

Pontos polêmicos relativos à utilização da arbitragem no âmbito das contratações regidas pela nova Lei de Licitações

Carlos Antonio Matos da Silva

Especialista em Direito Processual Civil e em Direito Público pela Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo (MPSP). Mestre em Direito pela Escola Paulista de Direito (EPD). Doutorando em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Autor do livro *A arbitragem na nova Lei de Licitações e Contratações* (Fórum, 2024). Instrutor no Centro de Estudos Jurídicos da Procuradoria-Geral do Município de São Paulo (PGM SP). Procurador do município de São Paulo, com experiência nas áreas de Licitações e de Meios Extrajudiciais de Soluções de Controvérsias.

Resumo: Este artigo analisa os pontos que mais suscitam polêmicas para a utilização da arbitragem no âmbito das contratações regidas pela nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. O interesse público, cujo titular é o Estado, corresponde ao conjunto de interesses intergeracionais que as pessoas particularmente têm enquanto partícipes da sociedade. A Administração Pública, ante o seu caráter instrumental, tem o dever-poder de gerir, conservar e tutelar o interesse primário, nos termos da finalidade pública prevista em lei, não podendo dele dispor. A indisponibilidade do interesse público será assegurada quando os bens e direitos do Estado que comportem função patrimonial ou financeira forem explorados de modo mais intenso possível, ou negociados. A arbitrabilidade subjetiva confunde-se com a capacidade de contratar, o que possibilita ao Estado utilizar a jurisdição arbitral. Quanto à arbitrabilidade objetiva, o sistema normativo limitou o emprego da jurisdição arbitral às questões relativas a direito patrimonial disponível. A jurisdição arbitral, em razão de suas características ínsitas, mostra-se, em regra, adequada para dirimir litígios complexos e de elevado valor econômico, inusuais ao Estado-juiz. Além dessas características inatas à arbitragem, a Administração Pública tem de considerar, casuisticamente, o vulto da contratação, a complexidade do objeto e as condições peculiares à seleção dos licitantes e à sua contratação, a fim de alcançar a conclusão acerca da adequabilidade ou inadequabilidade da adoção da jurisdição arbitral.

Palavras-chave: Interesse público indisponível. Arbitragem. Direito patrimonial disponível. Adequabilidade da jurisdição arbitral.

Sumário: 1 Introdução – 2 Indisponibilidade do interesse público – 3 Arbitrabilidade subjetiva e objetiva da Administração Pública – 4 (In)adequabilidade da utilização da arbitragem no âmbito das contratações regidas pela nova Lei de Licitações – 5 Considerações finais – Referências

1 Introdução

O objetivo deste trabalho é analisar os pontos que mais suscitam polêmicas para a utilização da arbitragem no âmbito das contratações regidas pela nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

Essa delimitação tem por hipótese que os órgãos de controle e o administrador público, em regra, estendem indevidamente a indisponibilidade do interesse público ao regime jurídico a que se submetem os bens e direitos do Estado.

A escolha dessa hipótese de trabalho e dessa delimitação considera que a indisponibilidade do interesse público será assegurada quando os bens e direitos do Estado que comportem função patrimonial ou financeira forem explorados de modo mais intenso possível, ou negociados. Junto disso, reputa-se que a jurisdição arbitral, em razão de suas características inatas, mostra-se, geralmente, adequada para dirimir litígios complexos e de elevado valor econômico, inusuais ao Estado-juiz.

Assim, por didatismo, examina-se, no item 2, o atual entendimento acerca da indisponibilidade do interesse público.

No item 3, analisa-se o filtro legal das pessoas que podem se valer da arbitragem (arbitrabilidade subjetiva), bem como das matérias que podem ser resolvidas pela jurisdição arbitral (arbitrabilidade objetiva).

No item 4, aborda-se as características inatas à arbitragem que envolva a Administração Pública, de modo a fornecer subsídios para a tomada de decisão acerca da adequabilidade ou inadequabilidade de sua adoção para dirimir litígios relativos a direito patrimonial disponível.

Para cumprir o objetivo deste trabalho, analisam-se as produções teóricas de eminentes doutrinadores, aproveitando-as no desenvolvimento de todo o texto.

2 Indisponibilidade do interesse público

A indisponibilidade do interesse público, apesar de não constar expressamente do texto da Constituição Federal de 1988, trata-se de princípio geral de direito, ínsito a qualquer sociedade democrática.

O interesse público (ou interesse primário), cujo titular é o Estado, corresponde ao conjunto de interesses intergeracionais que as pessoas particularmente têm enquanto partícipes da sociedade.

Dessume-se, portanto, que o interesse primário não existe como realidade autônoma, pois está vinculado ao interesse de cada uma das partes que compõem o corpo social.

Sem embargo, isso não significa que não possa haver interesse público contrário a determinado interesse individual. Com efeito, o interesse individual (ou de um grupo de pessoas singularmente consideradas) pode coincidir¹ ou divergir do interesse público primário, porquanto este resulta do conjunto de interesses

¹ “Pode, entretanto, o interesse público coincidir com o de particulares, como ocorre normalmente nos atos administrativos negociais e nos contratos públicos, casos em que é lícito conjugar a pretensão do particular com o interesse coletivo” (MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 98).

intergeracionais que as pessoas particularmente têm enquanto partícipes da sociedade, ao passo que aquele é atinente aos assuntos convenientes para a vida particular da pessoa, singularmente considerada.

O que não se admite é a existência de interesse primário que seja discordante do interesse de cada um dos membros da sociedade, quando considerados simultaneamente.

Nesse sentido, aliás, é o conceito lógico-jurídico de interesse público fornecido por Celso Antônio Bandeira de Mello, senão vejamos:

Deveras, corresponderia ao mais cabal contrassenso que o bom para todos fosse o mal de cada um, isto é, que o interesse de todos fosse um anti-interesse de cada um.

(...)

É que, na verdade, o interesse público, o interesse do todo, do conjunto social, nada mais é que a *dimensão pública dos interesses individuais*, ou seja, dos interesses *de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade (entificada juridicamente no Estado)*, nisto se abrigando também o *depósito intertemporal destes mesmos interesses*, vale dizer, já agora, encarados eles em sua continuidade histórica, tendo em vista a sucessividade das gerações de seus nacionais.

(...)

Então, dito interesse, o público – e esta já é uma primeira conclusão –, *só se justifica na medida em que se constitui um veículo de realização dos interesses das partes que o integram no presente e das que o integrarão no futuro*. Logo, é destes que, em última instância, promanam os interesses chamados públicos.

*Donde, o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem.*²

Para além disso, como o conceito de interesse primário corresponde a uma categoria lógico-jurídica, ele serve de base para a individuação dos diversos interesses públicos e a sua inclusão no sistema normativo, por meio da conceituação jurídico-normativa. Assim, do ponto de vista jurídico, será de interesse público apenas aquele que o sistema normativo atribuir essa qualidade.

Uma coisa é a estrutura do interesse público, e outra é a inclusão e o próprio delineamento, no sistema normativo, de tal ou qual interesse

² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 60-62.

que, *perante este mesmo sistema será reconhecido como dispondo desta qualidade.* (...)

Com efeito, dita qualificação quem a faz é a Constituição e, a partir dela, o Estado, primeiramente através dos órgãos legislativos, e depois por via dos órgãos administrativos, nos casos e limites da discricionariedade que a lei lhes haja conferido.³

Nesse cenário, houve o surgimento, no plano constitucional, de normas que revelam a interferência crescente do Estado na vida econômica e no direito de propriedade, visando à consecução da justiça social e do bem-estar coletivo. Além disso, houve a ampliação das funções administrativas previstas em lei (serviço público, poder de polícia administrativa, fomento e intervenção no domínio econômico), de modo a satisfazer as vantagens almejadas por toda a coletividade, ou por uma parte expressiva de seus membros.

Importante ressaltar que não é o texto normativo que revela o interesse público, mas sim a atividade de concentração dos significados de seus dispositivos, destinada a obter a norma jurídica que, no caso concreto, irá declarar juridicamente qual será o interesse primário a ser atendido. Desse modo, “é possível encontrar as balizas do que seja interesse público dentro de suas zonas de certeza negativa e de certeza positiva”.⁴

Por outro lado, o Estado, enquanto pessoa jurídica de direito público, possui interesses individuais (secundários ou fazendários), similares a qualquer outro sujeito de direito. Logo, ele atua em concorrência com as demais pessoas (jurídicas e humanas), objetivando satisfazer os interesses que lhe são individuais.

Esses interesses fazendários, entretanto, são qualificados como instrumentais aos interesses públicos (ou interesses primários), porquanto a consecução daqueles deve servir de eficiente caminho para a satisfação destes.

De fato, como a existência do Estado se justifica pela busca do interesse público, o interesse fazendário que não objetiva a consecução do interesse primário caracteriza desvio de finalidade pública, pois se destina a favorecer ou perseguir agentes públicos ou privados.

Noutro giro, como o interesse público é de titularidade do Estado, somente este, por meio de sua manifestação legislativa, pode autorizar a disponibilidade ou a renúncia ao interesse primário.

A Administração Pública, por sua vez, ante o seu caráter instrumental, tem o dever-poder de gerir, conservar e tutelar o interesse público, nos termos da finalidade pública prevista em lei, não podendo dele dispor, porquanto o seu titular é o Estado.

³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 68.

⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 36.

Nesse contexto, a indisponibilidade do interesse público será assegurada quando os bens e direitos do Estado que comportem função patrimonial ou financeira forem explorados de modo mais intenso possível, ou negociados, pois, de quando em quando, “a disponibilidade de um patrimônio público pode ser de mais interesse da coletividade do que a sua preservação”.⁵

Em conclusão, não se pode estender indevidamente a indisponibilidade do interesse público ao regime jurídico a que se submetem os bens e direitos do Estado.

3 Arbitrabilidade subjetiva e objetiva da Administração Pública

A arbitragem, disciplinada pela Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, pode ser conceituada como um método adversarial e heterocompositivo em que as partes, visando a dirimir litígio relativo a direito patrimonial disponível, outorgam jurisdição ao árbitro ou ao tribunal arbitral.

Essa jurisdição privada é atribuída abstratamente pela Lei de Arbitragem e outorgada concretamente ao árbitro ou ao tribunal arbitral por meio da convenção de arbitragem.

Assim, no tempo em que as partes convencionam empregar a arbitragem para dirimir litígio relativo a direito patrimonial disponível, “já se desperta a jurisdição, inerente ao instituto da arbitragem por força da Lei nº 9.307/1996, a ser provocada quando da instauração do procedimento”.⁶

Não obstante a jurisdição arbitral possuir as características fundamentais e a eficácia da jurisdição estatal, a Lei de Arbitragem não outorga ao árbitro o poder de coerção e a possibilidade de execução, seja da decisão que concede medida cautelar ou de urgência, seja da sentença arbitral. Logo, as atividades satisfativas são realizadas pelo Estado-juiz, por meio da sub-rogação ou da coerção.⁷

Nesse cenário, o Código de Processo Civil (CPC) estabelece o dever de o Estado-juiz colaborar com o árbitro, cujo pedido de cooperação jurisdicional para a prática de ato processual, formulado por meio de carta arbitral, tem de ser prontamente atendido.⁸

⁵ DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. *E-book*. p. 864.

⁶ CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 135.

⁷ A atividade satisfativa pode ocorrer por meio do cumprimento de tutela provisória, cumprimento de sentença ou execução de título executivo, judicial ou extrajudicial. A execução direta ou por sub-rogação consiste na substituição do executado pelo Estado-juiz, que adota as providências que deveriam ter sido tomadas pelo devedor. A execução indireta ou por coerção ocorre quando o Estado-juiz atua indiretamente, sem se pôr no lugar do executado, convencendo-o, mediante incentivo psicológico ou econômico, a realizar voluntariamente a atividade satisfativa.

⁸ Nesse sentido, o CPC dispõe:

“Art. 67. Aos órgãos do Poder Judiciário, estadual ou federal, especializado ou comum, em todas as instâncias e graus de jurisdição, inclusive aos tribunais superiores, incumbe o dever de recíproca cooperação, por meio de seus magistrados e servidores.

Sem embargo, a Lei nº 9.307/1996 estabelece um filtro das pessoas que podem se valer da arbitragem, bem como das matérias que podem ser resolvidas pela jurisdição arbitral.

Trata-se da arbitrabilidade subjetiva e objetiva.

O *caput* do artigo 1º da Lei de Arbitragem dispõe que as “pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.⁹

Observa-se que a arbitrabilidade subjetiva (pessoas que têm a possibilidade de se valer da arbitragem) confunde-se com a capacidade de contratar, uma vez que “não podem instaurar processo arbitral aqueles que tenham apenas poderes de Administração, bem como os incapazes (ainda que representados ou assistidos)”.¹⁰

Infere-se, sem maiores dificuldades, que o Estado pode utilizar a arbitragem, pois, enquanto pessoa jurídica de direito público interno, possui a aptidão para estabelecer relações jurídicas, como titular de direitos e obrigações.

Nesse sentido, o §1º do artigo 1º da Lei nº 9.307/1996, incluído pela Lei nº 13.129/2015, dispõe que a “Administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais

Art. 68. Os juízos poderão formular entre si pedido de cooperação para prática de qualquer ato processual.
Art. 69. O pedido de cooperação jurisdicional deve ser prontamente atendido, prescinde de forma específica e pode ser executado como:

- I - auxílio direto;
- II - reunião ou apensamento de processos;
- III - prestação de informações;
- IV - atos concertados entre os juízes cooperantes.

§1º As cartas de ordem, precatória e arbitral seguirão o regime previsto neste Código. (...) Art. 237. Será expedida carta:

(...)

IV - arbitral, para que órgão do Poder Judiciário pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato objeto de pedido de cooperação judiciária formulado por juízo arbitral, inclusive os que importem efetivação de tutela provisória. (...)

Art. 260. São requisitos das cartas de ordem, precatória e rogatória:

- I - a indicação dos juízes de origem e de cumprimento do ato;
- II - o inteiro teor da petição, do despacho judicial e do instrumento do mandato conferido ao advogado;
- III - a menção do ato processual que lhe constitui o objeto;
- IV - o encerramento com a assinatura do juiz.

(...)

§3º A carta arbitral atenderá, no que couber, aos requisitos a que se refere o caput e será instruída com a convenção de arbitragem e com as provas da nomeação do árbitro e de sua aceitação da função” (BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 15 ago. 2024).

⁹ O Código Civil, da mesma forma, dispõe: “Art. 851. É admitido compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que podem contratar” (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 15 ago. 2024).

¹⁰ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. *E-book*. p. 37.

disponíveis”. Junto disso, o artigo 151 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, de forma mais abrangente, estatui que nas “contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem”.

Por outro lado, quanto à matéria que pode ser dirimida pela arbitragem (arbitrabilidade objetiva), verifica-se que tanto o art. 1º, *caput* e §1º, da Lei nº 9.307/1996 como o artigo 151, parágrafo único, da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021 limitaram o emprego da jurisdição arbitral às questões relativas a direito patrimonial disponível, conjugando, assim, o critério da natureza patrimonial da pretensão com o critério da disponibilidade do direito posto em causa.

O patrimônio da pessoa tem como conteúdo todos os objetos de direito, quer de natureza material, quer de natureza imaterial.

De fato, o patrimônio contém tudo aquilo que não está na pessoa, porque suscetível de se tornar objeto de direito. Por esse motivo, os direitos de personalidade (essências, potências e atos da humanidade do ser) também estão contidos no patrimônio, pois a pessoa não pode figurar, ao mesmo tempo, como pessoa e como objeto de direito de que é titular.¹¹

Dessa forma, sem maiores dificuldades, o patrimônio público pode ser conceituado como o conjunto “de bens que pertencem ao domínio do Estado e que se institui para atender a seus próprios objetivos ou para servir à produção de utilidades indispensáveis às necessidades coletivas”.^{12 13}

A disponibilidade do direito patrimonial, por sua vez, refere-se à possibilidade de o seu titular livremente aliená-lo ou negociá-lo.

Desse modo, no âmbito da arbitragem que envolva a Administração Pública, a conclusão acerca da disponibilidade do direito terá de levar em consideração: (a) a não incidência de norma cogente e (b) a relação entre o titular e o direito patrimonial.

¹¹ SILVA, Carlos Antonio Matos da. *A arbitragem na nova Lei de Licitações e Contratações*. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 160.

¹² BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Glossário. *Portal CNMP*, Brasília, DF, [2024]. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/glossario/7832-patrimonio-publico>. Acesso em: 15 ago. 2024.

¹³ No mesmo sentido: “Patrimônio Público é o conjunto de direitos e bens, tangíveis ou intangíveis, onerados ou não, adquiridos, formados, produzidos, recebidos, mantidos ou utilizados pelas entidades do setor público, que seja portador ou represente um fluxo de benefícios, presente ou futuro, inerente à prestação de serviços públicos ou à exploração econômica por entidades do setor público e suas obrigações” (BRASIL. Conselho Federal de Contabilidade. *Resolução CFC 1.129, de 21 de novembro de 2008*. Aprova as normas brasileiras de contabilidade aplicadas ao setor público – patrimônio e sistemas contábeis NBC T 16.2. Brasília, DF: CFC, 2008. Disponível em: https://www.fazenda.mg.gov.br/governo/contadoria_geral/legislacao/tipologisl/nbct1602.pdf. Acesso em: 15 ago. 2024).

A norma cogente é aquela que se autodetermina, excluindo qualquer arbítrio individual, porquanto objetiva a consecução de determinado interesse público.

Assim, no âmbito da Lei nº 14.133/2021, são cogentes as normas que atribuem competências anômalas à Administração Pública, restringindo os direitos do contratado no interesse da coletividade.

Com efeito, não é possível a utilização da arbitragem para dirimir litígios relacionados ao dever-poder de a Administração Pública: a) fiscalizar a execução do contrato administrativo; b) aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste e c) inovar, de modo unilateral, as condições originalmente pactuadas no contrato administrativo, sempre que presentes os pressupostos normativos. “Nesse caso, a indisponibilidade não se relaciona à impossibilidade de transação de direito patrimonial, mas sim à própria aplicação da norma cogente a determinada relação da vida real, objetivando a satisfatória realização das atividades instrumentais da Administração”.¹⁴

Junto disso, a disponibilidade leva em consideração a relação entre o titular e o direito patrimonial.

Nesse contexto, o bem público pode ser indisponível, seja porque não se reveste de característica patrimonial, seja em razão de estar afetado a uma finalidade pública, ou ter a sua disponibilidade condicionada à existência de interesse público devidamente justificado e, em regra, ao cumprimento de alguns requisitos legais pela Administração.¹⁵

Além disso, na execução do contrato administrativo, será considerado direito patrimonial disponível aquele passível de transação e valoração econômica, mesmo que se refira aos efeitos patrimoniais decorrentes da aplicação de norma cogente.

Nesse ponto, a Lei de Licitações e Contratações Administrativas, sem obstar outros temas, dispõe que as controvérsias relativas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes, ao cálculo de indenizações.¹⁶

¹⁴ SILVA, Carlos Antonio Matos da. *A arbitragem na nova Lei de Licitações e Contratações*. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 162.

¹⁵ Nesse sentido, a Lei nº 14.133/2021 dispõe:

“Art. 76. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:

I - tratando-se de bens imóveis, inclusive os pertencentes às autarquias e às fundações, exigirá autorização legislativa e dependerá de licitação na modalidade leilão, dispensada a realização de licitação nos casos de: (...)

II - tratando-se de bens móveis, dependerá de licitação na modalidade leilão, dispensada a realização de licitação nos casos de (...)” (BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. *Diário Oficial da União*: Brasília, D, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/14133.htm. Acesso em: 15 ago. 2024).

¹⁶ Nesse sentido, a Lei nº 14.133/2021 dispõe:

“Art. 151.

(...)

Enfim, na análise da arbitrabilidade objetiva, a conclusão alcançada pelo agente público deve decorrer de um processo decisório racional, a fim de alcançar a finalidade concreta indicada normativamente.

4 (In)adequabilidade da utilização da arbitragem no âmbito das contratações regidas pela nova Lei de Licitações

A jurisdição arbitral, em razão de suas características ínsitas (celeridade e qualidade do julgamento, escolha de árbitro com conhecimento específico da matéria objeto da controvérsia, dedicação intensa do árbitro à solução do litígio, flexibilidade procedimental, definição do direito material a ser aplicado para dirimir o conflito e possibilidade de confidencialidade), mostra-se, em regra, adequada para dirimir litígios complexos e de elevado valor econômico, inusuais ao Estado-juiz.

O processo arbitral, quando comparado ao processo judicial, é muito mais célere, porquanto se faz em instância única, sem a possibilidade de recursos.

A par disso, a sentença arbitral tem de ser proferida no prazo estipulado pelas partes ou, caso nada tenha sido convencionado, no de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro.

A Lei de Arbitragem reforça a importância de cumprimento do prazo para proferir a sentença arbitral, uma vez que esse tempo ajustado somente poderá ser prorrogado na hipótese de haver comum acordo entre as partes e o árbitro. Ademais, o desrespeito a esse prazo implica a possibilidade de invalidação da sentença arbitral.¹⁷

Parágrafo único. Será aplicado o disposto no *caput* deste artigo às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações” (BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. *Diário Oficial da União*: Brasília, D, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114133.htm. Acesso em: 15 ago. 2024). Na mesma direção, a Lei de Prorrogação e Relicitação dos Contratos de Parceria (Lei nº 13.448/2017) estabelece:

“Art. 31. As controvérsias surgidas em decorrência dos contratos nos setores de que trata esta Lei após decisão definitiva da autoridade competente, no que se refere aos direitos patrimoniais disponíveis, podem ser submetidas à arbitragem ou a outros mecanismos alternativos de solução de controvérsias. (...)

§4º Consideram-se controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis, para fins desta Lei:

I - as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos;

II - o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de concessão; e
III - o inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes” (BRASIL. Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017. Estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal, e altera a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, e a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. *Diário Oficial da União*: Brasília, D, 2001. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/___/Ato2015-2018/2017/Lei/L13448.htm. Acesso em: 15 ago. 2024).

¹⁷ Nessa direção, a Lei nº 9.307/1996 dispõe:

“Art. 32. É nula a sentença arbitral se:

(...)

Relativamente à escolha do árbitro ou do tribunal arbitral, notadamente no âmbito das contratações regidas pela Lei nº 14.133/2021, o seu artigo 154 dispõe que o “processo de escolha dos árbitros, dos colegiados arbitrais e dos comitês de resolução de disputas observará critérios isonômicos, técnicos e transparentes”.

Assim, objetivando assegurar a transparência no processo de escolha, os entes federativos, em regra, têm realizado o credenciamento¹⁸ de câmaras arbitrais, que consiste na criação de uma lista referencial das entidades que cumprem os requisitos definidos em regulamento.¹⁹ De fato, desde que atendidos aos requisitos predeterminados em regulamento, é indiferente para a Administração Pública a indicação de quaisquer das câmaras arbitrais credenciadas.

A escolha do árbitro ou dos árbitros, por sua vez, deve ser fundada na especial confiança que inspira às partes,²⁰ especialização na matéria a ser decidida pela arbitragem, experiência e diligência na tramitação de processos arbitrais com a Administração Pública, domínio de idiomas, nacionalidade, independência, imparcialidade, discricção e idoneidade (apenas para citar algumas qualidades consideradas pelos contendores no ato de escolha).

Trata-se de uma avaliação discricionária, pois, a par de critérios objetivos, há critérios subjetivos que norteiam essa indicação, a qual, em geral, recai dentre aqueles relacionados na “lista de árbitros”²¹ da câmara arbitral escolhida.

VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei (...) (BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Lei de Arbitragem. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 15 ago. 2024).

¹⁸ “Credenciamento é ato administrativo unilateral, emitido em virtude do reconhecimento do preenchimento de requisitos predeterminados por sujeitos interessados em futura contratação, a ser pactuada em condições predeterminadas e que independem de uma escolha subjetiva por parte da Administração” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*: Lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 1129).

¹⁹ Nesse sentido, a Lei nº 14.144/2021 estabelece:

“Art. 79. O credenciamento poderá ser usado nas seguintes hipóteses de contratação:

I - paralela e não excludente: caso em que é viável e vantajosa para a Administração a realização de contratações simultâneas em condições padronizadas;

(...)

Parágrafo único. Os procedimentos de credenciamento serão definidos em regulamento, observadas as seguintes regras:

I - a Administração deverá divulgar e manter à disposição do público, em sítio eletrônico oficial, edital de chamamento de interessados, de modo a permitir o cadastramento permanente de novos interessados;

II - na hipótese do inciso I do *caput* deste artigo, quando o objeto não permitir a contratação imediata e simultânea de todos os credenciados, deverão ser adotados critérios objetivos de distribuição da demanda (...)” (BRASIL. Lei nº 14.144, de 22 de abril de 2021. Estima a receita e fixa a despesa da União para o exercício financeiro de 2021. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14144.htm. Acesso em: 15 ago. 2024).

²⁰ Nesses termos, a Lei nº 9.307/1996 dispõe: “Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes” (BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Lei de Arbitragem. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 15 ago. 2024).

²¹ “A chamada ‘lista fechada’ permite à Entidade o controle, em certa medida, da qualidade das decisões, pois nelas integram aqueles profissionais que previamente foram reconhecidos por um órgão (geralmente Conselho) da instituição pelos seus méritos, sendo periódica também a revisão para manutenção ou

Conforme se observa, a escolha da câmara arbitral e do árbitro ou tribunal arbitral não são precedidas de licitação.

Existe, realmente, uma inviabilidade de competição para a escolha da câmara arbitral, haja vista que, nas mais renomadas, “os regulamentos e listas de árbitros pouco se diferenciam”.²² Assim, em razão dessa equivalência de condições para executar a prestação, a realização de processo licitatório resultaria, em regra, no direcionamento da escolha da câmara arbitral.

Já para a indicação do árbitro, não há falar na incidência das regras previstas na Lei nº 14.133/2021, porquanto a jurisdição privada não caracteriza um serviço,²³ mas sim uma atividade destinada a resolver, com independência e imparcialidade, situações jurídicas concretamente deduzidas, alcançando, assim, a pacificação social.

Naquilo que se refere ao rito da arbitragem, o artigo 21 da Lei nº 9.307/1996 dispõe que o procedimento seguirá, nesta ordem de preferência: (i) a sequência de atos convencionada pelas partes; (ii) a sequência de atos disposta no regulamento da instituição arbitral ou (iii) a sequência de atos que os árbitros estabelecerem.²⁴

Observa-se que não há regra legal estabelecendo a aplicação supletiva ou subsidiária das disposições do Código de Processo Civil, pois, quando a Lei 9.307/1996 pretendeu a incidência das normas do processo civil, ela o fez expressamente, como ocorre nas causas de suspeição e impedimento do árbitro (art. 14), no procedimento da declaração de

alteração de nomes; e acompanha-se a dinâmica dos árbitros no procedimento arbitral, uma vez que estes ficam sob os cuidados da Entidade. Desta forma, esta opção de ‘lista fechada’ teria algum sentido e razão de existir” (CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 219-220).

²² MASTROBUONO, Cristina Margarete Wagner; JUNQUEIRA, André Rodrigues. A escolha da câmara de arbitragem pela Administração Pública. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 13, v. 48, p. 119, jan./mar. 2016.

²³ Nesse sentido, a Lei nº 14.133/2021 estabelece:

“Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:

(...) XI - serviço: atividade ou conjunto de atividades destinadas a obter determinada utilidade, intelectual ou material, de interesse da Administração (...)” (BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. *Diário Oficial da União*: Brasília, D, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 15 ago. 2024).

²⁴ Nesses termos, a Lei de Arbitragem prevê:

“Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.

§1º Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo.

§2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

§3º As partes poderão postular por intermédio de advogado, respeitada, sempre, a faculdade de designar quem as represente ou assista no procedimento arbitral.

§4º Competirá ao árbitro ou ao tribunal arbitral, no início do procedimento, tentar a conciliação das partes, aplicando-se, no que couber, o art. 28 desta Lei” (BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Lei de Arbitragem. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 15 ago. 2024).

nulidade da sentença arbitral (art. 33, §§1º e 3º) e no procedimento de homologação de sentença arbitral estrangeira (arts. 36 e 37).²⁵

No que diz respeito à definição da norma a ser aplicada para dirimir o litígio, a Lei de Arbitragem possibilita às partes convencionarem que a arbitragem será de direito ou de equidade, ou que se realizará com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e na *lex mercatoria*, exceto se o processo arbitral tiver como parte a Administração Pública, hipótese em que será sempre de direito.²⁶

No mesmo sentido, a Lei de Licitações e Contratos Administrativos determina que, nas contratações por ela regidas, a arbitragem será sempre de direito.²⁷

Não obstante a Lei nº 9.307/1996 e a Lei nº 14.133/2021 silenciarem a respeito, deduz-se, firme no princípio constitucional da legalidade, que a arbitragem que envolva a Administração Pública deve ser de direito brasileiro, por ser este o fundamento de validade de todo e qualquer ato administrativo.²⁸

Desse modo, na arbitragem que envolva a Administração pública, a expressão “direito brasileiro” abrange a Constituição, as emendas à Constituição, as leis complementares, as leis ordinárias, as leis delegadas, as medidas provisórias, os tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, as decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) em controle concentrado de constitucionalidade e os enunciados de súmula vinculante. “A expressão *legalidade* deve, pois, ser entendida como ‘conformidade ao direito’, adquirindo então um sentido mais extenso”.²⁹

²⁵ SILVA, Carlos Antonio Matos da. *A arbitragem na nova Lei de Licitações e Contratações*. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 137.

²⁶ Nesse sentido, a Lei de Arbitragem estabelece:

“Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

§2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

§3º A arbitragem que envolva a Administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade” (BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Lei de Arbitragem. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 15 ago. 2024).

²⁷ Nessa direção, a Lei nº 14.133/2021 estatui: “Art. 152. A arbitragem será sempre de direito e observará o princípio da publicidade” (BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. *Diário Oficial da União*: Brasília, D, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 15 ago. 2024).

²⁸ Não se pode olvidar que a Administração Pública só pode fazer aquilo que a lei permite, pois a sua vontade decorre da norma jurídica que contém deveres-poderes que devem ser utilizados em benefício da coletividade. “Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na Administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa “pode fazer assim”; para o administrador público significa “deve fazer assim”” (MEIRELLES, Hely Lopes; BURLI FILHO, José Emmanuel. *Direito Administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 93).

²⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 89, p. 17, 1967. DOI: 10.12660/rda.v89.1967.30088. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/30088>. Acesso em: 15 ago. 2024.

Com efeito, por força do efeito vinculante previsto na Constituição Federal, relativamente à Administração Pública direta e indireta, o árbitro ou tribunal arbitral deverá observar as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade e os enunciados de súmula vinculante.³⁰

Por sua vez, tais regras *de direito* deverão ser necessariamente as do *direito brasileiro*, pois o princípio da legalidade impede que a Administração se sujeite a regras outras que as do próprio ordenamento jurídico brasileiro. (...)

É elementar que, no Estado Democrático de Direito, o próprio Estado seja observador de suas regras, de sorte que deixar de observá-las seria não só um desrespeito ao princípio da legalidade, como também um paradoxo, em que a criatura (o Estado) estaria negando seu próprio criador (a Constituição Federal) (...)

Evidentemente, a aplicação do *direito brasileiro* significa não só a aplicação das normas positivas, mas do Direito em toda a sua completude (...)

Dentro dessa noção de legalidade se incluem as normas *de direito internacional* que coincidam com os princípios gerais de direito e costumes internacionais (art. 4º do Decreto-Lei nº 4.657/1942) ou que estejam formalmente internacionalizadas no direito brasileiro, como, por exemplo, tratados bilaterais de investimentos. (...)

Direito internacional não se confunde com *direito estrangeiro*, ao qual é lícito aos particulares aderir, mas não à Administração, em razão da citada *indisponibilidade normativa* que incide em relação ao Direito nacional. (...)

³⁰ Nesse sentido, a Constituição Federal estabelece:

“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...)

§2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

(...)

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a Administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica” (BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constituicao.html. Acesso em: 15 ago. 2024).

Por sua vez, direito estrangeiro não se confunde com *soft law*. (...) que tem sua “porta de entrada” na arbitragem seja pela sua adoção expressa como regra aplicável na solução arbitral, seja como guia de conduta (*guideline*), seja como simples texto de referência, como usualmente acontece com as “Diretrizes da IBA (*International Bar Association*) sobre Conflitos de Interesses” e com as “Notas da UNCITRAL sobre a Organização de Procedimentos Arbitrais”. Sendo compatíveis com o direito brasileiro, nada impede que tais regras sejam adotadas, até mesmo por adesão expressa na convenção arbitral firmada pela Administração Pública.³¹

Junto disso, em razão do efeito vinculante dos precedentes administrativos³² em relação ao órgão ou entidade a que se destinam,³³ o árbitro ou tribunal arbitral, por força do dever de fundamentação adequada, terá de identificar os seus fundamentos determinantes e demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta ou não a esses fundamentos.

Já em relação à possibilidade de confidencialidade, impende destacar que esta característica ínsita da arbitragem torna praticável a preservação de segredos empresariais, defeitos de produtos ou serviços e aspectos contábeis, porquanto implica no dever de os seus sujeitos guardarem sigilo das informações obtidas durante o processo arbitral.³⁴

Sem embargo, na arbitragem que envolva a Administração Pública não se mostra possível estipular a confidencialidade, uma vez que o princípio constitucional da publicidade necessariamente terá de ser observado.

³¹ MEGNA, Bruno Lopes. *Arbitragem e Administração Pública: fundamentos teóricos e soluções práticas*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 212-214.

³² “(...) precedente administrativo é a norma jurídica extraída de um ato administrativo individual e concreto, do tipo decisório, ampliativo ou restritivo da esfera jurídica dos administrados, e que vincula o comportamento da Administração Pública para todos os casos posteriores e substancialmente similares. Em outras palavras: casos substancialmente similares deverão ter a mesma solução jurídica por parte da Administração Pública” (CARVALHO, Gustavo Marinho de. *Precedentes administrativos no Direito brasileiro*. São Paulo: Contracorrente, 2015. p. 123).

³³ Nesses termos, o Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, incluído pela Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, dispõe: “Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas. Parágrafo único. Os instrumentos previstos no *caput* deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão” (BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 1942. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 15 ago. 2024).

³⁴ “Não obstante a Lei de Arbitragem não prever expressamente a confidencialidade do processo arbitral, ela impõe ao árbitro o dever de atuar com discricção. Assim, há para o árbitro o dever legal de não divulgar a totalidade das informações que ele vier a obter dos demais sujeitos da arbitragem durante o processo arbitral, bem como aquelas relevantes e pertinentes ao mérito da causa. (...) Já para as partes não existe o dever legal de discricção. Assim, a confidencialidade do processo arbitral para as partes decorrerá da convenção de arbitragem ou do regulamento da câmara de arbitragem” (SILVA, Carlos Antonio Matos da. *A arbitragem na nova Lei de Licitações e Contratações*. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 150).

Nesse contexto, serão assegurados, no âmbito do processo arbitral, o direito à informação e ao acesso à informação de interesse público, desde que inexistam vedação constitucional ou legal, assim como o correlato cumprimento do dever de transparência, ativa e passiva.³⁵

Assim, durante o processo arbitral, a Administração Pública tem o dever de garantir a transparência passiva, limitada “à sua própria atividade estatal, e não ao conteúdo dos atos internos atinentes ao procedimento arbitral, porquanto confidenciais e de interesse limitados às partes litigantes”.³⁶

O contratado, por sua vez, não possui esse dever. De fato, firme no direito à privacidade, ele pode obstar o acesso de terceiros a informações relevantes e pertinentes ao mérito da causa, obtidas durante a arbitragem em que participa.

Além dessas características que fazem parte da arbitragem, a Administração Pública tem de considerar, casuisticamente, o vulto da contratação, a complexidade do objeto e as condições peculiares à seleção dos licitantes e à sua contratação, a fim de alcançar a conclusão acerca da adequabilidade ou inadequabilidade da adoção da jurisdição arbitral para dirimir litígio relativo a direito patrimonial disponível.

De fato, no cotejo entre arbitragem e processo judicial, importante considerar que “a linha de demarcação entre custo e benefício é sutil, e frequentemente aquilo que em certo momento parece um elemento negativo ou positivo pode induzir a optar pela arbitragem ou pelo processo ordinário, mais tarde, no caso concreto, pode assumir valor oposto e revelar-se como elemento impeditivo”.

(...) Mesmo no âmbito dos direitos patrimoniais disponíveis, não é possível afirmar, abstratamente, a maior celeridade, economicidade ou mesmo qualidade e eficiência da sentença arbitral, isso por que não preponderam, a esse respeito, fatores estruturais dos mecanismos de solução de controvérsias em comparação, mas características institucionais e funcionais localizadas, cuja generalização acaba por se desprezar, levando a conclusões equivocadas.³⁷

Enfim, a opção da Administração Pública pela arbitragem deve ser o resultado lógico de um conjunto de motivos justificados racionalmente, sob pena de ser reputada inválida.

³⁵ “A transparência ativa impõe à Administração Pública o dever de promover, independentemente de requerimento, a divulgação de informações de interesse coletivo ou geral, por ela produzidas ou custodiadas. (...) A transparência passiva, por sua vez, ocorre quando a Administração, atendendo a pedido apresentado pelo interessado, autoriza ou concede o acesso à informação disponível” (SILVA, Carlos Antonio Matos da. *A arbitragem na nova Lei de Licitações e Contratações*. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 62-64).

³⁶ FIGUEIRA JR., Joel. *Arbitragem*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 291.

³⁷ SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 30-31.

5 Considerações finais

O desafio deste trabalho foi analisar os pontos que mais suscitam polêmicas para a utilização da arbitragem no âmbito das contratações regidas pela nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

Para cumprir esse fim, examinou-se as produções teóricas de eminentes doutrinadores, que foram aproveitadas na fundamentação de todo o texto.

Assim, durante o desenvolvimento do trabalho, alcançaram-se conclusões capazes de dirimir ou ao menos atenuar as controvérsias quanto ao emprego da jurisdição arbitral pela Administração Pública, notadamente nas contratações regidas pela Lei nº 14.133/2021.

Por didatismo, analisou-se, no item 2, o atual entendimento acerca da indisponibilidade do interesse público.

O interesse público (ou interesse primário), cujo titular é o Estado, corresponde ao conjunto de interesses intergeracionais que as pessoas particularmente têm enquanto partícipes da sociedade.

Isso não significa que não possa haver interesse público contrário a determinado interesse individual, pois este – enquanto atinente aos assuntos convenientes para a vida particular da pessoa, singularmente considerada – pode coincidir ou divergir daquele.

Já os interesses fazendários (ou interesses secundários), cujo titular também é o Estado – mas na qualidade de sujeito de direito que atua em concorrência com as demais pessoas (jurídicas e humanas) –, são qualificados como instrumentais aos interesses públicos, porquanto a consecução daqueles deve servir de eficiente caminho para a satisfação destes.

Assim, a Administração Pública, ante o seu caráter instrumental, tem o dever-poder de gerir, conservar e tutelar o interesse primário, nos termos da finalidade pública prevista em lei, não podendo dele dispor, uma vez que o seu titular é o Estado.

Nesse contexto, a indisponibilidade do interesse público será assegurada quando os bens e direitos do Estado que comportem função patrimonial ou financeira forem explorados de modo mais intenso possível, ou negociados.

No item 3, examinou-se a arbitrabilidade subjetiva e objetiva da Administração Pública.

Verificou-se que a Lei nº 9.307/1996 estabelece um filtro das pessoas que podem se valer da arbitragem (arbitrabilidade subjetiva), bem como das matérias que podem ser resolvidas pela jurisdição arbitral (arbitrabilidade objetiva).

Nesse cenário, assentou-se que a arbitrabilidade subjetiva confunde-se com a capacidade de contratar, o que, de per si, possibilita ao Estado utilizar a jurisdição arbitral.

Com relação à arbitrabilidade objetiva, observou-se que o sistema normativo limitou o emprego da jurisdição arbitral às questões relativas a direito patrimonial disponível, conjugando, assim, o critério da natureza patrimonial da pretensão com o critério da disponibilidade do direito posto em causa.

Apontou-se que a disponibilidade do direito patrimonial se refere à possibilidade de o seu titular livremente aliená-lo ou negociá-lo.

Desse modo, no âmbito da arbitragem que envolva a Administração Pública, alcançou-se a conclusão que a disponibilidade do direito tem de levar em consideração: (a) a não incidência de norma cogente e (b) a relação entre o titular e o direito patrimonial.

No item 4, analisou-se a adequabilidade ou inadequabilidade da utilização da arbitragem no âmbito das contratações regidas pela nova Lei de Licitações.

Fixou-se o entendimento que a jurisdição arbitral, em razão de suas características ínsitas, mostra-se, em regra, adequada para dirimir litígios complexos e de elevado valor econômico, inusuais ao Estado-juiz.

Assim, quanto às suas características inatas, registou-se que o processo arbitral, quando comparado ao processo judicial, é muito mais célere, pois, além de se fazer em instância única, sem a possibilidade de recursos, a sentença arbitral tem de ser proferida no prazo estipulado pelas partes ou, caso nada tenha sido convencionado, no de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro.

Relativamente à indicação do árbitro ou do tribunal arbitral, observou-se que os entes federativos, em regra, têm realizado o credenciamento de câmaras arbitrais, ante a inviabilidade de competição para a sua escolha.

Junto disso, verificou que a indicação do árbitro ou dos árbitros deve ser fundada, além de em outras qualidades ínsitas, na especial confiança que inspira às partes. Essa escolha, ademais, não decorre de processo licitatório, pois a jurisdição privada não caracteriza um serviço.

Naquilo que se refere ao rito da arbitragem, a definição do procedimento seguirá a ordem de preferência disposta na Lei nº 9.307/1996.

Além disso, examinou-se a arbitragem que envolva a Administração Pública deve ser de direito brasileiro, o que abrange a Constituição, as emendas à Constituição, as leis complementares, as leis ordinárias, as leis delegadas, as medidas provisórias, os tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade e os enunciados de súmula vinculante.

A par disso, em razão do efeito vinculante dos precedentes administrativos em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, o árbitro ou tribunal arbitral, por força do dever de fundamentação adequada, terá de identificar os seus fundamentos determinantes e demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta ou não a esses fundamentos.

Analisou-se, ainda, que, na arbitragem que envolva a Administração Pública, não se mostra possível estipular a confidencialidade, uma vez que o princípio constitucional da publicidade necessariamente terá de ser observado.

Logo, durante o processo arbitral, a Administração Pública tem o dever de garantir a transparência passiva, limitada à sua própria atividade estatal. O contratado, por sua vez, firme no direito à privacidade, pode obstar o acesso de terceiros a informações relevantes e pertinentes ao mérito da causa, obtidas durante a arbitragem em que participa.

Assentou-se, por fim, que, além dessas características inatas à arbitragem, a Administração Pública tem de considerar, casuisticamente, o vulto da contratação, a complexidade do objeto e as condições peculiares à seleção dos licitantes e à sua contratação, a fim de alcançar a conclusão acerca da adequabilidade ou inadequabilidade da adoção da jurisdição arbitral.

Controversial points regarding the use of arbitration in contracts governed by the New Bidding Law

Abstract: This article analyzes the most controversial points regarding the use of arbitration in contracts governed by the new Public Procurement and Administrative Contracts Law. The public interest, whose holder is the State, corresponds to the set of intergenerational interests that people particularly have as participants in society. Given its instrumental nature, the Public Administration has the duty-power to manage, preserve and protect the primary interest, in accordance with the public purpose laid down by law, and cannot dispose of it. The unavailability of the public interest will be ensured when the state's assets and rights that have a patrimonial or financial function are exploited as intensively as possible, or negotiated. Subjective arbitrability is confused with the capacity to contract, which enables the state to use arbitral jurisdiction. With regard to objective arbitrability, the legal system has limited the use of arbitral jurisdiction to matters relating to available property rights. Due to its inherent characteristics, arbitral jurisdiction is generally suitable for settling complex disputes with a high economic value, which are unusual for the State-judge. In addition to these innate characteristics of arbitration, the Public Administration has to consider, on a case-by-case basis, the size of the contract, the complexity of the object and the conditions peculiar to the selection of bidders and their contracting, in order to reach a conclusion about the appropriateness or inappropriateness of adopting arbitral jurisdiction.

Keywords: Inalienable public interest. Arbitration. Available property right. Suitability of arbitral jurisdiction.

Referências

BRASIL. Conselho Federal de Contabilidade. *Resolução CFC 1.129, de 21 de novembro de 2008*. Aprova as normas brasileiras de contabilidade aplicadas ao setor público – patrimônio e sistemas contábeis NBC T 16.2. Brasília, DF: CFC, 2008. Disponível em: https://www.fazenda.mg.gov.br/governo/contadoria_geral/legislacao/tipolegis/nbct1602.pdf. Acesso em: 15 ago. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Glossário. *Portal CNMP*, Brasília, DF, [2024]. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/glossario/7832-patrimonio-publico>. Acesso em: 15 ago. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 15 ago. 2024.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 1942. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 15 ago. 2024.

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Lei de Arbitragem. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 15 ago. 2024.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 15 ago. 2024.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 15 ago. 2024.

BRASIL. Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017. Estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal, e altera a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, e a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 2001. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/___/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13448.htm. Acesso em: 15 ago. 2024.

BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 15 ago. 2024.

BRASIL. Lei nº 14.144, de 22 de abril de 2021. Estima a receita e fixa a despesa da União para o exercício financeiro de 2021. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14144.htm. Acesso em: 15 ago. 2024.

CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. *E-book*.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. *E-book*.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel. *Arbitragem*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratações administrativas: Lei 14.133/2021*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MASTROBUONO, Cristina Margarete Wagner; JUNQUEIRA, André Rodrigues. A escolha da câmara de arbitragem pela Administração Pública. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 13, v. 48, p. 115-130, jan./mar. 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes; BURLLE FILHO, José Emmanuel. *Direito Administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MEGNA, Bruno Lopes. *Arbitragem e Administração Pública: fundamentos teóricos e soluções práticas*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 89, 1967. DOI: 10.12660/rda.v89.1967.30088. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/30088>. Acesso em: 15 ago. 2024.

SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SILVA, Carlos Antonio Matos da. *A arbitragem na nova Lei de Licitações e Contratações*. Belo Horizonte: Fórum, 2024.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SILVA, Carlos Antonio Matos da. Pontos polêmicos relativos à utilização da arbitragem no âmbito das contratações regidas pela nova Lei de Licitações. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina – RTCE/SC*, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 11-30, maio/out. 2024. DOI: 10.52028/tce-sc.v02.i03.ART01.SP
