade administrativa como reflexo da ampliação dos limites do conceito de Estado Democrático de Direito. Os poderes públicos deixam de ser exercitados autoritariamente, e a democracia se manifesta como concordância das decisões públicas com os interesses concretos da comunidade. Isso se passa no próprio âmbito dos atos públicos unilaterais. Daí a crescente importância do instrumento contratual, que tende a substituir amplamente as figuras unilaterais.

Nesse diapasão, a indisponibilidade absoluta se aplica apenas aos interesses públicos que aludem à toda a coletividade, a interesses sociais, como a defesa dos direitos fundamentais.<sup>22</sup> Nesse caso o regime jurídico público é indispensável. Esse interesse público deve ser classificado de interesse público primário.

Há outras situações, entretanto, em que o interesse público, secundário, se traduz na vontade da Administração Pública exercida em determinada época por agentes públicos que integram o aparelho estatal. Como têm expressão patrimonial e, como podem ser quantificados monetariamente, tornam-se disponíveis, independente do regime.<sup>23</sup> Assim, resta claro que indisponível é o interesse público, e não o interesse da administração.

#### 1.1.4. Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional

O princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional assegura a todos, sem qualquer exceção, a possibilidade de acesso ao Judiciário. Isso significa que quando uma pessoa (seja ela física ou jurídica) buscar a tutela da Administração Pública e não obtiver, espontaneamente, a satisfação de um interesse, poderá buscar o Poder Judiciário e deduzir sua pretensão.<sup>24</sup>

Essa idéia, entretanto, deve ser entendida de forma mais ampla, uma vez que o acesso aos tribunais não se esgota com o poder de movimentar a jurisdição, mas com a participação

---

<sup>22</sup> SILVA, Shyrley Souza. **O interesse Público na jurisprudência do STJ: uma abordagem sobre a fixação de conteúdos normativos pelo raciocínio judiciário.** Disponível em: [http://www.uff.br/ppgsd/dissertacoes/shirley\\_souza2009.pdf](http://www.uff.br/ppgsd/dissertacoes/shirley_souza2009.pdf). Acesso em: agosto 2013.

<sup>23</sup> VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida. **O princípio da supremacia do interesse público: Uma visão crítica da sua devida conformação e aplicação.** Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9092](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9092). Acesso em: agosto 2013.

<sup>24</sup> ROCHA, Andrea Presas. **Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (direito de ação).** Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/14788/principio-da-inafastabilidade-do-controle-jurisdicional-direito-de-acao/2>. Acesso em: agosto 2013.

plena das partes no referido procedimento judicial, garantindo às partes uma solução justa à controvérsia apresentada.<sup>25</sup>

Ada Pellegrini Grinover ensina que:<sup>26</sup>

Corolário do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional são todas as garantias do devido processo legal, que a Constituição brasileira detalha a partir do inc. LIV do art. 5º, realçando-se, dentre elas, o contraditório e a ampla defesa (inc. LV do mesmo artigo).

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional é entendido pela doutrina como a garantia das garantias, pois é a garantia de acesso ao Judiciário, ou seja, é o referido princípio que confere o direito de obter do Estado a tutela jurisdicional adequada.<sup>27</sup>

## 1.2. Ato administrativo

Ato da Administração, em sentido amplo, é todo ato praticado pela Administração Pública no exercício da função administrativa. Essa expressão, no entanto, é mais ampla que o “ato administrativo”, que abrange apenas determinada categoria de atos praticados no exercício da função administrativa e não necessariamente pela Administração Pública.<sup>28 29</sup>

José Cretella Júnior, acerca do conceito de ato administrativo, entende que:<sup>30</sup>

Ato administrativo é a manifestação da vontade do Estado, por seus representantes, no exercício regular de suas funções, ou por qualquer pessoa que detenha, nas mãos, fração de poder reconhecido pelo

---

<sup>25</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC** n. 10, julho/dezembro, 2007, p. 14.

<sup>26</sup> Id., 2007, p. 14.

<sup>27</sup> ROCHA, Andrea Presas. **Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (direito de ação)**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/14788/principio-da-inafastabilidade-do-controle-jurisdicional-direito-de-acao/2>. Acesso em: agosto 2013.

<sup>28</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 190.

<sup>29</sup> GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**, 3. Tomo: El Acto administrativo. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003, p. 1-29. “Finalmente, no debe olvidarse que la tendencia actual em el mundo se inclina en forma creciente por el otorgamiento de facultades o prerrogativas de poder público a órganos o entidades no estrictamente administrativas (el fenómeno de las personas jurídicas públicas no estatales), lo que hace suponer que de afirmarse esa tendencia también puede incrementar correlativamente el número y la variedad de actos administrativos que pueden presentarse. Como se advierte, em modo alguno puede sentarse em forma absolutamente categórica el principio de que e lacto administrativo debe provenir de órganos estatales.”

<sup>30</sup> CRETELLA JUNIOR, José. **Direito administrativo brasileiro**. 1. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1983, p. 244.

Estado, que tem por finalidade imediata criar, reconhecer, modificar, resguardar ou extinguir situações jurídicas subjetivas.

Importante para o presente trabalho diferenciar o regime jurídico de cada tipo de ato. Enquanto os atos administrativos são regidos pelo Direito Público, uma vez que inerentes à função administrativa (interesse público primário), os atos da Administração são regidos pelo Direito Privado (interesse público secundário).<sup>31</sup>

Deve ser esclarecida, ainda, a diferença entre serviço público e atividade econômica. Tratando-se da atuação empresarial do Estado, podemos verificar tanto a prestação de serviços públicos, de interesse social, regidos pelo regime jurídico de direito público, quanto a exploração de atividade econômica sujeita à livre iniciativa e em regime de competição com o setor privado, em clara subsunção ao regime jurídico de direito privado.<sup>32</sup>

Os contratos relativos à exploração da atividade econômica envolvem, portanto, direitos transacionáveis.

### 1.3. Contratos celebrados pela Administração pública

Tradicionalmente, entende-se por contrato a relação jurídica formada por um acordo de vontades, em que as partes reciprocamente acordem em cumprir obrigações e nenhum dos contratantes possa rescindir ou alterar unilateralmente o contrato. Por isso dizer que o contrato é uma forma de composição pacífica de interesses e que faz lei entre as partes.<sup>33</sup>

Com ensinamento preciso, Celso Antônio Bandeira de Mello leciona que:<sup>34</sup>

Pode-se conceituar contrato administrativo da seguinte forma: é um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado.

---

<sup>31</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 385.

<sup>32</sup> PINTO JÚNIOR, Mário Engler. **Empresa estatal: função econômica e dilemas societários**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 206-209.

<sup>33</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 615.

<sup>34</sup> Id., 2010, p. 620-621.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro existem grandes controvérsias acerca dos contratos administrativos entre os doutrinadores brasileiros, de modo que três correntes distintas podem ser identificadas.<sup>35</sup>

A primeira corrente, defendida por autores como Oswaldo Aranha Bandeira de Mello<sup>36</sup>, nega a existência do contrato administrativo sob o argumento de que o contrato administrativo não observa: (i) o princípio da igualdade entre as partes, pois a Administração não ocupa posição de supremacia em relação ao particular; (ii) o da autonomia da vontade, porque a Administração apenas faz o que a lei manda e o particular deve se submeter às cláusulas regulamentares ou de serviço; e, por fim, (iii) o da força obrigatória das convenções, características inerentes aos contratos, uma vez que à Administração seria permitido alterar unilateralmente o contrato.<sup>37</sup>

Para essa corrente, as cláusulas regulamentares decorrem de ato unilateral da Administração, vinculado às leis, sendo as cláusulas econômicas estabelecidas por contrato de direito comum. Teríamos, nesse caso, um ato principal, que seria a concessão do serviço público, por exemplo, e, atrelado a ele, teríamos um ato jurídico complementar, que regularia a parte econômico-financeira da relação principal.<sup>38</sup>

Referida teoria é refutada por Di Pietro. Nos contratos administrativos não há ato unilateral, muito embora as cláusulas regulamentares ou de serviço sejam fixadas unilateralmente, o contrato apenas se aperfeiçoa se a outra parte consentir. Apenas serão criados direitos e deveres ao particular se este manifestar a sua concordância. Assim, seria impossível retirar a natureza contratual do instrumento de acordo entre a Administração e o particular.

A segunda corrente se posiciona em oposição à primeira corrente, entendendo que todo contrato celebrado pela Administração é contrato administrativo. Afirmam que não existiriam contratos privados em que a Administração fosse parte, tendo em vista que sempre haverá interferência do regime jurídico administrativo nesses contratos. Com relação à competência, forma, procedimento e finalidade dos contratos, haveria sempre a interferência

---

<sup>35</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 251.

<sup>36</sup> MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 689. “Se o contrato se reduz a acordo de vontades sobre a equação econômico-financeira para a execução de obra ou serviço ou utilização de bem público, segundo as determinações da Administração Pública, tendo em vista o interesse público, se não pode dizer que o ato jurídico típico, que qualifica essa execução de obra pública, a prestação de serviço público ou a utilização de bem público seja de natureza contratual. E este é o ato jurídico por excelência.”

<sup>37</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 252.

<sup>38</sup> Id., 2009, p. 252.



do direito público, nunca do direito privado. Referida corrente é defendida por autores como José Roberto Dromi<sup>39</sup> e Eros Roberto Grau<sup>40</sup>.

Essa corrente, segundo Di Pietro, também não merece prosperar, em razão da impossibilidade de se considerar o contrato administrativo como norma jurídica. As condições gerais do contrato somente obrigam àquele que celebra o contrato com a Administração, gerando direitos e deveres às partes e, em regra, são irrevogáveis, ressalvados os poderes de alteração e rescisão unilateral por motivo de interesse público e desde que mantido o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.<sup>41</sup>

A terceira posição, adotada pela maioria dos doutrinadores brasileiros, inclusive por Di Pietro, diferencia (e aceita) os contratos administrativos dos contratos privados celebrados pela Administração.

Segundo José Cretella Júnior<sup>42</sup>:

[...] nem todo contrato “da” Administração é contrato administrativo, pois este é espécie daquele. [...] Cláusulas que escapam ao direito comum (cláusulas exorbitantes típicas) inserem-se nos contratos administrativos, dando-lhes fisionomia peculiar, diversa da que revelam os contratos de direito privado. Nos contratos administrativos, o Estado fica em posição privilegiada, visto que se acham em jogo fins de interesse público. Enfim, duas pessoas públicas podem celebrar entre si contratos de direito privado.

Referida corrente, a que nos filiamos, define, ainda, contrato administrativo como espécie do gênero contrato, tendo como características essenciais um acordo voluntário de vontade, formando uma vontade contratual unitária, os interesses e finalidades das partes devem ser uns causas dos outros e, por fim, a criação de direitos e obrigações recíprocas para os contratantes.<sup>43</sup>

---

<sup>39</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 252.

<sup>40</sup> GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. **Revista da Escola Paulista da Magistratura**, v.3, n. 2, p. 52, julho/dezembro, 2002. “Esse debate perde, contudo, relevância entre nós, visto que não existem, em face do Direito positivo brasileiro, *contratos privados da Administração* (= contratos estatais de Direito privado, por oposição aos *contratos administrativos*). Pois, é certo, a própria Constituição atribuiu a todos os contratos celebrados pela Administração a denominação de *contratos administrativos*.”

<sup>41</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 252-254.

<sup>42</sup> CRETILLA JUNIOR, José. **Direito administrativo brasileiro**. 1. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1983, p. 384-385.

<sup>43</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 252-255.

#### 1.4. Traços distintivos entre o contrato administrativo e o contrato de direito privado

Di Pietro leciona existirem algumas semelhanças e diferenças entre os contratos administrativos e os contratos de direito privado pactuados com a Administração Pública.<sup>44</sup>

Podemos verificar que, com relação às sujeições impostas à Administração, os dois tipos de contrato obedecem às exigências de forma, de procedimento, de competência e de finalidade.<sup>45</sup>

Com relação ao aspecto formal, exige-se, para todos os contratos da Administração, pelo menos a forma escrita, com exceção de alguns contratos de pequeno valor e pagamento imediato, em que se admite a forma verbal. Acerca das finalidades e procedimentos para a celebração do contrato, todos estão sujeitos à observância de requisitos legais para a sua validade, como, por exemplo, licitação prévia. Frisa-se que a finalidade há de ser sempre pública, sob pena de desvio de poder.<sup>46</sup>

No que concerne à competência, em direito administrativo toda a competência resulta de lei, não havendo distinção entre os contratos.<sup>47</sup>

Por outro lado, há grandes diferenças entre os contratos quando se trata das prerrogativas da Administração Pública, previstas pelas cláusulas exorbitantes.<sup>48</sup> Referidas cláusulas são conceituadas por Di Pietro como sendo “aquelas que não são comuns ou que seriam ilícitas nos contratos entre particulares, por encerrarem prerrogativas ou privilégios de uma das partes em relação à outra.”<sup>49</sup>

Nos contratos administrativos celebrados pela Administração Pública sempre haverá implicitamente, mesmo que não previstas expressamente, a presença das cláusulas exorbitantes. Elas são indispensáveis para assegurar a superioridade da Administração Pública frente ao contratante e a conseqüente relação de verticalidade entre as partes, necessária ao alcance pleno do interesse público buscado com a celebração do contrato.<sup>50</sup> Os poderes da Administração advêm diretamente das disposições legais e, por isso, não poderão ser negados, ainda que não haja previsão expressa no contrato.<sup>51</sup>

---

<sup>44</sup> Id., p. 256.

<sup>45</sup> Ibid., 2009, p. 256.

<sup>46</sup> Ibid., 2009, p. 256.

<sup>47</sup> Ibid., 2009, p. 256.

<sup>48</sup> Ibid., 2009, p. 256.

<sup>49</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 257.

<sup>50</sup> Id., 2009, p. 257.

<sup>51</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 618.

Consequentemente, a possibilidade da Administração em desestabilizar o contrato administrativo pode ser expressa, decorrente de cláusulas exorbitantes previstas contratualmente ou em lei, ou implícitas, decorrentes de princípios do ordenamento jurídico.<sup>52</sup>

Nos contratos privados celebrados pela Administração Pública, todavia, as cláusulas exorbitantes não resultam implicitamente do contrato, podendo, entretanto, ser aplicadas quando expressamente previstas no instrumento contratual. Isso se dá pela desnecessidade de supremacia da Administração nesse tipo contratual, uma vez que a Administração pode nivelar-se ao particular. Aqui não há necessariamente uma horizontalidade das relações entre os contratantes, uma vez que é possível a existência de cláusula exorbitante expressas no contrato ou, ainda, pela submissão do Poder Público a restrições inexistentes no direito comum.<sup>53</sup>

Outra diferença entre o contrato administrativo e o contrato de direito privado da Administração diz respeito ao objeto. O contrato administrativo visa à prestação de um serviço público em seu sentido amplo, que abarque toda atividade que o Estado assume, uma vez que a sua realização era necessária à coletividade e por parecer que a iniciativa privada seria insuficiente para realizá-la adequadamente.<sup>54</sup>

Sempre que o objeto do contrato for a utilização de bem público de uso comum ou de uso especial, também será administrativo o contrato firmado pela Administração, uma vez que tais bens são inalienáveis e, portanto, devem ser regidos pelo Direito Público.<sup>55</sup>

A diferença essencial do contrato administrativo para o contrato privado da Administração seria, então, a utilidade pública que resulta diretamente do contrato. Sendo o interesse da Administração, nos contratos administrativos, estritamente público (e, consequentemente social) e o interesse do particular individual, a Administração deve utilizar toda a sua supremacia para assegurar a observância do pactuado, o que somente é possível sob o regime jurídico administrativo.<sup>56</sup>

Em posição diferenciada, Hely Lopes Meirelles leciona que:

Não é, portanto, o objeto, nem a finalidade pública, nem o interesse público, que caracterizam o contrato administrativo, pois o objeto é normalmente idêntico ao do Direito Privado (obra, serviço, compra, alienação, locação) e a finalidade e o interesse público estão sempre

---

<sup>52</sup> Id., 2010, p. 618-619.

<sup>53</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 257.

<sup>54</sup> Id., 2009, p. 258.

<sup>55</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 258.

<sup>56</sup> Id., 2009, p. 258.

presentes em quaisquer contratos da Administração, sejam públicos ou privados, como pressupostos necessários de toda atuação administrativa. É a participação da Administração, derogando normas de Direito Privado e agindo publicae utilitatis causa, sob a égide do Direito Público, que tipifica o contrato administrativo.

Podemos diferenciar, ainda, o regime jurídico a ser aplicado a cada um dos contratos. Esse regime se alterará dependendo da situação em que a Administração se encontre, levando em consideração os aspectos acima mencionados, o que permite a diferenciação de três categorias distintas de contratos e regimes jurídicos.<sup>57</sup>

Primeiramente se identificam os contratos tipicamente administrativos, se paralelo no direito privado e inteiramente regidos pelo direito público, cujo objeto consiste em prestações realizadas entre particulares e o Estado, sujeitos a um regime de direito público próprio definido, sobretudo, na Lei nº 8.666/93. Em segundo lugar, existem os contratos administrativos que têm paralelo no direito privado, mas são também regidos pelo direito público, como o mandato, o empréstimo, o depósito e a empreitada. Por fim, há aqueles subordinados preponderantemente ao direito privado, parcialmente derogados por normas publicistas, em que a participação de ente administrativo não implica mudança significativa do regime jurídico. São os contratos de direito privado.<sup>58</sup>

Enquanto o contrato administrativo seguirá um regime jurídico inteiramente público,<sup>59</sup> o contrato privado pactuado pela Administração Pública se sujeitará ao regime jurídico de direito privado, se submetendo ao regime administrativo apenas acessoriamente.<sup>60</sup>

Os contratos privados da Administração Pública regem-se pelo Código Civil e os contratos administrativos, ao contrário, pelas características especialíssimas de que se revestem, estão sujeitos a regime autônomo, típico, que ultrapassa ou exorbita as normas do direito comum, o que é evidente, porque as pessoas públicas, quando contratam, não se encontram na mesma situação que os simples particulares. Outro o objeto, outras as condições, outro o regime jurídico.<sup>61</sup>

Com a evolução do Direito Administrativo, cresceu a utilização dos contratos administrativos. Hoje, tendo em vista a necessidade do Estado em angariar investimentos em áreas como energia e infraestrutura, geralmente obtidos com contratos de concessão – regidos

---

<sup>57</sup> Id., 2009, p. 256.

<sup>58</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 256.

<sup>59</sup> Id., 2009, p. 256.

<sup>60</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 485.

<sup>61</sup> CRETELLA JUNIOR, José. **Direito administrativo brasileiro**. 1. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1983, p. 384.

pelo direito público, nada mais natural que a quebra de antigos paradigmas e a aceitação do que já é tido como comum nos contratos entre particulares: a utilização da arbitragem como forma de resolução de conflitos nos contratos administrativos, o que será abordado adiante.

## 2. ARBITRAGEM

A arbitragem é um meio alternativo de solução (não judicial) de controvérsias em que as partes, por meio de um acordo prévio, decidem levar o conflito para um terceiro imparcial julgar, sem intervenção estatal. A decisão proferida, caso não haja qualquer nulidade, tem a mesma eficácia de uma decisão judicial.

### 2.1. A Lei 9.307/1996

A Lei 9.307/1996, de 23 de setembro de 1996, ao regular o instituto da arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro, determinou certas particularidades que devem ser observadas pelas partes que optem pela utilização da arbitragem.<sup>62</sup>

Às partes deve ser garantido o respeito aos princípios do contraditório e ampla defesa, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento,<sup>63</sup> somente os direitos patrimoniais disponíveis podem ser objetos da arbitragem, as partes devem possuir capacidade contratual para promover a escolha da arbitragem como meio hábil para dirimir o conflito,<sup>64</sup> a cláusula arbitral é autônoma em relação ao contrato principal<sup>65</sup> e, por fim, aplicam-se aos árbitros as mesmas causas de impedimento e suspeição aplicáveis aos juízes<sup>66</sup>.

Ademais, outras características relevantes da Lei de Arbitragem devem ser apontadas, como a arbitrabilidade objetiva e subjetiva, a cláusula compromissória e a cláusula de compromisso arbitral e, por fim, a possibilidade de coexistência da cláusula de eleição de foro com a cláusula compromissória.

---

<sup>62</sup> TOMAZINI, André de Camargo Salles. **A arbitragem como meio de resolução de conflitos nos contratos administrativos previstos na lei da Agência Nacional do Petróleo**. Monografia apresentada perante a Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Julho 2009, p. 21-22.

<sup>63</sup> Lei 9.307/1996. Art. 20: A parte que pretender argüir questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, bem como nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem. [...] Parágrafo 2: Não sendo acolhida a argüição, terá normal prosseguimento a arbitragem, sem prejuízo de vir a ser examinada a decisão pelo órgão do Poder Judiciário competente, quando da eventual propositura da demanda de que trata o art. 33 desta Lei.

<sup>64</sup> Lei 9.307/1996. Art. 1: As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

<sup>65</sup> Lei 9.307/1996. Art. 8: A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória.

<sup>66</sup> Lei 9.307/1996. Art. 14: Estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil.

No Direito Arbitral, conforme Selma Lemes<sup>67</sup>, o conceito de arbitrabilidade subdivide-se em arbitrabilidade subjetiva e objetiva. A primeira refere-se aos aspectos da capacidade para poder ser parte em procedimento arbitral. Conforme o artigo 1, da Lei de Arbitragem, “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Dessa forma, deve ser analisada a capacidade civil<sup>68</sup> e jurídica do contratante que deseja se submeter à arbitragem, bem como se a vontade no momento da anuência com a arbitragem não estava, de alguma forma, viciada.

Com relação aos meios de escolha da arbitragem como a forma de resolução dos conflitos, ela pode ser realizada através da cláusula compromissória (arbitral) ou do compromisso arbitral.

A cláusula compromissória antecede a existência do conflito. É uma cláusula contratual em que as partes, de comum acordo, determinam que se submeterão à arbitragem caso haja algum desentendimento no curso do contrato. Referida cláusula é autônoma do contrato, ou seja, caso o contrato seja declarado nulo, a cláusula arbitral produzira seus efeitos de atribuição de poderes para julgar ao árbitro, uma vez que é independente, por expressa previsão legal.

O compromisso arbitral, de outro modo, necessita que já exista um conflito entre as partes e é instrumento de atribuição de poderes aos árbitros para decidir referido conflito.

No tocante à arbitrabilidade objetiva refere-se ao objeto da matéria a ser submetida à arbitragem, ou seja, somente as questões referentes a direitos patrimoniais disponíveis, de acordo com o mesmo dispositivo legal acima citado.<sup>69</sup>

Por fim, deve ser esclarecido que a cláusula de eleição de foro pode coexistir pacificamente com a cláusula compromissória. A Ministra Nancy Andrighi, em voto proferido no julgamento do Recurso Especial n. 904.813-PR, elimina qualquer elemento de dúvida que possa pairar sobre a questão, *in verbis*:<sup>70</sup>

Ademais, a referida cláusula de foro não é incompatível com o juízo arbitral. Dentre as várias razões apontadas pela doutrina, pode-se

---

<sup>67</sup> LEMES, Selma M. Ferreira. **Arbitragem na concessão de serviços públicos – arbitrabilidade objetiva. Confidencialidade ou publicidade processual?** Disponível em: [http://www.selmalemes.com.br/artigos/artigo\\_juri15.pdf](http://www.selmalemes.com.br/artigos/artigo_juri15.pdf). Acesso em: junho 2013.

<sup>68</sup> Maiores de 18 anos ou emancipados, conforme art. 5 do Código Civil.

<sup>69</sup> LEMES, Selma M. Ferreira. **Arbitragem na concessão de serviços públicos – arbitrabilidade objetiva. Confidencialidade ou publicidade processual?** Disponível em: [http://www.selmalemes.com.br/artigos/artigo\\_juri15.pdf](http://www.selmalemes.com.br/artigos/artigo_juri15.pdf). Acesso em: junho 2013.

<sup>70</sup> Brasil. Superior Tribunal de Justiça. REsp 904813/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/10/2011, DJe 28/02/2012.

mencionar: a necessidade de atuação do Poder Judiciário para a concessão de medidas de urgência; para a execução da sentença arbitral; para a própria instituição da arbitragem quando uma das partes não a aceita de forma amigável. [...] Assim, ambas as cláusulas podem conviver harmonicamente, de modo que as áreas de abrangência de uma de outra são distintas, inexistindo qualquer conflito.

A legislação brasileira regula maestralmente o instituto da arbitragem e a sua utilização apenas cresce no Brasil, em especial pela diminuição das dúvidas que ainda pairavam sobre a interpretação do judiciário a respeito de alguns artigos da lei, como será visto mais à frente.<sup>71</sup>

## 2.2. Vantagens da utilização da arbitragem como forma de resolução de conflito

Os contratos, em sua grande maioria, são incompletos, ou seja, incapazes de traduzir todas as necessidades e tensões que convergem para a seara contratual, pois devem resolver conflitos distributivos entre as partes e absorver choques externos, e, portanto, a arbitragem seria uma excelente opção para a resolução dos conflitos que possam surgir dessa relação jurídica.<sup>72</sup>

De acordo com Marcos Nóbrega, isso se justifica pela maior expertise do árbitro em lidar com questões complexas, típica de contratos empresariais, em comparação com o judiciário, além de maior celeridade para resolução do conflito.<sup>73</sup>

Além da capacidade técnica do árbitro, e do menor tempo gasto para julgamento do conflito, podemos listar, ainda, a confidencialidade como característica da arbitragem que é, quase sempre, decisiva na hora da escolha do instituto da arbitragem em detrimento do Judiciário.

---

<sup>71</sup> WALD FILHO, Arnaldo. Novos rumos para a arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, a. 5, n. 16, p. 48-53, jan./mar. 2008.

<sup>72</sup> NÓBREGA, Marcos. Contratos incompletos e infraestrutura: contratos administrativos, concessões de serviços públicos e PPPs. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (Redae)**, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 18, maio/jun./jul. 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-18-MAIO-2009-MARCOS-NOBREGA.pdf>. Acesso em: julho 2013.

<sup>73</sup> Id., 2009.



### 2.2.1. Expertise e experiência do árbitro

A arbitragem funciona perfeitamente bem em contratos incompletos uma vez que o árbitro está em melhores condições de completar o contrato, tendo em vista que é especialista na área em discussão, de modo mais eficiente, pois gera uma melhor qualidade da análise pelo seu conhecimento na área a um custo econômico, em sentido amplo, menor.<sup>74</sup>

A possibilidade de escolha do árbitro pelas partes torna possível que a decisão sempre advenha de pessoa extremamente qualificada para julgar as peculiaridades do caso em concreto.<sup>75</sup>

O árbitro estaria, ainda, em melhores condições de flexibilizar e modernizar a interpretação dos contratos administrativos, tendo em vista que a sua (quase) certa experiência na advocacia empresarial lhe traz uma visão mais concreta de negociações pré-contratuais, das barganhas feitas entre as partes e, claro, das necessidades das partes. Referida experiência nem sempre é alcançada pelos magistrados brasileiros.<sup>76</sup>

Recente estudo realizado pela PricewaterhouseCoopers com diversas empresas que optaram pela arbitragem para a resolução de conflitos contratuais verificou que o aspecto mais importante para a escolha de um árbitro é o seu conhecimento comercial do setor industrial relevante (onde ocorre o conflito), o conhecimento da legislação aplicável ao contrato e, por fim, a experiência com o processo arbitral.<sup>77</sup>

O árbitro, por fim, diferente de um juiz togado, apenas atua em um reduzido número de casos de cada vez, quiçá apenas um, para que possa dar maior atenção ao conflito. Isso, certamente, produz decisões mais justas e precisas ao caso que se analisa.<sup>78</sup>

---

<sup>74</sup> Ibid. 2009.

<sup>75</sup> GONÇALVES, Eduardo Damião. LEÃO, Fernanda de Gouvêa. **Vantagens e desvantagens da arbitragem**. Disponível em: <http://gearbpu Minas.blogspot.com.br/2010/11/artigo-vantagens-e-desvantagens-da.html>. Acesso em: agosto 2013.

<sup>76</sup> NÓBREGA, Marcos. Contratos incompletos e infraestrutura: contratos administrativos, concessões de serviços públicos e PPPs. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (Redae)**, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 18, maio/jun./jul. 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-18-MAIO-2009-MARCOS-NOBREGA.pdf>. Acesso em: julho 2013.

<sup>77</sup> PricewaterhouseCoopers (Inglaterra). **Corporate choices in International Arbitration: Industry perspective**. Londres, 2013, p. 22. Disponível em: <http://www.pwc.com/gx/en/arbitration-dispute-resolution/assets/pwc-international-arbitration-study.pdf>. Acesso em: julho 2013.

<sup>78</sup> GONÇALVES, Eduardo Damião. LEÃO, Fernanda de Gouvêa. **Vantagens e desvantagens da arbitragem**. Disponível em: <http://gearbpu Minas.blogspot.com.br/2010/11/artigo-vantagens-e-desvantagens-da.html>. Acesso em: agosto 2013.

### 2.2.2. Celeridade

O processo arbitral, via de regra, é mais célere que o processo judicial. Isso se dá por dois motivos.

Em primeiro lugar tem-se a ausência de recursos contra a sentença arbitral reduz, em muito, o tempo de tramitação do processo, uma vez que a análise do conflito e a proposta de solução deve ser apresentada uma única vez pelos árbitros escolhidos pelas partes.<sup>79</sup>

Em segundo lugar, as partes determinam os procedimentos a serem seguidos, seus ritos, tempo de duração dos atos, etc. Caso não haja disposição expressa acerca da duração da arbitragem, seja no contrato ou no regulamento da corte de arbitragem escolhida, a Lei de Arbitragem determina que a sentença deve ser proferida em seis meses, contados da data de instituição da arbitragem.<sup>80</sup>

Uma pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) demonstrou o estado em que se encontrava a morosidade dos tribunais de primeira instância brasileiros no ano de 2008, relatando que quase 800 mil ações ficaram totalmente paralisadas em varas judiciais por mais de 100 dias, isso sem levar em consideração os recursos judiciais. Ao final, constatou-se um total de 783 mil feitos paralisados naquele período.<sup>81</sup>

Ora, se o prazo máximo previsto em lei para que seja proferida uma sentença arbitral é de 6 meses, ainda que esse prazo seja dilatado pelas partes em conjunto com o árbitro<sup>82</sup> haveria um ganho substancial de tempo no encerramento do conflito em comparação com uma demanda ajuizada no Poder Judiciário.

### 2.2.3. Confidencialidade

Em primeiro lugar, a confidencialidade deve ser analisada à luz da Lei de Arbitragem, vejamos:<sup>83</sup>

---

<sup>79</sup> Id., 2010.

<sup>80</sup> Lei 9.307/1996. Art. 23. A sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Nada tendo sido convencionado, o prazo para a apresentação da sentença é de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro.

<sup>81</sup> FERMINO, Johannes. **A morosidade no Judiciário em confronto com a função social do processo**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/19936/a-morosidade-no-judiciario-em-confronto-com-a-funcao-social-do-processo>. Acesso em: agosto 2013.

<sup>82</sup> Lei 9.307/1996. Art. 23. Parágrafo único. As partes e os árbitros, de comum acordo, poderão prorrogar o prazo estipulado.

<sup>83</sup> Lei 9.307/1996.

Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes.

[...]

§ 6º No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição.

Sob a ótica legal, a confidencialidade não pode ser afirmada como inerente à arbitragem, uma vez que apenas indica aos árbitros o dever de sigilo, ao determinar que ajam com discrição.

Ocorre que diversos regulamentos de câmaras arbitrais preveem a confidencialidade em seus regulamentos e, ao escolher determinada câmara e concordar com o seu regulamento, a parte, implicitamente, escolhe que a arbitragem seja conduzida segundo as regras de confidencialidade.<sup>84</sup>

Certo é que a confidencialidade, ainda que não expressa no contrato, no regulamento da câmara arbitral ou na legislação, é, quase sempre, utilizada pelas partes em procedimentos arbitrais.<sup>85</sup> É que ao escolher pela arbitragem em detrimento do Judiciário, as partes esperam, legitimamente, que todos os envolvidos resguardem o sigilo do procedimento, da sentença arbitral e de toda e qualquer informação que seja divulgada no curso da arbitragem, sob pena de descumprimento do princípio da boa-fé objetiva.<sup>86</sup>

Considerando-se que o processo judicial e os julgamentos são públicos, via de regra, a confidencialidade da arbitragem evita a exposição indesejada da parte.

#### 2.2.4. Desafogamento do Judiciário

A crise no Judiciário, além de trazer sérios problemas sociais, afeta o trabalho nas mãos dos juízes, vez que estão sempre sobrecarregados, aspectos estes que refletem a queda na qualidade dos serviços prestados.<sup>87</sup> A utilização da arbitragem para questões que tenham por base direitos disponíveis desafogará o Judiciário e permitirá aos juízes uma maior

---

<sup>84</sup> PINTO, José Emílio Nunes. A confidencialidade na arbitragem. In: WALD, Arnaldo (coord). **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo, n. 6, p. 25-36, julho-setembro 2005.

<sup>85</sup> BAPTISTA, Luiz Olavo. **Confidencialidade na arbitragem**. In: V Congresso do Centro de Arbitragem Comercial. São Paulo: Almedina, 2012, p. 197-208.

<sup>86</sup> PINTO, José Emílio Nunes. A confidencialidade na arbitragem. In: WALD, Arnaldo (coord). **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo, n. 6, p. 25-36, julho-setembro 2005.

<sup>87</sup> CASTELLARI, Fernanda Lauren Bonilha. **As vantagens da utilização da arbitragem para desafogamento do Judiciário trabalhista**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/7468/as-vantagens-da-utilizacao-da-arbitragem-para-desafogamento-do-judiciario-trabalhista>. Acesso em: junho 2013.

dedicação às questões jurídicas a eles submetidas e o cumprimento de prazos considerados razoáveis para quem busca a tutela judicial.<sup>88</sup>

Em diversos países a arbitragem já é vista como uma forma alternativa para a solução de conflitos, como na Austrália, Canadá, Estados Unidos e até mesmo no Brasil, onde ainda não é muito utilizada.

Na Austrália houve uma percepção maior da sua importância após a reforma de seu sistema judiciário. Segundo o presidente da comissão de reforma, o juiz David Weisbrot, o judiciário detém uma função irrecusável de governabilidade de um país. O desenvolvimento econômico de um país é prejudicado pela justiça morosa, fruto dos problemas que afetam o judiciário. Na Austrália restou comprovado que a utilização da arbitragem como solução de conflitos contribui para o desenvolvimento econômico do país.<sup>89</sup>

Segundo Weisbrot, após a reforma no judiciário australiano, muitas empresas têm dado preferência a este país (como as empresas de biotecnologia, por exemplo), principalmente por saberem que as demandas judiciais são resolvidas mais rapidamente e que é facultada a solução através de métodos extrajudiciais.<sup>90</sup>

A Lei nº 9.307/96 constitui-se, na verdade, em uma legislação avançada sobre arbitragem e estribada no que há de mais moderno a respeito dos princípios e garantias dos litigantes.

Não obstante a utilização da arbitragem ter crescido substancialmente no país, ainda causa polêmica a possibilidade da participação do Estado e entes que integram a Administração Pública em arbitragens. Isto porque referido diploma legal não dispõe acerca da capacidade do Estado brasileiro se submeter à arbitragem. Esse assunto será, portanto, analisado a seguir.

---

<sup>88</sup> CASTELLARI, Fernanda Lauren Bonilha. **As vantagens da utilização da arbitragem para desafogamento do Judiciário trabalhista**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/7468/as-vantagens-da-utilizacao-da-arbitragem-para-desafogamento-do-judiciario-trabalhista>. Acesso em: junho 2013.

<sup>89</sup> Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: [http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=368&tmp.texto=77761](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=368&tmp.texto=77761). Acesso em: julho 2013.

<sup>90</sup> Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: [http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=368&tmp.texto=77761](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=368&tmp.texto=77761). Acesso em: julho 2013.

### 3. A ARBITRAGEM NOS CONTRATOS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Após analisados os institutos do contrato administrativo e de suas peculiaridades, bem como o funcionamento e principais características da arbitragem, devemos adentrar na análise da utilização da arbitragem em contratos administrativos e dos principais problemas trazidos pela doutrina e jurisprudência atuais.

Dessa forma, será possível concluir pela possibilidade ou não de utilização do referido instituto pela Administração Pública.

#### 3.1. Análise do art. 1 da Lei 9.307/1996 – o que pode ser objeto da arbitragem

Eros Grau<sup>91</sup> entende não haver qualquer motivo que impeça a utilização dos tribunais arbitrais pela Administração Pública. No entanto, não é qualquer matéria que pode ser submetida ao juízo arbitral.<sup>92</sup> Dessa forma, devemos definir o que pode ser objeto de arbitragem.

Segundo alguns autores, seriam disponíveis aqueles direitos em que as partes podem dispor livremente ou, ainda, aqueles passíveis de negociação, cujos bens estejam livres no mercado sem qualquer impedimento, possibilitando, assim, que se submetam à arbitragem para resolução de eventual conflito como forma de exercício da autonomia da vontade. Seriam os direitos patrimoniais.<sup>93</sup>

Inicialmente, os bens públicos estariam atingidos pela indisponibilidade dos interesses públicos, não podendo ser resolvidos por essa forma alternativa de resolução de conflitos.

Segundo Eros Graus<sup>94</sup>:

[...] quando se afirma que a arbitragem se presta para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, isso não significa que não possa a administração socorrer-se dessa via, visando ao mesmo fim.

<sup>91</sup> GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo, n. 32, 2000, p. 14-20.

<sup>92</sup> Código Civil. Art. 852. É vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial.

<sup>93</sup> TIMM, Luciano Benetti. SILVA, Thiago Tavares. **Os contratos administrativos e a arbitragem**. Disponível em: [http://www.sintese.com/doutrina\\_integra.asp?id=1186](http://www.sintese.com/doutrina_integra.asp?id=1186). Acesso em: junho 2013.

<sup>94</sup> GRAU, Eros apud GOMM, Maurício. Brasil: rápidas considerações sobre a arbitragem em contratos de parcerias público-privadas. **Revista de Mediação e Arbitragem Empresarial**. Brasília, n. 11, p. 35, fev. 2005.

Pois não há qualquer correlação entre disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público. 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-los em relação a outros deles [...].

Com posicionamento similar, Selma Lemes entende que a arbitragem pode ser admitida em conflitos que envolvam simples atos de gestão patrimonial.<sup>95</sup>

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, por sua vez, deixa claro que o Estado age com *ius imperium* em determinadas situações e com *ius gestiones* em outras. Podemos realizar essa distinção por dois critérios: (i) o primeiro critério é o da finalidade. Se a finalidade a qual se destina o ato for pública, o ato deve ser considerado de império, se a finalidade for privada, o ato passa a ser de gestão; (ii) o segundo critério é o da natureza do ato. Se o ato puder ser praticado por um particular, independente da finalidade, será ato de império, no entanto, se apenas a Administração Pública puder praticá-lo, será ato de império.<sup>96</sup>

A atuação estatal quando presente o *ius imperium* envolve interesses públicos primários, ou seja, direitos indisponíveis e, como tal, não sujeitos à arbitragem. Já para os conflitos que envolvam o *ius gestiones*, será perfeitamente cabível a aplicação do instituto da arbitragem.<sup>97</sup>

Por fim, o autor nos traz um conceito claro e certo: todos os direitos e interesses da Administração Pública que tenham expressão patrimonial, ou seja, que possam ser monetariamente quantificados e estejam no comércio são disponíveis, em consonância com o artigo 852 do Código Civil.<sup>98</sup>

Assim, podemos verificar que, ainda que o contrato trate de interesses primários, caso seu objeto seja patrimonial, a arbitragem poderá ser utilizada como forma alternativa de solução de conflitos.

---

<sup>95</sup> LEMES, Selma M. Ferreira. **Arbitragem na concessão de serviços públicos – arbitrabilidade objetiva. Confidencialidade ou publicidade processual?** Disponível em: [http://www.selmalemes.com.br/artigos/artigo\\_juri15.pdf](http://www.selmalemes.com.br/artigos/artigo_juri15.pdf). Acesso em: junho 2013.

<sup>96</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo apud LEMES, Selma Ferreira. In: **Anais das palestras proferidas em 2004 na Secretaria Pro Tempore do Conselho de Câmaras de Comércio do Mercosul**. Rio de Janeiro: Confederação Nacional do Comércio, 2004.

<sup>97</sup> Id., 2004.

<sup>98</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Arbitragem nos contratos administrativos. **Revista de direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 209, jul./set 1997, p. 81-90.

### 3.2. A inafastabilidade do controle jurisdicional e a arbitragem na Administração Pública

Conforme já devidamente explicitado no presente trabalho, o princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional assegura a todos, sem qualquer exceção, a possibilidade de acesso ao Judiciário.<sup>99</sup> Alguns autores, em virtude desse princípio, defendem que a arbitragem nos contratos administrativos seria inconstitucional por violar o artigo 5, inciso XXXV, da Constituição Federal.<sup>100</sup>

Não obstante, a Administração Pública, ao optar pela arbitragem em seus contratos administrativos, não desiste do acesso ao Poder Judiciário, não havendo o desrespeito à regra constitucional. O que se almeja com a instituição da arbitragem é, tão somente, uma alternativa à solução do conflito.<sup>101</sup>

Não há qualquer choque com a regra constitucional acima citada. A própria Lei de Arbitragem preceitua, em seus artigos 32 e 33, a possibilidade de invocação do Judiciário contra eventuais ilegalidades no decorrer do procedimento arbitral de forma a proteger os interesses patrimoniais do Estado, senão vejamos:

Art. 32. É nula a sentença arbitral se:

I - for nulo o compromisso;

II - emanou de quem não podia ser árbitro;

III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei;

IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem;

V - não decidir todo o litígio submetido à arbitragem;

VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva;

VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e

VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.

Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a decretação da nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei.

§ 1º A demanda para a decretação de nulidade da sentença arbitral seguirá o procedimento comum, previsto no Código de Processo Civil,

---

<sup>99</sup> ROCHA, Andrea Presas. **Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (direito de ação)**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/14788/principio-da-inafastabilidade-do-controle-jurisdicional-direito-de-acao/2>. Acesso em: agosto 2013.

<sup>100</sup> DALLARI, Adilson Abreu. Arbitragem na concessão de serviço público. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a.32, n. 128, out/dez 1995, p. 63-67.

<sup>101</sup> Id., 1995, p. 63-67.

e deverá ser proposta no prazo de até noventa dias após o recebimento da notificação da sentença arbitral ou de seu aditamento.

§ 2º A sentença que julgar procedente o pedido:

I - decretará a nulidade da sentença arbitral, nos casos do art. 32, incisos I, II, VI, VII e VIII;

II - determinará que o árbitro ou o tribunal arbitral profira novo laudo, nas demais hipóteses.

§ 3º A decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser argüida mediante ação de embargos do devedor, conforme o art. 741 e seguintes do Código de Processo Civil, se houver execução judicial.

Importante ressaltar que o compromisso arbitral vincula tão somente as partes contratantes, não se estendendo a terceiros, que, caso se joguem interessados no conflito, poderão recorrer ao Judiciário.<sup>102</sup> Dessa forma, a arbitragem nos contratos administrativos é possível, devendo-se ter em mente que, por estarem presentes interesses públicos primários, não se pode afastar a propositura de ações populares ou ações civis públicas por terceiros.<sup>103</sup>

Nelson Nery Júnior aduz, ainda, que:<sup>104</sup>

O fato de as partes constituírem compromisso arbitral não significa ofensa ao princípio constitucional do direito de ação. Isto porque somente os direitos disponíveis podem ser objeto de compromisso arbitral, razão por que as partes, quando o celebram, estão abrindo mão da faculdade de fazerem isso na jurisdição estatal, optando pela jurisdição arbitral. Terão, portanto, sua lide decidida pelo árbitro.

Não de outra forma é a posição do Supremo Tribunal Federal (não unânime) que, no julgamento de Agravo Regimental na Sentença Estrangeira n. 5206<sup>105</sup>, trata especificamente desta matéria, senão vejamos trechos dos votos de alguns ministros:

Voto da Ministra Ellen Gracie: Ao instituir a execução específica da cláusula compromissória, a Lei n. 9.307/96 afastou o obstáculo que, até então, tornava praticamente inexistente a arbitragem em nosso país. Toda vez que se quisesse furta a uma solução célere da controvérsia – ou mesmo, ao simples reconhecimento de sua responsabilidade pela quebra do contrato – à parte inadimplente bastava recusar-se a firmar o compromisso arbitral. Ao juízo era vedado substituir-se a esta sua manifestação – ainda que a

<sup>102</sup> TJRJ, Agravo de Instrumento n. 07839/2003, 13 Câmara Cível, 29.10.2003.

<sup>103</sup> DALLARI, Adilson Abreu. Arbitragem na concessão de serviço público. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a.32, n. 128, out/dez 1995, p. 63-67.

<sup>104</sup> NERY Júnior, Nelson. **Princípios de processo civil na Constituição Federal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 86-95.

<sup>105</sup> Brasil, Supremo Tribunal Federal, SE 5206 AgR, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 12/12/2001, DJ 30-04-2004 PP-00029 EMENT VOL-02149-06 PP-00958.



controvérsia, perfeitamente delimitada, decorresse exatamente do desenvolvimento natural do contrato e versasse sobre direitos de natureza disponível.

Voto do Ministro Ilmar Galvão: Não se cuida, entretanto, de ato [refere-se ao pacto compromissório] por meio do qual alguém declara haver renunciado, de forma absoluta, a todo e qualquer direito de ação, a partir de determinado momento, o que seria inadmissível, mas de simples cláusula contratual em que as partes vinculadas a determinada avença, que tenha por objeto direito patrimonial de natureza disponível, deliberem, de livre e espontânea vontade, que toda dúvida que o contrato vier a suscitar será, obviamente, por elas próprias dissipadas de comum acordo; e, com certeza, se não lograrem êxito nesse propósito, será ela, aí já qualificada como controvérsia, resolvida, necessariamente, por terceiro ou por terceiros de sua confiança, cuja decisão será obrigatoriamente acatada.

Podemos concluir que caso a Administração Pública celebre contrato administrativo com o particular, não há qualquer violação ao princípio da inafastabilidade do controle judicial.

### 3.3. Publicidade da Administração X Confidencialidade da Arbitragem

Por muito tempo se considerou que a confidencialidade era uma característica inerente à arbitragem em oposição ao sistema de publicidade presente nos processos judiciais<sup>106</sup>. No Brasil, bem como em todos os países em que a arbitragem foi integrada ao sistema legal, inclusive nos países da “*common law*”, sempre se afirmou que a arbitragem traria vantagens, se comparada ao Poder Judiciário, como a celeridade, a especialização dos árbitros e a confidencialidade. Essa confidencialidade alcançaria árbitros, participantes e intervenientes no procedimento arbitral.<sup>107</sup>

No entanto, acontecimentos na Austrália e na Suécia trouxeram outra perspectiva para o dogma da confidencialidade em procedimentos arbitrais. Segundo os tribunais desses países, o dever de sigilo não é próprio do procedimento arbitral e apenas será exigido se as partes assim convencionarem em cláusula compromissória.

---

<sup>106</sup> KLAMAS, Caroline Cavassin. **Soluções para a quebra do dever de confidencialidade pelas partes na arbitragem**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI179434,21048-Solucoes+para+a+quebra+do+dever+de+confidencialidade+pelas+partes+na>. Acesso em: junho 2013.

<sup>107</sup> PINTO, José Emílio Nunes. A confidencialidade na arbitragem. In: WALD, Arnaldo (coord). **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo, n. 6, p. 25-36, julho-setembro 2005.

O primeiro caso ocorreu na Austrália em 1995. Referimo-nos ao caso bastante conhecido na doutrina arbitral internacional como o “Caso Esso”, enquanto o outro ocorreu na Suécia, em 2000, e é conhecido como o “Caso Bulbank”.<sup>108</sup>

A Lei de Arbitragem é parcialmente silente quanto ao sigilo a ser observado pelas partes em procedimentos arbitrais. Isso porque o artigo 13, § 6º do referido diploma legal assim determina: “No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição”. Verifica-se que a lei apenas traz o dever de confidencialidade – sob a expressão “discrição” - aos árbitros, é o sigilo quanto ao procedimento, seus atos, documentos, informações e dados trazidos pelas partes e, ainda, quanto à própria sentença arbitral.<sup>109</sup>

Quanto às partes, no entanto, a lei brasileira de arbitragem é realmente silente. Algumas instituições arbitrais, em suas regras gerais, determinam o dever de sigilo às partes.<sup>110</sup> Portanto, caso se conclua que o dever de sigilo não é próprio da arbitragem, como ocorreu na Austrália e na Suécia, a escolha de regras institucionais de determinada câmara de arbitragem implicaria na adesão das partes a essa confidencialidade previamente regulada, desde que não haja incompatibilidade com a cláusula compromissória. Se esta nada dispuser a

---

<sup>108</sup> Id., 2005.

<sup>109</sup> Ibid., 2005.

<sup>110</sup> Câmara de Arbitragem da Câmara Brasil-Canadá ARTIGO 14 – SIGILO 14.1. O procedimento arbitral é sigiloso, ressalvadas as hipóteses previstas em lei ou por acordo expresso das partes ou diante da necessidade de proteção de direito de parte envolvida na arbitragem. 14.1.1. Para fins de pesquisa e levantamentos estatísticos, o CAM/CCBC se reserva o direito de publicar excertos da sentença, sem mencionar as partes ou permitir sua identificação. 14.2. É vedado aos membros do CAM/CCBC, aos árbitros, aos peritos, às partes e aos demais intervenientes divulgar quaisquer informações a que tenham tido acesso em decorrência de ofício ou de participação no procedimento arbitral. Câmara de Mediação e Arbitragem de São Paulo (CIESP) Regulamento de Mediação 6.5 - O procedimento de mediação é rigorosamente sigiloso, sendo vedado aos membros da Câmara, ao mediador e às próprias partes divulgar quaisquer informações relacionadas a ele, a que tenham acesso em decorrência de ofício ou de participação no referido procedimento. Conselho Nacional de Instituições de Mediação e Arbitragem – CONIMA, ARTIGO 12º DAS DISPOSIÇÕES FINAIS [...] 2. O processo arbitral é sigiloso sendo vedado às partes, aos árbitros, aos membros da CÂMARA e às pessoas que tenham participado no referido processo, divulgar informações a ele relacionadas. Centro de Arbitragem da Câmara Americana de Comércio de São Paulo 3.2. Os árbitros escolhidos devem ser e permanecer independentes das partes em litígio, desempenhando sua função com indiscutível imparcialidade, independência, competência, diligência, discrição e sigilo. [...] XV.DO SIGILO 15.1. O procedimento arbitral é sigiloso, sendo vedado a todos os membros do Centro de Arbitragem Amcham, aos árbitros, às partes, aos peritos e a quaisquer outros eventualmente envolvidos divulgar quaisquer informações a este relacionados, salvo mediante autorização escrita de todas as partes. Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem – CBMA 11. Provas [...] 11.2.A entrega de material sigiloso será objeto de específica consideração pelo Tribunal Arbitral quanto à conveniência e à oportunidade, obedecidas as disposições havidas entre as partes. Câmara de Arbitragem Empresarial – Brasil – CAMARB XII – DAS DISPOSIÇÕES FINAIS 12.1 O procedimento arbitral será rigorosamente sigiloso, sendo vedado à CAMARB, aos árbitros e às próprias partes divulgar quaisquer informações a que tenham acesso em decorrência de seu ofício ou de sua participação no processo, sem o consentimento de todas as partes, ressalvados os casos em que haja obrigação legal de publicidade.

respeito, seremos forçados a concluir que o sigilo nesse caso se deu por decisão das partes, ainda que por via indireta, pela adesão às disposições de regulamento do órgão arbitral.<sup>111</sup>

Tendo em vista que a cláusula compromissória reveste-se de natureza contratual, devemos analisar, também, a boa-fé objetiva na teoria geral dos contratos para elucidar a dúvida quanto à existência ou não do dever de sigilo às partes.

O professor Miguel Reale conceitua a boa-fé objetiva de forma precisa:<sup>112</sup>

A boa-fé objetiva apresenta-se como uma exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria uma pessoa honesta, proba e leal. Tal conduta impõe diretrizes ao agir no tráfico negocial, devendo-se ter em conta, como lembra Judith Martins Costa, “a consideração para com os interesses do alter, visto como membro do conjunto social que é juridicamente tutelado”. Desse ponto de vista, podemos afirmar que a boa-fé objetiva se qualifica como normativa de comportamento leal. A conduta, segundo a boa-fé objetiva, é assim entendida como noção sinônima de “honestidade pública”.

A arbitragem, como a via eleita para a solução de controvérsias, ainda na fase pré-contratual, é em si mesma uma expectativa das partes e, ao mesmo tempo, o mecanismo para que se mantenha íntegra, ao longo de todo o período de vigência da obrigação, e até mesmo após sua extinção, fase pós-contratual. Tendo em vista que se acredita, conforme já exposto, que o sigilo é uma característica própria do procedimento arbitral, certamente as partes esperam, com base no princípio da boa-fé objetiva, que referida conduta seja materializada antes, durante e após o cumprimento do contrato, em especial caso haja um desequilíbrio contratual que remeta o conflito à uma corte arbitral.<sup>113</sup>

As partes entendem que o conhecimento por parte do público da mera existência da controvérsia ou de dados e informações que sejam trazidos à discussão seja prejudicial, podendo, inclusive, lhes causar prejuízo de ordem patrimonial. Dessa forma, admitindo-se que a confidencialidade seja inerente ao procedimento arbitral, escolhem essa via de resolução de conflitos com a finalidade específica do sigilo.<sup>114</sup>

---

<sup>111</sup> PINTO, José Emílio Nunes. A confidencialidade na arbitragem. In: WALD, Arnaldo (coord). **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo, n. 6, p. 25-36, julho-setembro 2005.

<sup>112</sup> REALE, Miguel. **A boa-fé no Código Civil**. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.htm>. Acesso em Julho 2013.

<sup>113</sup> PINTO, José Emílio Nunes. A confidencialidade na arbitragem. In: WALD, Arnaldo (coord). **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo, n. 6, p. 25-36, julho-setembro 2005.

<sup>114</sup> Id., 2005.

No entanto, seria o dever de sigilo realmente inerente ao procedimento arbitral no ordenamento jurídico brasileiro? Se levarmos em consideração os deveres acessórios de lealdade contratual e o princípio da boa fé objetiva, certamente concluiremos que o sigilo é inerente ao procedimento arbitral, uma vez que as partes criam a expectativa de sua aplicação quando da introdução de uma cláusula compromissória no contrato.<sup>115</sup> A violação desse dever poderá trazer danos ao patrimônio da parte afetada, rompendo-se o que tinha como comportamento leal, fundado na confiança.

O dever de sigilo, entretanto, não pode ser tomado como absoluto.<sup>116</sup> A própria Constituição Federal, em seu artigo 37, consagra o princípio da publicidade dos Atos da Administração Pública. Teríamos, então, um aparente conflito entre um padrão de comportamento exigido das partes e uma disposição constitucional expressa.<sup>117</sup>

A disposição constitucional expressa um comportamento exigido da Administração Pública, que visa a satisfazer o interesse público e para que os administrados possam fiscalizar a Administração Pública, uma vez que todo o poder emana do povo. Não se pode afirmar que o dever de sigilo não se aplique de forma alguma, no entanto, quando presente em contratos administrativos, ele é parcialmente afastado pelo interesse público inerente à Administração, presente no regime jurídico administrativo, conforme expressamente previsto em nossa Carta Magna.<sup>118</sup>

José Emílio Pinto, acerca da utilização do sigilo pela Administração Pública em procedimentos arbitrais defende que:<sup>119</sup>

O princípio da publicidade estará devidamente observado e satisfeito na medida em que se reportem as informações quanto ao andamento do procedimento arbitral envolvendo pessoa jurídica de direito público ou, ainda que de direito privado, mas integrante da Administração, como as sociedades de economia mista, aos órgãos de controle interno e de controle externo da Administração, neste último caso, os Tribunais de Contas. Assim sendo, o princípio da publicidade não elimina a privacidade que caracteriza os atos do procedimento arbitral, os quais continuam restritos aos que dele participam. Invocar o princípio da publicidade dos atos para além desses limites será violar

---

<sup>115</sup> Ibid., 2005.

<sup>116</sup> SEREC, Fernando Eduardo. COES, Eduardo Rabelo Kent. **Confidencialidade de arbitragem é relativizada**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-set-13/confidencialidade-arbitragem-relativizada-mercado>. Acesso em: junho 2013.

<sup>117</sup> PINTO, José Emílio Nunes. A confidencialidade na arbitragem. In: WALD, Arnaldo (coord). **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo, n. 6, p. 25-36, julho-setembro 2005.

<sup>118</sup> Id., 2005.

<sup>119</sup> PINTO, José Emílio Nunes. A confidencialidade na arbitragem. In: WALD, Arnaldo (coord). **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo, n. 6, p. 25-36, julho-setembro 2005.

o dever de sigilo ao qual todos estão adstritos. Da mesma forma que não se exige que os órgãos de controle participem dos atos de negociação de contratos envolvendo o Estado e empresas estatais, já que a lei determina sim que os termos finais sejam reportados a esses órgãos para fins de controle e preservação do interesse público, seria descabido negar a aplicabilidade da privacidade em procedimentos arbitrais de que participem o Estado e suas empresas.

As companhias abertas devem, em virtude do interesse público e da legislação brasileira, divulgar fatos que possam, de alguma maneira, afetar os seus resultados e desempenhos. Devem, portanto, emitir “Fatos Relevantes” e incluir notas explicativas às demonstrações financeiras que venham a ser publicadas.<sup>120</sup> O cumprimento desses deveres legais serve para proteção do interesse público, cabendo aos administradores e respectivos reguladores zelar, a um só tempo, pela divulgação da informação e preservação do dever de sigilo.<sup>121</sup>

João Bosco Lee e outros autores<sup>122</sup>, de outra forma, defendem que o sigilo não seria um requisito essencial da arbitragem, uma vez que “a expectativa das partes em ter uma arbitragem resguardada pela confidencialidade dependerá [...], principalmente, da vontade das partes que podem estipular, por via contratual, a confidencialidade da arbitragem”.<sup>123</sup>

Sob esse ponto de vista, como a legislação brasileira não determina o sigilo às partes e a Constituição Federal traz expressamente o dever de publicidade para a Administração Pública, seria perfeitamente possível um procedimento arbitral sem que a confidencialidade seja exigida das partes, podendo, inclusive, haver a divulgação das informações e andamento do procedimento arbitral, resguardadas informações que versem sobre segredos de comércio, tecnologia, procedimentos de produção, conhecimentos especializados, *know how* dos contratantes, ou faturamento, uma vez que a divulgação dessas informações pode trazer prejuízos substanciais à empresa.<sup>124</sup>

---

<sup>120</sup> WEBER, Ana Carolina. **Confidencialidade na arbitragem estatutária**. Disponível em: <http://alfonsin.com.br/confidencialidade-na-arbitragem-estatutaria/>. Acesso em: Junho 2013.

<sup>121</sup> PINTO, José Emilio Nunes. A confidencialidade na arbitragem. In: WALD, Arnaldo (coord). **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo, n. 6, p. 25-36, julho-setembro 2005.

<sup>122</sup> OLIVEIRA, Pedro Alberto Costa Braga. **Desmistificação de algumas das vantagens normalmente atribuídas à arbitragem**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/3125/desmisticacao-de-algumas-das-vantagens-normalmente-atribuidas-a-arbitragem>. Acesso em: Junho 2013.

<sup>123</sup> LEE, João Bosco. O princípio da confidencialidade na arbitragem comercial internacional. In: MENEZES, Wagner (org). **O direito internacional e o direito brasileiro: homenagem a José Francisco Rezek**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2004. P. 740.

<sup>124</sup> LEMES, Selma M. Ferreira. **Arbitragem na concessão de serviços públicos – arbitrabilidade objetiva. Confidencialidade ou publicidade processual?** Disponível em: [http://www.selmalemes.com.br/artigos/artigo\\_juri15.pdf](http://www.selmalemes.com.br/artigos/artigo_juri15.pdf). Acesso em: junho 2013.

Tendo em vista que ainda não há posicionamento pacificado do Poder Judiciário a respeito do sigilo ser inerente (ou não) ao procedimento arbitral em nosso país, e muito embora se acredite que o dever de sigilo em procedimento arbitral seja compatível com o contrato administrativo, as empresas privadas, ao contratar com a Administração Pública, devem se resguardar e admitir a possibilidade de que, eventualmente, ao submeter um conflito à arbitragem, o procedimento será público, tal qual um processo judicial.<sup>125</sup>

#### 3.4. A importância da arbitragem para atrair investimentos privados

A necessidade de investimento externo é uma característica dos países em desenvolvimento, como o Brasil. No entanto, investidores receosos da justiça estatal buscam maior segurança no momento de optar pelo local onde serão investidos seus recursos. A utilização da arbitragem deve ser considerada como um dos fatores que fazem o capital externo se transformar em investimento no Estado.<sup>126</sup>

O Direito Administrativo brasileiro está atrelado a uma cultura conservadora e que dificilmente aceita colaboração e isonomia entre o público e o privado. No entanto, devemos ter em mente que a intenção do Estado em alcançar o interesse público em sua plenitude apenas se concretizará mediante a união de esforços com as empresas privadas, atraindo investimento em áreas como infraestrutura e energia, e propiciando um crescimento veloz da economia e o desenvolvimento estatal.<sup>127</sup>

Segundo Oliveira Ascensão, o crescimento do Estado está na interação perfeita entre direito público e direito privado, sem que, contudo, um absorva o outro.<sup>128</sup>

Nesse diapasão, é necessário um Direito Administrativo que valorize os contratos com o ente privado, tendo em vista que cumprimento (ou não) dos contratos em curso ou finalizados serão considerados por novos investidores como um balizador da boa-fé contratual

---

<sup>125</sup> PINTO, José Emílio Nunes. A confidencialidade na arbitragem. In: WALD, Arnaldo (coord). **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo, n. 6, p. 25-36, julho-setembro 2005.

<sup>126</sup> REINERT, Edison Eduardo Borgo. Contratos Administrativos e a aplicabilidade da Lei de Arbitragem. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 23, agosto/setembro/outubro, 2010. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-23-AGOSTO-2010-EDISON-EDUARDO-BORGO.pdf>. Acesso em: julho 2013.

<sup>127</sup> TIMM, Luciano Benetti. SILVA, Thiago Tavares. **Os contratos administrativos e a arbitragem**. Disponível em: [http://www.sintese.com/doutrina\\_integra.asp?id=1186](http://www.sintese.com/doutrina_integra.asp?id=1186). Acesso em: junho 2013.

<sup>128</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito. Introdução e teoria geral: uma perspectiva luso-brasileira**. Coimbra: Almedina, 1991. p. 311.

do Estado, funcionando como uma alavanca para uma economia sólida que atraia um montante alto de investimento privado.<sup>129</sup>

A decorrência lógica dessa mudança seria um Direito Administrativo mais flexível, com uma visão de negociação, o que já vem ocorrendo nos últimos anos.<sup>130</sup> Políticas que incentivem a cooperação das partes para o cumprimento do que foi originalmente pactuado trazem um risco menor para os investidores privados, que teriam uma pequena preocupação com constantes mudanças de decisões política e, conseqüentemente, quase nenhuma insegurança financeira (dadas as variáveis já conhecidas quando da assinatura do contrato).<sup>131</sup>

Nada mais óbvio às partes (considerando que uma delas sempre é o Estado) que desejam firmar um contrato em pé de igualdade a priorização de uma forma de resolução de conflitos na qual haja celeridade processual, entendimento especializado dos julgadores acerca da matéria que se discute e previsão dos custos processuais antes do início do procedimento. Não apenas para um futuro descumprimento contratual, uma vez que as cláusulas contratuais certamente já abarcam todas as situações de inadimplemento visualizadas pelas partes, mas especialmente para as lacunas contratuais, que deverão ser interpretadas por um terceiro imparcial quando as partes não chegarem a um entendimento.<sup>132</sup>

Interessante estudo foi realizado pela PricewaterhouseCoopers em que se demonstrou que a privacidade das partes, os aspectos de flexibilidade no procedimento e a livre escolha dos árbitros que julgarão a lide são critérios que estimulam as empresas a utilizarem a arbitragem.<sup>133</sup>

A alteração da visão conservadora do Estado vem produzindo efeitos concretos e trazendo vantagens à coletividade, como os contratos de concessão vinculados à ampliação da Rodovia dos Imigrantes, em São Paulo com a empresa Ecovias, e a construção do Eurotúnel, em cujas situações a arbitragem foi largamente utilizada.<sup>134</sup>

---

<sup>129</sup> TIMM, Luciano Benetti. SILVA, Thiago Tavares. **Os contratos administrativos e a arbitragem**. Disponível em: [http://www.sintese.com/doutrina\\_integra.asp?id=1186](http://www.sintese.com/doutrina_integra.asp?id=1186). Acesso em: junho 2013.

<sup>130</sup> NETTO, Cássio Telles Ferreira. **Contratos administrativos e arbitragem**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 32.

<sup>131</sup> TIMM, Luciano Benetti; DRUCK, Tatiana Oliveira. O contrato de parcerias público-privadas no ambiente contratual brasileiro. In: TIMM, Luciano Benetti; CASTRO, José Augusto Dias de (Orgs.). **Estudo sobre as parcerias público-privadas**. São Paulo: IOB-Thomson, 2006. p. 157.

<sup>132</sup> TIMM, Luciano Benetti. SILVA, Thiago Tavares. **Os contratos administrativos e a arbitragem**. Disponível em: [http://www.sintese.com/doutrina\\_integra.asp?id=1186](http://www.sintese.com/doutrina_integra.asp?id=1186). Acesso em: junho 2013.

<sup>133</sup> PricewaterhouseCoopers (Inglaterra). *International Arbitration: a study into corporate attitudes and practices*. Londres, 2006, p. 32. Disponível em: <http://www.arbitrationonline.org/research/Corpattitempirical/>. Acesso em: julho 2013.

<sup>134</sup> LEMES, Selma. **Uso da arbitragem na Administração Pública**. Disponível em: <http://aplicativos.am.sebrae.com.br/camam/v2/vernoticia.asp?id=41>. Acesso em: agosto 2013.

### 3.5. Análise jurisprudencial da utilização da arbitragem pela Administração Pública

O Judiciário brasileiro já demonstra a alteração trazida pela Lei 9.307/1996 e, após alguns anos da entrada em vigência da Lei de Arbitragem, algumas questões antes controversas começam a se definir.

Em 1973, o Supremo Tribunal Federal julgou o conhecido “caso Lage”. Senão vejamos:<sup>135</sup>

INCORPORAÇÃO, BENS E DIREITOS DAS EMPRESAS ORGANIZAÇÃO LAGE E DO ESPOLIO DE HENRIQUE LAGE. JUÍZO ARBITRAL. CLÁUSULA DE IRRECORRIBILIDADE. JUROS DA MORA. CORREÇÃO MONETÁRIA. 1. LEGALIDADE DO JUÍZO ARBITRAL, QUE O NOSSO DIREITO SEMPRE ADMITIU E CONSGROU, ATÉ MESMO NAS CAUSAS CONTRA A FAZENDA. PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2. LEGITIMIDADE DA CLÁUSULA DE IRRECORRIBILIDADE DE SENTENÇA ARBITRAL, QUE NÃO OFENDE A NORMA CONSTITUCIONAL. 3. JUROS DE MORA CONCEDIDOS, PELO ACÓRDÃO AGRAVADO, NA FORMA DA LEI, OU SEJA, A PARTIR DA PROPOSITURA DA AÇÃO. RAZOAVEL INTERPRETAÇÃO DA SITUAÇÃO DOS AUTOS E DA LEI N. 4.414, DE 1964. 4. CORREÇÃO MONETÁRIA CONCEDIDA, PELO TRIBUNAL A QUO, A PARTIR DA PUBLICAÇÃO DA LEI N. 4.686, DE 21.6.65. DECISÃO CORRETA. 5. AGRAVO DE INSTRUMENTO A QUE SE NEGOU PROVIMENTO.

Ainda que o caso tenha sido julgado sem a aplicação da Constituição Federal de 1988 ou a Lei de Arbitragem de 1996, referido caso deve ser estudado por constituir um marco histórico na arbitragem brasileira.<sup>136</sup> No referido caso o Supremo Tribunal Federal reconheceu a validade de arbitragem realizada entre a União Federal e o espólio do Sr. Henrique Lage.<sup>137</sup> Referida decisão afastou as dúvidas existentes, à época, acerca da possibilidade da União utilizar o instituto da arbitragem no âmbito privado.

O caso AES Uruguaiana Empreendimentos Ltda. x CEEE – Companhia Estadual de Energia Elétrica, julgado em 2007 pelo Superior Tribunal de Justiça, reconheceu a validade da

<sup>135</sup> Brasil, Supremo Tribunal Federal. AI 52181, Relator(a): Min. BILAC PINTO, Tribunal Pleno, julgado em 14/11/1973, DJ 15-02-1974 PP-00720 EMENT VOL-00936-01 PP-00042.

<sup>136</sup> MAGALHÃES, José Carlos. **Do Estado na arbitragem**. São Paulo: Ed. Max Limonad, 1988, p. 52.

<sup>137</sup> BARBOSA, Joaquim Simões. SOUZA, Carlos Affonso Pereira. Arbitragem nos Contratos Administrativos: panorama de uma discussão a ser resolvida. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (Coord). **Arbitragem interna e internacional (questões de doutrina e da prática)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 267-291.



cláusula compromissória nos contratos firmados pela Administração Pública com o particular.<sup>138</sup>

PROCESSO CIVIL. JUÍZO ARBITRAL. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ART. 267, VII, DO CPC. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. DIREITOS DISPONÍVEIS.

1. Cláusula compromissória é o ato por meio do qual as partes contratantes formalizam seu desejo de submeter à arbitragem eventuais divergências ou litígios passíveis de ocorrer ao longo da execução da avença. Efetuado o ajuste, que só pode ocorrer em hipóteses envolvendo direitos disponíveis, ficam os contratantes vinculados à solução extrajudicial da pendência.

2. A eleição da cláusula compromissória é causa de extinção do processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, inciso VII, do Código de Processo Civil.

3. São válidos e eficazes os contratos firmados pelas sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços (CF, art. 173, § 1º) que estipulem cláusula compromissória submetendo à arbitragem eventuais litígios decorrentes do ajuste.

4. Recurso especial provido.

É possível inferir, ainda, deste julgamento que os direitos e obrigações presentes nos contratos administrativos firmados pelo Estado que versarem sobre serviços públicos de natureza industrial ou atividade econômica de produção ou comercialização de bens, desde que visem ao lucro, serão considerados como disponíveis, logo, poderão submeter-se à arbitragem.<sup>139</sup>

Existem outros julgados que acompanham o mesmo entendimento citado, como o Recurso Especial 904.813/PR<sup>140</sup> de 2012 e o Mandado de Segurança n. 11.308<sup>141</sup> de 2008, ambos julgados pelo STJ.

Resta claro, portanto, que o Judiciário brasileiro, em especial os Tribunais Superiores, está caminhando no sentido de pacificar o entendimento de que a adoção da arbitragem pela Administração Pública em contratos administrativos (bem como nos contratos da

---

<sup>138</sup> REsp 606345/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/05/2007, DJ 08/06/2007, p. 240.

<sup>139</sup> TIMM, Luciano Benetti. SILVA, Thiago Tavares. **Os contratos administrativos e a arbitragem**. Disponível em: [http://www.sintese.com/doutrina\\_integra.asp?id=1186](http://www.sintese.com/doutrina_integra.asp?id=1186). Acesso em: junho 2013.

<sup>140</sup> Brasil, Superior Tribunal de Justiça. REsp 904.813/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/10/2011, DJe 28/02/2012.

<sup>141</sup> Brasil, Superior Tribunal de Justiça. MS 11.308/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/04/2008, DJe 19/05/2008.

Administração) não ferem os princípios constitucionais e estão de acordo com o ordenamento jurídico vigente.

## CONCLUSÃO

Não obstante existirem posicionamentos em sentido contrário, adota-se, no presente trabalho, a teoria de que a Administração Pública pode firmar contratos sob o regime jurídico do Direito Privado ou contratos pelo regime jurídico de Direito Público.

Os contratos regidos pelo direito público, chamados de contratos administrativos, estão vinculados a interesses públicos primários, uma vez que tratam de interesses gerais da coletividade e, portanto, indisponíveis. Os contratos privados, por sua vez, tratam de interesses públicos secundários, que correspondem aos atos de gestão da Administração, são direitos disponíveis.

Tendo em vista que, em um primeiro momento, o interesse público (especialmente se primário) deve se sobrepor aos interesses individuais, o Estado detém elementos que permitem a alteração unilateral dos contratos administrativos para a concretização de seus interesses, as cláusulas exorbitantes. No entanto, já se admite a relativização da antinomia interesse público X interesse privado, de modo que deve haver uma integração entre ambos, o que facilmente pode ser alcançado por meio de negociações na fase pré-contratual e contratual, em detrimento da imposição do contrato pela Administração.

A utilização da arbitragem pela Administração Pública em seus contratos (e o cumprimento da cláusula arbitral, por óbvio) é uma consequência lógica dessa nova visão negocial do Estado, em especial para a atração de investidores privados e/ou internacionais para áreas como infraestrutura e energia.

Muito embora diversos autores vejam entraves para a possibilidade jurídica da arbitragem nos contratos administrativos, entende-se que a arbitragem é plenamente compatível com o regime jurídico administrativo e com a ordem constitucional.

Não há dúvidas de que a Administração Pública possui capacidade jurídica para contratar podendo, de acordo com o artigo 1 da Lei 9.307/1996, ser parte em arbitragem.

Acerca do objeto da arbitragem, verificou-se que os interesses públicos primários são indisponíveis e não poderiam ser, em uma análise simplista, objeto de arbitragem. Os interesses públicos secundários, por sua vez, são disponíveis, podendo ser discutidos em procedimento arbitral. Existem, entretanto, contratos administrativos que versam sobre interesses disponíveis, de modo que os contratos administrativos poderiam ser objeto de arbitragem.

Alguns autores afirmam, ainda, que seria inviável a utilização da arbitragem pela Administração em virtude do princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional. Esse posicionamento não merece prosperar. Conforme estudo detalhado, restou demonstrado que a Administração Pública, ao optar pela arbitragem em seus contratos administrativos, não desiste do acesso ao Poder Judiciário. A possibilidade de invocação do Judiciário contra eventuais ilegalidades no decorrer do procedimento arbitral de forma a proteger os interesses patrimoniais do Estado continua válida e caso terceiros se juguem interessados no conflito, poderão recorrer ao Judiciário.

Considerando, ainda, o dever de publicidade a que está sujeita a Administração e a confidencialidade da arbitragem, verifica-se que não há qualquer conflito de normas, seja pelo posicionamento de que a confidencialidade não está expressa na lei, podendo as partes dela abrir mão caso desejem, conferindo sigilo apenas a documentos sensíveis ao mercado, seja pela posição de que a Administração não necessita publicizar todos os seus atos, mas deva reportar as informações quanto ao andamento do procedimento arbitral aos órgãos de controle interno e de controle externo da Administração, neste último caso, os Tribunais de Contas.

Por fim, a utilização da arbitragem pela Administração Pública causaria a diminuição de demandas levadas ao Poder Judiciário, o que representa o desafogamento de varas judiciais e a consequente prestação judicial mais eficiente à coletividade.

O que se verifica com o presente trabalho é que a Administração Pública não só pode, como deve, utilizar a arbitragem em seus contratos, sejam eles de natureza privada ou pública (os contratos administrativos), caso o objeto trate de direitos disponíveis, uma vez que a arbitragem é coerente com o regime jurídico administrativo. A arbitragem, se comparado ao Poder Judiciário, oferece vantagens como eficiência, celeridade e desafogamento de varas judiciais. Tendo em vista que o contrato, muitas vezes ainda está em fase de cumprimento, a utilização da via arbitral pode significar a satisfação do interesse público primário, com a resolução imediata do conflito surgido, e a continuação do cumprimento integral do contrato firmado.

## Referências Bibliográficas

ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito. Introdução e teoria geral: uma perspectiva luso-brasileira**. Coimbra: Almedina, 1991.

BAPTISTA, Luiz Olavo. Confidencialidade na arbitragem. In: **V Congresso do Centro de Arbitragem Comercial**. São Paulo: Almedina, 2012, p. 197-208.

BARBOSA, Joaquim Simões. SOUZA, Carlos Affonso Pereira. Arbitragem nos Contratos Administrativos: panorama de uma discussão a ser resolvida. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (Coord). **Arbitragem interna e internacional (questões de doutrina e da prática)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 267-291.

CASTELLARI, Fernanda Lauren Bonilha. **As vantagens da utilização da arbitragem para desafogamento do Judiciário trabalhista**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/7468/as-vantagens-da-utilizacao-da-arbitragem-para-desafogamento-do-judiciario-trabalhista>. Acesso em: junho 2013.

CASTRO, José Augusto Dias de (Orgs.). **Estudo sobre as parcerias público-privadas**. São Paulo: IOB-Thomson, 2006.

CRETELLA JUNIOR, José. **Direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1983.

DALLARI, Adilson Abreu. Arbitragem na concessão de serviço público. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a.32, n. 128, out/dez 1995.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FERMINO, Johannes. **A morosidade no Judiciário em confronto com a função social do processo**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/19936/a-morosidade-no-judiciario-em-confronto-com-a-funcao-social-do-processo>. Acesso em: agosto 2013.

FERREIRA NETTO, Cássio Telles. **Contratos administrativos e arbitragem**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

GONÇALVES, Eduardo Damião. LEÃO, Fernanda de Gouvêa. **Vantagens e desvantagens da arbitragem**. Disponível em: <http://gearbpu Minas.blogspot.com.br/2010/11/artigo-vantagens-e-desvantagens-da.html>. Acesso em: agosto 2013.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**, 3. Tomo: El Acto administrativo. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003.

GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. **Revista da Escola Paulista da Magistratura**, v.3, n. 2, p. 52, julho/dezembro, 2002.

\_\_\_\_\_. Arbitragem e contrato administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo, n. 32, 2000.

GRAU, Eros *apud* GOMM, Maurício. Brasil: rápidas considerações sobre a arbitragem em contratos de parcerias público-privadas. **Revista de Mediação e Arbitragem Empresarial**, Brasília, n. 11, p. 35, fev. 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, n. 10, julho/dezembro, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

KLAMAS, Caroline Cavassin. **Soluções para a quebra do dever de confidencialidade pelas partes na arbitragem**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI179434,21048-Solucoes+para+a+quebra+do+dever+de+confidencialidade+pelas+partes+na>. Acesso em: junho 2013.

LEE, João Bosco. O princípio da confidencialidade na arbitragem comercial internacional. In: MENEZES, Wagner (org). **O direito internacional e o direito brasileiro: homenagem a José Francisco Rezek**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2004. p. 740.

LEMES, Selma M. Ferreira. **Arbitragem na concessão de serviços públicos – arbitrabilidade objetiva. Confidencialidade ou publicidade processual?** Disponível em: [http://www.selmalemes.com.br/artigos/artigo\\_juri15.pdf](http://www.selmalemes.com.br/artigos/artigo_juri15.pdf). Acesso em: junho 2013.

LEMES, Selma. **Uso da arbitragem na Administração Pública**. Disponível em: <http://aplicativos.am.sebrae.com.br/camam/v2/vernoticia.asp?id=41>. Acesso em: agosto 2013.

MAGALHÃES, José Carlos. **Do Estado na arbitragem**. São Paulo: Ed. Max Limonad, 1988, p. 52.

MEIRELLES, Hely Lopes; AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 88.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo apud LEMES, Selma Ferreira. In: **Anais das palestras proferidas em 2004 na Secretaria Pro Tempore do Conselho de Câmaras de Comércio do Mercosul**. Rio de Janeiro: Confederação Nacional do Comércio, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Arbitragem nos contratos administrativos. **Revista de direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 209, jul./set 1997.

NERY Júnior, Nelson. **Princípios de processo civil na Constituição Federal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

NÓBREGA, Marcos. Contratos incompletos e infraestrutura: contratos administrativos, concessões de serviços públicos e PPPs. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (Redae)**, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 18, maio/jun./jul. 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-18-MAIO-2009-MARCOS-NOBREGA.pdf>. Acesso em: julho 2013.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino. **Contratos Administrativos**. Disponível em: [http://www.justinodeoliveira.com.br/wp-content/uploads/2012/05/Tema-9-Contratosadministrativos\\_VF.pdf](http://www.justinodeoliveira.com.br/wp-content/uploads/2012/05/Tema-9-Contratosadministrativos_VF.pdf). Acesso em: agosto 2013.

OLIVEIRA, Pedro Alberto Costa Braga. **Desmistificação de algumas das vantagens normalmente atribuídas à arbitragem.** Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/3125/desmisticacao-de-algumas-das-vantagens-normalmente-atribuidas-a-arbitragem>. Acesso em: Junho 2013.

PINTO JÚNIOR, Mário Engler. **Empresa estatal: função econômica e dilemas societários.** São Paulo: Atlas, 2010.

PINTO, José Emílio Nunes. A confidencialidade na arbitragem. In: WALD, Arnaldo (coord). **Revista de Arbitragem e Mediação.** São Paulo, n. 6, p. 25-36, julho-setembro 2005.

PricewaterhouseCoopers (Inglaterra). **Corporate choices in International Arbitration: Industry perspective.** Londres, 2013, p. 22. Disponível em: <http://www.pwc.com/gx/en/arbitration-dispute-resolution/assets/pwc-international-arbitration-study.pdf>. Acesso em: julho 2013.

PricewaterhouseCoopers (Inglaterra). **International Arbitration: a study into corporate attitudes and practices.** Londres, 2006, p. 32. Disponível em: <http://www.arbitrationonline.org/research/Corpattitempirical/>. Acesso em: julho 2013.

REALE, Miguel. **A boa-fé no Código Civil.** Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.htm>. Acesso em Julho 2013.

REINERT, Edison Eduardo Borge. Contratos Administrativos e a aplicabilidade da Lei de Arbitragem. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 23, agosto agosto/setembro/outubro, 2010. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-23-AGOSTO-2010-EDISON-EDUARDO-BORGO.pdf>. Acesso em: julho 2013.

ROCHA, Andrea Presas. **Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (direito de ação).** Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/14788/principio-da-inafastabilidade-do-controle-jurisdicional-direito-de-acao/2>. Acesso em: agosto 2013.

SEREC, Fernando Eduardo. COES, Eduardo Rabelo Kent. **Confidencialidade de arbitragem é relativizada.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-set-13/confidencialidade-arbitragem-relativizada-mercado>. Acesso em: junho 2013.



SILVA, Shyrley Souza. **O interesse Público na jurisprudência do STJ: uma abordagem sobre a fixação de conteúdos normativos pelo raciocínio judiciário.** Disponível em: [http://www.uff.br/ppgsd/dissertacoes/shirley\\_souza2009.pdf](http://www.uff.br/ppgsd/dissertacoes/shirley_souza2009.pdf). Acesso em: agosto 2013.

TIMM, Luciano Benetti; DRUCK, Tatiana Oliveira. O contrato de parcerias público-privadas no ambiente contratual brasileiro. In: TIMM, Luciano Benetti; CASTRO, José Augusto Dias de (Orgs.). **Estudo sobre as parcerias público-privadas.** São Paulo: IOB-Thomson, 2006.

TIMM, Luciano Benetti. SILVA, Thiago Tavares. **Os contratos administrativos e a arbitragem.** Disponível em: [http://www.sintese.com/doutrina\\_integra.asp?id=1186](http://www.sintese.com/doutrina_integra.asp?id=1186). Acesso em: junho 2013.

TOMAZINI, André de Camargo Salles. **A arbitragem como meio de resolução de conflitos nos contratos administrativos previstos na lei da Agência Nacional do Petróleo.** Monografia apresentada perante a Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Julho 2009

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida. **O princípio da supremacia do interesse público: Uma visão crítica da sua devida conformação e aplicação.** Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9092](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9092). Acesso em: agosto 2013.

WALD FILHO, Arnaldo. Novos rumos para a arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, a. 5, n. 16, p. 48-53, jan./mar. 2008.

WEBER, Ana Carolina. **Confidencialidade na arbitragem estatutária.** Disponível em: <http://alfonsin.com.br/confidencialidade-na-arbitragem-estatutaria/>. Acesso em: Junho 2013.

## **Decisões judiciais**

Superior Tribunal de Justiça. Disponível em:

[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=368&tmp.texto=77761](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=368&tmp.texto=77761).

Acesso em: julho 2013.

TJRJ, Agravo de Instrumento n. 07839/2003, 13 Câmara Cível, 29.10.2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 762952/PI, da Segunda Turma, Relator Ministro Humberto Martins, 11 de junho de 2010.

Brasil, Supremo Tribunal Federal, SE 5206 AgR, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 12/12/2001, DJ 30-04-2004 PP-00029 EMENT VOL-02149-06 PP-00958.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. REsp 904813/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/10/2011, DJe 28/02/2012.

Brasil, Superior Tribunal de Justiça. REsp 904.813/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/10/2011, DJe 28/02/2012.

Brasil, Superior Tribunal de Justiça. MS 11.308/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/04/2008, DJe 19/05/2008.

Brasil, Superior Tribunal de Justiça. REsp 606345/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/05/2007, DJ 08/06/2007, p. 240.