

UnB

IAGO RUAS ALMEIDA PEREIRA

**A ESCOLHA DA CÂMARA ARBITRAL NAS ARBITRAGENS COM A
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

BRASÍLIA

2017



IAGO RUAS ALMEIDA PEREIRA

**A ESCOLHA DA CÂMARA ARBITRAL NAS ARBITRAGENS COM A
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Monografia de conclusão de curso apresentada ao Curso de Direito da Universidade de Brasília (UnB) como requisito à obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Burnier da Silveira

BRASÍLIA

2017

TERMO DE APROVAÇÃO
IAGO RUAS ALMEIDA PEREIRA

**A ESCOLHA DA CÂMARA ARBITRAL NAS ARBITRAGENS COM A
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Monografia de conclusão de curso apresentada ao Curso de Direito da Universidade de Brasília (UnB) como requisito à obtenção do título de bacharel em Direito, aprovada pela seguinte banca examinadora:

Prof. Dr. Paulo Burnier da Silveira

Prof. Dr. João Costa Ribeiro Neto

Prof^a Maria Augusta Rost

Fernando Del Picchia Maluf

Brasília, 8 de dezembro de 2017.

À minha mãe,
Razão de todos os meus esforços.

AGRADECIMENTOS

É certo que ainda que tenha vindo de minha produção acadêmica, este trabalho tem vários autores. Vários autores que, ao longo não só da minha vida acadêmica – mas também pessoal –, contribuíram para formação do meu caráter, desenvolvimento profissional e pessoal e principalmente para a busca pelo conhecimento jurídico – ainda incipiente. Sem todos esses autores inominados na capa deste projeto, certamente não conseguiria a conclusão do curso de Direito. O significado da palavra gratidão pode ser falho em expressar o tamanho do sentimento que sempre nutri por todos vocês.

Agradeço primeiramente à minha mãe, BONNY, por todos os sacrifícios que faz e sempre fez para colocar meus estudos e projetos pessoais acima de tudo em sua vida.

Agradeço ao meu Pai, JARDEL, às minhas irmãs, MARIANA e ANA LUÍSA, à minha tia LARISSA e à minha vó MARILIA, por serem fundamentais no meu crescimento pessoal e terem me dado suporte em todas as etapas da minha vida. Agradeço também a todos meus familiares que, de longe ou de perto, foram elementos fundacionais na realização do meu curso.

Agradeço aos meus amigos PEDRO, RODRIGO e GUSTAVO, a quem tenho como irmãos, por terem compartilhado comigo durante todos esses anos meus maiores fracassos e conquistas e ainda, por mais impossível que fosse, acreditarem nos meus planos. Também ao JOÃO, com quem aprendi inúmeras lições de Direito e me deu a possibilidade de realizar um dos meus maiores projetos, a CAMBRAAP.

Agradeço ainda aos meus amigos que não estiveram presentes durante a faculdade, mas foram e são fundamentais no meu crescimento, MARIANNA, FERNANDO, ALINE, JEAN e MATHEUS.

Ao meu orientador, PAULO, que – além de ser projeção de brilhantismo acadêmico e profissional – possibilitou suporte a todos os meus projetos durante a minha caminhada acadêmica, principalmente da arbitragem, e, mais ainda, impulsionou meus projetos acadêmicos futuros.

Igualmente, agradeço a todos os colegas do Senado Federal, em especial à MARIA SUELY, EDIANA, KÁTIA, ENY, ANA e VERA, por terem sido essenciais ao meu desenvolvimento profissional e pessoal, e principalmente por terem me mostrado que um ambiente profissional competente também pode lhe ensinar algumas das maiores lições de vida.

A toda equipe da DOM, que me ensina rotineiramente que os nossos maiores desafios trazem nossas maiores alegrias.

Aos membros da banca, JOÃO e MARIA AUGUSTA, por serem não só referências acadêmicas, mas por terem sido fundamentais no meu interesse pelo Direito, arbitragem e advocacia.

Aos meus professores, em especial TARCÍSIO, THIAGO, CLÁUDIA, JORGE, VALLISNEY, OTHON, MARCIO, PEDRO, LUCAS e BRUNO, que, apesar das dificuldades que possa ter apresentado como aluno, sempre estiveram disponíveis e foram fundamentais na minha formação.

Aos meus amigos e colegas de faculdade, aos quais impossível nomear singularmente, mas que foram de grande contribuição na minha jornada.

A todos vocês, meus sinceros agradecimentos.

RESUMO

Um dos principais problemas encontrados no Brasil é a crise do Judiciário. Um ator fundamental tem grande contribuição para a questão: a Administração Pública. Atualmente, a Administração Pública responde por grande parcela das demandas judiciais em andamento no País. Uma solução viável e desejável é a utilização da arbitragem, que passou a ser expressamente permitida para Administração Pública com o advento da reforma da Lei de Arbitragem. Neste estudo buscamos desenvolver a questão elementar da escolha da Câmara de Arbitragem nas disputas envolvendo a Administração Pública. O primeiro passo foi analisar a natureza e a forma de atuação das Câmaras de Arbitragem, concluindo-se que são pessoas jurídicas de direito privado com competência jurisdicional residual, sendo extremamente relevante o trabalho institucional desenvolvido. Foi então analisada a controvérsia entre a opção pela arbitragem institucional ou pela *ad hoc*, pugnando-se pela opção pela primeira dada a eficiência trazida nas arbitragens com a Administração Pública. Na segunda parte do trabalho, analisou-se o ato de escolha da Câmara pela Administração Pública, buscando entender primeiramente a natureza da relação entre a Câmara e as partes e, posteriormente, a exigibilidade de licitação e os critérios de escolha da Câmara. As conclusões fundamentais foram pela natureza *sui generis* da relação contratual estabelecida com as Câmaras de arbitragem que seria demasiadamente complexa para estar abarcada tanto pelo Direito Civil quanto pelo Direito Administrativo. Sendo assim, a relação contratual não poderia também estar enquadrada na Lei de Licitações, regendo-se, portanto, por ato administrativo lastreado na conveniência e oportunidade do administrador. Norteando os critérios desse ato, percebeu-se que as lições trazidas pela doutrina e pelos textos legislativos não são os melhores a serem considerados na escolha da Câmara, devendo o administrador basear-se principalmente nos critérios da especialidade na gestão de conflitos com a Administração Pública e na qualidade dos especialistas em arbitragem que integram o corpo da Câmara.

Palavras-chave: Administração Pública; Arbitragem; Câmaras de Arbitragem.

ABSTRACT

One of Brazil's fundamental problems is the crisis of the Judiciary. A key actor has a great contribution to the problem: Governmental Entities. Currently, Governmental Entities account for a considerable portion of the judicial proceedings on progress in Brazil. A viable and desirable solution to solve this issue is the use of arbitration, which was expressly allowed for the public sector with the reform of the Brazilian Arbitration Act. In this study, we sought to answer and analyze one of the main topics for the use of arbitration in the public sector: the choice of the Arbitration Chamber. The first step was to analyze the nature and the way that Arbitration Chambers operate, concluding that they are legal entities of private law with residual competence towards jurisdiction, playing an important role the institutional work developed. It was then analyzed the controversy between the choice of institutional or *ad hoc* arbitration, opting for the first given the efficiency brought in arbitrations with the public sector. In the second part of the thesis, we analyzed how should Governmental Entities elect the arbitration institution to the conflict, trying to understand first the nature of the relationship between the Chamber and the parties and later the necessity for public bidding and the selection criteria for the Chamber. The fundamental conclusions were towards the *sui generis* nature of the contractual relationship established with Arbitration Chambers which would be too complex to be analyzed under both Civil and Administrative Law. Therefore, the contractual relationship could not also be framed by the Brazilian Public Bidding Act, being governed by an administrative act backed by the convenience and opportunity of the public servant. It was noted that the lessons brought by doctrine and legislative texts concerning the criteria to choose the Arbitration Chamber are greatly criticizable, and the public servant should be based mainly on the criteria of the specialty in the management of conflicts with the public sector and in the quality of the experts in arbitration that integrate the body of the Chamber.

Key-words: Governmental Entities; Arbitration; Arbitration Chamber

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	17
AS CÂMARAS DE ARBITRAGEM E O ORDENAMENTO PÁTRIO.....	21
1. A NATUREZA E OS SERVIÇOS PRESTADOS POR UMA CÂMARA DE ARBITRAGEM.....	21
1.1 <i>Atividade institucional.....</i>	22
1.2 <i>Atividade jurisdicional residual.....</i>	23
1.3 <i>Natureza.....</i>	25
2. ARBITRAGEM INSTITUCIONAL X <i>AD HOC</i>	29
O ATO ADMINISTRATIVO DE ESCOLHA DA CÂMARA DE ARBITRAGEM	41
1. DA PREVISÃO NO EDITAL	41
1.1 <i>Da participação dos particulares</i>	56
2. DA CONTRATAÇÃO DA CÂMARA DE ARBITRAGEM.....	59
2.1 <i>Da natureza da relação contratual.....</i>	59
2.2 <i>Da exigibilidade de licitação</i>	63
2.3 <i>Dos critérios de escolha</i>	72
3. CONCLUSÃO	81
REFERÊNCIAS	83
PRECEDENTES JUDICIAIS	91

INTRODUÇÃO

Caótico e disfuncional. Talvez essas sejam as duas principais características do atual Poder Judiciário brasileiro. As inúmeras tentativas e soluções que foram propostas para o problema parecem não sustentar sua complexidade.

Podemos considerar o Judiciário brasileiro o mais caro dentre os países do hemisfério ocidental¹. Em 2016, a Justiça brasileira consumiu mais de R\$84,8 bilhões de reais, totalizando 1,4% do Produto Interno Bruto (PIB) nacional². A título comparativo, no ano de 2014, Inglaterra e Estados Unidos empreenderam 0,14% do PIB no mesmo setor³.

Entretanto, o problema maior não reside no custo total do Judiciário, mas sim em sua *ineficiência*. De acordo com pesquisa de satisfação realizada pelo Conselho Nacional de Justiça, 87% dos usuários do Poder Judiciário brasileiro acreditam que os processos “*nunca*” ou “*poucas vezes*” são concluídos no prazo previsto na legislação. Pelo mesmo estudo, constatou-se que 80,3% dos magistrados não acredita ser possível concluir a quantidade de processos que lhe é atribuída no prazo estabelecido.⁴

Inevitavelmente, o índice de confiança no Judiciário brasileiro é extremamente baixo. De acordo com o ICJBrasil, apenas 29% da população brasileira afirma confiar no Poder Judiciário, não sendo o resultado influenciado nem por idade nem por faixa de renda. Ademais, apenas 50% da população considera que “*a maioria dos juízes é honesta*”, porquanto 76% acreditam que é “*fácil desobedecer à Lei no Brasil*”.⁵

Um ator é fundamental nesse problema: a Administração Pública⁶. De acordo com pesquisa do CNJ sobre os 100 maiores litigantes no Brasil, a Administração Pública (Federal, Estadual e Municipal) concentrava, em 2011, 21% de todos os processos novos ingressados no País⁷.

¹ DA ROS, Luciano, O custo da Justiça no Brasil: uma análise comparativa exploratória, **Observatório de elites políticas e sociais do Brasil**, v. 2, n. 9, p. 1–15, 2015.

² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, **Justiça em Números 2017: ano-base 2016**, Brasília: [s.n.], 2017.

³ DA ROS, Luciano; TAYLOR, Matthew, Opening the Black Box: Three Decades of Reforms to Brazil’s Judicial System, **Working Paper Series - School of International Service - American University**, p. 4, 2017.

⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, **Pesquisa de Clima Organizacional e Satisfação dos Usuários**, [s.l.: s.n.], 2011.

⁵ CUNHA, Luciana Gross *et al*, Relatório ICJ Brasil. 1º Semestre 2016, **Relatório ICJBrasil**, p. 26, 2016.

⁶ HACHEM, Daniel Wunder, Crise do Poder Judiciário e a Venda do Sofá. O Que a Administração e a Advocacia Pública Têm a Ver com Isso?, **Crise Econômica e Soluções Jurídicas**, v. 30, 2016.

⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, **100 Maiores Litigantes (2012)**, [s.l.: s.n.], 2012.

Importante ressaltar que em quase 60% dos casos a Administração Pública atuava no polo ativo da relação jurídica-processual.

Inúmeros são os fatores que influenciam essa litigância excessiva do Estado brasileiro – talvez por sua proporção imensurável ou talvez por sua cultura de sua supremacia e benefícios na Justiça. Os motivos não são relevantes. Uma única conclusão é fundamental: essa situação não pode perdurar. Segurança jurídica e estabilidade das relações econômicas e políticas são um dos maiores vetores que influenciam diretamente o investimento externo e o desenvolvimento econômico do País⁸.

Dessa forma, não só é desejável, mas necessário que a Administração Pública desenvolva um papel ativo na solução da crise judiciária em que se encontra o País. Jurisdicionados precisam ter confiança e certeza nas relações estabelecidas com o Estado. Uma das melhores soluções para grande parte dessas demandas é a utilização da arbitragem.

Há uma enorme correlação entre a utilização de arbitragem e a atração de investimento externo.

De acordo com relatório do Banco Mundial sobre investimento externo na América Latina⁹, a utilização de métodos alternativos na resolução de disputas é especialmente importante na atração de investidores externos. É que as cortes domésticas são associadas à morosidade e à ineficiência, além de terem mais familiaridade com *players* nacionais. Investidores externos percebem a utilização de arbitragem como ferramenta de redução de riscos, apta a garantir segurança jurídica com efetivo acesso à Justiça e execução dos contratos. Não por outro motivo, o estudo promovido demonstrou que há uma forte correlação positiva entre os índices de arbitragem e mediação e a quantidade de investimento externo recebido pelos países da América Latina.

⁸ Para maiores informações sobre o tema: PINHEIRO, Armando Castelar, Segurança jurídica, crescimento e exportações, **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 31, p. 321–346, 2006; MENDES, G, A Reforma do Sistema Judiciário no Brasil: elemento fundamental para garantir segurança jurídica ao investimento estrangeiro no País, **Revista do Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 12, n. 43, p. 9–16, 2009; OLIVEIRA, Walter; DROPPA, Alisson, PODER JUDICIÁRIO E DESENVOLVIMENTO: aspectos históricos e políticos do funcionamento do Conselho Nacional de Justiça no Brasil, *in*: **CODE/IPEA 2011 - Anais do I Circuito de Debates Acadêmicos**, [s.l.: s.n.], 2011, p. 11; ROCHA, Lara Bonemer Azevedo; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira, A Importância do Sistema de Justiça para o Desenvolvimento Econômico, **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná**, v. 6, p. 103–133, 2007.

⁹ WORLD BANK, **Regulating Foreign Direct Investment In Latin America - Indicators of investment regulations and options for investment climate reforms**, [s.l.: s.n.], 2013.

“Claro, não se trata de afirmar que alguém contrate ou deixe de contratar com o Estado somente por causa de uma cláusula arbitral, mas de admiti-la como um dos atrativos para participação da iniciativa e investimentos privados em obras e serviços públicos”.¹⁰

Atenta às mudanças necessárias, a Lei nº 13.129/2015 – que reformou a Lei de Arbitragem – trouxe, em seu art. 1º, por definitivo, a possibilidade de utilização da arbitragem na solução dos litígios concernentes a direitos patrimoniais disponíveis com a Administração Pública. Entretanto, muitas dúvidas e questionamentos circulam a utilização da ferramenta pelo Estado – como forma de pagamento, representação, direitos contemplados etc.

Este estudo pretende responder a apenas um dos problemas: “Como deve ser feita a escolha da câmara arbitral para administrar os litígios?”.

Antes de tudo, é preciso mencionar que não é foco deste estudo a *competência*¹¹ para a escolha da Câmara de Arbitragem, mas tão somente a *forma* e os procedimentos necessários, analisando-se o ato administrativo independente da autoridade. Também não será objeto de nosso estudo as arbitragens intragovernamentais, em que a controvérsia decorre de uma relação de duas partes integrantes da Administração Pública¹².

O trabalho será dividido em duas partes.

Inicialmente, buscaremos compreender o que são Câmaras de Arbitragem, qual sua natureza e as suas funções no ordenamento pátrio. Nesse aspecto, o primeiro tema a ser desenvolvido será a atividade institucional das Câmaras de Arbitragem, buscando concluir qual a importância do seu corpo administrativo e de seu regulamento na busca pelo seu aprimoramento e especialização na solução de litígios. Ainda, o segundo tema a ser analisado será a possibilidade ou não de exercício de atividade jurisdicional pelas Câmaras de Arbitragem, ainda que de forma residual. Por último, analisou-se a natureza e a forma de constituição da Câmara de Arbitragem de acordo com os ditames legislativos brasileiros e buscou-se entender, principalmente, as razões e os motivos pelos quais há uma ampla restrição à constituição de Câmaras de Arbitragem no País.

¹⁰ SALLES, Carlos Alberto, **Arbitragem nos Contratos Administrativos**, Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 109.

¹¹ Sobre este tema, sugerimos os breves ensaios sobre a matéria feitos por André Martins: MARTINS, André Chateaubriand, Arbitragem e Administração Pública, *in*: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre (Orgs.), **Arbitragem: estudos sobre a lei n. 13.129, de 26-5-2015**, São Paulo: Saraiva, 2016, p. 67–84.

¹² Neste particular aspecto, sugerimos os estudos de Arnaldo Godoy: GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes, O tema da arbitragem no contexto da Administração Pública, *in*: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre (Orgs.), **Arbitragem: estudos sobre a lei n. 13.129, de 26-5-2015**, São Paulo: Saraiva, 2016, p. 84–104.

Em segundo passo, será analisada a preferência pelo modelo de arbitragem institucional ao revés da utilização do modelo *ad hoc* nas arbitragens com a Administração Pública. Neste peculiar aspecto, diversamente da maior parte dos estudos sobre o tema, buscou-se analisar as vantagens do modelo institucional pelo panorama da Administração Pública e não das arbitragens em geral. Ademais, como fator elementar na controvérsia, analisaremos a divergência doutrinária na posição entre Câmaras com listas fechadas em oposição àquelas com listas abertas de indicação de árbitros.

No segundo momento, a procura neste estudo foi sobre o ato de administrativo de escolha da Câmara de arbitragem, buscando trilhar soluções e critérios que embasem a opção do administrador no conflito de escolha entre as diversas Câmaras no País.

O primeiro aspecto analisado foi a controvérsia existente na doutrina – e até mesmo dentro do processo legislativo – sobre a obrigatoriedade de previamente se constar no edital ou no contrato a opção pela arbitragem, não podendo a Administração Pública ser submetida a arbitragens pela celebração futura de compromisso arbitral pela quebra do princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Nesse imbróglio, buscou-se analisar pela ótica dos princípios e normas que circulam o ordenamento se haveria ou não possibilidade da adoção *a posteriori* da arbitragem pela Administração Pública, tendo em vista principalmente a isonomia e a concorrência entre os licitantes. Seguiu-se então para análise da participação do particular no processo de elaboração da convenção de arbitragem, debruçando-se sobre a controvérsia do contrato administrativo ser ou não “contrato de adesão” e as suas consequências.

O segundo passo foi analisar o ato de escolha das câmaras de arbitragem pelo viés da arbitragem, do Direito Administrativo e do Direito Civil. Assim, primeiramente foi elementar compreender qual é a relação contratual estabelecida entre as partes e a Câmara de Arbitragem, e se estaria ou não abarcada pelo conceito de prestação de serviços. Em seguida, perquiriu-se sobre a necessidade de confecção de procedimento licitatório para eleição da Câmara administradora dos conflitos com a Administração Pública, sendo analisado se a relação contratual elaborada no tópico anterior estaria em consonância com os ditames da Lei de Licitações e sua eventual modalidade. Por fim, analisamos quais são os critérios propostos pela doutrina e pela legislação pertinente quanto à escolha da Câmara de Arbitragem e trazemos proposta de como o administrador deve considerar características peculiares na opção por uma ou outra instituição arbitra

AS CÂMARAS DE ARBITRAGEM E O ORDENAMENTO PÁTRIO

1. A natureza e os serviços prestados por uma Câmara de Arbitragem

Antes de iniciar a análise do ato administrativo de escolha da instituição, é necessário compreender a natureza e os serviços prestados por uma Câmara de Arbitragem¹³.

Câmaras de Arbitragem¹⁴ são instituições responsáveis pela *administração* de litígios que utilizem a arbitragem como forma de resolução da disputa¹⁵. Essencialmente, o trabalho desenvolvido por essas instituições consiste no recebimento de petições, notificações às partes, disponibilização dos insumos e materiais necessários à realização de audiências, entre outras atividades cartorárias. Mas o trabalho realizado não é só esse, há também uma forte atuação institucional e ainda, excepcionalmente, atividade jurisdicional residual ao tribunal arbitral.

De acordo com NUNES, baseando-se na doutrina de THOMAS CLAY¹⁶, a atividade prestada pelas Câmaras tem tamanho cunho administrativo que se consubstancia em verdadeiro “*contrato de organização de arbitragem*” plurilateral (entre as partes, os árbitros e a câmara), apto inclusive a ensejar responsabilidade civil pelas obrigações contraídas.¹⁷

¹³ Não é objeto deste estudo a abordagem aprofundada das complexas características e interações estabelecidas nas Câmaras de Arbitragem modernas. Sobre o assunto, indica-se o capítulo II da obra de Barbara Warwas: WARWAS, Barbara Alicja, **Liability of arbitral institutions : legitimacy challenges and functional responses.**, 1st Ed. [s.l.]: T M C Asser Press, 2016.

¹⁴ De acordo com a doutrina, as Câmaras de Arbitragem podem ser classificadas da seguinte forma: “*pessoa jurídica criada para o fim de organizar um procedimento arbitral, dispondo de regras que vinculam as partes litigantes, os árbitros e o próprio centro, que devem primar pelo bom e regular processamento da arbitragem, garantindo eficácia mínima à sentença arbitral, sendo a sua atuação de caráter administrativo-organizacional, sem qualquer elemento de jurisdicionalidade*”.NUNES, Thiago Marinho; SILVA, Eduardo da; GUERRERO, Luís Fernando, O Brasil como sede de arbitragens internacionais, **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 34, p. 138, 2012.

¹⁵ CARMONA, Carlos Alberto, **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**, 3ª Edição. São Paulo: Atlas, 2009; NUNES, Thiago Marinho, As listas fechadas de árbitros das instituições arbitrais brasileiras, *in*: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre (Orgs.), **Arbitragem: estudos sobre a lei n. 13.129, de 26-5-20152**, São Paulo: Saraiva, 2016, p. 543–558.

¹⁶ CARMONA, Carlos Alberto, **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**, 3ª Edição. São Paulo: Atlas, 2009; NUNES, Thiago Marinho, As listas fechadas de árbitros das instituições arbitrais brasileiras, *in*: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre (Orgs.), **Arbitragem: estudos sobre a lei n. 13.129, de 26-5-20152**, São Paulo: Saraiva, 2016, p. 543–558.

¹⁷ NUNES, As listas fechadas de árbitros das instituições arbitrais brasileiras, p. 547.

22 As Câmaras de Arbitragem e o ordenamento pátrio

1.1 Atividade institucional

É a atuação institucional que marca o fator distintivo entre as diversas Câmaras Arbitrais existentes.

Em primeiro lugar, toda Câmara é dotada de regulamento próprio, que estabelece as regras pertinentes aos procedimentos administrados por aquela instituição¹⁸. Esse regulamento é cuidadosamente elaborado pensando nas especificidades do procedimento arbitral e nas características próprias da Câmara a que se submete o conflito. Analogicamente à jurisdição estatal, podemos referenciar os regulamentos como códigos processuais – assim como o Código de Processo Civil brasileiro – que definem competências e instrumentos na resolução definitiva do litígio.

Em segundo lugar, a maioria das Câmaras possui um Conselho especial¹⁹, que tem o papel de promover a constante atualização das práticas na resolução de disputas, além de revisar e aperfeiçoar o seu corpo de árbitros. Assim, cada Câmara possui identidade própria, que se traduz não só na forma como administra os conflitos como também na sua atuação institucional – um exemplo de fator distintivo entre as câmaras trazido pela doutrina é o grau de supervisão sobre o procedimento arbitral, sendo consideradas “*hands-on*” Câmaras com maior rigor na ingerência sobre o procedimento e “*hands-off*” aquelas que dão maior liberdade às partes em determinar os instrumentos para resolução da controvérsia²⁰.

Portanto, a atuação da Câmara de Arbitragem é peculiarmente voltada ao seu panorama institucional ao revés da pura administração dos procedimentos. Aliás, essa é uma das características que mais torna atrativo o trabalho das Câmaras em oposição ao prestado pelo Poder Judiciário. Câmaras Arbitrais estão em constante desenvolvimento e revisão de seus procedimentos. Ao passo que foram necessários mais de quarenta anos para um novo Diploma Processual Civil, as Câmaras revisam rotineiramente seus regulamentos para promover a eficiência e se adequar à realidade – o que inegavelmente resulta na maior qualidade e satisfação com os serviços prestados.

¹⁸ BARROS, Vera Cecília de Monteriro de, A reforma da Lei de Arbitragem e as listas de árbitros, *in*: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre (Orgs.), **Arbitragem: estudos sobre a lei n. 13.129, de 26-5-2015**, São Paulo: Saraiva, 2016, p. 588.

¹⁹ Por exemplo o Conselho Deliberativo previsto na Seção II do Estatuto Social da CAMARB e o Conselho previsto nos arts. 21 a 24 do Estatuto Social da CAM-CCBC.

²⁰ WARWAS, **Liability of arbitral institutions : legitimacy challenges and functional responses**.

1.2 Atividade jurisdicional residual

Em alguns casos, o corpo administrativo da Câmara pode assumir papel jurisdicional, proferindo decisões em questões prejudiciais nos processos submetidos à sua apreciação quando impossível a manifestação do tribunal arbitral constituído. Normalmente, essas decisões guardam caráter intrínseco com uma relação processual que tem reflexos sobre o mérito do processo – como a extensão de prazo²¹, suspensão e arquivamento do pleito²² ou ainda o recolhimento de custas²³. Talvez a hipótese mais marcante – e recorrente – dessa atribuição jurisdicional residual ao corpo administrativo da Câmara seja o julgamento de impugnações de árbitros²⁴.

Certamente essa atribuição jurisdicional não é a corrente majoritária da doutrina. Talvez nem minoritária, sendo os autores deste estudo os únicos a tomar tal posição. Mas não poderia ser feito diferente.

Em recente julgado do STJ, o Ministro VILLAS BOÁS CUEVA, em seu voto, baseando-se em CARMONA, proferiu que a Câmara de Arbitragem “*é de natureza essencialmente administrativa, de modo que sua atuação não envolve nenhum ato jurisdicional cuja competência é exclusiva dos árbitros nomeados pelas partes*”²⁵.

Ilustres autores como NUNES, aprofundando o argumento, baseando-se na doutrina francesa, em especial na decisão da Corte de Cassação no caso “Cubic”, defendem não haver qualquer atribuição jurisdicional nas Câmaras: “*Este caráter organizacional faz com que se exclua, portanto, qualquer elemento de jurisdicionalidade da instituição arbitral.*”²⁶. Avança sustentando que regras de impugnação e confirmação de árbitros, por exemplo, seriam meramente procedimentais, sem qualquer conteúdo jurisdicional – contestando justamente o que defendemos acima. Aponta passagem da decisão lavrada pela Corte de Apelações de Paris no caso Raffineries de pétrole d’Homs para fundamentar a posição:

La Cour d’arbitrage de la Chambre de commerce internationale ayant été reconnue

²¹ A exemplo do art. 2.6 (i) do Regulamento da CAM-CCBC e art. 14 (5), parágrafo único, do Regulamento de Arbitragem da CAMBRAAP.

²² A exemplo do art. 10 (7) da CAMBRAAP

²³ A exemplo dos arts. 12.14 da CAM-CCBC e 11.10 da CAMARB.

²⁴ A exemplo do art. 7º (4) da CAMBRAAP, 5.3 da CAMARB e 5.4 da CAM-CCBC

²⁵ REsp 1.433.940/MG, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe de 02.10.2017.

²⁶ NUNES, Thiago Marinho, As listas fechadas de árbitros das instituições arbitrais brasileiras, *in*: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre (Orgs.), **Arbitragem: estudos sobre a lei n. 13.129, de 26-5-2012**, São Paulo: Saraiva, 2016, p. 546.

24 As Câmaras de Arbitragem e o ordenamento pátrio

compétente par les parties pour trancher, conformément à son Règlement, tous problèmes nés de la nomination, de la confirmation, de la récusation et du remplacement des arbitres, et les explications des parties ayant été recueillies au préalable par son secrétariat, il emporte peu que les motifs de la décision n'aient pas été communiqués aux parties, cette décision restant extérieure à l'exercice du pouvoir de juger et ne relevant pas des mêmes règles impératives.²⁷

Esse não é o nosso juízo.

É que há uma atribuição jurisdicional residual na atuação das Câmaras de Arbitragem. Residual porque só atuam em questões em que é impossível a atuação do tribunal arbitral – seja por ainda não estar constituído, seja por ser objeto da impugnação. Nesses casos, não a Câmara (pessoa jurídica), mas seu corpo administrativo, determinado por seu regulamento, se reveste de jurisdição para julgar a questão incidental proposta. Para nós, essa é puramente a atividade jurisdicional residual que não retira a natureza essencialmente administrativa da Câmara de Arbitragem.

Independentemente de onde for tomada – na jurisdição estatal ou em procedimento arbitral – uma decisão com caráter *decisório* necessariamente deve ser proferida por órgão com *jurisdição*. Aqui fazemos analogia com o que foi decidido pelo STJ no REsp nº 1.219.082/GO. É desimportante o nome do ato (decisão da Câmara ou do tribunal arbitral) sendo revestido de caráter jurisdicional aquele que “possua algum conteúdo decisório capaz de gerar prejuízo às partes”²⁸.

De acordo com o Código de Processo Civil – a qual usamos não por ser aplicável ao procedimento arbitral, mas por trazer conceitos processuais elementares – somente as sentenças, decisões interlocutórias e despachos constituem em efetivo pronunciamento judicial. Os atos meramente ordinatórios – “*como a juntada e a vista obrigatória*”, nas palavras do Código – podem ser praticados de ofício pelo servidor e revistos pelo juiz, quando necessário²⁹.

Dizer que as Câmaras têm função estritamente administrativa – sem qualquer lastro de jurisdição –, é dizer que todos os seus atos estão abarcados no conceito de “meramente ordinatórios”, sem qualquer influência ou conteúdo decisório sobre o processo que seja capaz de

²⁷ Corte de Apelações de Paris, 1ª ch. sect. A, j. 15-5-1985, Raffineries de pétrole d'Homs et de Banias c/ Chambre de commerce internationale, **Revue de l'arbitrage**, p. 141–150, 1985 (apud) NUNES, Thiago Marinho, As listas fechadas de árbitros das instituições arbitrais brasileiras, *in*: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre (Orgs.), **Arbitragem: estudos sobre a lei n. 13.129, de 26-5-20152**, São Paulo: Saraiva, 2016, p. 546..

²⁸ REsp 1.219.082/GO, rel. Min. Nancy Andriighi, DJe de 10.04.2013.

²⁹ Art. 203. Os pronunciamentos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.

...

§ 4º Os atos meramente ordinatórios, como a juntada e a vista obrigatória, independem de despacho, devendo ser praticados de ofício pelo servidor e revistos pelo juiz quando necessário.

causar prejuízo às partes.

Vejam, por exemplo, a questão defendida por NUNES em que o procedimento de impugnação de árbitros não seria revestido de caráter jurisdicional, mas tão somente procedimental. Tanto no Regulamento da CCI³⁰ quanto nos Regulamentos da AMCHAM³¹ e da CAMBRAAP³², por exemplo, é competência do órgão administrativo máximo das instituições decidir sobre a impugnação de árbitros em curso da arbitragem.

A nosso ver, data vênua a posição adotada pelos ilustres autores, a decisão de impugnação de árbitros tem caráter eminentemente jurisdicional. É que o juízo de impugnação tem conteúdo decisório tão forte a ponto de ser capaz de causar efetivo prejuízo às partes do procedimento. Não por outro motivo, a parte irressignada com o resultado da impugnação proferido pela Câmara poderá, após a prolação definitiva da sentença arbitral, ajuizar ação declaratória de nulidade do título porquanto (supostamente) proferido por árbitro incompatível com os ditames de imparcialidade e independência conforme os arts. 32, VIII, e 21, §2º, da Lei de Arbitragem³³. Fosse mero ato ordinatório, seria impossível a sua contestação posterior.

Adotar essa posição não é dizer que as Câmaras Arbitrais possuem função jurisdicional, nem de forma primária nem de forma secundária. É apenas dizer que, devido à própria especialidade do procedimento arbitral – que usualmente comporta somente um grau de jurisdição –, é necessário que a Câmara (por seu corpo administrativo) exerça, residualmente, função jurisdicional no procedimento. De forma alguma essa tese retira a sua função precípua e eminente administrativa.

1.3 Natureza

Quanto à natureza, as Câmaras de Arbitragem são essencialmente pessoas jurídicas de

³⁰ Art. 14 (3) do Regulamento de Arbitragem.

³¹ Art. 7.4 do Regulamento de Arbitragem.

³² Art. 7(4) do Regulamento de Arbitragem.

³³ Art. 32. É nula a sentença arbitral se:

...

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

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.

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

26 As Câmaras de Arbitragem e o ordenamento pátrio

direito privado, podendo ser constituídas sob a forma de sociedade, de associação, de fundação ou de EIRELI. Esse não é, entretanto, o entendimento da Junta Comercial do Estado de São Paulo, que tem procedido à negativa de registro de Câmaras Arbitrais sob a forma de sociedades empresárias³⁴.

De acordo com o entendimento da Junta, a atividade desenvolvida por Câmaras Arbitrais não é empresarial, sendo simples alternativa à Justiça comum. Nas operações das Câmaras Arbitrais inexistem as características próprias das atividades empresariais (lucro, habitualidade, intermediação e risco), sendo mera delegação de poder jurisdicional. Dessa forma, continua o argumento, não haveria amparo legal para constituição das Câmaras sob a forma de sociedade empresária, devendo ser procedido o registro de sociedade civil para sua atuação.³⁵

Esse entendimento não encontra amparo no ordenamento pátrio, sendo inclusive grave ofensa ao caríssimo princípio da livre iniciativa, insculpido no art. 1º, IV, da Constituição³⁶.

Em primeiro lugar, a premissa utilizada pela Junta Comercial está completamente equivocada. É justamente em decorrência do princípio da livre iniciativa que inexistente necessidade de “respaldo legal” para exercício da atividade mercantil prestada pela Câmaras de Arbitragem. Não sendo o objeto ilícito, impossível ou dependente de autorização, é vedada a restrição ao exercício empresarial. Esse é justamente o comando constitucional previsto no parágrafo único do art. 170 da Carta Magna:

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

No Brasil, inexistente qualquer disposição normativa que restrinja ou estabeleça critérios para constituição e atuação de uma Câmara de Arbitragem³⁷. É que, conforme aponta CARMONA, à época da propositura da Lei nº 9.307/96, a “*ideia do legislador era a de favorecer o desenvolvimento de*

³⁴ Informativo JUCESP, v. Ano I, n. 3, p. 2, 2005.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

...

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

³⁷ A esse propósito, vejamos comentário de Carmona: “*Com efeito, não há dispositivo algum na Lei de Arbitragem que trate da criação ou do controle de centros ou câmaras de arbitragem no Brasil. Não estabeleceu o legislador nenhuma forma de controle ou registro de regulamentos nem impôs estruturas e fórmulas engessantes. A arbitragem nasceu livre de peias e amarras, como convém. Daí – quem sabe? – seu grande sucesso entre nossa gente.*” CARMONA, Carlos Alberto, As listas de árbitros, in: ROCHA, Caio Cesar Vieira; CARMONA, Carlos Alberto (Orgs.), **Arbitragem e mediação: a reforma da legislação brasileira**, São Paulo: Atlas, 2015, p. 71.

entidades que oferecessem instalações e regras que facilitassem o manuseio de um mecanismo de solução de litígios”³⁸. Assim, sempre foi basilar no sistema de arbitragem brasileiro a promoção da livre iniciativa, incentivando-se agentes interessados na constituição de instituições de arbitragem³⁹. Conclui-se com as sábias palavras do ilustre arbitralista: “O mote da Lei de Arbitragem, portanto, era (e ainda é!) *liberdade com responsabilidade*”⁴⁰.

Contrária, por exemplo, é a legislação portuguesa (Lei 31/86, regulamentada pelo Decreto-lei 425/86), que estabeleceu critérios para a criação e fiscalização de Câmaras de Arbitragem, sendo necessária autorização do Ministério da Justiça para seu funcionamento⁴¹.

Sendo assim, dado que a atividade de administração de procedimentos arbitrais não é nem ilegal ou regulada nem muito menos impossível, é inconstitucional a vedação do registro por qualquer Junta Comercial.

Ademais, a atividade exercida por Câmaras de Arbitragem *pode* ser econômica, porquanto *pode* objetivar o lucro – caracterizando, assim, a definição de empresário prevista no art. 966⁴² do Código Civil⁴³. Conforme afirma VERA BARROS, [sobre a natureza das Câmaras] “*algumas instituições têm por finalidade o lucro e outras são associações sem fins lucrativos*”⁴⁴.

Assim como na exploração da atividade de serviços educacionais, Câmaras Arbitrais *podem* ou não ter fins lucrativos. Só porque temos fundações ou associações promovendo serviços educacionais não quer dizer que a atividade também não possa ser constituída visando lucro. É exatamente a mesma situação das Câmaras Arbitrais.

O equívoco maior no entendimento da JUCESP parece ser na confusão entre os termos “tribunal arbitral” e “Câmara de Arbitragem”.

Tribunal arbitral é o órgão composto por árbitros constituído na forma acordada pelas partes a que se reveste jurisdição para julgamento do conflito. Câmaras de Arbitragem são

³⁸ *Ibid.* p. 71.

³⁹ *Ibid.* pp. 71-72.

⁴⁰ *Ibid.* p. 72.

⁴¹ CARMONA, **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**, p. 136.

⁴² Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

⁴³ Definição do conceito de empresário contraído por Erasmo Valladão: GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis; VALLADÃO, Erasmo, **Tratado de Direito Empresarial - Volume II**, 1 Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

⁴⁴ BARROS, A reforma da Lei de Arbitragem e as listas de árbitros, p. 588.

28 As Câmaras de Arbitragem e o ordenamento pátrio

prestadoras de serviços de administração, não possuindo condão de atribuição jurisdicional plena⁴⁵. Fazendo analogia à jurisdição estatal, a Câmara se aproxima da secretaria da Vara, enquanto o tribunal arbitral se compara ao órgão jurisdicional.

Conforme nos ensina CAHALI:

Os árbitros não se confundem com a instituição, embora na maioria das vezes sejam eleitos por ela ou pelos interessados dentre daqueles relacionados em sua lista de árbitros. Não são delas 'funcionários', e, na independência características de sua atividade, exercerão a atribuição que lhe for conferida para cada caso específico. Assim, a jurisdição é exclusiva do árbitro, cabendo à instituição as funções de 'secretaria'.⁴⁶

Mas, ao que tudo indica, essa confusão referente às atividades prestadas por Câmaras Arbitrais não parece ser exclusiva da JUCESP. Talvez por culpa da recente inserção da arbitragem no cenário jurídico brasileiro, até mesmo o Poder Judiciário ainda parece caminhar com dificuldade na compreensão dos institutos inerentes ao processo arbitral. Recentemente, foi preciso chegar até o STJ – já que ambos os juízos *a quo* tomaram outro posicionamento – para que houvesse o posicionamento “*evidente*”⁴⁷ de que Câmaras Arbitrais têm função notadamente administrativa e, portanto, não têm legitimidade passiva para figurar em relação processual estabelecida para anulação de sentença arbitral:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO ANULATÓRIA DE PROCEDIMENTO ARBITRAL. POLO PASSIVO. ÓRGÃO ARBITRAL INSTITUCIONAL. CÂMARA ARBITRAL. NATUREZA ESSENCIALMENTE ADMINISTRATIVA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. INTERESSE PROCESSUAL. AUSÊNCIA.

1. A instituição arbitral, por ser simples administradora do procedimento arbitral, não possui interesse processual nem legitimidade para integrar o polo passivo da ação que busca a sua anulação.

2. Recurso especial provido.⁴⁸

Em suma, temos que as Câmaras Arbitrais são pessoas jurídicas de direito privado que estabelecem relação jurídica obrigacional de prestação de serviços com as partes, contraindo a administração do procedimento arbitral instaurado perante a instituição⁴⁹. A distinção entre os serviços prestados pelas diversas Câmaras está justamente na sua atuação institucional, que

⁴⁵ NUNES, As listas fechadas de árbitros das instituições arbitrais brasileiras; Não se está aqui em contradição com o posicionamento adotado acima sobre a função jurisdicional residual das Câmaras de Arbitragem. Pela posição defendida, a atribuição jurisdicional das Câmaras não é *plena*, mas tão somente *residual* sobre matérias específicas.

⁴⁶ CAHALI, Francisco José, **Curso de Arbitragem**, São Paulo: Revista dos Tribunais, [s.d.].

⁴⁷ Nas palavras proferidas no voto do Exmo. Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, relator.

⁴⁸ REsp 1.433.940/MG, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe de 02.10.2017.

⁴⁹ MARGARETE, Cristina; MASTROBUONO, Wagner, A Escolha da Câmara de Arbitragem pela Administração Pública, **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 48, p. 115–130, 2016.

demonstra as suas características particulares na resolução de conflitos.

2. Arbitragem Institucional x *Ad Hoc*

Existem dois modelos diferentes de utilização de arbitragem na resolução de conflitos: o institucional e o *ad hoc*.

Uma das primeiras perguntas que temos que responder é o motivo da preferência em nosso estudo pela arbitragem institucional em preterimento à *ad hoc*. Portanto, antes de passar à forma de escolha da Câmara de Arbitragem, devemos também ter a certeza de que o modelo institucional é o melhor a ser utilizado nas arbitragens com a Administração Pública.

No modelo *ad hoc*, a convenção de arbitragem⁵⁰ acordada se limita a estabelecer que o litígio será submetido à arbitragem, sem menção a nenhuma instituição. Assim, fica a cargo das partes concordar na forma de realização de todo o procedimento – como as regras, nomeação de árbitros, administração etc.⁵¹

No modelo institucional, as partes determinam uma Câmara de Arbitragem que será responsável pela administração da controvérsia. Assim, concordam em se submeter a todo o aparato de regras, procedimentos e supervisão da instituição escolhida.⁵²

Ao contrário do que foi estabelecido em outras produções legislativas sobre arbitragem com a Administração Pública – a exemplo da Lei Mineira de Arbitragem⁵³ (Lei nº 19.477/2011) –,

⁵⁰ É tanto a Cláusula Compromissória quanto a Compromisso Arbitral, conforme art. 3º da Lei de Arbitragem:

Art. 3º *As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.*

⁵¹ SHAH, Namrata; GANDHI, Niyati, Arbitration: one size does not fit all: necessity of developing institutional arbitration in developing countries, **Journal of International Commercial Law and Technology**, v. 6, n. 4, p. 232–242, 2011; LEMES, Selma Ferreira, **Arbitragem na administração pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica**, São Paulo: Quartier Latin, 2007; FINZI, Igor; GROLA, Fúlvia Bolsoni, Arbitragem Ad Hoc, Institucional e Regimental: uma análise sobre vantagens e desvantagens. O Que Considerar no Momento de Escolha do Tipo de Arbitragem?, **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 5, p. 1267–1296, 2014; ROST, Maria Augusta, Arbitragem, governança e poder econômico, *in*: FRAZÃO, Ana (Org.), **Constituição, Empresa e Mercado**, Brasília: Faculdade de Direito – UnB, 2017, p. 139–153.

⁵² SHAH; GANDHI, Arbitration: one size does not fit all: necessity of developing institutional arbitration in developing countries; FINZI; GROLA, Arbitragem Ad Hoc, Institucional e Regimental: uma análise sobre vantagens e desvantagens. O Que Considerar no Momento de Escolha do Tipo de Arbitragem?; ROST, Arbitragem, governança e poder econômico, p. 141.

⁵³ Art. 4º O juízo arbitral, para os fins desta Lei, instituir-se-á exclusivamente por meio de órgão arbitral institucional.

30 As Câmaras de Arbitragem e o ordenamento pátrio

a Lei de Arbitragem não determina que os conflitos envolvendo a Administração Pública devem ser resolvidos por arbitragem institucional. Ambos os modelos (institucional e *ad hoc*) estão de acordo com a Lei de Arbitragem brasileira (Lei nº 9.307/96)⁵⁴. A diferença fundamental está no fato de que na utilização do modelo *ad hoc* é necessário submeter o litígio ao Poder Judiciário no caso de discordância (ou recusa) entre as partes em firmar o compromisso arbitral⁵⁵. Sendo assim, fica a cargo do pronunciamento do Juízo estatal a definição de todo o conteúdo da arbitragem a que as partes devem se submeter.

Portanto, como não compelida por regra que dê preferência à arbitragem institucional, a opção “*entre uma arbitragem institucional e ad hoc insere-se na esfera discricionária do administrador público*”⁵⁶, que deverá tomar sua decisão em apreço aos critérios de conveniência e oportunidade.

Para saber qual modelo é melhor, devemos compará-los em termos de seus custos, rapidez, adequação. Melhor dizendo: qual modelo é mais *eficiente* para Administração Pública. Sendo assim, ao contrário da maioria dos estudos sobre o tema, centralizaremos a questão especificamente nas peculiaridades da arbitragem com a Administração Pública.

Um dos fatores que levam à preferência da arbitragem institucional nos conflitos com a Administração Pública é a previsibilidade do procedimento⁵⁷. É que na arbitragem institucional, as partes já sabem todas as etapas a que serão submetidas, sem a necessidade de elaborar a forma do

⁵⁴ Art. 5º Reportando-se as partes, na cláusula compromissória, às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras, podendo, igualmente, as partes estabelecer na própria cláusula, ou em outro documento, a forma convencionada para a instituição da arbitragem.

Art. 6º Não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral.

⁵⁵ Art. 7º Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.

⁵⁶ AMARAL, Paulo Osternack, **Arbitragem e Administração Pública**, Belo Horizonte, 2012, p. 75.

⁵⁷ Aspecto interessante de se observar essa preferência unânime pela arbitragem institucional – ainda que com a Administração Pública – é o art. 4º, §1º, do Decreto nº 8.465/2015, que dispõe sobre arbitragem no setor portuário, ao dispor que a regra a preferência é a arbitragem institucional, a utilização de arbitragem *ad hoc* deverá ser motivada.

procedimento⁵⁸. Essa questão é especialmente importante para a Administração Pública por dois motivos: o aspecto *sui generis* de sua formação e representação e a pouca autonomia de seus procuradores.

Em primeiro lugar, apesar de razoavelmente estruturada, a Administração Pública brasileira tem um tamanho imensurável. Isso leva a uma pouca aproximação dos seus servidores com um trabalho específico e também a uma alta rotatividade em seus quadros. As sociedades empresárias, ao contrário, geralmente são dotadas de um especializado e estável corpo jurídico com familiaridade com a matéria ou, ainda, têm a possibilidade de contratar representação externa.

Não por outro motivo que pesquisa realizada pela Queen Mary University demonstrou que o modelo *ad hoc* é especialmente atrativo às grandes organizações com forte especialização em seu setor jurídico:

The 24% of respondents that stated their organizations prefer *ad hoc* arbitration proceedings are primarily from corporations with a gross annual turnover of more than US\$5 billion. In many cases, these corporations have large, sophisticated inhouse legal departments with experience of managing arbitration proceedings.⁵⁹

É de se ter em mente que os advogados em arbitragens são constantemente chamados a agir de forma rápida e imediata⁶⁰. Sendo assim, a opção pelo modelo institucional permite que qualquer servidor que vier a ser designado para a representação ou atuação naquela arbitragem estará seguro e abarcado por regras já conhecidas, previamente utilizadas e de fácil acesso.

Em segundo lugar, procuradores públicos não atuam com a mesma autonomia dos procuradores particulares⁶¹. Essa autonomia restrita afeta inclusive a definição do procedimento a ser respeitado. O art. 4º, VI, da Lei Complementar nº 73/2003, por exemplo, determina a competência exclusiva do Advogado-Geral da União para “*desistir, transigir, acordar e firmar compromisso nas ações de interesse da União, nos termos da legislação vigente*”. Até mesmo a simples celebração de negócios jurídicos processuais – como o necessário na arbitragem *ad hoc* – pode ser questionada como fora da competência do procurador e contrária ao interesse público. Assim,

⁵⁸ SHAH; GANDHI, Arbitration: one size does not fit all: necessity of developing institutional arbitration in developing countries.

⁵⁹ LAGERBERG, Gerry; MISTELLS, Loukas, **International arbitration: Corporate attitudes and practices 2006.**, Londres: [s.n.], 2006, p. 12.

⁶⁰ BASSO, Maristela, Mito e realidade do procedimento arbitral atual II, *in*: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre (Orgs.), **Arbitragem: estudos sobre a lei n. 13.129, de 26-5-2015**, São Paulo: Saraiva, 2016, p. 423.

⁶¹ MARTINS, Arbitragem e Administração Pública.

32 As Câmaras de Arbitragem e o ordenamento pátrio

servidores públicos raramente estarão dispostos a inovar no procedimento⁶², retirando a qualidade fundamental de flexibilidade trazida pelo procedimento *ad hoc*.

Parte da doutrina sustenta que esses problemas poderiam ser resolvidos com a adoção de uma cláusula compromissória cheia na elaboração do contrato em que as partes definam previamente as regras do procedimento *ad hoc* ou ainda que escolham regra de procedimento já existente como as da UNCITRAL.⁶³ Entretanto, novamente, com a Administração Pública os contornos são diferentes, o que torna praticamente impossível adotar essas soluções.

Em primeiro lugar, não há um contato – nem interesse – entre a Administração Pública e seus contratados durante a confecção de um contrato administrativo que permita concessões mútuas e negociações sobre o procedimento arbitral⁶⁴. Houvesse esse contato e paridade na negociação, poderia até ser sustentada a utilização da arbitragem *ad hoc* pela adequação do procedimento ao conflito⁶⁵.

Igualmente, em segundo lugar, optando-se pelo procedimento *ad hoc*, as regras não poderiam ser elaboradas unilateralmente pela Administração Pública. Ainda que haja sujeição dos contratantes aos contratos administrativos, a liberdade para sua elaboração não é plena, devendo ser observado o equilíbrio entre as partes. Deixar a cargo de um dos sujeitos (Administração Pública) a elaboração unilateral das regras do procedimento inevitavelmente terminaria em privilégios ou, ao menos, preferências no procedimento de acordo com seu próprio interesse. As chances são de que a cláusula resultante será patológica e possivelmente terá sua validade contestada.

Em terceiro lugar, atualmente, é impossível a utilização de regras genéricas de arbitragem –

⁶² HACHEM, Daniel Wunder, Crise do Poder Judiciário e a Venda do Sofá. O Que a Administração e a Advocacia Pública Têm a Ver com Isso?, **Crise Econômica e Soluções Jurídicas**, v. 30, 2016.

⁶³ FINZI; GROLA, Arbitragem Ad Hoc, Institucional e Regimental: uma análise sobre vantagens e desvantagens. O Que Considerar no Momento de Escolha do Tipo de Arbitragem?

⁶⁴ A utilização de consulta e audiências públicas como feito recentemente pela ANP é diferente da elaboração de regras específicas para cada contrato. Consulta e Audiência Pública nº 24/2017. Disponível em: <http://www.anp.gov.br/wwwanp/consultas-audiencias-publicas/em-andamento/4095-consulta-e-audiencia-publicas-n-24-2017>. Acesso em 31 de outubro de 2017.

⁶⁵ RAJOO, Sundra, Institutional and Ad hoc Arbitrations : Advantages and Disadvantages, **The Law Review** 2010, p. 547–558, 2009.

como as da UNCITRAL⁶⁶ – que supririam as lacunas da cláusula elaborada. É que arbitragens com a Administração Pública possuem requisitos específicos que não estão presentes nas arbitragens comerciais privadas. Essa particularidade é derivada da presença do Estado como sujeito da relação processual, que pressupõe características específicas do procedimento – como a forma de representação, publicidade e até eventual atuação do Ministério Público – que não estão presentes no Regulamento UNCITRAL ou em qualquer outro regulamento genérico de arbitragem *ad hoc*.

Finalmente, ainda que fossem elaboradas regras específicas para a arbitragem com a Administração Pública com participação dos particulares, inexistiria⁶⁷ autoridade competente para manter a observância dessas regras. Inevitavelmente, incorreríamos no problema da judicialização constante do procedimento.

Cumprir destacar que um argumento feito em favor da arbitragem *ad hoc* é em relação ao custo, sendo o modelo mais barato por suprimir o pagamento das custas administrativas das Câmaras⁶⁸. Esse merece pouca ou nenhuma atenção.

Primeiro porque os custos enfrentados com a alta judicialização, atrasos no procedimento e tempo consumido com as diversas negociações certamente superam – em questão de custos relativos e não valores absolutos – a economia feita com a arbitragem *ad hoc*.

Segundo porque a Administração Pública não deve submeter seus conflitos a nenhum procedimento que não tenha como fundamento o princípio da causalidade na condenação de custas. Com isso, teremos que a Administração Pública não arcará com as custas no julgamento procedente de suas demandas – sendo desimportante, portanto, os custos do procedimento. Por outro lado, ainda teríamos farto incentivo a reduzir demandas infundadas, ter maior zelo na execução dos contratos e busca por soluções consensuais nas controvérsias, trazendo desenvolvimento econômico indireto para o País.

Outro ponto é que para o bom funcionamento da arbitragem *ad hoc* “é imprescindível a

⁶⁶UNCITRAL Arbitration Rules: “The UNCITRAL Arbitration Rules provide a comprehensive set of procedural rules upon which parties may agree for the conduct of arbitral proceedings arising out of their commercial relationship and are widely used in *ad hoc* arbitrations as well as administered arbitrations.”

⁶⁷É altamente improvável, senão impossível, a elaboração de um modelo que seja previsto indicação de autoridade para decisões – conforme previsto nas regras da UNCITRAL – para as arbitragens com a Administração Pública.

⁶⁸FINZI; GROLA, Arbitragem Ad Hoc, Institucional e Regimental: uma análise sobre vantagens e desvantagens. O Que Considerar no Momento de Escolha do Tipo de Arbitragem?

34 As Câmaras de Arbitragem e o ordenamento pátrio

*cooperação entre as partes*⁶⁹. Esse ponto é, novamente, ainda mais importante ao se tratar da Administração Pública no procedimento arbitral.

Um dos aspectos fundamentais nas relações comerciais privadas é a manutenção da boa relação entre os agentes (compradores e fornecedores). Sendo assim, ainda que litigando, há uma grande carga valorativa de manutenção das relações comerciais existentes ou futuras – “*com base no comportamento do ‘bom comerciante’*”⁷⁰. No caso da Administração Pública, é indiferente essa relação porquanto seus contratos, em regra, estão associados à licitação – que não leva em consideração relações passadas em procedimentos contenciosos. Essa premissa é a mesma para os agentes privados que sabem inexistir qualquer influência de sua cooperação com contratações futuras com a Administração Pública.

Adicionalmente, não recai sobre o procurador público – infelizmente – as mesmas pressões, objetivos e interesses que têm os procuradores particulares. Ainda que a cooperação seja um dever⁷¹, baseado na boa-fé objetiva das partes em qualquer processo, sabemos que a extensão desse comando tem sensível correlação com os interesses particulares dos sujeitos. Em regra, o particular quer celeridade e agilidade na resolução que é transmitida na cobrança aos seus procuradores – o fator temporal é sensivelmente valorizado: “*a excessiva duração do processo é um mal em si mesmo*”⁷². Para Administração Pública, em regra, é indiferente – ou até mesmo vantajoso – o tempo demandado para resolução da disputa, já que dificilmente esse atraso vai resultar em alguma mudança na situação dos procuradores ou da própria Administração – apesar de claramente contrário ao interesse público.

De fato, é comum no cenário brasileiro a Administração Pública proteger os interesses do órgão em detrimento do interesse público primário, conforme:

Os dados revelam que a Administração Pública no Brasil continua negando reiteradamente direitos titularizados pelos cidadãos, de sorte que na realidade prática a tutela do interesse público, em cujo núcleo central se alojam os direitos fundamentais, frequentemente não é perseguida. A rejeição, por parte do Poder Público, de requerimentos administrativos e postulações judiciais dos particulares nessa matéria constitui forma de proteger interesses secundários (muitas vezes fazendários) da pessoa

⁶⁹ FINZI; GROLA, Arbitragem Ad Hoc, Institucional e Regimental: uma análise sobre vantagens e desvantagens. O Que Considerar no Momento de Escolha do Tipo de Arbitragem?; BLANKE, Gordon, Institutional versus Ad Hoc Arbitration: A European Perspective, **ERA Forum**, v. 9, n. 2, p. 275–282, 2008; RAJOO, Institutional and Ad hoc Arbitrations : Advantages and Disadvantages.

⁷⁰ BASSO, Mito e realidade do procedimento arbitral atual II, p. 421.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² *Ibid.*, p. 417.

jurídica estatal, colidentes com os interesses primários, da coletividade, estampados no Direito Constitucional positivo. Portanto, as estatísticas levam a crer que as teorizações a respeito de qual deve ser o comportamento dos agentes públicos quando se deparam com a colisão entre interesses primários (da coletividade) e secundários (da máquina estatal) não têm sido observadas no mundo dos fatos. Daí porque se mostra relevante reconhecer, no ordenamento jurídico pátrio, a existência de um direito fundamental à tutela administrativa efetiva.⁷³

Admitir ou corroborar com essa “*cultura e tradição, que vê no judiciário o caminho natural na solução de conflitos*”⁷⁴ seria o mesmo que censurar a utilização da arbitragem. Relembramos o voto emblemático da Ministra ELLEN GRACIE quando do julgamento da constitucionalidade da Lei de Arbitragem:

negar possibilidade a que a cláusula compromissória tenha plena validade e que enseje execução específica importa em erigir em privilégio da parte inadimplente furta-se à submissão à via expedida de solução da controvérsia, mecanismo este pelo qual optara livremente, quando da lavratura do contrato original em que inserida essa previsão⁷⁵

Esse conflito de interesses e expectativas – entre o particular e a Administração Pública – talvez aumente ainda mais um dos mais graves problemas da arbitragem *ad hoc*: a judicialização do procedimento. É que, quanto mais aberto e dependente for o procedimento da vontade futura das partes, maiores as chances de judicializações recorrentes da questão. Conforme ROST, um dos princípios nucleares da arbitragem é justamente “*o da não interferência do Poder Judiciário*”⁷⁶.

Considerando-se neste caso a inexistência de preocupação com as relações futuras, a pouca preocupação quanto ao prazo e a cultura da litigância, é muito provável que toda e qualquer matéria seja futuramente levada ao apreço judicial, caso opte-se pela arbitragem *ad hoc*. Nesse sentido, BASSO confirma a contradição desse tipo de comportamento com a arbitragem: “*É incoerente o procedimento arbitral que convivesse com um comportamento litigioso/beligerante das partes e seus patronos, porque este fere a essência da arbitragem e sua lógica fundacional*”⁷⁷.

É importante lembrar também que a atividade da Administração é especialmente protegida pela persecução do interesse público, aumentando a possibilidade de questionamentos sobre regras próprias criadas para cada arbitragem – que podem ser patológicas – ao contrário de um

⁷³ HACHEM, Crise do Poder Judiciário e a Venda do Sofá. O Que a Administração e a Advocacia Pública Têm a Ver com Isso?

⁷⁴ BASSO, Mito e realidade do procedimento arbitral atual II, p. 419.

⁷⁵ AR na Sentença Estrangeira nº 5206, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ de 30.04.2004.

⁷⁶ ROST, Arbitragem, governança e poder econômico, p. 140.

⁷⁷ BASSO, Mito e realidade do procedimento arbitral atual II, p. 420.

regulamento profundo e estruturado encontrado nas arbitragens institucionais⁷⁸. Entretanto, a Administração Pública jamais poderá utilizar-se de pretensão *interesse público* para proteção de *interesses fazendários* no processo – “*uma vez que o interesse público não necessariamente se confundirá com a defesa de interesses fazendários*”⁷⁹.

Podemos exemplificar esse problema da judicialização excessiva – que prejudica o objetivo da arbitragem – com caso recente, de agosto de 2016, entre a sociedade anônima ÁGUAS DE ITU EXPLORAÇÃO DE SERVIÇOS DE ÁGUA E ESGOTO e o MUNICÍPIO DA ESTÂNCIA TURÍSTICA DE ITU. No caso, as partes previram, por cláusula compromissória vazia, que os conflitos surgidos seriam resolvidos pela utilização da arbitragem. Tão logo os conflitos surgiram, a Administração Pública começou a demonstrar comportamento contraditório à convenção de arbitragem, negando-se a firmar o compromisso, suscitando nulidade da convenção e rejeitando a escolha da CAMARB como instituição para administrar a disputa.⁸⁰

Não por acaso, a primeira controvérsia necessária de ser submetida ao Judiciário foi justamente derivada da cláusula aberta firmada pelas partes, suscitando a disputa entre a arbitragem institucional ou *ad hoc* para o caso. Foi então necessário pedido de tutela provisória de urgência para instauração da arbitragem. Concedida a tutela, destaca-se a opção do Juízo pela arbitragem institucional, conforme trecho da decisão: “*De fato, a arbitragem institucional mostra-se a melhor alternativa por se valer de entidade especializada, sobretudo por envolver ente público*”⁸¹.

Vale destacar a posição de PEREIRA, TALAMINI e QUINTÃO, comentando o precedente e dando suporte à arbitragem institucional:

A sentença é coerente com a evolução legislativa e doutrinária acerca da preferência da arbitragem institucional nos litígios envolvendo a Administração Pública. A arbitragem *ad hoc* apresenta riscos derivados da extensão da autonomia da vontade das partes nesse tipo de procedimento. As partes devem concordar em praticamente todos os aspectos concernentes à estrutura processual básica para que a arbitragem possa fluir – a consensualidade exigida é muito mais alta. Qualquer divergência pode retardar o desenvolvimento do processo e exigir a intervenção do Judiciário para medidas de apoio que supram as divergências.

A arbitragem institucional supre tais riscos. Isso principalmente porque conta com regras pré-estabelecidas (regulamento de arbitragem) determinando a estrutura processual básica, calendário inicial de procedimento, mecanismos de indicação de árbitro(s), regras

⁷⁸ FINZI; GROLA, Arbitragem Ad Hoc, Institucional e Regimental: uma análise sobre vantagens e desvantagens. O Que Considerar no Momento de Escolha do Tipo de Arbitragem?

⁷⁹ RODRIGUES, Marco Antonio, **A fazenda pública no processo civil**, 2ª Edição. São Paulo: Atlas, 2016, p. 8.

⁸⁰ PEREIRA, Cesar G.; TALAMINI, Eduardo; QUINTÃO, Luísa, **Arbitragem e Administração Pública: sentença judicial supre cláusula compromissória vazia e determina arbitragem institucional**, Migalhas de Peso.

⁸¹ TJSP, Processo nº 1005577-98.2016.8.26.0286.

resolvendo questões relativas à impugnação deste(s), local para audiência, determinação de honorários de árbitros e, inclusive, mecanismos que previnem ou reduzem o risco de inexecutabilidade da sentença arbitral por vícios formais.⁸²

Outro critério apontado pela doutrina em favor da arbitragem institucional é o modelo de escolha dos árbitros⁸³. De acordo com este argumento, a arbitragem institucional seria mais benéfica ao determinar que as partes devem se limitar a escolher os árbitros integrantes do corpo da instituição, eliminando o risco de árbitros parciais⁸⁴.

Não nos parece esse ser um motivo tão forte quanto os outros apontados. Em primeiro lugar, nem toda Câmara limita a escolha das partes ao seu corpo de árbitros. Inclusive, a Câmara de Comércio Internacional – CCI, talvez a mais prestigiada Câmara internacional de arbitragem, sequer possui lista de árbitros, deixando ao pleno arbítrio das partes⁸⁵. No cenário doméstico, nem a CAM-CCBC⁸⁶ nem a CAMARB⁸⁷ ou a CAMBRAAP⁸⁸ fazem tal limitação⁸⁹, apesar de possuírem corpo institucional próprio de árbitros. É certo que nos casos como os brasileiros exemplificados há um maior controle na indicação que garante a qualidade do árbitro indicado porquanto usualmente⁹⁰ ela deve ser referendada pela Secretaria ou Presidência da Câmara⁹¹, mas isso não nos parece ser suficiente para sustentar a posição de que haveria uma restrição aos árbitros que podem ser escolhidos pelas partes.

Árbitros não prestam serviços às partes e estão submetidos aos mesmos critérios de suspeição

⁸² *Ibid.*

⁸³ SHAH; GANDHI, Arbitration: one size does not fit all: necessity of developing institutional arbitration in developing countries; FINZI; GROLA, Arbitragem Ad Hoc, Institucional e Regimental: uma análise sobre vantagens e desvantagens. O Que Considerar no Momento de Escolha do Tipo de Arbitragem?; NUNES, As listas fechadas de árbitros das instituições arbitrais brasileiras.

⁸⁴ SHAH; GANDHI, Arbitration: one size does not fit all: necessity of developing institutional arbitration in developing countries; NUNES, As listas fechadas de árbitros das instituições arbitrais brasileiras.

⁸⁵ Art. 13.1 do Regulamento de Arbitragem.

⁸⁶ Art. 5.1 do Regulamento de Arbitragem.

⁸⁷ Art. 4.1 do Regulamento de Arbitragem.

⁸⁸ Art. 5.2 do Regulamento de Arbitragem.

⁸⁹ Aliás, assim como Carmona, desconhecemos qualquer instituição brasileira que atue com lista fechada de árbitros. CARMONA, As listas de árbitros, p. 77.

⁹⁰ Conforme arts. 4.4.1 da CAM-CCBC e 6(3) da CAMBRAAP.

⁹¹ RAJOO, Institutional and Ad hoc Arbitrations : Advantages and Disadvantages; BLANKE, Institutional versus Ad Hoc Arbitration: A European Perspective.

38 As Câmaras de Arbitragem e o ordenamento pátrio

e impedimento de um juiz comum⁹² – “a independência do árbitro compreende todos os aspectos possíveis em relação à observância de suas funções, seja no campo profissional, financeiro e sobretudo moral”⁹³. Qualquer sentença proferida por árbitro parcial é nula, nos termos do arts. 32, VIII, e 21, §2º, da Lei de Arbitragem⁹⁴.

Conforme novamente nos ensina BASSO, a doutrina tem observado a formação de *close shops* no seio da comunidade arbitralista. *Close shops* é a terminologia utilizada para expressar o círculo fechado ocorrente na arbitragem doméstica e internacional em que poucos profissionais – ainda que altamente qualificados – conduzem a maioria dos procedimentos. O resultado – muitas vezes justamente pela forma de composição institucional das Câmaras e não pela vontade de seus membros – é a barreira à entrada de novos árbitros.⁹⁵

É exatamente por isso que nos parece extremamente proveitoso que a indicação de árbitros não esteja limitada ao corpo institucional da Câmara. Um dos pilares da arbitragem é justamente a alocação de tecnicidade e experiência específica no julgamento da matéria.

De fato, esse parece ter sido o mesmo entendimento do legislador brasileiro que sabiamente, na reforma da Lei de Arbitragem, eliminou a possibilidade das Câmaras de Arbitragens de restringirem à livre nomeação de árbitros, autorizado o seu controle, conforme art. 13, §4º:

§ 4º As partes, de comum acordo, **poderão afastar a aplicação de dispositivo do regulamento do órgão arbitral institucional ou entidade especializada que limite a escolha do árbitro** único, coárbitro ou presidente do tribunal à respectiva lista de árbitros, autorizado o controle da escolha pelos órgãos competentes da instituição, sendo que, nos casos de impasse e arbitragem multiparte, deverá ser observado o que dispuser o regulamento aplicável. (grifos nossos)

Não por outro motivo, nos parece extremamente prejudicial – para não dizer absurdo – o

⁹² Inclusive são equiparados a funcionários públicos, conforme art. 17 da Lei de Arbitragem.

⁹³ BASSO, Mito e realidade do procedimento arbitral atual II.

⁹⁴ Art. 32. É nula a sentença arbitral se:

...

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

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.

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

⁹⁵ BASSO, Mito e realidade do procedimento arbitral atual II.; CARMONA, As listas de árbitros.

previsto na Lei de Parcerias Público-Privadas do Estado de São Paulo (Lei nº 11.688/04)⁹⁶, que determina que só poderão ser escolhidos como árbitros aqueles vinculados a instituições especializadas de reconhecida idoneidade:

Artigo 11 - Os instrumentos de parceria públicoprivada poderão prever mecanismos amigáveis de solução das divergências contratuais, inclusive por meio de arbitragem, nos termos da legislação em vigor.

Parágrafo único - Na hipótese de arbitramento, os árbitros deverão ser escolhidos dentre os vinculados a instituições especializadas na matéria e de reconhecida idoneidade.

Imagine-se, por exemplo, arbitragem envolvendo a Administração Pública em que não se pode nomear MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO simplesmente porque não integra o corpo de árbitros de nenhuma Câmara de Arbitragem. É furtar justamente o objetivo da tecnicidade, nuclear na arbitragem.

CARMONA, considerando as vantagens da livre nomeação, aponta ainda que a contribuição das partes na indicação do tribunal arbitral tem um papel importante no enaltecimento de um dos princípios mais valorizados da arbitragem: a participação das partes na administração da Justiça. Sendo assim, quanto maior for a participação, maior legitimidade será reconhecida à sentença arbitral. Ademais, a preocupação das Câmaras com a sua reputação leva, invariavelmente, a um cuidadoso controle sobre os árbitros que foram indicados pelas partes e atuarão nas disputas. Ainda que não haja responsabilidade civil das Câmaras pela atuação dos árbitros, é imperioso dizer que a sua reputação – motivo de sua escolha pelas partes – é o seu ativo mais caro.⁹⁷

Novamente, com a sabedoria usual, CARMONA aponta que em casos de Câmaras atuantes em mercados muito restritos e altamente técnicos, a criação de uma lista fechada pode ser vantajosa pelo rigoroso controle necessário da *expertise* dos árbitros na solução das controvérsias – podendo inclusive contribuir na formação de orientação jurisprudencial que serviria como recurso a ser observado no mercado⁹⁸. Mas será que as arbitragens com a Administração Pública seriam um mercado tão específico a ponto de justificar a existência da lista fechada?

A melhor resposta parece ser negativa. É que – apesar de todas as peculiaridades que já desenvolvemos sobre as arbitragens com a Administração Pública – a especificidade desses procedimentos parece ter caráter *procedimental*, relativa à participação do Estado na disputa, e não

⁹⁶ Apenas a título de curiosidade, encontramos o mesmo dispositivo em lei do Estado do Amapá e nas leis municipais de Alexânia, Osasco, Estância Turística de Itu, Juazeiro do Norte, Araçariquama, Barreiras, Manaus, Hortolândia.

⁹⁷ CARMONA, As listas de árbitros, p. 77.

⁹⁸ NUNES, As listas fechadas de árbitros das instituições arbitrais brasileiras.

40 As Câmaras de Arbitragem e o ordenamento pátrio

material sobre a questão posta a análise do tribunal arbitral.

O exemplo trazido por CARMONA é relativo a arbitragem realizada pela International Cotton Association – ICA. Sem dúvida, nesse caso, os conflitos postos sob julgamento têm nuclear conexão com o mercado algodoeiro a ponto de justificar a restrição à livre nomeação de árbitros. Ocorre que nas arbitragens com a Administração Pública, não há especificidade das matérias que podem ser suscitadas e sim das relações jurídicas estabelecidas entre o Estado e os contratantes. Sendo o Estado brasileiro o maior contratante do País, é impossível determinar uma lista fechada de árbitros com expertise em todos as questões⁹⁹. Nesse sentido, CARDOSO aponta, por exemplo, que “*as agências reguladoras, considerada a multiplicidade das competências que lhes são legalmente atribuídas, submetem-se a relações jurídicas de variada natureza*”¹⁰⁰.

Em síntese, pelo exposto, parece que problema na opção pela arbitragem *ad hoc* reside tanto na falta de autonomia dos servidores na celebração de negócios jurídicos processuais quanto na necessidade (possibilidade) a todo tempo de interferência do Poder Judiciário para resolução das controvérsias, desviando o objeto da arbitragem que é a “*fair and impartial resolution of disputes without causing unnecessary delay or expense*”¹⁰¹ – sendo também essencial o respeito à livre nomeação de árbitros nos conflitos com a Administração Pública. Essa posição também está de acordo com a maior parte da doutrina especializada sobre o tema, com os inovadores textos legislativos e também com os recentes precedentes que começam a nascer no panorama brasileiro.

⁹⁹ CARMONA, As listas de árbitros, p 77.

¹⁰⁰ CARDOSO, André Guskow, As agências reguladoras e a arbitragem, *in*: PEREIRA, Cesar A. Guimarães; TALAMINI, Eduardo (Orgs.), **Arbitragem e poder público**, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 24.

¹⁰¹ RAJOO, Institutional and Ad hoc Arbitrations : Advantages and Disadvantages, p. 547.

O ATO ADMINISTRATIVO DE ESCOLHA DA CÂMARA DE ARBITRAGEM

1. Da previsão no edital

Um dos temas mais debatidos na doutrina é a necessidade de previsão editalícia ou cláusula compromissória no respectivo contrato para que haja a possibilidade de submeter os litígios da Administração Pública à arbitragem.

Durante o trâmite legislativo do Projeto de Lei do Senado 406/2013¹⁰², que reformou a Lei Brasileira de Arbitragem, houve abordagem específica sobre a necessidade ou não de cláusula compromissória prévia nos contratos firmados com a Administração Pública.

O texto inicial do Projeto, de autoria do Senador Renan Calheiros, não fazia qualquer menção à necessidade de previsão editalícia prévia de arbitragem nos conflitos com a Administração Pública¹⁰³. Essa situação permaneceu inerte até o encaminhamento da Projeto à análise da Câmara dos Deputados¹⁰⁴.

Atuando como Casa revisora¹⁰⁵, a Câmara dos Deputados deu atenção especial à questão. Entre as diversas propostas de emendas sofridas no Projeto está a EMC 3/2014 CTASP, de autoria do Deputado Laércio Oliveira, que previa que o texto do Projeto contivesse a seguinte redação:

§ 5º Nos contratos, convênios e demais avenças celebradas pela Administração Pública a cláusula compromissória deverá estar prevista no respectivo edital e no instrumento contratual;¹⁰⁶

De acordo com o proponente da emenda, a modificação era necessária “*considerando o dever de publicidade típico na Administração*”¹⁰⁷. Entretanto, a emenda foi rejeitada pela Comissão

¹⁰² Disponível em <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/114641>. Acesso em 20 de novembro de 2017.

¹⁰³ Disponível em <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=2930454&disposition=inline>. Acesso em 20 de novembro de 2017.

¹⁰⁴ Apesar de inúmeros requerimentos e propostas de emendas, nenhum pareceu ser específico quanto à previsão da arbitragem em edital.

¹⁰⁵ O Projeto foi recepcionado pela Câmara com número PL 7108/2014. A árvore de apensados pode ser consultada em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_arvore_tramitacoes?idProposicao=747896. Acesso em 20 de novembro de 2017.

¹⁰⁶ Disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1237142&filename=EMC+3/2014+CTA+SP+%3D%3E+PL+7108/2014. Acesso em 20 de novembro de 2017.

¹⁰⁷ Justificação à EMC 3/2014. Disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1237142&filename=EMC+3/2014+CTA+SP+%3D%3E+PL+7108/2014. Acesso em 20 de novembro de 2017.

42 O ato administrativo de escolha da Câmara de Arbitragem

relatora do Projeto, fundando-se na alegada análise pretérita da matéria¹⁰⁸.

Em que pese não termos encontrado nos avulsos da matéria a análise anterior da questão mencionada pela Comissão, a necessidade de previsão em edital foi incluída no Projeto posteriormente, por emenda derivada da própria Comissão Especial, com a seguinte redação:

A Administração Pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, desde que previsto no edital ou nos contratos da Administração, nos termos do regulamento.¹⁰⁹

Essencialmente, a modificação proposta pela Câmara estipulava tanto que a arbitragem deveria derivar de previsão em edital quanto que haveria necessidade de regulamentar o instituto. A justificação pela adesão de tal emenda é extremamente rasa, se limitando a descrever o conteúdo da alteração e não as razões para sua adoção¹¹⁰. Materialmente, podemos dizer que essa foi a única alteração promovida pela Câmara dos Deputados no Projeto, já que a outra emenda é meramente de adequação do texto da ementa da matéria com o seu conteúdo.

Ao retornar ao Senado Federal, a Proposta foi novamente analisada pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania daquela Casa antes de ir à votação do Plenário. Neste ponto, obtivemos posições contraditórias.

No primeiro parecer sobre as emendas, datado de 07.04.2015, o relator do Projeto, Senador José Pimentel, aprovou a modificação feita pela Câmara, acolhendo a necessidade de constar previamente nos editais a utilização de arbitragem. Ressaltou que se nas relações entre os particulares a arbitragem é estabelecida por meio de cláusula compromissória prévia, constante no contrato, nas relações com a Administração Pública não poderia ser diferente, sendo necessária a previsão no edital ou na contratação direta. De acordo com o relator, trata-se de medida necessária

¹⁰⁸ Parecer da Comissão Especial. Justificação da rejeição da EMC 3/2014. Relator Deputado Edinho Araújo.

Disponível em

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1265779&filename=PRL+2+PL710814+%3D%3E+PL+7108/2014. Acesso em 20 de novembro de 2017.

¹⁰⁹ Emenda adotada pela Comissão n 2/2014. Disponível em

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1267863&filename=EMC-A+2+PL710814+%3D%3E+PL+7108/2014. Acesso em 20 de novembro de 2017.

¹¹⁰ “A presente Emenda deixa explícito que a solução de controvérsias pela via arbitral deve estar prevista no edital ou nos contratos administrativos, e que a matéria, por sua complexidade e pelo caráter público dos interesses envolvidos, será objeto de regulamento.” Justificação à emenda adotada pela Comissão 2/2014. Disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1269463&filename=Avulso+-PL+7108/2014. Acesso em 20 de novembro de 2017.

para viabilizar a arbitragem na Administração Pública, já que o particular não poderia ser tomado posteriormente de surpresa com a intenção da Administração Pública nesse sentido.¹¹¹

No segundo parecer, datado de 23.04.2015, o mesmo relator adotou opinião diversa, entendendo pela rejeição das mudanças propostas pela Câmara. De acordo o parecer, não seria necessária a previsão em lei sobre a exigência sobre o instrumento pelo qual o “compromisso arbitral” (*rectius*: convenção de arbitragem) será introduzido nas contratações com a Administração Pública. Isso tudo com vistas a permitir maior “*liberdade de adequação procedimental na implantação da arbitragem*”.¹¹²

A opção legislativa definitiva foi pela rejeição à Emenda. Assim, atualmente, é o omissivo o diploma arbitral em estabelecer requisitos editalícios para as arbitragens com a Administração Pública. Entretanto, quanto à essa trajetória da reforma da Lei de Arbitragem, é especialmente importante observar os motivos que circularam os debates pela necessidade ou não da previsão no edital da cláusula compromissória. Nenhum deles parece ser convincente.

Em primeiro lugar, temos a proposta de emenda EMC 3/2014 que, apesar de rejeitada, foi a única na Câmara dos Deputados que teve justificção suficiente para alteração do projeto legislativo do Senado Federal. Entretanto, a justificção nos parece insuficiente porquanto o seu motivo principal é a necessidade de observância do princípio da publicidade nas relações com a Administração Pública.

A inexistência de cláusula compromissória prévia no edital ou no contrato não é ofensa nem direta nem reflexa ao princípio da publicidade. Conforme PHILLIP GIL FRANÇA, “*O princípio da publicidade estabelecido no caput do art. 37 da CF/1988 enuncia a necessária e ampla divulgação dos atos administrativos, conforme determinação e limites legais, principalmente aqueles que trazem algum impacto sobre a liberdade do cidadão*”¹¹³.

O princípio da publicidade prescreve, portanto, a necessária publicidade dos atos administrativos. Dessa forma, analisando somente este princípio, é dispensável constar cláusula compromissória no edital, porquanto a submissão da Administração Pública à arbitragem, se

¹¹¹ Primeiro parecer do relator do Projeto. Disponível em <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3840175&disposition=inline>. Acesso em 21 de novembro de 2017.

¹¹² Segundo parecer do relator do Projeto. Disponível em <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120174>. Acesso em 22 de novembro de 2017.

¹¹³ FRANÇA, Phillip Gil, **Ato Administrativo e Interesse Público: Gestão pública, controle judicial e consequencialismo administrativo**, 2ª E-book. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

44 O ato administrativo de escolha da Câmara de Arbitragem

houver, será publicizada em momento oportuno posterior, sem qualquer prejuízo. A própria reforma da Lei de Arbitragem já trouxe expressamente, em seu art. §3º do art. 1º, o respeito ao princípio da publicidade nas arbitragens com a Administração Pública, eliminando a preocupação da confidencialidade que é nuclear às arbitragens. O conteúdo e extensão da publicidade nas arbitragens ainda é alvo de controvérsias, mas fato é que ao menos a existência do procedimento será de conhecimento público, invalidando as observações do autor da emenda ao Projeto.

Em segundo lugar, temos o primeiro parecer favorável à emenda no Senado Federal. Aqui, novamente os argumentos sustentados não parecem adequados a justificar a necessidade de previsão da cláusula compromissória no edital.

Ao contrário do que sustentou o relator, é certo que nas relações entre particulares não é necessária a existência de cláusula compromissória prévia no contrato para que o litígio possa ser submetido à arbitragem. Apesar de ser comum a existência prévia de cláusula compromissória justamente pela conveniência entre as partes à época de celebração do contrato, ela não é obrigatória. No Brasil, conforme art. 3º da Lei de Arbitragem, cláusula compromissória e compromisso arbitral são espécies do gênero convenção de arbitragem, a diferença está exatamente saber se o pacto para submissão à arbitragem é anterior ou posterior ao litígio. Aliás, conforme nos ensina CARMONA, antes do advento da Lei nº 9.307/96 (Lei de Arbitragem) somente o compromisso arbitral era considerado como apto a instituir a arbitragem, sendo a cláusula compromissória simples *pacto contrahendo* entre as partes¹¹⁴.

Ademais, não haveria qualquer “surpresa” ao particular em se submeter a arbitragem posteriormente – conforme afirmou o relator – porquanto o poder de império conferido à Administração Pública sob nenhuma exegese possibilitaria a submissão à arbitragem por ato unilateral sem a concordância do particular contratado. A submissão à arbitragem é necessariamente negócio jurídico processual bilateral ou plurilateral que derroga a utilização da jurisdição estatal¹¹⁵. Seu núcleo fundamental é justamente a vontade livre e consciente das partes. Exatamente por isso que a própria Lei de Arbitragem, §2º do art. 4º, condiciona a eficácia da cláusula compromissória nos contratos de adesão à assinatura especial na cláusula.

Nenhum dos argumentos sustentados durante a tramitação da proposta legislativa parece ser capaz de sustentar a necessidade de previsão no edital ou no contrato para submissão da Administração Pública à arbitragem. Sendo assim, dada a continuidade da omissão legislativa sobre

¹¹⁴ CARMONA, *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*, p. 77.

¹¹⁵ *Ibid*, p. 82.

a matéria, resta socorrer às posições doutrinárias e judiciais sobre o tema.

Grande parte da divergência está circunscrita ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, previsto no art. 41 da Lei 8.666/1993, prescrevendo que “a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital ao qual se acha estritamente vinculada”.

O primeiro argumento apresentado pela doutrina é precisamente relativo à necessidade de observância ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório. SALLES e GAMA defendem que as previsões constantes no edital fazem lei entre as partes, não podendo ser modificadas futuramente. A prática de atos contrários ao edital pode violar os princípios constitucionais como o da moralidade, da legalidade e da isonomia, sendo possível a nulidade do compromisso firmado posteriormente.¹¹⁶

Conforme SUNDFELD, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório pode ser assim descrito:

O edital é a “lei interna da licitação”; isto é: trata-se do documento que finca as premissas e traça as balizas norteadoras da conduta a ser desempenhada, tanto ao longo do procedimento licitatório quanto após a contratação, pelos interessados em relacionar-se com o Poder Público. É com fundamento nas disposições editalícias que os particulares avaliam se têm qualificação para participar do certame, realizam estudos de custo e benefício e, ao final, tomam a decisão de apresentar, ou não, propostas comerciais para a realização da obra ou serviço licitado. Por esses motivos, a vinculação aos estritos termos do instrumento convocatório é ponto tão sensível em matéria de licitações.¹¹⁷

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório é caríssimo ao Direito. Entretanto, como todo e qualquer princípio no ordenamento pátrio, ele não é absoluto e deve ser sempre analisado por uma lente constitucional – e com atenção ao conjunto de normas que se comunicam.

Como nos ensina BANDEIRA DE MELLO, ainda que seja núcleo da licitação e do contrato, o edital não é exaustivo, “pois normas anteriores e superiores o complementam, ainda que não reproduzidas em seu texto”¹¹⁸. No mesmo sentido a ementa do REsp 1.018.107/DF: “...pois, se é verdade que o edital vincula o Poder não é menos verdade que a lei também o faz, em grau ainda mais elevado”¹¹⁹.

¹¹⁶ SOUZA JR, Lauro da Gama e, Sinal verde para a arbitragem nas parcerias público-privadas (a construção de um novo paradigma para os contratos entre o estado e o investidor privado), **Revista de Direito Administrativo**, v. 241, p. 129, 2005; SALLES, **Arbitragem nos Contratos Administrativos**, pp. 70-80.

¹¹⁷ SUNDFELD, Carlos Ari, Vinculação do contrato administrativo ao edital de licitação e às suas opções implícitas, **Pareceres - Carlos Ari Sundfeld**, v. 2, p. 616, 2013.

¹¹⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, O edital nas licitações, **Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo**, v. 4, p. 293, 2013.

¹¹⁹ REsp 1.018.107/DF, rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 12.06.2009.

Exatamente por isso que não se pode enxergar o referendado princípio com visão monocular, já que requisitos inócuos e exacerbados no edital – amparados por um formalismo excessivo – não são parte da finalidade da Lei de Licitações. Vejamos precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

...

3. Rigorismos formais extremos e exigências inúteis não podem conduzir a interpretação contrária à finalidade da lei, notadamente em se tratando de concorrência pública, do tipo menor preço, na qual a existência de vários interessados é benéfica, na exata medida em que facilita a escolha da proposta efetivamente mais vantajosa (Lei 8.666/1993, art. 3.º).¹²⁰

“...Consoante ensinam os juristas, o princípio da vinculação ao edital não é absoluto, de tal forma que impeça o Judiciário de interpretar-lhe, buscando-lhe o sentido e a compreensão e escoimando-o de cláusulas desnecessárias ou que extrapolem os ditames da lei de regência e cujo excessivo rigor possa afastar, da concorrência, possíveis proponentes, ou que o transmude de um instrumento de defesa do interesse público em conjunto de regras prejudiciais ao que, com ele, objetiva a Administração...”¹²¹

Dadas as breves considerações sobre o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, cabe, portanto, a análise específica quanto à necessidade de a cláusula compromissória estar inserida no edital ou no contrato.

Para tanto, temos que analisar qual o núcleo essencial que visa ser protegido pela vinculação ao edital. Neste aspecto, podemos identificar três¹²² principais questões: i) a vedação a condições surpresas durante a execução do contrato; ii) a legalidade incita aos atos administrativos; iii) a isonomia entre licitantes ao participar da concorrência proposta e igualmente a sua competitividade.

Quanto à primeira questão, a noção é simples: *“ora, ninguém, em sã consciência, participaria de uma competição na incerteza da permanência de suas regras, pelo menos durante o seu curso”*¹²³. É de natureza fundamental que todos os licitantes tenham pleno conhecimento de todo o curso do procedimento licitatório para sua regular participação – desde das propostas até a execução do

¹²⁰ REsp 797.179/MT, 1.ª T., rel. Min. Denise Arruda, DJ de 07.11.2006.

¹²¹ MS 5.418/DF, rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJ de 01.06.1998.

¹²² Além desses, Celso Antônio Bandeira de Mello acrescenta a publicidade e a possibilidade de fiscalização nas licitações. Entretanto, no caso específico das cláusulas compromissórias, não parece haver contradição quanto a esses pontos. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, O edital nas licitações, **Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo**, v. 4, p. 290, 2013.

¹²³ DA SILVA, Antônio Marcello, O princípio e os princípios da licitação, **Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo**, v. 1, p. 595–606, 2013.

contrato.

A utilização da arbitragem por pacto posterior, firmado por compromisso arbitral, sob nenhuma forma atinge a segurança e a estabilidade das relações com os licitantes. Isso porque ainda que seja da vontade futura da Administração Pública submeter o contrato ou eventual litígio surgido à arbitragem, ela só poderá se concretizar com expressa concordância do contratado na celebração do respectivo compromisso arbitral. Inexiste poder de império da Administração apto a submeter unilateralmente seus litígios à arbitragem sem a concordância expressa de seus jurisdicionados ou contratados.

A segunda questão é relativa ao princípio da legalidade. Referido princípio pode ser caracterizado pela seguinte máxima: “A Administração deve sujeitar-se às normas legais”¹²⁴. Neste ponto, a questão que até a reforma da Lei de Arbitragem era cavernosa e tinha grande controvérsia – relativa à possibilidade de a Administração Pública ser parte em procedimento arbitral –, já não mais se sustenta, havendo amplo amparo legal para a possibilidade (capacidade) da Administração, por meio de seus agentes, utilizar e fazer parte de arbitragem relativa a direitos patrimoniais disponíveis. Ademais, conforme vimos com o trâmite da proposta legislativa, inexiste obrigação específica na Lei de Arbitragem sobre a necessidade de prévio compromisso arbitral para submissão dos conflitos da Administração Pública à arbitragem¹²⁵.

A terceira e última questão levantada é relativa à isonomia e à persecução da competitividade nas licitações. A temática é preocupação clara da Lei de Licitações, conforme seu art. 3º: “A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração...”¹²⁶. Temos que observar então dois critérios: i) se a arbitragem firmada por compromisso arbitral fere a isonomia entre os licitantes; ii) se a inexistência de cláusula compromissória fere a competitividade na proposta mais vantajosa à Administração.

Para tanto, temos que examinar se há evidente vantagem econômica garantida ao licitante vencedor na utilização de compromisso arbitral posterior ao procedimento de licitação. De acordo com SALLES, “a arbitragem aparece como integrante da estrutura de incentivos...na atratividade do negócio a ser celebrado pelo particular pelo Estado”¹²⁷. Assim, a previsão no edital é “maneira de se

¹²⁴ MEDAUAR, Odete, **Direito Administrativo Moderno**, 4ª E-book. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

¹²⁵ AMARAL, **Arbitragem e Administração Pública**, p. 77.

¹²⁶ É indiferente, nesta parte do estudo, a alteração promovida em 2010 visando a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

¹²⁷ SALLES, **Arbitragem nos Contratos Administrativos**, p. 109.

48 O ato administrativo de escolha da Câmara de Arbitragem

*evitar uma quebra na competitividade e igualdade exigíveis na licitação*¹²⁸.

AMARAL e JUSTEN FILHO adotam posição contrária, sustentando que a utilização de arbitragem não implica em vantagem que colocaria o licitante vencedor em posição jurídica mais favorável que os demais licitantes. Isso porque a arbitragem é simples método alternativo de solução de conflitos: *“Não afeta os direitos e obrigações previstos no edital e no contrato. A adoção da arbitragem, não prevista originalmente no contrato, não configura uma vantagem indevida ao particular contratado*¹²⁹. Ademais, *“não se pode ignorar a existência de contratantes que não vislumbrem na arbitragem uma opção interessante*¹³⁰.

Adotamos posição intermediária, porquanto consideramos existir claros benefícios na utilização da arbitragem, eles são meramente reflexos e não atinentes ao objeto contratual da licitação, não havendo, portanto, ofensa ao princípio da isonomia.

Aqui, nossas razões são parecidas com as de SUNDFELD em parecer que analisou a possibilidade de retirada de um dos consorciados vencedores após a finalização do referido procedimento licitatório. De acordo com o ilustre autor, a regra geral da vinculação tem fundamentos específicos e não é absoluta, podendo ser relativizada naqueles casos em que não *“possam pôr em riscos as razões que justificam a existência dessa última [licitação], isto é, os objetivos que visa alcançar*¹³¹.

É que a utilização da arbitragem não traz qualquer benefício econômico direto sobre o contrato que justificaria sua imposição prévia no edital. O objeto, a forma de execução e o preço continuam os mesmos, apenas a forma de composição dos conflitos é diversa. *“Sustentar o contrário implicaria confundir a esfera processual com a material. A arbitragem não constitui em si mesma uma vantagem material que precise estar previamente estipulada.*¹³².

Se a própria Constituição permite o reequilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos (art. 37, XXI), não há motivo para não permitir às partes que escolham posteriormente forma diversa de resolução das controvérsias que lhes parecer mais adequada

¹²⁸ *Ibid.* p. 109-110

¹²⁹ JUSTEN FILHO, Marçal, **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, 2ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, Art. 40.

¹³⁰ AMARAL, **Arbitragem e Administração Pública**, p. 78.

¹³¹ SUNDFELD, Carlos Ari, Retirada de consorciado em contrato administrativo não viola o resultado da licitação, **Pareceres - Carlos Ari Sundfeld**, v. 2, p. 634, 2013.

¹³² TALAMINI, Eduardo, Arbitragem e parceria público-privada, *in*: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (Orgs.), **Parcerias Público-Privadas: um enfoque multidisciplinar**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 350.

àquele contrato. A mesma posição foi adotada pelo extinto Tribunal de Alçada do Paraná, no julgamento do famoso caso Compagás: “Não afeta direito de terceiros a falta de menção no edital, uma vez que a forma de solução de conflito por arbitragem diz respeito à readequação econômico-financeira do contrato e não se cuida de forma evidente de aumento de valores e preços”¹³³.

Essa é justamente a busca pelo interesse público na resolução adequada da controvérsia¹³⁴. Ora, se é garantido à Administração Pública o direito de transacionar, como restringir o direito de submeter seus conflitos à arbitragem? Ainda que seja resolvida de forma rápida e técnica, o resultado da arbitragem será provavelmente muito próximo daquele originado da jurisdição estatal.

Negar o cabimento da arbitragem porque não prevista originalmente no contrato administrativo equivaleria a proibir a transação como forma de extinção de um litígio surgido entre as partes sob o fundamento da ausência de autorização no ato convocatório.
135

Por último, ainda analisando a isonomia, é importante ter em mente a legítima expectativa dos licitantes durante o procedimento licitatório. “Igualdade que, consagrada no art. 153, § 1.º da Constituição da República, exige a consideração equânime e imparcial da expectativa dos múltiplos interessados no estabelecimento da relação com o Estado”¹³⁶. Portanto, é necessária a análise da expectativa entre os licitantes como forma de perquirir a isonomia entre os licitantes no processo competitivo.

Se antes da reforma à Lei de Arbitragem poderia prevalecer o argumento de que era incerto aos licitantes sobre a possibilidade ou não da Administração pública utilizar a arbitragem, sendo a celebração de compromisso *a posteriori* quebra à expectativa dos demais concorrentes, atualmente é impossível essa posição.

Ao participar do processo licitatório todos os participantes sabem – ou deveriam saber – que é possível que conflitos com a Administração Pública venham a ser resolvidos por arbitragem. Ainda que inexista cláusula compromissória, todos têm plena consciência e expectativa da sua possibilidade, independente de terem ou não a proposta vencedora.¹³⁷ É dizer que a reforma à Lei de Arbitragem trouxe estabilização nas expectativas dos licitantes. Esse fato refletirá essencialmente

¹³³ TAPR, AC nº 247,646-0, rel. Des. Lauro Laertes de Oliveira, DJ de 11.02.2004.

¹³⁴ RE 253885, rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 21.06.2002.

¹³⁵ JUSTEN FILHO, **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, Art. 40.

¹³⁶ SUNDFELD, Carlos Ari, Procedimentos administrativos de competição, **Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo**, v. 4, p. 11, 2012.

¹³⁷ TALAMINI, Arbitragem e parceria público-privada, p. 350.

50 O ato administrativo de escolha da Câmara de Arbitragem

no cálculo de risco da empreitada pelos licitantes, considerando em seu preço a *probabilidade* futura do litígio ser submetido à arbitragem. Empresários são exímios avaliadores de risco e todos, isonomicamente, durante o processo determinaram o preço de sua proposta com base nessas considerações e expectativas – até mesmo considerando recusar a celebração futura de compromisso com a Administração.

A incompetência ou imprecisão do empresário na correta avaliação dos riscos do empreendimento não é quebra da isonomia entre licitantes, é forma de privilegiar a eficiência no mercado.

Por fim, é importante dizer que há uma mera *probabilidade* futura da submissão daquela controvérsia à arbitragem, condicionada à vontade inequívoca tanto do licitante quanto da Administração. Quanto à Administração, é imperioso lembrar que, caso venha a estabelecer razões futuras pela opção da arbitragem em determinado contrato, estará sempre enraizada e motivada pela legalidade, impessoalidade e principalmente supremacia do interesse público. Nesse caso, a opção pela arbitragem não é pura discricionariedade do agente público nem derivada de análise subjetiva da pessoa contratada, mas sim da relação ou controvérsia jurídica estabelecida naquele contrato que leva à preferência pela utilização da arbitragem naquela controvérsia¹³⁸. Ou seja, é desimportante a pessoa do licitante na escolha da arbitragem pela Administração Pública, sendo o ato voltado ao interesse público. Qualquer motivação diversa, levaria inevitavelmente à nulidade do ato administrativo.¹³⁹

Não por outro motivo, essa foi a exata dicção do recente Decreto 8.465/15, que trata sobre arbitragem no setor portuário:

Art. 9º...

§ 1º No caso de celebração de compromissos arbitrais na situação de que trata o **caput**, a administração pública deverá avaliar previamente as vantagens e desvantagens da arbitragem no caso concreto quanto ao prazo para a solução do litígio, ao custo do procedimento e à natureza da questão litigiosa.

Sendo assim, a arbitragem poderá ser utilizada indistintamente por todos os licitantes, independente da proposta vencedora, não havendo o que se questionar em termos de isonomia.

O segundo argumento apresentado é relativo à analogia com a Lei das PPPs. Para SALLES, é obrigatória a presença de cláusula compromissória no edital, pois, inexistente disposição específica

¹³⁸ AMARAL, **Arbitragem e Administração Pública**, p. 78.

¹³⁹ SCHMIDT, Gustavo da Rocha, **A arbitragem envolvendo os conflitos com a Administração Pública: uma proposta de regulamentação**, Fundação Getúlio Vargas/RJ, 2016, p. 70.

nas Lei de Contratação com a Administração Pública (Lei de Licitação), o melhor é utilizar como analogia a Lei das Parcerias Público-Privadas (Lei 11.079/2004) como forma hermenêutica a outros tipos de contratações. Nesse sentido, a Lei das PPPs indica a obrigatoriedade de a cláusula compromissória constar no instrumento convocatório, devendo o mesmo ser observado em outros procedimentos de contratação¹⁴⁰:

Assim, mesmo não constando da Lei de Concessões e de outras leis aplicáveis a contratos administrativos determinação no sentido de figurar do edital existência de cláusula convencional de arbitragem – e/ou de outros mecanismos extrajudiciais de solução de controvérsias – cabe aplicar por analogia o disposto a esse propósito na Lei de Parcerias Público-privadas, pois essa disposição melhor se enquadra aos propósitos do edital no procedimento de licitação.¹⁴¹

Em que pese a posição do ilustre autor, não nos parece adequada nem necessária a analogia à lei das PPPs. A própria Lei das PPPs, art. 11, III, determina que o instrumento convocatório *poderá* prever o emprego da arbitragem, não que essa disposição seja *obrigatória*. Precisamente no mesmo sentido, a Lei das Concessões (Lei nº 8.987/1995), determina que o contrato de concessão *poderá* prever a utilização de arbitragem. É necessário dizer que em nenhum momento qualquer um desses diplomas limita a utilização da arbitragem em momento futuro, por compromisso arbitral.¹⁴²

Mais ainda, a reforma da Lei de Arbitragem confirmou por definitivo a possibilidade da utilização da arbitragem na Administração Pública direta e indireta, não restringindo o momento de sua utilização. Dessa forma, a Administração Pública atua em estrita observância ao princípio da legalidade no caso de celebração de compromisso arbitral posterior ao contrato. Essa é a posição de OSTERNACK AMARAL que sustenta inexistir qualquer disposição que imponha a obrigatoriedade da previsão no edital para utilização da arbitragem¹⁴³.

É possível que a própria menção à possibilidade da utilização da arbitragem na Lei das PPPs e das Concessões seja fruto da divergência existente à época sobre a capacidade subjetiva da Administração Pública na utilização da arbitragem e não da restrição do instituto à previa previsão no instrumento convocatório ou com contrato.

É nesse sentido que TALAMINI, mesmo antes da reforma da Lei de Arbitragem, considerava desnecessária a previsão existente na lei das PPPs:

¹⁴⁰ SALLES, *Arbitragem nos Contratos Administrativos*, p. 270.

¹⁴¹ *Ibid*, p. 271.

¹⁴² TALAMINI, Eduardo, Arbitragem e parceria público-privada, *in*: TALAMINI, Eduardo;; JUSTEN, Monica Spezia (Orgs.), *Parcerias Público-Privadas: um enfoque multidisciplinar*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 350.

¹⁴³ AMARAL, *Arbitragem e Administração Pública*, p. 77.

52 O ato administrativo de escolha da Câmara de Arbitragem

Sob esse aspecto, a previsão na Lei 11.079 poderia ser considerada desnecessária: ainda que não houvesse a regra expressa na lei da PPP, seria possível o emprego da arbitragem (como já o é em outros contratos administrativos, a despeito de não estar especificamente prevista na disciplina de tais contratos).¹⁴⁴

Importante observar que a Lei de Arbitragem garante à Administração Pública a possibilidade de utilizar a arbitragem irrestritamente. Já vimos que o legislador optou inequivocamente por não exigir a previsão editalícia para utilização da arbitragem. Tendo todas as leis concernentes às contratações públicas e a Lei de Arbitragem mesma hierarquia, é correto afirmar que, em se tratando de conflito aparente, prevalece a especialidade da Lei de Arbitragem que não estipula a previsão em edital.

Não se está aqui a defender a prevalência da *mens legislatoris* sobre a *mens legis*; é que a própria *mens legis* no caso específico possibilitou a submissão irrestrita da Administração Pública à arbitragem, respeitado os critérios relacionados à arbitrabilidade objetiva da matéria e as questões formais pertinentes. Fosse outra a posição, estaria claro no texto legislativo a impossibilidade da Administração Pública em estabelecer compromisso arbitral. Esse não foi o caso.

O terceiro e último argumento que poderia ser suscitado seria o fato de que mormente os contratos administrativos estabelecem o foro competente para julgamento das controvérsias, em atenção ao §2º do art. 55 da Lei 8.666/93¹⁴⁵, sendo assim impossível a utilização da arbitragem por compromisso arbitral posterior.

Nesse aspecto, compartilhamos a visão de EROS GRAU: “*Não visualizo qualquer incompatibilidade entre essas disposições, visto consubstanciar regra elementar de interpretação dos contratos a de que o entendimento de uma cláusula não pode ser aquele que conduza à sua inutilidade.*”¹⁴⁶.

A existência de cláusula de foro sob nenhuma forma anula a possibilidade de celebração de compromisso arbitral, porquanto não são incompatíveis. Fôssemos optar pela visão da incompatibilidade, teríamos que também sustentar a posição absurda de que é vedada qualquer forma de convenção de arbitragem nos contratos administrativos, já que mesmo a cláusula

¹⁴⁴ TALAMINI, Arbitragem e parceria público-privada, p. 336.

¹⁴⁵ §2º Nos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar necessariamente cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no § 6º do art. 32 desta Lei.

¹⁴⁶ GRAU, Eros Roberto, Da arbitralidade de litígios envolvendo sociedades de economia mista e da interpretação de cláusula compromissória, **Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação**, v. 4, p. 817-818, 2014.

compromissória não desonera a imposição legal da eleição do foro constante na Lei de Licitações.

Conforme nos ensina CARMONA, “o antagonismo, como se verá, é apenas aparente, pois o Poder Judiciário pode ser chamado a atuar ainda que o contrato contenha cláusula compromissória”¹⁴⁷. Na verdade, é desejável, na escorreita confecção de contratos, que contenham tanto a cláusula compromissória quanto a cláusula de eleição do foro¹⁴⁸.

A utilização da arbitragem não elimina o acesso ao Poder Judiciário. Ao contrário, são várias as situações durante o processo arbitral que *permitem* ou *requerem* a intervenção da jurisdição estatal. No primeiro caso, as situações estão usualmente ligadas com situações de urgência ou indefinição quanto ao processo arbitral (como a tutela de urgência, a composição dúbia de cláusula vazia, a nulidade do procedimento). No segundo caso, a utilização do juízo estatal está intrinsecamente ligada à falta do necessário poder de polícia e coerção dos tribunais arbitrais (execução forçada de sentença, sequestro e arresto de bens, medidas que requeiram a utilização da polícia).¹⁴⁹ Todas essas situações nos levam à conclusão de que há uma comunicação não excludente entre a instituição de arbitragem e a prevenção de foro estatal.

Exemplo dessa conjugação entre a cláusula compromissória e a eleição de foro foi o ocorrido no caso descrito acima do MUNICÍPIO DE ITU, em que foi necessário socorrer à jurisdição estatal para suprir elementos da cláusula compromissória aberta estipulada pelas partes e garantir a celebração do compromisso arbitral que era recusado pelo Município:

A cláusula de eleição de foro judicial constante do contrato de eleição também não retira a validade da disposição que estabelece a obrigatoriedade da arbitragem. São premissas que não se confundem.

O foro de eleição deve ser aplicado nas hipóteses em que necessário se socorrer do Poder Judiciário para dirimir eventuais controvérsias que fogem da matéria de arbitragem.

É a hipótese dos autos. A ação específica prevista no artigo 7º, da Lei de Arbitragem deveria ter sido movida na comarca de Itu por conta do foro de eleição. Mais uma vez, o Excelentíssimo Senhor Doutor Desembargador Coimbra Schmidt esclarece no voto proferido no V. Acórdão proferido no AI nº 2184750-50.2016.8.26.0000: “Por sua vez, a Cláusula 18.1, que fixa o Foro de Itu “como o único competente para dirimir quaisquer dúvidas ou divergências remanescentes”, não tenta sobrepor a jurisdição à arbitragem no presente caso, mas somente registrar qual seria o foro competente às ações judiciais, como a presente. Ações estas que, inclusive, podem irradiar-se do juízo

¹⁴⁷ CARMONA, Carlos Alberto, Considerações sobre a a cláusula compromissória e a eleição de for, *in*: LEMES, SELMA FERREIRA; CARMONA, CARLOS ALBERTO; MARTINS, Pedro (Org.), **Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares**, São Paulo: Atlas, 2017, p. 37.

¹⁴⁸ *Ibid*, p. 37.

¹⁴⁹ *Ibid*, pp. 33-46.

*arbitral.*¹⁵⁰

Tratando-se deste aspecto em especial, apontamos duas outras considerações para a existência da cláusula de foro. A primeira é relativa à arbitrabilidade objetiva. Ainda que haja uma extensa promoção e expansão da arbitragem com a Administração Pública no Brasil, ela só pode ser usada para dirimir conflitos relacionados a direitos patrimoniais disponíveis, nos termos do art. 1º da Lei de Arbitragem. Assim, podem surgir controvérsias derivadas de uma mesma relação jurídica que sejam relativas a direitos patrimoniais disponíveis e outras que não sejam. Nesse caso, existindo conjuntamente a convenção arbitral e a cláusula de foro, as primeiras deverão ser obrigatoriamente submetidas à arbitragem e as segundas ao respectivo foro convencionado pelas partes – a não ser, claro, que a lei determine de maneira diversa.

Mesmo que não se acolha o argumento da compatibilidade entre as duas convenções contratuais, ainda assim seria possível firmar compromisso arbitral tendo em vista a autonomia das partes. Ora, se já concluímos nos tópicos acima que a Administração Pública tem poder de transacionar com vistas ao interesse público latente, obviamente também poderá, em conjunto com o contratado, afastar o foro anteriormente convencionado e submeter o conflito à arbitragem.

Em conclusão, por todos os argumentos acima esboçados, temos a mesma posição que foi adotada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 904.813/PR – famoso caso COMPAGAS. A cláusula compromissória não é essencial ao contrato administrativo nem ao edital de licitação, sendo plenamente possível a utilização de compromisso arbitral em etapa posterior da relação contratual:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. LICITAÇÃO. ARBITRAGEM. VINCULAÇÃO AO EDITAL. CLÁUSULA DE FORO. COMPROMISSO ARBITRAL. EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO DO CONTRATO. POSSIBILIDADE.

...

5. Tanto a doutrina como a jurisprudência já sinalizaram no sentido de que não existe óbice legal na estipulação da arbitragem pelo poder público, notadamente pelas sociedades de economia mista, admitindo como válidas as cláusulas compromissórias previstas em editais convocatórios de licitação e contratos.

6. O fato de não haver previsão da arbitragem no edital de licitação ou no contrato celebrado entre as partes não invalida o compromisso arbitral firmado posteriormente.

7. A previsão do juízo arbitral, em vez do foro da sede da administração (jurisdição estatal), para a solução de determinada controvérsia, não vulnera o conteúdo ou as regras do certame.

8. A cláusula de eleição de foro não é incompatível com o juízo arbitral, pois o âmbito de abrangência pode ser distinto, havendo necessidade de atuação do Poder Judiciário, por exemplo, para a concessão de medidas de urgência; execução da sentença arbitral;

¹⁵⁰ TJSP, Processo nº 1005577-98.2016.8.26.0286.

instituição da arbitragem quando uma das partes não a aceita de forma amigável.

9. A controvérsia estabelecida entre as partes – manutenção do equilíbrio econômico financeiro do contrato – é de caráter eminentemente patrimonial e disponível, tanto assim que as partes poderiam tê-la solucionado diretamente, sem intervenção tanto da jurisdição estatal, como do juízo arbitral.

10. A submissão da controvérsia ao juízo arbitral foi um ato voluntário da concessionária. Nesse contexto, sua atitude posterior, visando à impugnação desse ato, beira às raias da má-fé, além de ser prejudicial ao próprio interesse público de ver resolvido o litígio de maneira mais célere.

11. Firmado o compromisso, é o Tribunal arbitral que deve solucionar a controvérsia.

12. Recurso especial não provido.¹⁵¹

É importante observar que o julgado data de 2012, muito antes da reforma da Lei da Arbitragem. A superveniência do diploma e, por consequência, todas as fundamentações decorrentes reforçam o entendimento. Recentemente, em 2016, o Conselho da Justiça Federal adotou posição idêntica durante a I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, inclusive aprovando enunciado sobre o tema:

Enunciado 2. “2. Ainda que não haja cláusula compromissória, a Administração Pública poderá celebrar compromisso arbitral”.

No mesmo sentido, o Decreto nº 8.465/2015, que dispõe “*sobre os critérios de arbitragem para dirimir conflitos no âmbito do setor portuário*”, consagrou em seu art. 9º:

Art. 9º Ainda que o contrato não contenha cláusula compromissória de arbitragem, a administração pública poderá celebrar compromisso arbitral para dirimir os litígios de que trata o art. 2º.

Entretanto, apesar da defesa pela possibilidade da celebração de compromisso arbitral pela Administração Pública, não é nossa posição que essas arbitragens devam ser concretizadas por compromisso arbitral ao revés de cláusula compromissória. Em amparo às razões trazidas por KLEIN e TALAMINI, é recomendável que os editais e contratos estabeleçam previamente a opção pela arbitragem – de preferência institucional, conforme relatado no capítulo anterior.¹⁵²

A adoção de cláusula compromissória evita frustrações posteriores e reduz os custos de transação do negócio, trazendo inevitavelmente propostas mais vantajosas.

Na perspectiva da Administração, a adoção pretérita permite a garantia de que os conflitos serão obrigatoriamente submetidos à arbitragem, evita dificuldades posteriores em celebrar o

¹⁵¹ REsp 904.813/PR, rel. Min Nancy Andrichi, DJe 28.02.2012.

¹⁵² KLEIN, Aline Lícia, A arbitragem nas concessões de serviço público, *in*: PEREIRA, Cesar A Guimarães; TALAMINI, Eduardo (Orgs.), **Arbitragem e poder público**, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 94-96; TALAMINI, Arbitragem e parceria público-privada, p. 350-351.

respectivo compromisso arbitral e conseqüentemente reduz o valor das propostas pelo objeto alvo da contratação.

Em primeiro lugar, ainda que seja do interesse público cogente posterior, a Administração não poderá, unilateralmente, compelir a celebração futura de compromisso arbitral. Em segundo lugar, já vimos que há controvérsias quanto à possibilidade de celebração futura de compromisso arbitral e também que os agentes públicos não gozam da mesma autonomia e poder dos privados e estão deveras constrangidos com a responsabilidade por seus atos, podendo ser um óbice ao pacto posterior, ainda que mais vantajoso. Em terceiro lugar, a adoção da arbitragem no edital certamente trará propostas mais vantajosas em termos de custos para Administração, já que haverá uma redução nos custos de transação para os particulares.

Na perspectiva dos particulares, as razões são parecidas.

Em primeiro lugar, certamente terão uma significativa redução dos riscos sobre o negócio já que, conforme vimos, a Administração Pública está enraizada em uma cultura de litigância e supremacia no Judiciário que podem efetivamente frustrar a execução da empreitada. Em segundo lugar, haverá de antemão a adoção do instituto, imagine-se quanto é difícil (senão impossível) ao particular – que provavelmente, dado o histórico da Administração Pública, será quem iniciará a arbitragem – convencer a Administração Pública, já à época da existência de um conflito, em optar pela arbitragem.

1.1 Da participação dos particulares

No tópico acima, chegamos à conclusão de que a inclusão do compromisso arbitral no respectivo edital ou contrato administrativo não é obrigatória, porém desejável. Agora, desenvolveremos a ideia central da participação do particular na estruturação e na celebração da convenção de arbitragem. Neste ponto, o debate é efusivo na doutrina quanto a divergência se os contratos administrativos teriam ou não a natureza dos “contratos de adesão”¹⁵³.

Ser ou não de adesão é essencial aos estudos da convenção de arbitragem celebrada entre as partes. Por ser pacto acessório, um dos requisitos essenciais à validade da cláusula compromissória é a inexistência de vícios sobre a vontade dos pactuantes. É justamente por isso que a Lei de

¹⁵³ É certa a relevante crítica doutrinária à utilização da terminologia “contrato de adesão” ao revés de “contrato por adesão”. Entretanto, dado que todas as considerações feitas pelos doutrinadores no tema específico do compromisso nos contratos administrativos foram feitas com a utilização do primeiro termo, é de melhor juízo adotar a sua utilização apenas para fins de argumentação, desde já, sendo feitas todas as ressalvas.

Arbitragem, em seu §2º do art. 4º, condiciona a eficácia das cláusulas compromissórias nos contratos de adesão ao cumprimento de encargo legal:

§ 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

Sendo assim, temos duas possibilidades. A primeira é que os contratos administrativos são de adesão e que, portanto, é devida a atenção especial da Administração Pública na fase pré-contratual, cumprindo os encargos na forma da Lei. Caso contrário, será possível a contestação do compromisso – chegando até mesmo a sua nulidade – e, como consequência, a provável submissão do conflito à jurisdição estatal, frustrando os princípios e objetivos da arbitragem. A segunda é que os contratos administrativos não têm natureza de adesão, sendo simples convenção entre capazes que não exige forma prescrita em lei para sua realização.

CAIO MARIO nos ensina que os contratos de adesão são aqueles “*que não resultam do livre debate entre as partes, mas provêm, do fato de uma delas aceitar tacitamente cláusulas e condições previamente estabelecidas pela outra*”¹⁵⁴. Essa condição impositiva de aceitação de todas as estipulações feitas pela Administração Pública é justamente o amparo para a maioria dos autores – em que se destaca JUSTINO – em consagrar a natureza pura de adesão nos contratos administrativos.¹⁵⁵

A posição moderada é defendida por SALLES, que aponta que o caráter de adesão nos contratos administrativos não se confunde com o caráter presente nos contratos de adesão em outros ramos do Direito. Somente os últimos são objeto de proteção da Lei de Arbitragem. A aceitação do particular ao instrumento convocatório excede em muito a posição do aderente presente nos contratos típicos de adesão, apesar de grande a participação da Administração Pública em sua elaboração: “*alguns elementos fundamentais, como o preço e, algumas vezes, a própria especificação do objeto do contrato, são definidos processualmente, por meio da licitação*”¹⁵⁶. Entretanto, apesar das considerações, o ilustre autor aponta ser prudente a aplicação da regra de destaque constante na Lei de Arbitragem, visando a devida consciência plena do particular – necessária à validade do negócio – e prezando por mais garantias de segurança à Administração.

¹⁵⁴ PEREIRA, Caio Mario da Silva, **Instituições de Direito Civil – Volume III**, Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 50.

¹⁵⁵ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de, A arbitragem e as parcerias público-privadas, **Revista de Direito Administrativo**, v. 241, n. 4, p. 264, 2005.

¹⁵⁶ SALLES, **Arbitragem nos Contratos Administrativos**, p. 275.

A posição contrária à natureza de adesão é defendida por KLEIN. De acordo com a autora, com amparo na doutrina estrangeira, observa-se a natureza essencialmente diversa entre os contratos administrativos e os contratos privados, principalmente no que se refere ao caráter de adesão. Nesse sentido, a eventual concordância com as normas editalícias não significa um contrato de adesão. Em primeiro lugar, nos contratos administrativos não está presente o requisito da hipossuficiência, necessário à configuração da desigualdade entre as partes e, por consequência, a natureza de adesão do contrato celebrado. Em segundo lugar, a decisão de contratar com a Administração Pública é voluntária, não existe a necessidade de contratação de serviço visando a satisfação da subsistência, conforme se consagra nas relações consumeristas, por exemplo. Em terceiro e último lugar, a própria Constituição Federal consagra a readequação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos (art. 37, XXI), não havendo em definitivo o que se falar em termos de contrato de adesão.¹⁵⁷

Em suporte a ilustre defesa, acrescentamos a visão de NIESS, baseando-se na doutrina de ORLANDO GOMES, em que define ser essencial a todas as definições de contrato de adesão o denominador do recuo da autonomia combinado com a obrigatoriedade de contratar:

...conceitos têm um denominador comum, qual seja, o *recuo da autonomia da vontade* e mais precisamente, da *liberdade de contrata*. Os dois conceitos se inserem em um momento geral muitas vezes descrito como *dirigismo contratual*. O dirigismo contratual se manifesta não somente por atentarem estes contratos à *liberdade de fixação do conteúdo dos contratos*, mas igualmente, por atentarem à *liberdade de conclusão*. As partes são obrigadas juridicamente a contratar.¹⁵⁸

É precisamente esse argumento – da desnecessidade de contratar – aliado à posição favorável que a maioria dos agentes econômicos necessita ter para participar de uma licitação pública que nos conduz a ser favorável a todas as razões e argumentos levantados por KLEIN. Não é possível alegar que um licitante capaz de se submeter a tamanha burocracia constante em um procedimento licitatório no Brasil teria a ignorância ou desconhecimento sobre a existência e conteúdo de uma cláusula compromissória constante no contrato.

Entretanto, em razão do panorama de absoluta insegurança jurídica que paira sob o País, aliando-se também ao constante desconhecimento da arbitragem – principalmente pelos Juízos de primeira instância –, é prudente, em termos puramente práticos, adotar a mesma posição defendida por SALLES para o destaque da cláusula compromissória. Se o cumprimento do requisito não

¹⁵⁷ KLEIN, A arbitragem nas concessões de serviço público.

¹⁵⁸ NIESS, Lucy Toledo das Dores, Contrato tipo e contrato de adesão, **Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos**, v. 3, p. 260, 2016.

causará nenhum prejuízo à Administração e, por outro lado, se a contestação do seu não cumprimento poderá levar à nulidade da convenção, é melhor observar o seu cumprimento.

2. Da contratação da Câmara de Arbitragem

2.1 Da natureza da relação contratual

Antes de nos debruçarmos sobre a forma de contratação e os critérios de escolha de determinada Câmara de Arbitragem para administração dos conflitos com a Administração Pública, devemos primeiramente analisar qual a natureza da relação estabelecida entre a Câmara e as partes – parcialmente como fizemos no tópico sobre a natureza das instituições arbitrais. Nesse aspecto particular das relações da Câmara de Arbitragem com as partes, a doutrina nos traz dois posicionamentos antagônicos.

O primeiro, defendido por JUSTEN FILHO¹⁵⁹, sustenta que as “atividades” desenvolvidas por árbitros e pelas instituições arbitrais não podem ser consideradas prestação de serviço, sendo semelhantes aos serviços prestados na jurisdição estatal:

Os árbitros e a instituição arbitral se encontram em relação às partes na mesma situação em que se encontra o Poder Judiciário. A atribuição do poder jurídico de compor o conflito não configura um vínculo contratual entre os litigantes e o sujeito encarregado de conduzir o processo e decidir o litígio. Ninguém ousaria defender a tese de que existiria um contrato de prestação de serviços entre o sujeito que é parte num processo judicial e o magistrado ou o cartório encarregado das atividades de apoio ao juízo.¹⁶⁰

O segundo, em que se destaca a defesa de MARGARETE e MASTROBUONO, ampara a tese de que as atividades desenvolvidas pelas Câmaras estariam eminentemente caracterizadas como prestação de serviços, que tem conceito amplo nos dizeres da Lei 8.666/1993:

Verifica-se que o conceito da lei é bem abrangente, principalmente pelo uso da expressão “qualquer atividade destinada a obter determinada utilidade para a Administração”. Dessa maneira, o oferecimento de espaço para audiências e oitiva de testemunhas, serviços de gravações e disponibilização de coffee break são atividades que parecem se enquadrar em referido conceito legal. Resta saber se a escolha da Câmara de Arbitragem deve ser feita por procedimento licitatório tradicional, por dispensa de licitação ou por inexigibilidade de licitação.¹⁶¹

¹⁵⁹ Apesar de o autor mais na frente em sua obra nos faz a ressalva que não existiria prestação de serviços de acordo com a Lei 8.666/1993 – não deixando claro se inexistiria outra forma de prestação de serviços –, pelo trecho ilustrado a seguir, pode ser inferido que o autor assemelha a atividade prestada pelas câmaras e pelos árbitros como simples delegação da função jurisdicional, inexistindo qualquer relação contratual entre as partes.

¹⁶⁰ JUSTEN FILHO, **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, Art. 40.

¹⁶¹ MARGARETE, Cristina; MASTROBUONO, Wagner, A Escolha da Câmara de Arbitragem pela Administração Pública, **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 48, p. 120, 2016.

Mas antes de nos calcarmos novamente no Direito Administrativo, é importante observar as características da relação estabelecida entre as partes e a Câmara de maneira geral – independente da participação da Administração Pública na disputa. Principalmente porque a Administração não detém posição superior ao particular no desenvolvimento da arbitragem.

Uma coisa é certa: a relação jurídica desenvolvida em uma arbitragem – seja com a Câmara seja com os árbitros – é tão complexa que não há consenso em sua caracterização, nem no direito alienígena nem no direito nacional.

Em termos de direito comparado, JUSTEN FILHO caracteriza a existência de duas posições distintas para análise da relação jurídica estabelecida: a contratualista e a do *status*. A teoria contratualista seria a mais adotada por países integrantes do sistema da Civil Law, determinado a existência de um contrato plurilateral entre as partes, os árbitros e a câmara. A teoria do *status* é usualmente percebida nos países da Common Law, em que a relação estabelecida seria de *status* com o poder Judiciário, ou seja, os árbitros e a Câmara seriam mera representação privada do Poder Judiciário.¹⁶²

Muitos autores brasileiros enxergam não haver nenhuma utilidade prática no ordenamento pátrio em reconhecer a tipicidade entre o negócio jurídico celebrado – se estaria ou não abarcada pelo contrato de “prestação de serviço” previsto nos arts. 593 a 609 do Código do Civil. Isso porque, diversamente do que se observava em algumas épocas do Direito romano, o ordenamento brasileiro não condiciona a eficácia do negócio à sua previsão normativa, ressalvada as normas gerais de natureza cogente, conforme art. 425 do Código Civil.¹⁶³

Entretanto, essa caracterização nos parece ser fundamental. Primeiro porque é da tipicidade da relação contratual estabelecida que temos obrigações e efeitos típicos diversos para aquele tipo de contrato, estabelecidos pelo próprio Código Civil. Reconhecer, pois, a natureza é essencial para entender os limites da ligação entre as partes e a sua eventual responsabilidade contratual sobre o negócio. Para nós, entretanto, o mais importante é caracterizar a relação em vistas a compreender qual a natureza da relação da Administração no processo, para que assim possamos desenvolver o ato administrativo de escolha da instituição.

Para JUSTEN FILHO, a relação jurídica estabelecida com as Câmaras não seria um contrato,

¹⁶² JUSTEN FILHO, Marçal, Administração Pública e Arbitragem: o vínculo com a câmara e os árbitros, **Revista Brasileira de Advocacia – RBA**, v. I, p. 107, 2016.

¹⁶³ FRANCESCHINI, José Ignácio Gonzaga, Contratos inominados, mistos e negócio indireto, **Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos**, v. 3, p. 239, 2011.

mas negócio jurídico não contratual. De acordo com o autor, haveria um negócio jurídico negocial por meio da fusão unilateral da vontade das partes:

A atuação da câmara arbitral não é orientada, portanto, a fornecer uma utilidade autônoma à parte litigante. Não se trata de disponibilizar instalações físicas, serviços de assessoramento ou qualquer outro benefício destinado à utilização pela parte no desempenho de suas atividades próprias.

Toda e qualquer atuação da câmara, mesmo quando dela usufrua a parte, é um meio para assegurar o desenvolvimento satisfatório da função arbitral.

Portanto, numa terminologia menos técnica, pode-se afirmar que uma câmara de arbitragem “presta serviços” às partes. Mas não se instaura entre a parte e a câmara arbitral um contrato para prestação de serviços. Sob o prisma mais rigoroso, a atuação da câmara de arbitragem é orientada a satisfazer os interesses transcendentais da comunidade. Não existe uma relação contratual entre as partes e a câmara. Nem há qualquer manifestação de comutatividade no relacionamento estabelecido.¹⁶⁴

Conclui o renomado administrativista pela equivalência entre a relação jurídica estabelecida entre as partes e os árbitros com aquela estabelecida entre as partes e Câmara de Arbitragem.

Essa não é nossa posição. Árbitros essencialmente estão incumbidos de atribuição jurisdicional para o conflito. Sendo assim, nenhuma relação obrigacional é estabelecida com as partes que não seja a prolação da sentença. Já as Câmaras, por outro lado, ainda que de forma imparcial e isenta, assumem um nicho complexo de obrigações com as partes para a administração do controvérsia.

Assim, optamos por uma visão mista entre a doutrina contratualista e a doutrina do *status*. Os árbitros, incumbidos de função jurisdicional plena, devem ser observados pela concepção da representação do Poder Judiciário estatal. Já as Câmaras de arbitragem, porquanto inclusive dispensáveis na solução do litígio arbitral, devem ser caracterizadas como prestadoras de serviços de administração imparcial do litígio. A diferença é essencial, os árbitros, por exemplo, respondem no limite da sua atuação jurisdicional, podendo responder por perdas e danos causados às partes nos estritos limites abarcado pelos arts. 143 do Código de Processo Civil. As Câmaras de arbitragem, em sentido oposto, estão sujeitas ao sistema de responsabilidade contratual e extracontratual comum derivado do Código Civil. Essa temática complexa da responsabilidade civil das Câmaras de arbitragem já começa inclusive a ser desenvolvida por alguns autores¹⁶⁵.

Novamente, lembra-se aqui que não estamos tratando do contrato típico da “convenção de arbitragem” estabelecido entre as partes, mas da relação estabelecida entre as partes e a instituição

¹⁶⁴ JUSTEN FILHO, Administração Pública e Arbitragem: o vínculo com a câmara e os árbitros, p.116.

¹⁶⁵ NUNES, As listas fechadas de árbitros das instituições arbitrais brasileiras, p. 547.

62 O ato administrativo de escolha da Câmara de Arbitragem

de arbitragem.

De acordo com CAIO MARIO, o contrato civil de prestação de serviços pode ser conceituado como “aquele em que uma das partes se obriga para com a outra a fornecer-lhe a prestação de sua atividade, mediante remuneração”¹⁶⁶. Em primeira vista, considerando a natureza das atividades desenvolvidas pela Câmara, poderíamos facilmente qualificar a relação estabelecida entre a Câmara e os particulares como propriamente abarcada neste conceito. Entretanto, este não é o caso.

Primeiro porque um dos elementos que se extrai do contrato de prestação de serviço é a sua natureza bilateral¹⁶⁷. É certo que a relação estabelecida entre a Câmara e as partes têm natureza essencialmente plurilateral, já que “*entram mais de duas partes, resultando todas obrigadas (...) cada uma representando seus próprios interesses*”. Poderia se reconhecer que, haja vista a negativa legislativa, a maioria dos contratos de natureza bilateral também poderia, a depender do caso, ter natureza plurilateral.

Entretanto, é justamente da natureza bilateral que, especificamente em relação aos contratos de prestação de serviço, se observa a existência de subordinação mínima entre o prestador e o favorecido. Essa natureza peculiar, que se perfaz pela assunção de obrigações de meio e não de resultado, é justamente uma das características que distingue o contrato de prestação de serviços do contrato de empreitada, por exemplo. Não é dizer que o beneficiário pode influenciar na técnica do prestador, mas sim que ele tem posição superior que caracteriza uma subordinação na contratação existente, conforme RIZZARDO:

Assim, com a empreitada, onde está presente, segundo alguns, o elemento prestação, embora de forma particular, “de modo que o Código, mantendo a tradição, a esboçou em secção especial”.² Em última análise, argumenta-se, o objeto de ambos os contratos é o mesmo, ou seja, o trabalho humano, manual, intelectual ou técnico. A nota fundamental da distinção, porém, está na pessoa que assume o risco do resultado. Com efeito, o beneficiário ou o que contrata a prestação receberá o trabalho executado conforme o combinado, não importando o resultado. O médico que realiza uma cirurgia não responde pelo insucesso da mesma, se procedeu dentro das técnicas próprias da medicina. Já na empreitada, a cujo âmbito não se coadunam certas atividades, o executor trabalha por conta própria, assumindo os riscos inerentes à sua atividade. Desincumbe-se do encargo quando realizado este segundo o resultado pretendido pela outra parte. Daí concluir-se existir maior subordinação na primeira figura, trabalhando o prestador sob as ordens e a vontade daquele que contrata a prestação, sem, no entanto, como ficou ressaltado, significar um envolvimento na forma e na técnica de execução. Já na empreitada ocorre absoluta independência entre os figurantes, ao arrepio de qualquer ligação disciplinar. Ao empreiteiro cabe entregar a obra, nos padrões e técnicas que ficaram estabelecidos.¹⁶⁸

¹⁶⁶ PEREIRA, *Instituições de Direito Civil – Volume III*, p. 250.

¹⁶⁷ *Ibid.*

¹⁶⁸ RIZZARDO, Arnaldo, *Contratos*, 16^a. São Paulo: Forense, 2016, p. 609.

Na relação estabelecida entre as partes e a Câmara de Arbitragem é impossível observar qualquer mínimo resquício de subordinação, justamente porque a sua prestação de serviços de administração está intimamente ligada à atribuição jurisdicional incumbida aos árbitros, devendo ser pautada não só pela imparcialidade, mas também pela completa autonomia, sem qualquer interferência das partes. Percebe-se, portanto, que apesar de haver uma característica fundamental de prestação de serviços nas relações com as Câmaras, não podemos caracterizar o instrumento de acordo com o contrato típico previsto no Código Civil, porquanto as características próprias estabelecidas na relação com as Câmaras fogem à natureza pretendida no Código.

Essa característica anômala das relações nos processos arbitrais – que não pode muito bem ser delineada pelo Direito Civil – é relacionada à natureza própria da arbitragem e foi exemplificada por GAILLARD e SAVAGE ao tratar da relação entre os árbitros e as partes:

The contractual relationship between the arbitrators and the parties cannot be reduced to a familiar category found in civil law systems. It shares the hybrid nature of arbitration itself: its source is contractual, but its object is judicial, and authors worldwide are now virtually unanimous on that point. Its judicial object must not be confused with the purely contractual consequences to which it gives rise.¹⁶⁹

Para nós, a melhor definição para relação estabelecida seria um contrato de prestação de serviços com fins específicos relacionados à administração da arbitragem.¹⁷⁰ Entretanto, por atingir o núcleo essencial do contrato de prestação de serviços, não podemos caracterizá-lo na forma típica prevista na legislação. Isso não afasta a natureza essencial do objeto contratual relativa a um sem números de obrigações de fazer da Câmara contrapostas às obrigações pecuniárias das partes. Da exigibilidade de licitação

Um dos pontos mais cavernosos – e ainda pouco estudado – na doutrina é a exigibilidade de licitação na contratação da Câmara de Arbitragem para administrar os litígios. A doutrina se divide entre aqueles que entendem pela necessidade do procedimento de licitação, os que adotam a posição de cadastramento prévio e aqueles que entendem pela inexigibilidade de licitação. Há ainda a posição de JUSTEN FILHO que não vislumbra contrato administrativo no caso. É interessante observar que a maior parte dos estudos – ao passar brevemente sobre o tema – não faz distinção

¹⁶⁹ GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John; **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**, The Hague: Kluwe Law International, 1997, p. 607.

¹⁷⁰ Parece que esse foi o mesmo sentido atribuído por Nunes, ao delimitar essa relação contratual plurilateral como “contratos de organização de arbitragem”. NUNES, As listas fechadas de árbitros das instituições arbitrais brasileiras, p. 547.

64 O ato administrativo de escolha da Câmara de Arbitragem

entre a escolha de árbitros e da Câmara de Arbitragem¹⁷¹.

Para OSTERNACK AMARAL, a escolha dos árbitros e da Câmara Arbitral não impõe a realização de prévia licitação. A contratação nesses casos envolve peculiaridades – como a reputação e a especialidade na matéria do litígio – que não condizem com os padrões necessários à competição. Sendo assim, é hipótese de inexigibilidade de licitação conforme art. 25, II, §1º, da Lei 8666.¹⁷²

Essa é a mesma posição sustentada por JUSTINO DE OLIVEIRA e SCHWARSTMANN¹⁷³, conforme:

A lógica que sustenta esta prática é a seguinte: (i) os serviços executados no âmbito de um painel arbitral qualificam-se como serviços técnicos profissionais especializados, de natureza singular; (ii) a competição entre diferentes prestadores de serviços dessa natureza, assim, resta inviável, uma vez que as atividades por eles desempenhadas estão relacionadas a características eminentemente subjetivas, insuscetíveis de comparação por critérios objetivos; (iii) a legislação brasileira permite que, nos casos em que a competição entre diferentes prestadores de serviços técnicos profissionais especializados for inviável, a contratação pode ocorrer diretamente, sem que seja necessária a precedência de licitação pública e desde que o contratado seja um notório especialista (art. 25 da Lei Federal 8.666/1993).

...

Entende-se, assim, que a especialidade e a singularidade do serviço prestado pela Câmara selecionada, bem como a notoriedade da instituição arbitral, a sua reputação ilibada e o conhecimento jurídico de seus integrantes, sobrepõem-se ao aspecto meramente financeiro. Ou seja, a câmara de arbitragem não será selecionada da mesma forma que bens ou serviços comuns, pelo menor preço, pois não há parâmetros objetivos que permitam a comparação direta entre diferentes câmaras. Inviável a competição, inexigível a licitação.¹⁷⁴

Os mesmos autores continuam a argumentação explorando a possibilidade de credenciamento de Câmaras de Arbitragem pela Administração Pública, estabelecendo os critérios e condições necessárias para qualificação das Câmaras que estariam aptas a integrar a seleta lista. Após o procedimento, a escolha das Câmaras poderia se dar por discricionariedade, por critério

¹⁷¹ Conforme já mencionamos, não é objeto de nosso estudo tratar das peculiaridades da escolha dos árbitros pela Administração Pública, porém, a nosso ver, as razões e fundamentações inerentes a este tema são distintas daquelas constantes na escolha da Câmara de Arbitragem.

¹⁷² AMARAL, Paulo Osternack, **Arbitragem e Administração Pública**, Belo Horizonte, 2012, p. 75.

¹⁷³ TIMM, Luciano Benetti; TAVARES DA SILVA, Thiago; RICHTER, Marcelo de Souza, Os Contratos Administrativos e a Arbitragem: aspectos jurídicos e econômicos, **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 50, p. 262, 2016.

¹⁷⁴ OLIVEIRA, Gustavo Justino De; SCHWARSTMANN, Guilherme Baptista, Arbitragem pública privada no Brasil: a especialidade do litígio administrativo e as especificidades do procedimento arbitral, **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 44, p. 159, 2015.

“sequencial ou aleatório” ou ainda por escolha do próprio licitante dentre as opções pré-estabelecidas. A outra opção considerada pelos autores seria o regime parceria voluntárias entre a Administração Pública e as organizações da sociedade civil, por meio de termo de colaboração com as instituições de arbitragem, conforme disposto na Lei 13.019/14.¹⁷⁵

Essa também foi a posição adotada pelo Decreto 8.465/15, ao contemplar em seu art. 7º que:

§ 3º A escolha de árbitro ou de instituição arbitral será considerada contratação direta por inexigibilidade de licitação, devendo ser observadas as normas pertinentes.

A posição intermediária é defendida por SCHMIDT em seu estudo que aspira justamente uma proposta de regulação das arbitragens com a Administração Pública. Para o ilustre autor, é impraticável a modalidade de melhor “técnica e preço” prevista na Lei de Licitações porquanto inexistem critérios objetivos para distanciar os serviços prestados pelas Câmaras de Arbitragem. Alega o autor que além dos serviços cartorários, a atuação das Câmaras é especialmente pautada pela “tomada de decisões nos procedimentos arbitrais, com a assessoria de arbitralistas altamente qualificados, especialistas no direito arbitral e conhecedores das melhores práticas nacionais e internacionais, de sorte a assegurar que a arbitragem tenha regular processamento”¹⁷⁶. Consideramos sua posição intermediária porque o autor avança em sua tese apontando o cadastramento como a solução mais viável para a questão – inclusive condicionando a escolha da Câmara ao particular –, sem qualquer interferência da Administração Pública.¹⁷⁷

A posição favorável à licitação é defendida por SICA e FICHTNER. Para esses autores, a licitação é obrigatória, “pois não existe singularidade e exclusividade na prestação dos serviços da Câmara que tampouco se revestem de notória especialização”¹⁷⁸. Fazem a distinção entre a escolha de árbitros e a escolha da Câmara, apontando que somente quanto aos primeiros, assim como os advogados, se poderia cogitar em inexigibilidade de licitação, nos termos da Lei nº 8.666/92: “No que respeita à escolha da Instituição ou Câmara para processamento da arbitragem, como se trata de

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 159-161.

¹⁷⁶ SCHMIDT, A arbitragem envolvendo os conflitos com a Administração Pública: uma proposta de regulamentação, p. 60.

¹⁷⁷ *Ibid.*

¹⁷⁸ SICA, Heitor Vitor Mendonça, Arbitragem e Fazenda Pública, *in*: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre (Orgs.), **Arbitragem: estudos sobre a lei n. 13.129, de 26-5-2015**, São Paulo: [s.n.], 2016, p. 284.

66 O ato administrativo de escolha da Câmara de Arbitragem

um serviço, não há como fugir da licitação. ¹⁷⁹.

Pela recente reforma e debates intensos, talvez os únicos autores que se debruçaram especificamente sobre o tema sejam MARGARETE e MASTROBUONO, que concluíram pela impossibilidade de uma resposta precisa no atual estágio de desenvolvimento das Câmaras brasileiras e da arbitragem com a Administração Pública. Pugnam os autores que seria necessário aguardar a devida especialização das Câmaras para que seja possível sustentar a diferenciação técnica excepcional nos serviços que justificaria a inexigibilidade de licitação:

O atual estágio de desenvolvimento das arbitragens com o Poder Público não permite uma opção assertiva sobre essa questão. Em uma análise preliminar, não parece lógico que a resolução do litígio aguarde a realização de um certame licitatório. Por outro lado, a semelhança da atividade desempenhada pelas principais Câmaras ainda não permite uma escolha por inexigibilidade ou dispensa. Em uma perspectiva futura, espera-se que as instituições se especializem a ponto de que a Administração Pública possa realizar uma escolha adequada e consciente para cada litígio.¹⁸⁰

A posição anômala é defendida por JUSTEN FILHO. De acordo com o ilustre autor, é impossível neste caso falar em licitação porque não existe contrato administrativo celebrado entre a Administração Pública e a Câmara de Arbitragem. Na relação estabelecida, não existe serviço prestado às partes, *“julgar o litígio não é um ‘serviço’ – ao menos, não o é na acepção em que a expressão é utilizada no âmbito das contratações administrativas”*¹⁸¹. A escolha da Câmara é, portanto, ato unilateral da Administração Pública, segundo um juízo de conveniência e oportunidade.¹⁸²

No recente caso abordado acima entre a ÁGUAS DE ITU S.A. e o MUNICÍPIO DE ITU, julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo¹⁸³, podemos constatar umas das primeiras posições judiciais brasileiras sobre a exigência de procedimento licitatório para contratação de Câmaras de Arbitragem. O Juízo optou pela adoção da teoria da inexigibilidade do procedimento, nos termos do art. 25 da Lei 8.666/93:

¹⁷⁹ FICHTNER, José Antonio, A confidencialidade no projeto da nova lei de arbitragem – PLS nº 406/2013, *in*: ROCHA, Caio Cesar Vieira;; SALOMÃO, Luis Felipe (Orgs.), **Arbitragem e mediação: a reforma da legislação brasileira**, São Pa: Atlas, 2015, p. 185.

¹⁸⁰ MARGARETE, Cristina; MASTROBUONO, Wagner, A Escolha da Câmara de Arbitragem pela Administração Pública, **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 48, p. 120, 2016.

¹⁸¹ JUSTEN FILHO, **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, Art. 40.

¹⁸² *Ibid*, Art. 40.

¹⁸³ TJSP, Processo nº 1005577-98.2016.8.26.0286, DJe de 19.08.2016. Mais detalhes visitar o tópico 1 do primeiro capítulo, em que explicamos a situação jurídica controversa.

As escolhas de árbitro e da Câmara arbitral se adequam às hipóteses de inexigibilidade de licitação. Trata-se de hipótese específica em que há necessidade de profissionais ou empresas de notória especialização, conforme autorizado pelo artigo 25, da Lei n. 8.666/93.

Em termos de direito comparado, vejamos a abordagem da matéria na União Europeia. As normas gerais de licitações na Europa são disciplinadas pela Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu¹⁸⁴. Nesse mesmo Diploma, por meio de seu art. 16º, algumas matérias são excluídas da aplicação do respectivo procedimento competitivo¹⁸⁵, incluindo a contratação de serviços de arbitragem, conforme:

A presente directiva não é aplicável aos contratos públicos de serviços relativos:

...

c) A serviços de arbitragem e de conciliação;

É importante mencionar que, nesses casos, há o chamado ajuste direto entre a Administração Pública e o prestador de serviços, conforme:

Ressalte-se que, diferentemente do que ocorre no Brasil, em que há hipóteses expressas de dispensa e inexigibilidade, nas leis europeias há um ajuste direto, que é considerado uma modalidade específica de licitação ... nesse tipo de procedimento licitatório de ajuste direto, há a necessidade da realização de pesquisa de preços no mercado, sem exigência de um número determinado de propostas. Também não se exigem documentos de habilitação, exceto, conforme mencionada orientação da própria diretiva, a comprovação de ausência de condenação criminal transitada em julgado.¹⁸⁶

Nossa posição é diferente. Nosso juízo é pela natureza *sui generis* da prestação de serviço por Câmaras de Arbitragem, conforme desenvolvido no tópico acima. Há prestação de serviços pela Câmara de Arbitragem, entretanto ela é espécie autônoma não abarcada pela Lei de Licitações.

Em primeiro lugar, já vimos que a relação contratual estabelecida com as Câmaras de Arbitragem não pode ser caracterizada como contrato de prestação de serviço para o Direito Civil. Muito menos o será para fins dos contratos de prestação de serviço dispostos na Lei de Licitações.

SUNDFELD assim caracteriza os contratos de prestação de serviços sob o regime da Lei de Licitações:

Nestes, o particular é contratado para executar, em nome da Administração, determinado serviço. A realização do serviço, os investimentos para sua prestação, a eventual exploração econômica que se faça do empreendimento, tudo recai sob a responsabilidade do Poder Público; ao particular resta apenas o dever de executar o serviço, fazendo jus,

¹⁸⁴ Utilizamos aqui a versão disponível em Português/PT.

¹⁸⁵ É interessante observar que a alínea *a* do mesmo dispositivo, relativa à alienação e locação de bens imóveis, guarda grande semelhança com a hipótese de licitação dispensada prevista no art. 17 da Lei. 8666/93.

¹⁸⁶ NOHARA, Irene Patrícia; CÂMARA, Jacinto Arruda, **Tratado de Direito Administrativo - Volume 6**, 1ª E-book. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

68 O ato administrativo de escolha da Câmara de Arbitragem

para tanto, à remuneração preestabelecida, a ser paga pelo Poder Público, independentemente da exploração do serviço.

Deveras, a Lei 8.666/1993 determina expressamente que os investimentos para os contratos de prestação de serviços fiquem a cargo do Poder Público. Faz isso ao estipular a obrigatoriedade de a Administração, já ao início do processo, prever todos os recursos orçamentários para pagamento das obrigações decorrentes da execução do serviço (art. 7º, § 2º, III), bem como ao vedar que ela transfira ao contratado o encargo de obter financiamento para execução dos serviços (art. 7º, § 3º).

Como se vê, há uma característica fundamental nesses contratos, derivada da própria Lei nº 8.666/1993, que é, de modo geral, a existência de um *projeto* com etapas e procedimentos específicos a serem realizados durante a prestação do serviço. É justamente por isso que, na maior parte dos casos, essa modalidade de contratação com a Administração tem como consequência o pagamento por medição das etapas já realizadas. A premissa é válida seja na hipótese de inexigibilidade seja na realização do procedimento licitatório. Portanto, essa modalidade de contratação de prestação de serviços, taxativa, é impossível quando se trata de Câmaras de Arbitragem justamente pela natureza *sui generis* da relação contratual que impediria a elaboração do projeto e seu pagamento por medição ou em parcela única – ou, menos ainda, qualquer forma de controle ou interferência da Administração.

Ademais, um dos maiores argumentos daqueles afetos à inexigibilidade de licitação é que os serviços prestados pelas Câmaras de Arbitragem teriam o condão de notória especialização, justamente pelas pessoas que compõe o seu corpo, o que afastaria a possibilidade de procedimento de licitação no caso. É o que se extrai do inciso II e §1º do art. 25 da Lei 8.666/1993:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

...

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

...

§ 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

Contudo, ao mesmo tempo em que permite a inexigibilidade, o mesmo diploma condiciona à obrigatoriedade de os serviços serem realizados pessoal e diretamente pelas pessoas de natureza peculiar que fundamentaram a incidência da inexigibilidade, conforme §3º do art. 13:

§ 3º A empresa de prestação de serviços técnicos especializados que apresente relação de integrantes de seu corpo técnico em procedimento licitatório ou como elemento de justificação de dispensa ou inexigibilidade de licitação, ficará obrigada a garantir que os referidos integrantes realizem pessoal e diretamente os serviços objeto do contrato.

Apesar de ser próprio das Câmaras de arbitragem a sua composição institucional, que é também fator de distinção entre as demais concorrentes, não cabe a este corpo institucional o desenvolvimento das atividades cartorárias administrativas, como é de se esperar. Não se pode imaginar hipótese em que se condicionaria, por exemplo, a inexigibilidade de licitação da CAM-CCBC à prestação de todos os serviços eminentemente administrativos por CARLOS FORBES (atual presidente). Essa conexão entre a pessoa e a atividade, é imperiosa nas hipóteses de inexigibilidade de licitação. Conforme aventado pelo Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, em seu voto no REsp. nº 436.869/SP, na contratação de advogados, por exemplo, a fundamentação da conexão entre a pessoa e o serviço prestado se dá a tal ponto de ser demonstrada a especialidade daquela pessoa em particular e não de um escritório inteiro de advocacia, o mesmo se conclui com as Câmaras de Arbitragem:

Os serviços descritos no art. 13 da Lei no 8.666/93, para que sejam contratados sem licitação, devem ter natureza singular e ser prestados por profissional notoriamente especializado, cuja escolha está adstrita à discricionariedade administrativa. Estando comprovado que os serviços jurídicos de que necessita o ente público são importantes, mas não apresentam singularidade, porque afetos à ramo do direito bastante disseminado entre os profissionais da área, e não demonstrada a notoriedade dos advogados – em relação aos diversos outros, também notórios, e com a mesma especialidade – que compõem o escritório de advocacia contratado, decorre ilegal contratação que tenha prescindido da respectiva licitação.¹⁸⁷

Além disso, não se pode obstaculizar toda a manutenção e renovação do corpo institucional de uma Câmara apenas pela pendência de arbitragem com a Administração Pública. A exemplo, a CAMARB conta atualmente com mais de sessenta pessoas distintas somente em seu Conselho Deliberativo, Diretoria e Secretaria,¹⁸⁸ como poderíamos condicionar a atuação específica dessas pessoas e a imutabilidade do corpo da Câmara? É certo que não poderíamos.

Na mesma linha de JUSTEN FILHO, portanto, sob fundamentos diferentes, não vislumbramos, a incidência da relação contratual com as Câmaras de arbitragem no regime jurídico próprio da Lei de Licitações.

Mas ainda há outros argumentos contundentes, principalmente na escolha das Câmaras por via de compromisso arbitral.

Ao estabelecer compromisso arbitral, as partes estabelecem vínculo obrigacional de submeter os litígios derivados da relação jurídica primária à arbitragem. É o que a doutrina em termos de comércio internacional convencionou como *pacto adjecto*. Sendo cheia, a mesma

¹⁸⁷ REsp. 436.869/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 06.12.2005, DJ de 01.02.2006.

¹⁸⁸ Disponível em <http://camarb.com.br/gestao-Atual/>. Acesso em 04.12.2017.

70 O ato administrativo de escolha da Câmara de Arbitragem

estipulação determinará a Câmara de Arbitragem que obrigatoriamente¹⁸⁹ administrará o conflito.

O contrato de prestação de serviços pelas Câmaras é condicionado à respectiva submissão de litígio – se houver – à instituição. Portanto, não há como sustentar a contratação prévia pela Administração Pública de serviço condicionado à ocorrência de evento futuro e incerto – seja por licitação seja por contratação direta.

Perceba-se que, quando da opção pela arbitragem institucional, na celebração da convenção de arbitragem (negócio jurídico I) já também se consagra a administração do litígio à instituição escolhida pelas partes (negócio jurídico II).

Essa duplicidade é reconhecida por CARMONA:

a convenção de arbitragem tem um duplo caráter: como acordo de vontades, vincula as partes no que se refere aos litígios atuais ou futuros, obrigando-as reciprocamente à submissão ao juízo arbitral; como pacto processual, seus objetivos são o de derrogar a jurisdição estatal, submetendo as partes à jurisdição dos árbitros.¹⁹⁰

A distinção é essencial. O primeiro negócio tem eficácia plena e incondicionada, tratando-se de disposição irretratável entre as partes de submissão dos conflitos à arbitragem. Ou seja, para todos os efeitos, durante a execução do contrato, as partes já pactuaram a arbitragem que, diversamente da disciplina anterior que condicionava a sua produção de efeitos a instrumento posterior celebrado à época do surgimento do litígio^{191c}, desde logo produz efeitos. O efeito primordial observado é aquele que a doutrina convencionou em chamar de efeito negativo, que seria a concordância entre os contratantes de afastar a jurisdição estatal, independente da pendência ou não de um litígio.

Já o segundo, relativo ao negócio da Câmara com as partes, é exemplo de negócio jurídico restrito ao implemento de condição, nos termos do arts. 121 do Código Civil. Trata-se, portanto, de negócio jurídico condicional à evento futuro e incerto que é a constância de um litígio entre as partes.

Em primeiro lugar, temos que observar que se trata de negócio jurídico plurilateral, conforme esboçamos no tópico acima. A existência e validade do negócio se dá pela mera convergência de vontade entre as partes em designar a Câmara escolhida na cláusula compromissória. A manifestação da vontade da Câmara se dá de forma anômala, já que essas instituições manifestam de forma genérica e irrestrita em seus regulamentos a sua aceitação na

¹⁸⁹ A menos que as partes disponham futuramente de maneira diversa.

¹⁹⁰ CARMONA, *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*.

¹⁹¹ *Ibid*, p. 77.

participação nos negócios celebrados entre quaisquer partes para administração de conflitos, independentemente de sua participação pessoal no negócio.

Entretanto, essa relação de natureza plurilateral (entre a Administração Pública, o particular e a Câmara), é condicionada à existência futura e incerta da lide entre as partes. Ou seja, a eficácia do negócio é sempre condicionada e está latente até o implemento de condição futura. Não poderia a Administração Pública contratar serviço que nem se sabe se virá ou não a ser prestado.

É daí que extraímos nosso último argumento. É justamente dessa natureza *sui generis* que a relação estabelecida com as Câmaras não decorre de um pagamento por uma prestação de um serviço realizado, mas sim da responsabilidade civil contratual de reparação das despesas antecipadas pela parte vencedora no litígio. Portanto, os pagamentos antecipados realizados à Câmara por ambas as partes, na verdade, constituem apenas arras em favor daquela instituição de que, independente do resultado, receberá a devida prestação pelos serviços prestados. O vencedor, por outro lado, deverá ser restituído daquelas parcelas antecipadas à Câmara, fato que será feito na sentença arbitral.

Vejamos a posição de ABDO sobre o tema:

Quando o processo finda, a parte vencida fica obrigada a recolher as despesas ainda em aberto e reembolsar a outra parte daquelas que adiantou. Trata-se, de fato, de obrigação, à qual corresponde o direito subjetivo da parte a quem o pagamento seja devido. Trata-se do esquema clássico de relação jurídica a que se fez referência no item 1, supra, segundo o qual a obrigação de uma parte corresponde um direito subjetivo da outra parte. Por conseguinte, o inadimplemento da obrigação pelo custo processual pode ser objeto de cobrança pela via executiva pelo credor dessa obrigação (a parte vencedora ou o Estado).

E essa obrigação, como todas as outras - é bom que se esclareça - é de direito material e não processual, pelos motivos já expostos no item 2, supra. Hoje já se compreende que não existe diferença entre a responsabilidade processual e a responsabilidade civil. Trata-se, na verdade, da aplicação dos princípios e regras desta última ao processo, o que torna perfeitamente possível que se estabeleça uma hipótese de obrigação de direito material, gerada por conduta processual.

Ou seja, terminado o processo e havendo condenação ao pagamento de despesas e honorários advocatícios, cria-se uma nova relação jurídica de crédito-débito entre as partes ou, em alguns casos, entre uma das partes e o Estado. Essa relação tem, evidentemente, natureza obrigacional.¹⁹²

Assim, há uma autêntica relação obrigacional material da parte vencida em ressarcir as despesas antecipadas pela parte vencedora na constância de um litígio que foi administrado pela Câmara. Ou seja, a prestação paga não decorre da prestação de serviços a uma ou outra parte, mas

¹⁹² ABDO, Helena Najjar, O (equivocadamente) denominado “ônus da sucumbência” no processo civil, **Revista de Processo**, v. 140, p. 49, 2006.

sim no interesse de ambas com vistas à solução definitiva da avença. Por isso não poderia se falar em nenhuma hipótese de contratação dos serviços pela parte (melhor, pela Administração), mas sim contratação pelas partes. A responsabilidade pelo pagamento só irá surgir quando da finalização do litígio, quando então surgirá a responsabilidade civil da parte vencida em reestabelecer o *status quo* da parte vencedora. Antes disso, há arras estabelecido nos negócios com a Câmara, visando tanto a possibilidade de se proceder aos procedimentos necessários (custas para realização da administração) quanto diminuir os riscos oriundos do inadimplemento futuro da parte vencida, que foram parcialmente transferidos a outra parte. Pode ser, por exemplo, que, apesar do adiantamento, a Administração Pública não venha desembolsar nenhum valor pelo procedimento, afastando a hipótese de caracterizar sua contratação da Câmara.

Essa parece ser a mesma posição de JUSTEN FILHO:

O desembolso do montante pertinente à arbitragem apresenta natureza de liquidação de despesas e emolumentos extrajudiciais. Consiste num valor monetário de responsabilidade da parte, que se caracteriza como uma despesa necessária ao custeio das atividades de jurisdição não estatal. 154. Ou seja, o valor destinado ao custeio das atividades de arbitragem tem a mesma natureza jurídica dos emolumentos e custas exigidos a propósito das despesas judiciais. Em ambos os casos, não existe um vínculo contratual como causa jurídica do desembolso.¹⁹³

Sendo assim, a escolha da Câmara não partirá de um contrato administrativo, mas apenas de um critério estabelecido de acordo com a conveniência e oportunidade do administrador para gestão dos litígios futuros e o seu pagamento decorrerá da responsabilidade contratual avençada pelo negócio jurídico plurilateral entre as partes e a Câmara.

2.2 Dos critérios de escolha

Já vimos, portanto, que a escolha da Câmara de Arbitragem não parte de uma contratação de prestação de serviços insculpida no regime jurídico próprio da Lei de Licitações. Trata-se de mero ato administrativo baseado na conveniência e oportunidade do administrador. Entretanto, assim como todo ato administrativo, essa escolha estará lastreada pela persecução do interesse público, em que podemos destacar alguns critérios norteadores.

Para JUSTEN FILHO, a Administração deve realizar a escolha segundo critérios técnicos-jurídicos. Assim, na escolha da instituição, a Administração deverá se pautar na confiabilidade e reconhecimento daquela instituição, recorrendo principalmente aos especialistas no setor.¹⁹⁴

¹⁹³ JUSTEN FILHO, *Administração Pública e Arbitragem: o vínculo com a câmara e os árbitros*, p. 131.

¹⁹⁴ JUSTEN FILHO, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, art. 40.

MARGARETE e MASTROBUONO destacam que o trabalho desenvolvido atualmente pelas diversas instituições é praticamente idêntico, não sendo possível a distinção técnica que possibilitaria a escolha de uma em detrimento de outra. De acordo com os autores, o desejável é que as instituições se especializem, sendo particularmente habilitadas a administrar os litígios com a Administração Pública. Acrescentam que seria razoável ponderar os preços de cada instituição com a infraestrutura oferecida – assim, instituições brasileiras seriam preferíveis às instituições internacionais que não detém instalações no Brasil.¹⁹⁵

Para JUNQUEIRA, são dois os principais critérios a serem utilizados: o perfil do corpo de árbitros e a adequação da câmara com o regime jurídico da Administração Pública. O principal problema a ser observado quanto ao segundo critério é a possibilidade de publicidade do procedimento, fundamental ao previsto no art. 37, caput, da Carta Magna.¹⁹⁶

Para OLIVEIRA e SCHWARTSMANN, os critérios a serem observados são:

- (i) ser constituída como pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos, possuindo, no mínimo, três anos de existência; (ii) possuir experiência prévia na realização, com efetividade, do objeto da parceria, ou seja, em arbitragens; (iii) ter capacidade técnica e operacional para o desenvolvimento das procedimentos e cronograma previstos na cláusula arbitral; (iv) ter constituído conselho fiscal ou órgão equivalente, dotado de atribuição para opinar sobre os relatórios de desempenho financeiro e contábil e sobre as operações patrimoniais realizadas.¹⁹⁷

Em termos legislativos, tanto a Lei Mineira de Arbitragem quanto o decreto de arbitragem nos portos estabelecem critérios a serem observados no ato de escolha das Câmaras. De acordo com o Diploma mineiro, são estipulados os seguintes critérios:

Art. 10. A câmara arbitral escolhida para compor litígio será preferencialmente a que tenha sede no Estado e deverá atender ao seguinte:

I - estar regularmente constituída por, pelo menos, três anos;

II - estar em regular funcionamento como instituição arbitral;

III - ter como fundadora, associada ou mantenedora entidade que exerça atividade de interesse coletivo;

IV - ter reconhecida idoneidade, competência e experiência na administração de procedimentos arbitrais.

¹⁹⁵ MARGARETE, Cristina; MASTROBUONO, Wagner, A Escolha da Câmara de Arbitragem pela Administração Pública, **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 48, p. 118, 2016.

¹⁹⁶ JUNQUEIRA, André Rodrigues; OLIVEIRA, Mariana Beatriz Tadeu de; SANTOS, Michelle Mania, Cláusula de solução de controvérsias em contratos de parcerias público-privadas : estudo de casos e proposta de redação, **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, v. 77/78, p. 305, 2013.

¹⁹⁷ OLIVEIRA; SCHWARSTMANN, Arbitragem público privada no Brasil: a especialidade do litígio administrativo e as especificidades do procedimento arbitral, p. 160.

Já o decreto, determinou os critérios no §2º do seu art. 4º, conforme:

§ 2º A instituição arbitral escolhida para compor o litígio deverá atender aos seguintes requisitos:

I - ter sede no Brasil;

II - estar regularmente constituída há pelo menos três anos;

III - estar em regular funcionamento como instituição arbitral; e

IV - ter reconhecidas idoneidade, competência e experiência na administração de procedimentos arbitrais.

Para nós, em que pese a eminência dos referidos autores e proeminência das obras legislativas, algumas críticas pontuas são necessárias.

A primeira é com relação ao tempo de existência. Parte dos doutrinadores e da legislação pátria limita a escolha a Câmaras de Arbitragem que tenham, no mínimo, três anos de funcionamento. A mesma crítica é válida para a restrição a escolha de Câmaras que sejam constituídas sob a forma de associação. A nosso ver, a posição é clara ofensa à livre iniciativa e à isonomia, sem qualquer justificativa que validaria as restrições em vistas à proteção de um bem jurídico tutelado mais valioso ao ordenamento.

Aqui adotamos as mesmas razões esboçadas pelo STF quando da edição da Súmula Vinculante 49¹⁹⁸, que teve como precedente representativo o RE 193749, e tratou justamente da imposição de restrições à livre iniciativa.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. LEI Nº 10.991/91, DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. FIXAÇÃO DE DISTÂNCIA PARA A INSTALAÇÃO DE NOVAS FARMÁCIAS OU DROGARIAS. INCONSTITUCIONALIDADE.

1. A Constituição Federal assegura o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização do Poder Público, salvo nos casos previstos em lei. 2. Observância de distância mínima da farmácia ou drogaria existente para a instalação de novo estabelecimento no perímetro. Lei Municipal nº 10.991/91. Limitação geográfica que induz à concentração capitalista, em detrimento do consumidor, e implica cerceamento do exercício do princípio constitucional da livre concorrência, que é uma manifestação da liberdade de iniciativa econômica privada. Recurso extraordinário conhecido e provido.¹⁹⁹

A despeito dos fundamentos sobre competência municipal para fazer a devida restrição, o argumento fundamental que interessa é justamente o enfoque constitucional sobre a ordem econômica – livre iniciativa e concorrência, neste caso –, tendo em vista que a restrição só poderia

¹⁹⁸ Súmula Vinculante 49: Ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área.

¹⁹⁹ RE 193749, Relator Ministro Carlos Velloso, Redator para acórdão Ministro Mauricio Corrêa, Tribunal Pleno, julgamento em 4.6.1998, DJ de 4.5.2001

ocorrer caso houvesse justificativa maior de preservação a bem jurídico diverso. Exemplificou o Ministro NELSON JOBIM, em seu voto, que a restrição seria possível a exemplo de proteger o ambiente residencial tranquilo e sossegado em horário noturno, conforme: “*é o caso, por exemplo, de não se permitir abertura de bares que possam ficar abertos até altas horas em determinadas áreas, prejudicando o ambiente residencial etc.*”.²⁰⁰

Outro princípio elementar que é atacado na restrição infundada é o da livre concorrência e o da defesa do consumidor, corolários da livre iniciativa. Conforme brilhantemente explicou o Ministro, a restrição da área de atuação das farmácias faria com que os consumidores buscassem os menores preços nos espaços reduzidos, e não que houvesse concorrência entre os comerciantes.

No caso das Câmaras de Arbitragem, a restrição é ainda mais grave, beirando a extirpar do ordenamento a proteção dos bens jurídicos voltados à livre iniciativa consagrados pelo art. 170 da Carta Magna.

Diversamente do caso das farmácias, em que havia uma limitação à concorrência pela imposição de restrições geográficas, no caso das Câmaras, o critério estabelecido impossibilita a criação de novas instituições, eliminando a concorrência e a livre iniciativa dos agentes econômicos. Trata-se da verdadeira criação de oligopólio pela própria Administração.

Isso porque seria impossível aos agentes que desejassem criar câmaras especializada – que, aliás, é o que se espera – ultrapassar as barreiras à entrada. Imagine o caso de um agente que desejasse criar câmara de arbitragem especializada justamente em Direito Portuário com a Administração Pública. O agente procede então à reunião dos maiores especialistas no setor, cria regulamento próprio e específico para atender as situações emanadas e ainda dispõe de um corpo consultivo com os maiores arbitralistas do País para dar sustentação à empreitada. Por mais absurdo que se possa imaginar, esta Câmara especializada não poderia entrar no mercado, justamente porque não estaria contemplada pelo critério mínimo de três anos estabelecido. Ademais, se olharmos para a condição imposta por parte da doutrina e também da Lei Mineira, a empreitada deveria também ser constituída sob a forma de associação para que pudesse entrar nos limites da escolha do administrador²⁰¹.

Neste caso, o que temos é que somente aquelas Câmaras que já estão constituídas e em funcionamento há mais de três anos poderão administrar as arbitragens com a Administração

²⁰⁰ *Ibid.*

²⁰¹ Os argumentos quanto à impossibilidade dessa restrição à forma constitutiva já foram feitos no tópico acima referente à natureza das Câmaras de Arbitragem.

Pública, criando verdadeiro oligopólio que inevitavelmente resultará na perda da eficiência e aumento de preços em prejuízos à própria Administração, com impactos sensíveis à sociedade.

Sendo assim, diversamente do que seria desejável, é impossível a criação de Câmaras especializadas na resolução dos litígios com a Administração Pública, já que mesmo que ficasse latente durante o período de três anos – o que seria, mais uma vez, absurdo –, não atenderiam ao critério de ter competência e experiência na administração de conflitos arbitrais. Nesse imbróglio, parece que o exercício do comércio no mercado de câmaras de arbitragem estará essencialmente vinculado à participação no mercado de conflitos privados.

Isso não só é péssimo para os agentes econômicos como também para a sociedade em geral. Conforme observaram acima MARGARETE, MASTROBUONO e JUNQUEIRA, um dos critérios mais adequados na escolha da Câmara é justamente o da especialização na solução dos litígios com a Administração Pública. Isso porque a Administração Pública em Juízo, seja estatal ou arbitral, tem suas especificidades – que nem sempre significam privilégios – que na maioria das vezes não estão contempladas pelos regulamentos das Câmaras que se destinam à resolução de conflitos entre particulares. Exemplo fundamental disso é que nas arbitragens com a Administração Pública se afasta um dos princípios mais elementares das arbitragens privadas que é o da *confidencialidade* para dar espaço à *publicidade*, conforme § 3º do art. 1º da Lei de Arbitragem.

Assim, quaisquer que sejam os fundamentos que basearam essa restrição, eles certamente não privilegiaram o interesse público – ou talvez tentaram o fazer, em uma medida protetiva à Administração, mas acabaram por gerar efeitos contrários.

A restrição também não é baseada em critérios empíricos ou até mesmo na experiência de renomados arbitralistas. De acordo com pesquisa realizada especificamente com os fins de analisar a arbitragem no Brasil, com a presença de especialistas no setor, apenas 1% afirmou que o “tempo de existência” seria a característica mais importante de uma Câmara Arbitral. Repita-se 1%. Se nem mesmo no âmbito privado em que as Câmaras e regulamentos já estão propriamente desenhados ao atendimento do setor se considera importante o tempo de existência da Câmara, por que seria diferente no setor público? Não seria. Pelo menos, não deveria ser.²⁰²

Observe-se, entretanto, que não se está aqui a dizer que o tempo de existência e a experiência na administração dos conflitos não é um critério que pode ser observado pelo administrador na escolha da Câmara. É razoável, por exemplo, na constância de duas possíveis instituições, com

²⁰² ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti, *Arbitragem no Brasil - Pesquisa CBAr - Ipsos*, São Paulo: [s.n.], 2012.

especialização idêntica e semelhança na qualidade de seu corpo administrativo, que o administrador proceda à escolha daquela com mais experiência na administração de litígios. O que não se pode admitir é que um critério de escolha se torne obstáculo à exploração do mercado de Câmaras Arbitrais.

Em segundo lugar, merece ressalvas pontuais também a posição defendida por MARGARETE e MASTROBUONO quanto ao critério das instalações da Câmara ser também fator importante. Procedimentos arbitrais não similares aos procedimentos da jurisdição estatal em que, na realização de audiências, as partes deverão se dirigir ao Juízo – nem que seja por videoconferência. Na arbitragem, o fator central são as partes, que muitas vezes nem estão localizadas fisicamente perto da sede da Câmara. Exatamente por isso que, não raro, as audiências em arbitragem são realizadas em uma localidade que exija o menor deslocamento possível – das partes e dos árbitros – e comumente são realizadas em salas de conferência de hotéis, por exemplo. As instalações podem até ser um critério, mas com certeza não tem tanta relevância quanto outros.

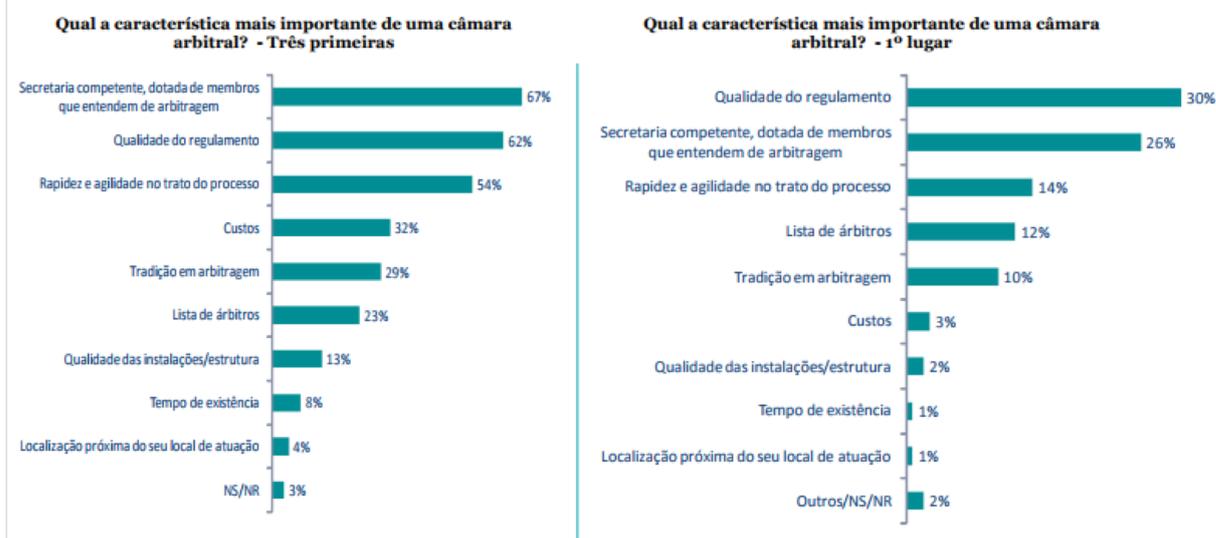
Em terceiro lugar, também merece ressalvas a posição defendida por JUNQUEIRA quanto à necessidade de corpo de árbitros voltado aos litígios com a Administração Pública. É que, conforme defendemos no tópico 1.2 acima, é desnecessário que a Câmara detenha árbitros especializados, já que a Administração deve optar por arbitragens em que a escolha dos árbitros seja livre e não limitada ao corpo da Câmara. Entretanto, a ressalva é pequena e apenas elucidativa, já que é desejável corpo especializado na composição das Câmaras que facilita, inclusive, o processo de constituição do tribunal arbitral.

Na verdade, é de se dizer que todos os critérios apontados pela doutrina e pela legislação esparsa são justamente contrários àqueles aventados na ilustre pesquisa realizada pelo Comitê Brasileiro de Arbitragem – CBAr, que nos demonstra as melhores práticas e expectativas na arbitragem doméstica. Vejamos excerto da pesquisa que analisou justamente quais são as características a serem consideradas mais importantes em uma câmara de arbitragem.

- PERCEPÇÕES SOBRE AS CÂMARAS ARBITRAIS (CONT.)

Em seguida, os entrevistados foram questionados sobre quais são as características mais importantes de uma câmara de arbitragem. Aquela mencionada com mais frequência dentre as três primeiras foi a “secretaria competente, dotada de membros que entendem de arbitragem” (67%), seguida pela “qualidade do regulamento” (62%) e pela “rapidez e agilidade no trato do processo” (54%). O custo foi mencionado como uma das três características mais importantes por 32% dos entrevistados e também merece destaque. A localização, o tempo de existência e a qualidade das instalações/estrutura da câmara foram fatores pouco referidos pelos respondentes.

A característica apontada mais vezes em primeiro lugar foi a qualidade do regulamento (30%), seguida pela competência da secretaria (26%).



203

Como se vê, os critérios mais apreciados por parte da doutrina e certamente pelos diplomas normativos (tempo de existência, qualidade das instalações e lista de árbitros) ocupam exatamente as últimas posições de importância nas considerações de especialistas e atuantes na arbitragem.

Nossa posição pelos critérios mais importantes a serem buscados na escolha das Câmaras para as arbitragens com a Administração Pública é a mesma do que se concluiu pela pesquisa: secretaria competente e qualidade do regulamento.

Infelizmente, no importante caso envolvendo o MUNICÍPIO DE ITU²⁰⁴ – que abordamos algumas vezes neste estudo – o Juízo fundamentou sua escolha pela CAMARB em preferência à CEBRAMAR, pelo fato da última não apresentar “a experiência necessária para o deslinde da controvérsia”. O que nos faz contestar a decisão do magistrado não é o fato de que a CEBRAMAR tenha mais experiência na administração de litígios do CAMARB, concordamos neste ponto, mas sim que os primeiros critérios a serem utilizados na escolha – e que não foram analisados – deveriam ter sido a qualidade do corpo administrativo e do regulamento de ambas as instituições.

²⁰³ ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti, *Arbitragem no Brasil - Pesquisa CBAr - Ipsos*, São Paulo: [s.n.], 2012.

²⁰⁴ TJSP, Processo nº 1005577-98.2016.8.26.0286.

Entretanto, no caso específico da Administração, um critério se sobrepõe ainda mais aos outros: a especialização na administração dos conflitos com a Administração Pública – que está intimamente ligado com a qualidade do regulamento das instituições arbitrais. Dadas as particularidades da presença da Administração e principalmente os princípios conflitantes que derivam da sua participação, o critério da especialização deve ser um dos mais premiados pelo administrador, ao lado, é claro, de um corpo institucional competente e reconhecido.

Nesse sentido, vemos que as instituições brasileiras e o mercado já começam a se adequar à nova realidade.

No âmbito das Câmaras já consagradas no cenário brasileiro, temos a posição de liderança da CAM-CCBC, que, já em 2014, previu regulamento próprio para as arbitragens com a Administração Pública, por meio da Resolução n 03/2014, que disciplina as “*Arbitragens que envolvem a Administração Pública Brasileira*”. Entre as alterações trazidas pelo dispositivo de vanguarda está o respeito ao princípio da publicidade, a antecipação das custas pelo particular e a possibilidade de participação de *amicus curiae*. O centro avançou ainda mais em 2016, ao consagrar a Resolução Administrativa no 15/2016, que disciplinou a publicidade nas arbitragens com a Administração Pública.

No âmbito das novas instituições, tem-se destacado a criação, em 2017, da Câmara Brasileira de Arbitragem na Administração Pública – CAMBRAAP, que tem sua atuação e regulamento especialmente voltados à administração dos conflitos que envolvam a Administração Pública. Aliás, de acordo com o preâmbulo de seu regulamento, seu objeto é somente a “*administração de procedimentos arbitrais envolvendo a administração pública direta ou indireta*”. Vale excerto da sua história:

Com as recentes mudanças promovidas à Lei de Arbitragem – que consagraram definitivamente a arbitragem no setor público –, a Câmara Brasileira de Arbitragem na Administração Pública (CAMBRAAP) surgiu como solução ao atendimento de demandas envolvendo a Administração Pública, de forma a desafogar o Judiciário brasileiro e promover o desenvolvimento econômico do País.

As inúmeras peculiaridades dos litígios envolvendo entes estatais exigiam uma câmara especializada, adaptada à arbitragem na Administração Pública, não atendidas por câmaras de arbitragem comercial. Com visão inovadora, a CAMBRAAP nasce como um serviço de vanguarda, buscando aliar a eficiência dos procedimentos arbitrais às particularidades dos entes públicos.²⁰⁵

Em síntese, observa-se que os critérios atualmente adotados pela doutrina, pelos textos legislativos e pelos pronunciamentos judiciais não estão em compasso com as melhores técnicas na

²⁰⁵ Disponível em <http://cambraap.com/pt/historia/>. Acesso em 04 de dezembro de 2017.

80 O ato administrativo de escolha da Câmara de Arbitragem

realização de arbitragem, amparadas inclusive por pesquisas empíricas, merecendo grande revisão neste ponto – legislativa e doutrinária – para que não tornemos os critérios estabelecidos em vistas a proteger o interesse público se tornem contrários à eficiência nas arbitragens e à evolução do mercado com a criação de novas Câmaras.

3. CONCLUSÃO

Na primeira parte de nosso trabalho buscamos entender qual o papel das câmaras e como seu relacionamento e natureza influenciam na sua escolha para administração dos conflitos relacionados à Administração Pública.

Em *primeiro* lugar, podemos concluir que são dois os atores fundamentais que distinguem o enorme número de Câmaras existente: o seu regulamento e o seu corpo institucional. É justamente seu regulamento que foi especificamente elaborado contendo todo o aprimoramento científico e experiência arbitral de seus participantes que vai permitir às partes pela opção da adoção de suas técnicas diferenciadas em preterimento às demais Câmaras. Seu corpo institucional, por sua vez, muitas vezes marcado na forma de um Conselho Especial, é quem vai delinear os passos a serem seguidos pela instituição e promover sua constante atualização com as melhores práticas de arbitragem doméstica e internacional.

Em *segundo* lugar, ficou claro que há uma atividade jurisdicional residual desenvolvida pelas Câmaras de Arbitragem. Ainda que esse não seja o posicionamento da doutrina, é certo que, em casos excepcionais, quando for impossível a manifestação ou julgamento do tribunal arbitral, incumbirá à Câmara, por meio de seu corpo administrativo, a resolução da controvérsia. Essa atribuição de forma alguma colide ou exaspera a função principal de gestão dos conflitos desenvolvidos pela Câmara.

Em *terceiro* lugar, Câmaras de Arbitragem são pessoas jurídicas de direito privado, sendo indistinta a sua forma de constituição. O legislador brasileiro e o corpo de arbitralistas nacionais sempre tiveram posicionamentos amplamente irrestritos sobre o funcionamento das instituições arbitrais no País, sendo inadmitidas qualquer tipo de restrição ou controle a exemplo do que ocorre em outros países. Também é indiferente perquirir ou até mesmo distinguir as instituições pela sua finalidade lucrativa – essa característica peculiar está dentro dos limites de escolha do empresário. Sendo assim, é certo que precisamos avançar no posicionamento equivocado ainda emitido por diversas juntas comerciais no País que obstaculizam o desenvolvimento das Câmaras de Arbitragem.

Em *quarto* lugar, é preferível a adoção das arbitragens institucionais na resolução das controvérsias com a Administração Pública. Um dos fatores elementares que levam à opção pela arbitragem institucional com a Administração Pública é o fato de que o seu enorme número de procuradores precisa de estabilidade e segurança que são proporcionados por regulamentos sólidos

82 Conclusão

na persecução da defesa do interesse público. Além disso, procuradores públicos usualmente tem uma restrição a sua autonomia e liberdade, sendo excessivamente cautelosos na tomada de decisões, o que prejudicaria as vantagens propostas pela liberdade do procedimento *ad hoc*. Por último, é de se contemplar que a economia de custos gerada na arbitragem *ad hoc* é superada pela eficiência dos procedimentos arbitrais institucionais e que são preferíveis instituições que adotem o modelo da livre nomeação dos árbitros.

Na segunda parte, buscamos adentrar o Direito Administrativo com vistas à contemplar a arbitragem pela Administração Pública, procurando definir as questões elementares que norteiam a escolha da Câmara pelo administrador.

Em *primeiro* lugar, não é necessária a estipulação prévia em edital ou por meio de cláusula compromissória em contrato administrativo para que a Administração Pública possa utilizar a arbitragem. Inicialmente, é preciso destacar que a recente reforma à Lei de Arbitragem não trouxe a previsão editalícia como forma de condição às arbitragens com a Administração Pública. Em que pesem os argumentos protelados em favor da preservação do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, a inexistência de compromisso arbitral não afasta nem ofende os bens jurídicos tutelados pelo comando. Primeiro porque a submissão futura do litígio à arbitragem só poderá ser feita com a concordância expressa do contratado e segundo porque todos os licitantes já nutriam a legítima expectativa na elaboração de seus custos de que os procedimentos com a Administração Pública podem ser submetidos à arbitragem, não havendo qualquer ofensa à isonomia ou vantagem econômica ao licitante vencedor pela utilização do instituto. Por fim, entendeu-se que não há qualquer incompatibilidade entre a estipulação da cláusula de foro e o futuro compromisso arbitral, porquanto arbitragem e jurisdição estatal não são excludentes, mas sim complementares. É imperioso dizer que a conclusão pela possibilidade da celebração do compromisso não que dizer preferência por essa forma, já que a estipulação prévia de cláusula compromissória tenderá à redução dos custos de transação e, por consequência, dos preços pagos pela Administração Pública. Assim, ainda que possível a adoção de compromisso arbitral pela Administração, a utilização de cláusulas compromissórias é benéfica tanto aos licitantes quanto à Administração.

Em *segundo* lugar, conclui-se que os contratos administrativos não são contratos de adesão por lhe faltarem o núcleo essencial da involuntariedade da contratação e da hipossuficiência técnica e econômica dos contratantes. Por isso, a utilização da arbitragem pela Administração Pública não estaria subordinada às condições de destaque no instrumento estipuladas pela Lei de

Arbitragem. Não obstante, é desejável a utilização do destaque para evitar conflitos futuros que possam surgir sobre o tema.

Em *terceiro* lugar, adotou-se a posição de que a relação contratual estabelecida entre as partes a Câmara de Arbitragem tem natureza *sui generis*, apesar de amplamente enraizada pelas obrigações advindas em um contrato de prestação de serviços. Apesar da posição doutrinária divergente entre a existência ou não de um contrato de prestação de serviços, nos parece mais adequado não vincular os aspectos elementares e particulares da arbitragem aos contratos típicos do Direito Civil ou do Direito Administrativo porquanto os sistemas não são suficientes para adequar a complexidade das relações arbitrais. O essencial é observar que apesar de prestar serviços às partes, a Câmara não atua em favor delas.

Em *quarto* lugar, é inexigível licitação para definição da Câmara de Arbitragem. A maior parte da doutrina se digladiou na defesa ou não da necessidade de licitação ou de inexigibilidade para contratação das Câmaras. Concluímos que o negócio jurídico relacionado à estipulação de Câmaras de arbitragem é plurilateral e condicional a evento futuro incerto (nascimento do litígio), possuindo natureza *sui generis* no ordenamento. Sendo assim, é certo que a relação não está abarcada pela Lei de Licitações, já que não há possibilidade de projeto, não há subordinação do “contratado” além de inexistir contraprestação pelos serviços, mas sim responsabilidade civil. Trata-se o ato de escolha, portanto, de ato administrativo fundado nos critérios de conveniência e oportunidade.

Em *quinto* e último lugar, os melhores critérios a serem adotados pelo administrador à época da escolha da Câmara são a especialização em conflitos com a Administração Pública, materializada por regulamento contundente nesse aspecto, e a existência de corpo institucional capacitado e competente no conhecimento das melhores técnicas da arbitragem. Com isso, é imperioso afastar a restrição pelo tempo de criação sustentada por parte da doutrina e pela produção legislativa e também minorar os critérios da qualificação das dependências da Câmara e de seu corpo de árbitros.

REFERÊNCIAS

- ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. **Arbitragem no Brasil - Pesquisa CBar - Ipsos**. São Paulo: [s.n.], 2012.
- ABDO, Helena Najjar. O (equivocadamente) denominado “ônus da sucumbência” no processo civil. **Revista de Processo**, v. 140, p. 37–53, 2006.
- AMARAL, Paulo Osternack. **Arbitragem e Administração Pública**. Belo Horizonte: [s.n.], 2012.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O edital nas licitações. **Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo**, v. 4, p. 289–306, 2013.
- BARROS, Vera Cecília de Monteriro de. A reforma da Lei de Arbitragem e as listas de árbitros. *In*: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre (Orgs.). **Arbitragem: estudos sobre a lei n. 13.129, de 26-5-2015**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 583–604.
- BASSO, Maristela. Mito e realidade do procedimento arbitral atual II. *In*: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre (Orgs.). **Arbitragem: estudos sobre a lei n. 13.129, de 26-5-2015**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 409–434.
- BLANKE, Gordon. Institutional versus Ad Hoc Arbitration: A European Perspective. **ERA Forum**, v. 9, n. 2, p. 275–282, 2008.
- CARDOSO, André Guskow. As agências reguladoras e a arbitragem. *In*: PEREIRA, Cesar A. Guimarães; TALAMINI, Eduardo (Orgs.). **Arbitragem e poder público**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 16–63.
- CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 3ª Edição. São Paulo: Atlas, 2009.
- CARMONA, Carlos Alberto. As listas de árbitros. *In*: ROCHA, Caio Cesar Vieira; CARMONA, Carlos Alberto (Orgs.). **Arbitragem e mediação: a reforma da legislação brasileira**. São Paulo: Atlas, 2015.
- CARMONA, Carlos Alberto. Considerações sobre a cláusula compromissória e a eleição de for. *In*: LEMES, SELMA FERREIRA; CARMONA, CARLOS ALBERTO; MARTINS, Pedro (Org.). **Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares**. São Paulo: Atlas, 2017, p. 33–46.

CLAY, Thomas. **L'arbitre**. Paris: Dalloz, 2011.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **100 Maiores Litigantes (2012)**. [s.l.: s.n.], 2012.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2017: ano-base 2016**. Brasília: [s.n.], 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Pesquisa de Clima Organizacional e Satisfação dos Usuários**. [s.l.: s.n.], 2011.

CUEVA, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas. Recurso Especial nº 1.433.940 – MG. p. DJe de 02/10/2017, 2017.

CUNHA, Luciana Gross *et al.* Relatório ICJ Brasil. 1º Semestre 2016. **Relatório ICJBrasil**, p. 26, 2016.

DA ROS, Luciano; TAYLOR, Matthew. Opening the Black Box: Three Decades of Reforms to Brazil's Judicial System. **Working Paper Series - School of International Service - American University**, p. 4, 2017.

FICHTNER, José Antonio. A confidencialidade no projeto da nova lei de arbitragem – PLS nº 406/2013. *In*: ROCHA, Caio Cesar Vieira;; SALOMÃO, Luis Felipe (Orgs.). **Arbitragem e mediação: a reforma da legislação brasileira**. São Pa: Atlas, 2015, p. 155–188.

FINZI, Igor; GROLA, Fúlvia Bolsoni. Arbitragem Ad Hoc, Institucional e Regimental: uma análise sobre vantagens e desvantagens. O Que Considerar no Momento de Escolha do Tipo de Arbitragem? **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 5, p. 1267–1296, 2014.

FRANÇA, Phillip Gil. **Ato Administrativo e Interesse Público: Gestão pública, controle judicial e consequencialismo administrativo**. 2ª E-book. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FRANCESCHINI, José Ignácio Gonzaga. Contratos inominados, mistos e negócio indireto. **Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos**, v. 3, p. 237–258, 2011.

GAILLARD, Emmanuel;; SAVAGE, John; **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**. The Hague: Kluwe Law International, 1997.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. O tema da arbitragem no contexto da Administração Pública. *In*: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre (Orgs.). **Arbitragem: estudos sobre a lei n. 13.129, de 26-5-2015**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 84–104.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis; VALLADÃO, Erasmo. **Tratado de Direito Empresarial -**

Volume II. 1 Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

GRAU, Eros Roberto. Da arbitralidade de litígios envolvendo sociedades de economia mista e da interpretação de cláusula compromissória. **Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação**, v. 4, p. 811–826, 2014.

HACHEM, Daniel Wunder. Crise do Poder Judiciário e a Venda do Sofá. O Que a Administração e a Advocacia Pública Têm a Ver com Isso? **Crise Econômica e Soluções Jurídicas**, v. 30, 2016.

JUNQUEIRA, André Rodrigues; OLIVEIRA, Mariana Beatriz Tadeu de; SANTOS, Michelle Manaia. Cláusula de solução de controvérsias em contratos de parcerias público-privadas : estudo de casos e proposta de redação. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, v. 77/78, p. 285–313, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. Administração Pública e Arbitragem: o vínculo com a câmara e os árbitros. **Revista Brasileira de Advocacia – RBA**, v. I, p. 103–150, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 2ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

KLEIN, Aline Lícia. A arbitragem nas concessões de serviço público. *In*: PEREIRA, Cesar A Guimarães; TALAMINI, Eduardo (Orgs.). **Arbitragem e poder público**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 64–111.

LAGERBERG, Gerry; MISTELLS, Loukas. **International arbitration: Corporate attitudes and practices 2006**. Londres: [s.n.], 2006.

LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na administração pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

MARGARETE, Cristina; MASTROBUONO, Wagner. A Escolha da Câmara de Arbitragem pela Administração Pública. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 48, p. 115–130, 2016.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 4ª E-book. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MENDES, G. A Reforma do Sistema Judiciário no Brasil: elemento fundamental para garantir segurança jurídica ao investimento estrangeiro no País. **Revista do Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 12, n. 43, p. 9–16, 2009.

NIESS, Lucy Toledo das Dores. Contrato tipo e contrato de adesão. **Doutrinas Essenciais**

Obrigações e Contratos, v. 3, p. 259–279, 2016.

NUNES, Thiago Marinho. As listas fechadas de árbitros das instituições arbitrais brasileiras. *In*: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre (Orgs.). **Arbitragem: estudos sobre a lei n. 13.129, de 26-5-20152**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 543–558.

NUNES, Thiago Marinho; SILVA, Eduardo da; GUERRERO, Luís Fernando. O Brasil como sede de arbitragens internacionais. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 34, p. 71–86, 2012.

OLIVEIRA, Walter; DROPPA, Alisson. PODER JUDICIÁRIO E DESENVOLVIMENTO: aspectos históricos e políticos do funcionamento do Conselho Nacional de Justiça no Brasil. *In*: **CODE/IPEA 2011 - Anais do I Circuito de Debates Acadêmicos**. [s.l.: s.n.], 2011, p. 11.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. A arbitragem e as parcerias público-privadas. **Revista de Direito Administrativo**, v. 241, n. 4, p. 241–271, 2005.

OLIVEIRA, Gustavo Justino De; SCHWARSTMANN, Guilherme Baptista. Arbitragem público privada no Brasil: a especialidade do litígio administrativo e as especificidades do procedimento arbitral. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 44, p. 150–171, 2015.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil – Volume III**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

PEREIRA, Cesar G.; TALAMINI, Eduardo; QUINTÃO, Luísa. **Arbitragem e Administração Pública: sentença judicial supre cláusula compromissória vazia e determina arbitragem institucional**. Migalhas de Peso.

PINHEIRO, Armando Castelar. Segurança jurídica, crescimento e exportações. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 31, p. 321–346, 2006.

RAJOO, Sundra. Institutional and Ad hoc Arbitrations : Advantages and Disadvantages. **The Law Review 2010**, p. 547–558, 2009.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 16ª. São Paulo: Forense, 2016.

ROCHA, Lara Bonemer Azevedo; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. A Importância do Sistema de Justiça para o Desenvolvimento Econômico. **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná**, v. 6, p. 103–133, 2007.

RODRIGUES, Marco Antonio. **A fazenda pública no processo civil**. 2ª Edição. São Paulo: Atlas, 2016.

- ROST, Maria Augusta. Arbitragem, governança e poder econômico. *In*: FRAZÃO, Ana (Org.). **Constituição, Empresa e Mercado**. Brasília: Faculdade de Direito – UnB, 2017, p. 139–153.
- SALLES, Carlos Alberto. **Arbitragem nos Contratos Administrativos**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- SCHMIDT, Gustavo da Rocha. **A arbitragem envolvendo os conflitos com a Administração Pública: uma proposta de regulamentação**. Fundação Getúlio Vargas/RJ, 2016.
- SHAH, Namrata; GANDHI, Niyati. Arbitration: one size does not fit all: necessity of developing institutional arbitration in developing countries. **Journal of International Commercial Law and Technology**, v. 6, n. 4, p. 232–242, 2011.
- SICA, Heitor Vitor Mendonça. Arbitragem e Fazenda Pública. *In*: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre (Orgs.). **Arbitragem: estudos sobre a lei n. 13.129, de 26-5-2015**. São Paulo: [s.n.], 2016, p. 273–288.
- SOUZA JR, Lauro da Gama e. Sinal verde para a arbitragem nas parcerias público-privadas (a construção de um novo paradigma para os contratos entre o estado e o investidor privado). **Revista de Direito Administrativo**, v. 241, p. 121–157, 2005.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Procedimentos administrativos de competição. **Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo**, v. 4, p. 10–13, 2012.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Retirada de consorciado em contrato administrativo não viola o resultado da licitação. **Pareceres - Carlos Ari Sundfeld**, v. 2, p. 633–641, 2013.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Vinculação do contrato administrativo ao edital de licitação e às suas opções implícitas. **Pareceres - Carlos Ari Sundfeld**, v. 2, p. 615–623, 2013.
- TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e parceria público-privada. *In*: TALAMINI, Eduardo;; JUSTEN, Monica Spezia (Orgs.). **Parcerias Público-Privadas: um enfoque multidisciplinar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- TIMM, Luciano Benetti; TAVARES DA SILVA, Thiago; RICHTER, Marcelo de Souza. Os contratos administrativos e a arbitragem: aspectos jurídicos e econômicos. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 50, p. 255–276, 2016.
- WARWAS, Barbara Alicja. **Liability of arbitral institutions : legitimacy challenges and functional responses**. 1st Ed. [s.l.]: T M C Asser Press, 2016.

WORLD BANK. **Regulating Foreign Direct Investment In Latin America - Indicators of investment regulations and options for investment climate reforms.** [s.l.: s.n.], 2013.

Corte de Apelações de Paris, 1a ch. sect. A, j. 15-5-1985, Raffineries de pétrole d'Homs et de Banias c/ Chambre de commerce internationale. **Revue de l'arbitrage**, p. 141–150, 1985.

Informativo JUCESP. v. Ano I, n. 3, p. 2, 2005.

PRECEDENTES JUDICIAIS

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

RE 193749, Relator Ministro Carlos Velloso, Redator para acórdão Ministro Maurício Corrêa, DJ de 4.5.2001

AR na Sentença Estrangeira nº 5206, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ de 30.04.2004.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

MS 5.418/DF, rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJ de 01.06.1998

REsp. 436.869/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 01.02.2006.

REsp 797.179/MT, 1.ª T., rel. Min. Denise Arruda, DJ de 07.11.2006.

REsp 1.018.107/DF, rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 12.06.2009.

REsp 904.813/PR, rel. Min Nancy Andrighi, DJe 28.02.2012.

REsp 1.219.082/GO, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe de 10.04.2013.

REsp 1.433.940/MG, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe de 02.10.2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

TJSP, Processo nº 1005577-98.2016.8.26.0286.

TRIBUNAL DE ALÇADA DO PARANÁ

TAPR, AC nº 247,646-0, rel. Des. Lauro Laertes de Oliveira, DJ de 11.02.2004.



*“A escolha da Câmara Arbitral nas arbitragens com a
Administração Pública”*

RUAS, Iago