

ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A PADRONIZAÇÃO DAS CLÁUSULAS ARBITRAIS EM CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

ARBITRATION IN PUBLIC ADMINISTRATION AND STANDARDISING ARBITRATION CLAUSES IN ADMINISTRATIVE CONTRACT

Cláudio Cairo Gonçalves¹

Resumo: O presente estudo traz a análise da possibilidade de definição da arbitragem como umas das formas de dirimir eventuais conflitos com a Administração Pública e a discussão sobre a necessidade de normatização e padronização das cláusulas arbitrais.

Palavras-chave: Arbitragem. Administração Pública. Padronização das cláusulas arbitrais.

Abstract: This study analyzes the possibility of defining arbitration as one of the ways of settling possible conflicts with the Public Administration and discusses the need to regulate and standardize arbitration clauses.

Keywords: Arbitration. Public Administration. Standardization of arbitration clauses.

Sumário: 1. Introdução; 2. Alguns aspectos relevantes do instituto da “arbitragem”; 3. Arbitragem em contratos administrativos; 4. As cláusulas compromissórias; 5. A padronização das cláusulas compromissórias; 6. Conclusões; 7. Referências.

1. Introdução

Do Estado Liberal para o Estado Social ² houve crescente intervenção pública na economia e nas áreas sociais, enquanto que, na transição do Estado Social para o Estado

¹ Doutor em Direito do Estado (USP), Mestre em Direito Econômico (UFBA), Procurador do Estado da Bahia, Advogado no Brasil e em Portugal, com ênfase em Direito Administrativo, Tributário e Ambiental (claudiocairogoncalves@gmail.com).

Pós-Social³, tem-se a reformulação da atividade intervencionista estatal, com alteração estrutural das funções empreendedoras para assunção de funções regulatórias, ampliando o protagonismo da sociedade no cumprimento do programa constitucional de persecução do interesse público, através da atuação participativa, que pode ser direta (exercício de função delegada de poder público) ou indireta (exercício da função de fiscalização).⁴

Neste sentido, ganha espaço uma tendência de disciplina jurídica específica das relações consensuais da Administração Pública, a partir de uma ótica paritária, como aquela preconizada por Pedro Machete, em que o cidadão, no exercício de seus direitos subjetivos públicos, diante da sua integração jurídica plena na Constituição e no ordenamento jurídico, conjugadamente com a intensificação da subordinação da Administração Pública à lei, exerce posição jurídica de reciprocidade com o Estado, colocando-se como titular de direitos e deveres.⁵

A partir da consolidação dessa noção de “Administração Pública Consensual”, fundamentada nos fenômenos da democratização da administração pública, da governança pública e da administração pública em rede, sobrevém a questão do tratamento adequado dos litígios, cuja compreensão atual alcança a noção de *ordem jurídica justa*.⁶

² Edvaldo Brito chama atenção para esta transição, indicando tais “reflexos”, como: “culto a noções como a de direito subjetivo (...); a de direito subjetivo público (...); a de ordem pública econômica, gerando a crise da noção de serviço público, com o surgimento do Estado-empresário (empresas públicas, sociedades de economia mista), do Estado do bem-estar social (fundações culturais, entidades oficiais de assistência e previdências sociais), do Estado submetido à disciplina jurídica do direito privado; a do contrato como disciplina jurídica das relações sociais, alcançando as excelências da lei: contratos de massa, dentre eles os de adesão; a de boa-fé, pela construção pretoriana, para ajustar a execução das prestações nas obrigações contratuais; as de proteção dos mais fracos economicamente, com os amortecedores da teoria da imprevisão, da onerosidade excessiva, do enriquecimento ilícito, do abuso de direito, a legislação protecionista para o devedor, o trabalhador, o inquilino; a da socialização do risco, com a securitização coletiva da reparação de danos” (BRITO, Edvaldo. *A atuação do estado no domínio econômico*. In: MARTINS, Ives Gandra (Coord.). *Desafios do Século XXI*. São Paulo: Pioneira, 1997, p. 262-263).

³ Maria João Estorninho chama de “Estado Pós-social”. Assim, a partir da busca de uma “tábua de salvação, a Administração Pública procura hoje desesperadamente reencontrar a eficiência, notadamente através de fenômenos de privatização e de revalorização da sociedade civil” (ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da atividade de direito privado na Administração Pública*. Coimbra – Portugal: Almedina, 1996, p. 48).

⁴ Luís Roberto Barroso anota e encarece a fiscalização participativa como poderoso instrumento para a exigência do cumprimento da Constituição e das leis (*O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, 6ª edição atualizada, p. 131).

⁵ MACHETE, Pedro. *Estado de Direito Democrático e Administração Paritária*. Coimbra: Editora Almedina, 2007, p. 444.

⁶ Kazuo Watanabe afirma que “a problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal; e sim de viabilizar o *acesso à ordem jurídica justa*” (WATANABE, Kazuo.

É que, com base no disposto no preceito do inciso LXXVIII do art. 5º da CF, em que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, emerge um direito constitucional a uma ordem jurídica (justa) que garanta a tramitação célere (eficiente), em arranjos procedimentais específicos, voltados para a prevenção, gerenciamento e, principalmente, para a resolução de disputas.

Com a tarefa perseguir “a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, passa a ser natural que se possa buscar a construção destes arranjos procedimentais específicos, que possam dar vazão às diversas tipologias dos conflitos que assoberbam o Poder Judiciário, em movimento de *consensualização da prestação jurisdicional*.

Disto decorrem, de início, uma nova forma de desenvolver as relações da Administração Pública (terceirizações, concessões e parcerias) e, em consequência, uma nova forma de resolver os conflitos da Administração Pública (negociação, conciliação, mediação e arbitragem).

Este estudo, portanto, é uma tentativa de contribuição ao desenvolvimento dessa nova forma de resolver os conflitos da Administração Pública, abordando a padronização das cláusulas arbitrais no emprego do instituto, no âmbito desta “Administração Pública Consensual”.

2. Alguns aspectos relevantes do instituto da “arbitragem”⁷

O instituto da “arbitragem” foi inscrito em caráter contemporâneo no direito brasileiro pela Lei de Arbitragem (Lei federal n. 9.307, de 23 de setembro de 1996 - LGA), quando era necessário reger com mais segurança, celeridade, efetividade e especialidade a atividade negocial empresarial em território nacional, sendo tradicionalmente voltada para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Em relação à “arbitragem”, tem-se uma técnica heterocompositiva, em que as partes contam com terceiro (árbitro) para dirigir o procedimento de composição do conflito e promover um ato decisório de caráter extrajudicial, mas com força de decisão judicial — portanto, de caráter cogente, instituto jurídico que possui consagrada

Acesso à Ordem Jurídica Justa. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2019, p. 99. Grifos no original).

⁷ Doravante, a expressão “arbitragem” virá entre aspas no texto quando se referir ao instituto correspondente.

relevância internacional para a resolução de conflitos na esfera privada, com visíveis sinais de plena efetividade na sua prevenção, remediação e solução extrajudicial.

De acordo com a LGA, a arbitragem pode ser de direito ou de equidade, a critério das partes (art. 2º), podendo as partes escolherem, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública (§ 1º do art. 2º), além de poderem convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio (§ 1º do art. 2º).

A submissão da solução dos litígios ao juízo arbitral pode ser feita mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral (ambas de natureza contratual, variando apenas o momento pré-disputa ou pós-disputa) (art. 3º a 9º)⁸, ficando disciplinado que pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes (art. 13), além do que, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discricção (§ 6º do art. 13).

No campo procedimental, as partes, na convenção de arbitragem, definirão as regras de procedimento, podendo 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 (art. 21), produzindo, a sentença arbitral, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo (art. 31). A sentença arbitral somente pode ser desconstituída através de declaração de nulidade pleiteada perante o Poder Judiciário, nas seguintes hipóteses: nulidade da convenção de arbitragem, proveniente da impossibilidade subjetiva de exercício da condição de árbitro; ausência dos requisitos específicos; extrapolação dos limites da convenção de arbitragem; comprovação de atuação por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; e, extrapolação dos prazos e desrespeito dos princípios da arbitragem (art. 26 c/c o art. 21).

⁸ Gustavo Justino de Oliveira e Felipe Faiwichow Estefam consideram a “convenção de arbitragem” como gênero, do qual são espécies a “cláusula arbitral” e o “compromisso arbitral”. Deste modo, conceituam a cláusula arbitral como “a espécie de convenção de arbitragem, inserida em contrato ou em documento separado que a ela se faça referência, por meio da qual as partes determinam que litígios que venham a surgir da relação contratual sejam julgados pelo juízo arbitral” e como compromisso arbitral, “a espécie de convenção de arbitragem por meio do qual as partes submetem ao fórum arbitral uma controvérsia já existente entre elas” (*Curso Prático de Arbitragem e Administração Pública*. São Paulo-SP: Revista dos Tribunais. 2ª tiragem. 2020, p. 24).

Especialmente depois da Lei federal n. 13.129, de 26 de maio de 2015, o instituto da “arbitragem” teve consolidada a possibilidade de seu emprego nas relações jurídicas contratuais erigidas com a Administração Pública, apesar da doutrina já propalar anteriormente esta hipótese,⁹ assim como também das diversas previsões normativas existentes em legislações esparsas.¹⁰

Com o advento da Lei federal n. 14.133, de 1º de abril de 2021, a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, que institui normas gerais de licitações e contratos na forma do art. 22, inciso XXVII da C.F.,¹¹ restou consignado um grande avanço, porque, além de disciplinar a arbitragem, houve menção expressa aos meios alternativos de resolução de controvérsias, consolidando de vez a aplicação do instituto no âmbito da Administração Pública.¹²

3. Arbitragem em contratos administrativos

O emprego da “arbitragem” na esfera pública vem justamente ao encontro da necessidade de também reger com mais segurança, celeridade, efetividade e especialidade algumas atividades da Administração Pública, como instituto jurídico que possui consagrada relevância para a resolução de conflitos na esfera privada, com

⁹ Confira-se: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Arbitragem nos Contratos Administrativos*. Rio de Janeiro: R. Dir. Adm., 209: 81-90, jul./set. 1997; PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Arbitragem e a Administração Pública na jurisprudência do TCU e do STJ*. <http://www.justen.com.br//informativo.php?&informativo=5&artigo=731...> Acesso em 05 mai. 2018; ARAGÃO, Alexandre Santos de. *A Arbitragem do Direito Administrativo*. Brasília-DF: Revista da AGU, v. 16, n. 03, p.19-58, jul./set. 2017; TALAMINI, Eduardo. *A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitoria) – versão atualizada para o CPC/2015*. Revista de Processo, v. 264, ano 42, p. 83-107, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017; MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. *Arbitragem e os contratos da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Lume Juris, 2016; SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em Contratos Administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011; DALLARI, Adilson Abreu. *Arbitragem na concessão de serviço público*. Brasília-DF: Revista de Informação Legislativa, n. 128, out./dez., 1995; GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho administrativo – La Defensa del Usuario e del Administrado*. Belo Horizonte-MG: Del Rey Editora e Fundación de Derecho Administrativo, 5ª edição, Tomo 2, 2003.

¹⁰ Veja-se: Lei federal n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 (Lei de Concessões); Lei federal n. 9.478, de 6 de agosto de 1997 (Lei da ANP); Lei nº10.233, de 5 de junho de 2001 (Lei da ANTT); Lei federal n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004 (Lei das PPPs); Lei federal n. 12.462, de 04 de agosto de 2011 (Lei do RDC); Lei federal n. 12.815, de 5 de junho de 2013 (Lei dos Portos); Lei federal n. 13.303, de 30 de junho de 2016 (Leis das Estatais); Lei federal n. 13.334, de 13 de setembro de 2016 (Lei do PPI); Lei federal n. 13.448, de 05 de junho de 2017 (Lei da Relicitação); Lei federal n. 14.133, de 1º de abril de 2021 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos).

¹¹ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: (...) XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III.

¹² O tema será tratado de modo específico, infra, na seção 3. Arbitragem em contratos administrativos.

potencialidade de uso na prevenção, remediação e solução extrajudicial de disputas na seara administrativa.

Sobre a arbitrabilidade dos conflitos envolvendo a Administração Pública, como já houve oportunidade de afirmar¹³, é certo que já se tem respostas doutrinárias^{14, 15, 16} e jurisprudenciais¹⁷ abalizadas sobre diversos aspectos do seu emprego no campo da contratualística público-administrativa, ultrapassando-se os eloquentes debates sobre o conteúdo dos *direitos patrimoniais disponíveis*, inclusive com a recente previsão expressa da lei brasileira (Lei federal n. 13.129, de 26 de maio de 2015) sobre a possibilidade de emprego do instituto pela administração pública direta e indireta (e mesmo antes, com as diversas previsões normativas existentes em legislações esparsas¹⁸).

Mas nem sempre foi assim, pois o Tribunal de Contas da União-TCU já proferiu Acórdãos contraditórios^{19, 20}, ora considerando que a Lei federal nº 9.307, de 23/09/96,

¹³ GONÇALVES, Cláudio Cairo. Acordos administrativos: transação tributária e cláusula compromissória de arbitragem em incentivos fiscais. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coord.); BARROS FILHO, Wilson Accioli de (Org.). *Acordos Administrativos – Teoria e Prática*. São Paulo: Almedina, 2020, p. 405/441.

¹⁴ Ver Nota de Rodapé 9, supra.

¹⁵ Diogo de Figueiredo Moreira Neto já afirmava que toda “a questão do cabimento da arbitragem na órbita interna se reduz, assim, à definição do campo contratual em que a Administração negocia e estatui como qualquer particular, excluídas, portanto, quaisquer cláusulas em que seja prevista a satisfação de um interesse finalístico da sociedade, cometido ao Estado, este sim, indisponível. Mas se qualquer dúvida pudesse ainda pairar sobre este asserto, o advento da Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, dispoendo especificamente sobre os contratos de concessão e de permissão de serviços públicos, que são irretrucavelmente contratos administrativos típicos, e que, por este motivo, destinam-se a satisfazer diretamente interesses públicos indisponíveis, extingue a controvérsia. Com efeito, entre as cláusulas essenciais dessas modalidades contratuais, com alta densidade de interesse público, ficou prevista a que deve dispor especificamente sobre o foro e sobre o modo amigável de solução das divergências contratuais. Ora, como só há três modos de solucionar amigavelmente controvérsias contratuais: pela mediação, pela conciliação e pela arbitragem, não resta a menor dúvida de que o legislador brasileiro a previu expressamente, embora sem explicitar, como uma das modalidades que devem ser necessariamente adotadas. Com efeito, o dispositivo legal só elenca cláusulas essenciais, não facultativas, de sorte que a eleição de foro e a previsão de algum dos modos amigáveis de solução de divergências contratuais não podem ser omitidas nos contratos de concessão e de permissão de serviços públicos” (Arbitragem nos Contratos Administrativos. Rio de Janeiro: R. Dir. Adm., 209: 81-90, jul.lset. 1997).

¹⁶ José dos Santos Carvalho Filho alude que, após “alguma hesitação a respeito, o referido diploma, alterado pela Lei no 13.129, de 26.5.2015, veio a admitir que a Administração Pública recorra à arbitragem para solucionar conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis (art. 1o, § 1o). Ficam, portanto, excluídos direitos indisponíveis ou que não tenham natureza patrimonial, hipótese em que o Poder Público terá que recorrer ao Judiciário” (*Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 32ª edição, 2017).

¹⁷ RE 71467 - Caso Lage; REsp 606.345 – RS - STJ; AgRg no MS 11.308 – STJ; REsp 612.439 – RS – STJ.

¹⁸ Ver Nota de Rodapé 10, supra.

¹⁹ O Acórdão 584/2003, da 2ª Câmara, cujo relator foi o Min. Ubiratan Aguiar, julgado em sessão do dia 10/04/2003, trouxe a questão da cláusula 47 do contrato examinado, que determina que, no caso de controvérsias relativas a ele, estas devem ser resolvidas por meio de arbitragem, nos termos da Lei nº 9.307/96. Segundo o gestor responsável, tal previsão estaria respaldada na própria Lei nº 9.307/96, uma

“é aplicável apenas a direitos patrimoniais disponíveis, ou seja, individuais, sobre os quais os titulares têm direito de disposição”, o que não é o caso do contrato administrativo, ora trazendo alguns avanços na discussão com a evolução dos institutos.²¹

vez que tratar-se-iam de direitos patrimoniais disponíveis, e também na Lei nº 8.987/95 (artigos 23 e 25) e na MP nº 29/2002 (art. 2º). Acompanhou-se o entendimento da Unidade Técnica de que os argumentos utilizados não devem ser acatados. Em relação à pretensa autorização contida na própria Lei nº 9.307/96, o seu art. 1º determina que poderão ser objeto de solução via arbitral questões envolvendo direitos patrimoniais disponíveis. Não se pode falar em direito disponível quando se trata de fornecimento de energia elétrica, com o objetivo de atender boa parte da população brasileira que estava sofrendo os efeitos do racionamento de energia. E conforme já mencionei, os serviços de energia elétrica são serviços públicos exclusivos do Estado. A própria CBEE só foi criada em função do racionamento de energia. Não se poderia admitir, por exemplo, que ela vendesse a energia contratada com os produtores independentes para empresas fora do país. A energia contratada destinava-se a atender à situação de emergência por que passava a sociedade brasileira. Claramente, portanto, não se estava tratando de direitos disponíveis da empresa.).

²⁰ Vide Acórdão 587/2003 do TCU (“Inclusão de cláusulas no edital que estipulam a arbitragem para a solução de conflitos o que é incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro. A Lei nº 9.307/96, em seu art. 1º, dispõe que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Segundo entendimento da Secex/RS, o interesse tutelado na relação jurídica que será estabelecida pelo contrato é inquestionavelmente de natureza pública, sendo, portanto, indisponível. Disso decorre serem nulas as cláusulas do edital que determinam a utilização de arbitragem para a solução de conflitos entre o DNIT e o contratado”).

²¹ Vide Acórdão 1271/2005 (“No entanto, este Tribunal em julgado da 2ª Câmara sobre processo envolvendo contratos que a Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial – CBEE firmava com produtores independentes de energia, entendeu que o art. 1º da referida Lei, ao estabelecer que a via arbitral estava aberta aos detentores de direitos patrimoniais disponíveis, retirava os contratos administrativos da esfera de incidência de suas disposições, consoante se pode depreender pelo exceto do voto condutor do Acórdão nº 584/2003-2ª Câmara, verbis: “Em relação à pretensa autorização contida na própria Lei nº 9.307/96, o seu art. 1º determina que poderão ser objeto de solução via arbitral questões envolvendo direitos patrimoniais disponíveis. Não se pode falar em direito disponível quando se trata de fornecimento de energia elétrica, com o objetivo de atender boa parte da população brasileira que estava sofrendo os efeitos do racionamento de energia. E, conforme já mencionei, os serviços de energia elétrica são serviços públicos exclusivos do Estado. A própria CBEE só foi criada em função do racionamento de energia. Não se poderia admitir, por exemplo, que ela vendesse a energia contratada com os produtores independentes para empresas fora do país. A energia contratada destinava-se a atender à situação de emergência por que passava a sociedade brasileira. Claramente, portanto, não se estava tratando de direitos disponíveis da empresa”. 6. Verifica-se que tese acima transcrita é a defendida pela Secex/RS e que foi também encampada no Acórdão nº 587/2003-Plenário, citado pela unidade técnica. No entanto, sem a pretensão de esgotar o tema, tenho que tal entendimento ainda não se encontra consolidado. 7. Primeiro, porque não se configura plena convergência no posicionamento que o próprio E. STF tende a adotar. Nesse sentido, é de colacionar a seguinte manifestação do Ministro Maurício Corrêa, inserta no RE 248869 (in Informativo STF nº 319): “8. A indisponibilidade de determinados direitos não decorre da natureza privada ou pública das relações jurídicas que lhes são subjacentes, mas da importância que elas têm para a sociedade. O interesse público de que se cogita é aquele relacionado à preservação do bem comum, da estabilidade das relações sociais, e não o interesse da administração pública em sentido estrito. Daí reconhecer-se ao Estado não só o direito, mas o dever, de tutelar essas garantias, pois embora guardem natureza pessoal imediata, revelam, do ponto de vista mediato, questões de ordem pública”. 9. Entendo, assim, que se possa aguardar nova manifestação desta Corte de Contas sobre o assunto, após o que o entendimento sobre o tema estará mais consolidado. A meu ver, essa circunstância não impede que o processo possa ser encerrado, pois nada mais se constata nos autos que obste seu arquivamento. Ademais, não há indício de que a cláusula da arbitragem tenha sido utilizada na execução do contrato TT-00-106/2004, que, de acordo com a peça de fl. 135, não teve recursos empenhados no corrente exercício”).

Depois da Lei federal n.13.129, de 26 de maio de 2015, os casos dos conflitos que têm a Administração Pública como parte restaram definitivamente passíveis de arbitragem, cabendo intensificar os estudos, afinal de contas, como este instituto volta-se para o solucionamento do conflito de forma mais célere, estável e especializada, devem ser soerguidos critérios para evitar questionamentos que possam (novamente) travar o emprego da “arbitragem” na solução de conflitos decorrentes das relações jurídico-contratuais com a Administração Pública.

Quanto à questão da (in)disponibilidade do direito versado na arbitragem em que a Administração Pública é parte (arbitrabilidade objetiva), convém dilucidar, de início, que existem atividades estatais *soberanas* (em relação às quais há um núcleo essencial irrenunciável, indisponível e inalienável) e atividades estatais *negociais* (em relação às quais há um espaço residual derivado passível de disposição)²², pelo que, neste espaço de atuação negocial é passível que sejam objeto de arbitragem os chamados *direitos patrimoniais disponíveis da administração pública*.

Carlos Alberto de Salles traceja um arguto panorama dos principais aspectos sobre o tema, na medida em que, não somente afasta as idéias da *indisponibilidade absoluta do interesse público* e a da existência de *reserva de jurisdição*, mas também propugna (acertadamente) que a indisponibilidade dos bens públicos seja vista como exceção, enquanto que a disponibilidade é a regra, podendo ser apenas *condicionada* (a requisitos materiais ou formais) (ex.: proteção de bens de incapazes e dos bens públicos). A seu turno, na sua visão, a indisponibilidade pode ser material (por natureza) (ex.: meio ambiente e direitos de personalidade) ou normativa (ex.: competência processual e comunicação de prisão), não se podendo cogitar de uma expansão desmesurada e abrangente do instituto a toda e qualquer relação jurídica da Administração.²³

²² Esta noção decorre da lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, para quem as atividades desenvolvidas pelo Estado podem ser classificadas em atividades-fim (como sendo aquelas que estão vinculadas aos interesses primários), que envolvem toda a coletividade, e as atividades-meio (como sendo aquelas que estão vinculadas aos interesses secundários), que envolvem atividades de gestão de estrutura operacional, pessoal bens, créditos e débitos (*in Arbitragem nos Contratos Administrativos*. Rio de Janeiro: R. Dir. Adm. 209: 81-90, jul./set. 1997).

²³ SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 287.

Ultrapassando também as controvérsias doutrinárias sobre a natureza jurídica do contrato administrativo²⁴, no sentido de que ora são celebrados contratos regidos mais intensamente pelo direito público, ora são celebrados contratos regidos mais intensamente pelo direito privado, não se descurando da existência de um regime jurídico administrativo mínimo, principalmente no que concerne a regras de competência, procedimento, de habilitação, formação interna da vontade administrativa, exigência de crédito nos orçamentos, fiscalização das operações financeiras e formalização do contrato, tem-se que em todos os tipos contratuais, presente a disponibilidade patrimonial do direito versado, há plena possibilidade jurídica de emprego da “arbitragem” em todas as espécies de contratos administrativos. Nos tempos atuais, considerando a necessidade de garantia de eficiência e segurança da atuação administrativa, deveria ser impensável inaugurar um processo judicial para discutir aspectos materiais de uma qualquer relação locatícia ou securitária do poder público, o que remete à necessidade de maior reflexão sobre o emprego do instituto da “arbitragem” em contratos administrativos, derogatórios de direito comum ou não (?).

Daí a aceitabilidade e incentivos ao emprego da “arbitragem” nas relações consensuais do Estado, como forma de empreender com maior segurança, celeridade, efetividade e especialidade a atividade negocial da Administração Pública.

Para indicar os pontos mais agudos do debate atual do tema da arbitragem na Administração Pública, é relevante registrar o estudo de Gustavo Justino de Oliveira, que elenca as principais controvérsias em voga sobre as especificidades da arbitragem na seara administrativa pública, tais como: “Publicidade e transparência; Participação de amicus curiae; Arbitragem de direito e não por equidade; Seleção e vinculação da Câmara de Arbitragem; Inaplicabilidade da Lei federal n. 8.666/1993 ao repasse de recursos para custeio da arbitragem: uma nova forma de relacionamento entre a Administração Pública e as câmaras de arbitragem; Execução do laudo arbitral”.²⁵

²⁴ Sobre a natureza jurídica do contrato administrativo, já se disse que “mesmo admitindo existirem contratos mais sujeitos ao Direito Privado, todos os vínculos contratuais firmados pela Administração são tocados, direta ou indiretamente, pelo regime jurídico administrativo, especialmente no que concerne a regras de competência, de procedimento, de habilitação, de formação interna da vontade administrativa, de exigência de crédito nos orçamentos, de fiscalização das operações financeiras e de formalização do contrato.” (GONÇALVES, Cláudio Cairo. *Contrato administrativo: tendências e exigências atuais*. Belo Horizonte-MG: Editora Fórum, 2007, p. 108).

²⁵ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Especificidades do processo arbitral envolvendo a Administração Pública*. São Paulo: Enciclopédia Jurídica da PUC-SP, Tomo Direito Administrativo e Constitucional, Edição 1, Abril de 2017.

Em paralelo, depreende-se que a Lei federal n. 14.133/2021, que disciplina as Licitações e Contratos Administrativos, trouxe previsão de aplicabilidade dos institutos da conciliação, mediação, comitê de resolução de disputas e arbitragem (art. 151), acrescentando a menção de sua aplicação às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, com exemplificação das questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato e ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações (Parágrafo único do art. 151). Restou definido também que arbitragem será sempre de direito e observará o princípio da publicidade (art. 152), cabendo a aditivação aos contratos vigentes para prever a adoção dos meios alternativos de resolução de controvérsias (art. 153), bem como previsão de que o procedimento de escolha dos árbitros, dos colegiados arbitrais e dos comitês de resolução de disputas observará critérios isonômicos, técnicos e transparentes (art. 154).

4. As cláusulas compromissórias

Aqui se inserem no tema da arbitragem, os fundamentos da padronização das cláusulas arbitrais ou compromissórias em contratos públicos, de modo a definir os critérios, procedimentos, expressões normativo-contratuais e roteiros que podem(devem) ser utilizados, para a sua fixação e eventual execução nos contratos celebrados pelo poder público, para que seja possível dotar este instrumento de maior efetividade na prevenção, remediação e solução extrajudicial de eventuais conflitos existentes.

Como já se disse, de acordo com a Lei Geral de Arbitragem - LGA, pode-se entender existirem duas espécies de convenção arbitral, a cláusula arbitral ou compromissória e o compromisso arbitral (art. 3º). As cláusulas arbitrais ou compromissórias decorrem do convencionamento contratual das partes em submeterem a solução de seus (eventuais) litígios ao juízo arbitral.^{26, 27, 28}

²⁶ Ver Art. 3º a Art. 8º da Lei federal n. 9.307/1996.

²⁷ Ver Art. 9º a Art. 12 da Lei federal n.9.307/1996.

²⁸ Segundo, André R. Junqueira, Mariana Beatriz T. de Oliveira e Michelle Manaia Santos, nos casos em que a avença arbitral é prévia ao litígio, esta se denomina cláusula compromissória (objeção processual), que, por suas características próprias, costuma ser classificada em três modalidades: a) cheia, b) vazia ou c) patológica. A cláusula compromissória cheia é aquela em que contém os requisitos necessários à instituição da arbitragem (seja *ad hoc* ou institucional), com a definição de prazos, forma de escolha de câmara e árbitros, procedimento a ser aplicado, etc. Por sua vez, a cláusula compromissória vazia é aquela

A verificação da estruturação (metodológica) eficiente de cláusulas arbitrais nas relações jurídico-contratuais da Administração Pública, certamente, contribuirá para o crescente emprego da “arbitragem” na seara administrativa pública brasileira.

Em pesquisa de fontes, apesar da existência de obras que analisam os conteúdos das cláusulas arbitrais²⁹, verifica-se que o tema ainda não se encontra definitivamente consolidado, definindo-se critérios normativos claros para a estruturação das cláusulas arbitrais pela Administração Pública, visto que a situação normativa advinda com a Lei federal n.13.129/2015, ainda é muito recente, mantendo incipiente e assistemática a definição sobre a matéria. A situação se torna ainda mais evidente diante da reafirmação normativa do instituto da “arbitragem” na Administração Pública na Lei federal n.14.333/2021, que trouxe nova disciplina para as Licitações e Contratos Administrativos.

Carlos Alberto de Salles, sobre a formação da convenção arbitral administrativa, considerando como premissas a dispensabilidade de regulamentação específica e a necessidade de indicação e de destaque da cláusula compromissória da arbitragem no instrumento convocatório, afirma que eventuais condicionantes normativos de direito público devem constar da convenção arbitral, “de maneira a não surpreender o particular contratante, garantir sua exigibilidade e evitar impugnação judicial de futura sentença arbitral”, como “pressupostos de arbitrabilidade”, adotando-se uma “estratégia minimalista”, confinando as condicionantes em um limite mínimo restrito aos princípios constitucionais implícitos e explícitos, sendo necessário que a cláusula arbitral

que se limita a afirmar que os litígios decorrentes de determinado negócio jurídico serão solucionados por arbitragem, sem fixar qualquer procedimento. Por fim, a cláusula arbitral patológica é aquela redigida de forma incompleta ou imprecisa, de modo a dificultar a instauração da arbitragem (JUNQUEIRA, André R.; OLIVEIRA, Mariana Beatriz T. de; SANTOS, Michelle Manaia. Cláusula de solução de controvérsias em contratos de parcerias público-privadas: estudo de casos e proposta de redação. São Paulo: R. Proc. Geral Est. São Paulo, n. 77/78:285-313, jan./dez. 2013.).

²⁹ WIGDEROWITZ NETO, Walter A *Cláusula Arbitral no Contrato Comercial*. Rio de Janeiro: R.C. pol, 33(3): 106-19, maio/jul. 1990; GABBAY, Daniela Monteiro; MAZZONETTO, Nathalia; KOBAYASHI, P.. *Desafios e cuidados na redação de cláusulas de arbitragem. Arbitragem Comercial: Princípios, Instituições e Procedimentos*, p. 93-130, 2013; LEMES, Selma Ferreira. *Cláusulas Combinadas ou Fracionadas: Arbitragem e Eleição de Foro*. Revista do Advogado, Associação dos Advogados de São Paulo- AASP, Edição Especial sobre Arbitragem, n.119, abril, 2013 p. 153/158; LEMES, Selma Ferreira. *Cláusulas Arbitrais Ambíguas ou Contraditórias e a Interpretação da Vontade das Partes*. In: “Reflexões sobre Arbitragem, In Memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima”, MARTINS, Pedro Batista; GARCEZ, José M. Rossani (orgs.), São Paulo, LTr, 2002, p.188/208; ESTEFAM, Felipe Faiwichow. *Arbitragem e Administração Pública: a estruturação da convenção arbitral em face do regime jurídico-administrativo*. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo-SP: Pontifícia Universidade Católica De São Paulo - PUC-SP, 2017.

administrativa traga a indicação do árbitro ou a maneira pela qual se deve dar a sua escolha.³⁰

Este mesmo autor, dilucida que a convenção de arbitragem, “muito especialmente em sua modalidade clausular, deve conter certos elementos básicos, aptos a permitir a instituição da arbitragem e seu desenvolvimento posterior”, muito embora reconheça que a própria Lei de Arbitragem seja muito exígua neste mister, quanto ao conteúdo da cláusula compromissória, na medida em que só determina aspectos obrigatórios e facultativos para o compromisso arbitral (arts. 10 e 11). Assevera ainda que é de “fundamental importância, a esse propósito, a indicação do árbitro, ou da forma de escolhê-lo, e, em especial para a Administração Pública, a maneira pela qual a arbitragem deverá ser processada, com indicação de seu procedimento ou suas características fundamentais.”³¹

Selma Ferreira Lemes alude às cláusulas *ambíguas ou contraditórias, Combinadas ou Fracionadas, escalonadas ou combinadas*,³² o que, na seara administrativa pública, deve ser absolutamente evitado.

Quando da estipulação contratual, na previsão da jurisdição arbitral, é necessário que sejam convencionados os requisitos indispensáveis para sua fixação e efetivação, fazendo-se constar as situações sobre arbitragem “ad hoc”, institucional ou definição dos critérios e procedimentos de indicação de árbitros, e, suplementarmente, aspectos como indicação imediata, ou não, da instituição arbitral, local de sua realização, idioma, lei aplicável quando se tratar de contrato internacional e prazo de prolação da sentença arbitral.

Em geral, verifica-se que as próprias instituições arbitrais já possuem cláusulas compromissórias padrão, que vão fixar os procedimentos mínimos para a instalação da arbitragem³³, se configurando como usual para os conflitos de natureza privada.

³⁰ SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 267 *et seq.*

³¹ Op. cit., p. 269.

³² LEMES, Selma Ferreira. *Cláusulas Arbitrais Ambíguas ou Contraditórias e a Interpretação da Vontade das Partes*. In: “Reflexões sobre Arbitragem, In Memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima”, MARTINS, Pedro Batista; GARCEZ, José M. Rossani (orgs.), São Paulo, LTr, 2002, p.188/208; LEMES, Selma Ferreira. *Cláusulas Combinadas ou Fracionadas: Arbitragem e Eleição de Foro*. Revista do Advogado, Associação dos Advogados de São Paulo- AASP, Edição Especial sobre Arbitragem, n.119, abril, 2013 p. 153/158.

³³ De acordo com Daniela Monteiro Gabbay, Nathalia Mazzonetto e Patrícia Shiguemi Kobayashi, “há alguns guias práticos que trazem *checklist* do que deve conter a cláusula arbitral e identificam os cuidados necessários na forma de redigi-la. Os guias, contudo, costumam ressaltar que a preocupação está mais em fazer as perguntas certas do que em dar respostas únicas, mesmo porque há muitas escolhas que são

5. A padronização das cláusulas compromissórias

A discussão sobre a padronização das cláusulas arbitrais surgiu no Estado de São Paulo, resultado de reflexão interna da sua Procuradoria Geral do Estado, para uniformização de seu conteúdo, merecendo destaque, pela relevância das discussões aventadas, os seguintes aspectos: (im)previsibilidade do funcionamento futuro da instituição arbitral; (in)viabilidade da estipulação da instituição na fase do instrumento convocatório, só devendo ser escolhida no momento do litígio; definição da câmara arbitral brasileira; antecipação de custas pela parte privada; definição da língua portuguesa para o processo arbitral.^{34, 35}

Em sentido um pouco diverso, mas com o mesmo objetivo, o Estado do Rio de Janeiro editou o Decreto estadual n. 46.245, de 19 de fevereiro de 2018, que “regulamenta a adoção da arbitragem para dirimir os conflitos que envolvam o Estado do Rio de Janeiro ou suas entidades”, prevendo a possibilidade de cláusula compromissória em contratos de concessão de serviços públicos, concessões patrocinadas e administrativas e os contratos de concessão, com o seguinte conteúdo, obrigatoriamente: local e sede da arbitragem; escolha da legislação brasileira e vedação do emprego da equidade; a adoção da língua portuguesa como o idioma do processo

estratégicas e dependem do caso concreto. Sobre os manuais consultados, vide BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin, BLACKABY, Nigel e PARTASIDES, Constantine. Redfern and Hunter on International Arbitration. 5 ed. Oxford University Press, 2009. pp. 85-161. PAULSSON, Jan; RAWDING, Nigel; REED, Lucy. The Freshfields Guide to Arbitration Clauses in International Contracts, Third Edition, Kluwer Law International, 2010. International Bar Association (IBA) Guidelines for drafting international arbitration clauses, adopted by a resolution of the IBA Council, 7 October 2010” (disponível em file:///C:/Users/cgonc/Downloads/Guidelines%20for%20Drafting%20Intl%20Arbitration%20Clauses%202010.pdf.), (Desafios e Cuidados na Redação da Cláusula de Arbitragem. In: Arbitragem Comercial: Princípios, Instituições e Procedimentos, p. 93-130, 2013), Acesso em 13 abr. 2021.

³⁴ Lei Complementar nº1.270, de 25 de agosto de 2015, que instituiu a Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, trouxe a implantação na Subprocuradoria Geral do Contencioso Geral, como órgão de apoio e execução a denominada “Assistência de Arbitragens”, cuja competência é: “a) atuar em todos os procedimentos arbitrais de interesse da Fazenda Pública; b) promover a interlocução da Procuradoria Geral do Estado com os demais órgãos e entidades da Administração Estadual para subsidiar a defesa da Fazenda Pública nas arbitragens instauradas; c) coordenar a atuação das empresas e fundações nas arbitragens de interesse desses entes, quando não for o caso de representação direta pela Procuradoria Geral do Estado; d) opinar a respeito do juízo de conveniência de a Fazenda Pública submeter-se à arbitragem, prévia ou posteriormente ao conflito; e) emitir orientações genéricas ou específicas a respeito das questões relacionadas à arbitragem.”

³⁵ JUNQUEIRA, André R.; OLIVEIRA, Mariana Beatriz T. de; SANTOS, Michelle Manaia. Cláusula de solução de controvérsias em contratos de parcerias público-privadas: estudo de casos e proposta de redação. São Paulo: R. Proc. Geral Est. São Paulo, n. 77/78:285-313, jan./dez. 2013.

arbitral; a escolha do juízo da comarca do Rio de Janeiro como o competente para o processamento e julgamento de ações judiciais decorrentes do contrato ou da arbitragem. Outro aspecto que merece ser destacado, é que o citado decreto fluminense, prevê cadastramento prévio da instituição arbitral junto ao Estado do Rio de Janeiro, devendo atender aos seguintes requisitos: “disponibilidade de representação no Estado do Rio de Janeiro; estar regularmente constituído há, pelo menos, cinco anos; estar em regular funcionamento como instituição arbitral; ter reconhecida idoneidade, competência e experiência na administração de procedimentos arbitrais, com a comprovação na condução de, no mínimo, quinze arbitragens no ano calendário anterior ao cadastramento”. Além disto, este decreto mencionado disciplinou que “em caso de sentença arbitral condenatória ou homologatória de acordo que imponha obrigação pecuniária contra o Estado ou qualquer entidade com personalidade de direito público, o pagamento será efetivado mediante a expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor, conforme o artigo 100 da Constituição da República” (art. 15), cabendo à “parte interessada solicitar à autoridade judiciária competente a adoção das providências necessárias à expedição do precatório ou de requisição de pequeno valor, conforme o caso, observadas, no que couber”, as disposições da lei processual vigente (Parágrafo único do art. 15).

Após novas discussões na Administração Pública Paulista, foi editado o Decreto estadual n. 64.356, de 31 de julho de 2019, que “dispõe sobre o uso da arbitragem para resolução de conflitos em que a Administração Pública direta e suas autarquias sejam parte”, tratando das competências da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, procedimento, árbitros, publicidade, cadastramento das câmaras arbitrais, previu que as convenções de arbitragem deverão conter os seguintes elementos: a capital do Estado de São Paulo como a sede da arbitragem; a escolha das leis da República Federativa do Brasil como sendo a lei aplicável, vedado o julgamento por equidade; a adoção da língua portuguesa como o idioma aplicável à arbitragem; a eleição do juízo da comarca sede da arbitragem como competente para o processamento e julgamento das demandas correlatas ou cautelares, quando cabível; o adiantamento das despesas pelo requerente da arbitragem; a composição do tribunal arbitral por três membros, indicados de acordo com o regulamento da câmara arbitral indicada, podendo ser escolhido árbitro único em causas de menor valor ou menor complexidade; a vedação de condenação da parte vencida ao ressarcimento dos honorários advocatícios contratuais da parte vencedora,

aplicando-se por analogia o regime de sucumbência do Código de Processo Civil (§ 1º, art. 4º) e ainda, que o Procurador Geral do Estado poderá celebrar compromisso arbitral para submeter divergências à arbitragem após o surgimento da disputa ou para esclarecer ou integrar lacuna de cláusula compromissória, independentemente de previsão no contrato ou edital de licitação (§ 3º, art. 4º).

Em seguida, a Presidência da República editou o Decreto federal n. 10.025, de 20 de setembro de 2019, que “dispõe sobre a arbitragem para dirimir litígios que envolvam a administração pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário (...)”, tratando do objeto da arbitragem, das regras gerais do procedimento arbitral, da convenção de arbitragem, dos prazos do procedimento arbitral, dos custos da arbitragem, do credenciamento e da escolha da câmara arbitral, da escolha dos árbitros, da representação da Administração Pública Federal direta e indireta, do assessoramento técnico e da sentença arbitral, disciplinou vários aspectos da convenção de arbitragem. Sobre a cláusula compromissória, quando estipulada, fez-se constar que deverá ser observado o seguinte: cláusula destacada no contrato; critérios para submissão de litígios à arbitragem; definição se a arbitragem será institucional ou “ad hoc”; obrigatoriedade de cumprimento das disposições da própria regulamentação contida no Decreto (§ 1º, art. 5º). Admite-se que, na hipótese de institucional, se a câmara arbitral não for definida previamente, a cláusula compromissória deverá estabelecer o momento, o critério e o procedimento de escolha da câmara arbitral dentre aquelas credenciadas (§ 2º, art. 5º) e que os contratos que não contiverem cláusula compromissória ou possibilidade de adoção alternativa de outros mecanismos adequados à solução de controvérsias, poderão ser aditados, desde que seja estabelecido acordo entre as partes (§ 3º, art. 5º).

Quanto ao compromisso arbitral, o Decreto federal n.10.025/2019, previu que a Administração Pública Federal, para decidir sobre a celebração do compromisso arbitral, avaliará previamente as vantagens e as desvantagens da arbitragem no caso concreto (art. 6º), devendo ser dada preferência à arbitragem: nas hipóteses em que a divergência esteja fundamentada em aspectos eminentemente técnicos; sempre que a demora na solução definitiva do litígio possa: a) gerar prejuízo à prestação adequada do serviço ou à operação da infraestrutura; ou b) inibir investimentos considerados prioritários (§ 1º, art. 6º). Estabeleceu-se que o compromisso arbitral poderá ser firmado independentemente de celebração prévia de termo aditivo, bem como que, caso já tenha

sido proposta ação judicial por quaisquer das partes, além das condições já estabelecidas (art. 6º, *caput*), antes da celebração de compromisso arbitral, o órgão da Advocacia-Geral da União responsável pelo acompanhamento da ação judicial emitirá manifestação sobre as possibilidades de decisão favorável à administração pública federal e a perspectiva de tempo necessário para o encerramento do litígio perante o Poder Judiciário, quando possível de serem aferidas.

Posteriormente, a Procuradoria Geral do Estado de São Paulo fez publicar a Resolução PGE n.45, de 16 de dezembro de 2019, que disciplina o cadastramento de câmaras arbitrais pelo Estado de São Paulo, tratando dos critérios e requisitos para o efetivo cadastramento.³⁶

Da normatização citada e do que se depreende dos temas versados, os aspectos mais controversos da padronização das cláusulas arbitrais guardam relação mais tensa com o regime jurídico de direito público, especialmente quanto aos seguintes temas: (i) prévia indicação da instituição arbitral na cláusula compromissória (princípios da eficiência e da igualdade); (ii) disponibilização dos atos do processo arbitral (princípios da publicidade e da transparência); (iii) antecipação de custas e responsabilidade sobre honorários periciais, sucumbenciais e contratuais (princípios da economicidade e da vedação do enriquecimento sem causa); (iv) a forma de recebimento de recursos decorrentes de obrigação pecuniária do poder público mediante a expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor (princípios da juridicidade e da força normativa da Constituição).

O tema da indicação da instituição arbitral na cláusula compromissória (princípios da eficiência e da isonomia), tem que ver com situações relacionadas à necessidade de imediata de indicação da instituição arbitral no momento de celebração

³⁶ Resolução PGE-SP n.45, de 16 de dezembro de 2019: Artigo 1º - A câmara de arbitragem, nacional ou estrangeira, interessada em integrar o cadastro do Estado de São Paulo, deverá manifestar seu interesse nos termos desta Resolução, por meio de requerimento endereçado ao endereço eletrônico. Artigo 2º - Para a efetivação do cadastramento, o requerimento deverá estar instruído com documentos, em formato “.pdf”, que comprovem o atendimento pela interessada das seguintes condições: I – dispor de serviços de secretariado e de espaço para a realização de audiências, sem custo adicional às partes, na cidade de São Paulo; II – estar regularmente constituída há, pelo menos, 5 (cinco) anos; III - atender aos requisitos legais para recebimento de pagamento pela Administração Pública; IV – possuir reconhecida idoneidade, competência e experiência na administração de procedimentos arbitrais com a Administração Pública. (...) § 5º - A condição do inciso IV deste artigo deverá ser demonstrada mediante declaração, sob as penas da lei, que ateste: 1. O início do processamento, junto à câmara de arbitragem, de ao menos 15 (quinze) arbitragens no ano calendário anterior ao cadastramento; 2. A existência de ao menos uma arbitragem envolvendo a Administração Pública direta ou indireta, de qualquer ente federativo, que esteja em curso ou já finalizada, com menção às partes; 3. A existência de ao menos uma arbitragem iniciada no ano calendário anterior ao cadastramento cujo valor da causa seja superior a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais).

da cláusula compromissória, aferindo-se tal necessidade para o momento efetivo da configuração do objeto da disputa, avaliando-se a especialidade, a competência e a experiência da instituição arbitral. Esta circunstância não representa que a arbitragem tenha que ser necessariamente “ad hoc”, podendo ser procedimentalizado pela cláusula compromissória o mecanismo de escolha da instituição arbitral, ou seja, a arbitragem não deixa de ser necessariamente institucional. Neste caso, através da cláusula compromissória arbitral, o exercício do direito à indicação e o respectivo prazo para a prática do ato poderia ficar reservado ao órgão de representação do ente público, uma vez formalmente instado pelo interessado a se pronunciar no caso concreto. Caso contrário, o interessado poderia exercer tal direito, com base nos critérios traçados pela própria cláusula compromissória (p.ex.: escolha entre as instituições arbitrais cadastradas mais especializadas ou mais experimentadas). Esta providência tem caráter prospectivo, uma vez que fica garantida maior eficiência na escolha da instituição arbitral ao tipo da disputa, suas atuais dimensões econômicas, financeiras, sociais e jurídicas, a vivenciada intensidade da dialogicidade entre os diversos atores envolvidos e os determinados objetivos mediatos/imediatos, diretos/indiretos das partes. Outra situação que recomenda a não indicação da Câmara na cláusula compromissória é a necessidade de garantia de igualdade de condições de participação em todos os processos de contratação de serviços de quaisquer interessados, atendidos os critérios especificados na legislação, sendo que o cadastramento prévio das Câmaras bem atende ao critério de isonomia, sem descuidar da necessidade de exigência de requisitos mínimos para que a instituição arbitral possa figurar como passível de indicação, o que também fortalece a segurança jurídica da avença, no momento da celebração do contrato administrativo. Este aspecto restou enaltecido pelo art. 154 da Nova Lei de Licitações (14.133/2021) que previu especificamente que o processo (ou procedimento) de escolha dos árbitros, dos colegiados arbitrais e dos comitês de resolução de disputas observará critérios isonômicos, técnicos e transparentes.

Outro tema da arbitragem relacionado ao regime jurídico de direito administrativo, diz respeito à questão da disponibilização dos atos do processo arbitral (princípios da publicidade e da transparência). Quando da análise dos procedimentos arbitrais, convencionou-se afirmar, a partir da prática contratual reiterada e de estipulações regulamentares de instituições arbitrais, que o sigilo e confidencialidade são características essenciais do instituto da “arbitragem”, em decorrência do princípio

da autonomia da vontade, como forma de preservar estratégias empresariais. Todavia, a LGA (Lei federal n. 9.307/1996) não prevê a obrigatoriedade de estipulação da confidencialidade, tendo sido evidenciado pelo art. 1º da Lei federal n.13.129/2015, que acrescentou o § 3º ao art. 2º da LGA, que a arbitragem que Administração Pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade, o que fortalece o entendimento de que nos procedimentos arbitrais deve-se atentar para a publicidade dos atos arbitrais, podendo estar preservada, excepcionalmente, da ampla publicidade (em caráter temporário) a confidencialidade das provas, a partir da análise do interesse público, sigilos profissional ou empresarial, eficiência da instrução probatória e integridade do procedimento arbitral, acaso as partes assim se manifestem, sem prejuízo de acesso dos órgãos de controle. A disciplina da publicidade dos atos arbitrais, e a sua excepcional contenção, na forma do disposto no art. 37, *caput* da Constituição Federal, também encontra amparo no disposto nos incisos do §3º deste mesmo artigo³⁷, assim como também na similaridade da previsão constitucional de que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação” (inciso IX do art. 93 da C.F.). Este aspecto também restou enaltecido pelo art. 154 da Nova Lei de Licitações (Lei federal n. 14.133/2021) que previu especificamente a necessidade de observância de critérios isonômicos, técnicos e transparentes, nos procedimentos arbitrais em que participa a Administração Pública.

Passando para o tema da antecipação de custas e responsabilidade sobre honorários periciais, sucumbenciais e contratuais (princípios da economicidade e da vedação do enriquecimento sem causa), compreendendo que há muitos entraves burocráticos de controle sobre a realização de pagamentos pela Administração Pública, e em linha com a economicidade, que se volta para a orientação da atuação

³⁷ § 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)(Vide Lei nº 12.527, de 2011) III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.

administrativa de forma menos onerosa possível,³⁸ a solução a ser empregada deve corresponder ao aspecto temporal e de planejamento orçamentário da despesa, pelo que pode ser antecipada (início do procedimento arbitral) ou postergada (final do procedimento arbitral). Cabendo à Administração Pública promover o desembolso administrativo com base no caráter de definitividade da decisão arbitral, compatibilizando o procedimento com a necessidade de realização das despesas arbitrais do seu curso, tem sido adotado o critério de postergação do pagamento de despesas arbitrais para o fim do procedimento arbitral pelo vencido, para afastar o enriquecimento sem causa, como ato de auferimento de benefício econômico juridicamente injustificado, vedado no ordenamento jurídico brasileiro (art. 884 do CCB).

Advirta-se que nas despesas arbitrais (custas) estão incluídos os seguintes itens: (i) necessariamente, honorários iniciais e finais dos árbitros componentes do tribunal arbitral respectivo, taxas de administração da instituição arbitral e demais despesas ordinárias e extraordinárias advindas do procedimento arbitral; (ii), eventualmente, honorários periciais e despesas periciais, a depender da matéria fática envolvida na disputa arbitral; (iii) facultativamente, honorários advocatícios de sucumbência, a depender das disposições do regulamento da instituição arbitral, da convenção arbitral ou do próprio termo de arbitragem. Neste último item, tanto pode-se discutir a facultatividade de dispor sobre honorários advocatícios de sucumbência pelas partes de modo geral, em procedimento arbitral que envolva a Administração Pública, a depender das disposições do regulamento da instituição arbitral, da convenção arbitral ou do próprio termo de arbitragem, quanto, em particular, pela Advocacia Pública e pelo ente público, a depender da previsão normativa específica sobre a forma de arrecadação, controle, disposição e destinação dos honorários advocatícios de sucumbência devidos aos advogados públicos (art. 85, §19 do CP/2015). De todo modo, as regulamentações fluminense, paulista e federal, sucessivamente, trazem vedação expressa de condenação pela sentença arbitral em honorários advocatícios contratuais, remetendo para a lei adjetiva civil o emprego dos critérios de fixação dos honorários advocatícios sucumbenciais.

³⁸ Ver: GONÇALVES, Cláudio Cairo. *Contrato administrativo: tendências e exigências atuais*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 183.

Por último, o tema da forma de recebimento de recursos decorrentes de obrigação pecuniária do poder público mediante a expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor (princípios da juridicidade e da força normativa da constituição), em conexão com o tema da antecipação de custas e responsabilidade sobre honorários periciais, sucumbenciais e contratuais, tem-se como imprescindível observar o regime de precatórios estatuído no âmbito constitucional,³⁹ em que pese a regulamentação federal dispor, excepcionalmente ao regime de precatórios, que seja estabelecido acordo entre as partes, para que o cumprimento da sentença arbitral ocorra por meio de: I - instrumentos previstos no contrato que substituam a indenização pecuniária, incluídos os mecanismos de reequilíbrio econômico-financeiro; II - compensação de haveres e deveres de natureza não tributária, incluídas as multas, nos termos do disposto no art. 30 da Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017; ou III - atribuição do pagamento a terceiro, nas hipóteses admitidas na legislação brasileira (§2º do art. 15 do Decreto federal n.10.025/2019), o que sem dúvida representa grande avanço para o eventual e necessário restabelecimento (e preservação) da equação econômico-financeira do contato administrativo efetivamente contida na proposta.

6. Conclusões

No curso deste estudo pretendeu-se justificar a necessidade de padronização das cláusulas arbitrais em contratos administrativos, em uma estruturação metodológica e eficiente, na construção razoável, refletida, avaliada e planejada das convenções arbitrais, como efetivos instrumentos de prevenção e solução extrajudicial de conflitos jurídicos.

Nestes termos, as tentativas de padronização das cláusulas arbitrais adquirem pleno sentido de política normativa, como forma de resguardar a ciência da Administração Pública e, principalmente, dos particulares que com ela contratam, dos

³⁹ Apesar dos desvirtuamentos trazidos com o poder de reforma constitucional (Emenda Constitucional n. 62, de 09 de dezembro de 2009; Emenda Constitucional n. 109, de 15 de março de 2021), inclusive objeto de questionamento pelas ADIs 4357 e 4425, julgadas procedentes em parte pelo Supremo Tribunal Federal quanto à normas introduzidas pela Emenda Constitucional n. 62/2009, ainda persiste o entendimento de que “os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim” (redação original do art. 100 da Constituição Federal).

condicionamentos obrigacionais que advirão no momento de eventual disputa envolvendo a relação jurídico contratual estabelecida desde a sua celebração.

Restam fortalecidos: os princípios da eficiência e da igualdade quanto à prévia indicação da instituição arbitral na cláusula compromissória; os princípios da publicidade e da transparência quanto à obrigatoriedade de disponibilização dos atos do processo arbitral; os princípios da economicidade e da vedação do enriquecimento sem causa a previsão de antecipação de custas e responsabilidade sobre honorários periciais, sucumbenciais e contratuais; e, os princípios da juridicidade e da força normativa da Constituição, quanto à forma de recebimento de recursos decorrentes de obrigação pecuniária do poder público mediante a expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor.

Encaminha-se também aqui, em conclusão, que há elementos que identificam espaços efetivos de consensualidade no emprego da instituto da “arbitragem” nos contratos administrativos, seja no procedimento de fixação da cláusula arbitral, no procedimento de escolha da instituição arbitral, na hipótese de fixação dos honorários advocatícios sucumbenciais ou nas hipóteses excepcionais de disposição do regime de precatórios, como normas procedimentais consensuais na gestão dos conflitos com a Administração Pública, para que seja possível a consolidação e ampliação do emprego instituto da “arbitragem” no direito brasileiro.

7. Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *A Arbitragem do Direito Administrativo*. Brasília-DF: Revista da AGU, v. 16, n. 03, p.19-58, jul./set. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, 6ª edição atualizada.

BRITO, Edvaldo. A atuação do estado no domínio econômico. In: MARTINS, Ives Gandra (Coord.). *Desafios do Século XXI*. São Paulo: Pioneira, 1997b. p. 261-277.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 32ª edição, 2017.

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

ESTEFAM, Felipe Faiwichow. *Arbitragem e Administração Pública: a estruturação da convenção arbitral em face do regime jurídico-administrativo*. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo-SP: Pontifícia Universidade Católica De São Paulo - PUC-SP, 2017.

ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da atividade de direito privado na Administração Pública*. Coimbra – Portugal: Almedina, 1996.

GABBAY, Daniela Monteiro; MAZZONETTO, Nathalia; KOBAYASHI, P.. *Desafios e cuidados na redação de cláusulas de arbitragem. Arbitragem Comercial: Princípios, Instituições e Procedimentos*, p. 93-130, 2013.

GONÇALVES, Cláudio Cairo. *Contrato administrativo: tendências e exigências atuais*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GONÇALVES, Cláudio Cairo. Acordos administrativos: transação tributária e cláusula compromissória de arbitragem em incentivos fiscais. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coord.); BARROS FILHO, Wilson Accioli de (Org.). *Acordos Administrativos – Teoria e Prática*. São Paulo: Almedina, 2020, p. 405/441.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho administrativo – La Defensa del Usuario e del Administrado*. Belo Horizonte-MG: Del Rey Editora e Fundación de Derecho Administrativo, 5ª edição, Tomo 2, 2003.

JUNQUEIRA, André R.; OLIVEIRA, Mariana Beatriz T. de; SANTOS, Michelle Manaia. Cláusula de solução de controvérsias em contratos de parcerias público-privadas: estudo de casos e proposta de redação. São Paulo: R. Proc. Geral Est. São Paulo, n. 77/78:285-313, jan./dez. 2013.

LEMES, Selma Ferreira. *Cláusulas Combinadas ou Fracionadas: Arbitragem e Eleição de Foro*. Revista do Advogado, Associação dos Advogados de São Paulo- AASP, Edição Especial sobre Arbitragem, n.119, abril, 2013 p. 153/158.

LEMES, Selma Ferreira. *Cláusulas Arbitrais Ambíguas ou Contraditórias e a Interpretação da Vontade das Partes*. In: “Reflexões sobre Arbitragem, In Memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima”, MARTINS, Pedro Batista; GARCEZ, José M. Rossani (orgs.), São Paulo, LTr, 2002, p.188/208.

MACHETE, Pedro. *Estado de Direito Democrático e Administração Paritária*. Coimbra: Editora Almedina, 2007.

MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. *Arbitragem e os contratos da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Lume Juris, 2016.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Arbitragem nos Contratos Administrativos*. Rio de Janeiro: R. Dir. Adm., 209: 81-90, jul.lset. 1997.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Especificidades do processo arbitral envolvendo a Administração Pública*. São Paulo: Enciclopédia Jurídica da PUC-SP, Tomo Direito Administrativo e Constitucional, Edição 1, Abril de 2017.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; ESTEFAM, Felipe Faiwichow. *Curso Prático de Arbitragem e Administração Pública*. São Paulo-SP: Revista dos Tribunais. 2ª tiragem. 2020.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Arbitragem e a Administração Pública na jurisprudência do TCU e do STJ*. <http://www.justen.com.br//informativo.php?&informativo=5&artigo=731>.... Acesso em 05 mai. 2018.

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

TALAMINI, Eduardo. *A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória) – versão atualizada para o CPC/2015*. Revista de Processo, v. 264, ano 42, p. 83-107, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

WATANABE, Kazuo. *Acesso à Ordem Jurídica Justa*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2019.

WIGDEROWITZ NETO, Walter A *Cláusula Arbitral no Contrato Comercial*. Rio de Janeiro: R.C. pol, 33(3): 106-19, maio/jul. 1990.