58
ABR MAIO JUN
2018
ANO XV

Revista Brasileira de *Arbitragem*

Wolters Kluwer

CBAr
COMITÊ BRASILEIRO de ARBITRAGEM

© Kluwer Law International

Uma publicação do CBAr – Comitê Brasileiro de Arbitragem e da Kluwer Law International.

Esta Revista deve ser citada como *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 58, abr./jun. 2018.

A Revista Brasileira de Arbitragem é uma publicação trimestral.

Os preços de assinatura para 2018 [volume 15, números 57 a 60] são:

– Preço da versão impressa, incluindo a remessa postal: EUR 249 / USD 330 / GBP 200

Esta revista também está disponível on-line no *site* www.kluwerlawonline.com.

Cópias de amostras e outras informações estão disponíveis no *site* lrus.wolterskluwer.com.

Para mais informações, entre em contato com nosso departamento de vendas pelo telefone +31 (0) 172 641562 ou pelo *e-mail* international-sales@wolterskluwer.com.

Para oportunidades de *marketing*, entre em contato pelo *e-mail* international-marketing@wolterskluwer.com.

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte desta publicação pode ser reproduzida, armazenada em um sistema de recuperação, ou transmitida de qualquer forma ou por qualquer meio, mecânico, fotocópia, gravação ou outros, sem prévia permissão por escrito dos editores.

A permissão para usar este conteúdo deve ser obtida junto ao titular dos direitos autorais.

Para tanto, ver: lrus.wolterskluwer.com/policies/permissions-reprints-and-licensing.

E-mail: permissions@kluwerlaw.com. *Site*: lrus.wolterskluwer.com.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Revista Brasileira de Arbitragem – v. 1, n. 1 (jul./out. 2003)-
Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International; Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem, 2004-
v. 15, n. 58; 16 x 24 cm

Trimestral

ISSN: 1806-809X

1. Arbitragem. 2. Direito internacional. 3. Direito empresarial. 4. Direito processual

CDU: 341.63
CDD: 341.4618

(Bibliotecária responsável: Nádia Tanaka CRB 10/855)

Uma coedição de:

CBAr – Comitê Brasileiro de Arbitragem
Av. Paulista, 1294 – 8º andar
01310-100, São Paulo, SP
Brasil
www.cbar.org.br

Kluwer Law International
P.O. Box 316
2400 AH Alphen aan den Rijn
The Netherlands
lrus.wolterskluwer.com

Sumário

Doutrina

(A) Nacional

1. Adequação da arbitragem aos litígios envolvendo o Poder Público
César Augusto Martins Carnaúba 7

2. Arbitragem no Estado do Rio de Janeiro: breves comentários ao Decreto nº 46.245, de 19 de fevereiro de 2018
Fabiana Morais Braga Machado 28

(B) Internacional

1. Igualdade das partes no direito de escolha dos árbitros e a complexidade do seu exercício
Manuel Pereira Barrocas 48

2. Das *astreintes* no processo arbitral: reflexões sobre o poder coercitivo do Tribunal Arbitral no Direito Luso-brasileiro
Marcelo Matos Amaro da Silveira 54

Jurisprudência

(A) Estatal Nacional Comentada

1. Comentários ao Recurso Especial nº 1.433.940/MG (2014/0024753-9) Ilegitimidade de instituição arbitral para figurar no polo passivo de ação anulatória de sentença arbitral
Selma Ferreira Lemes 80

2. Caso Parque das Baleias. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Sessão. Conflito de Competência nº 139.519/RJ. Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho. J. 11.10.2017
Eliana B. Baraldi 93

(B) Estatal Internacional Comentada

1. Worldwide freezing order. Dissipation. Assets. Enforcement. Extraterritoriality. Injunctions. England. Arbitration act 1996. Great Station Properties S.A., Inter Growth Investments Limited *v.* UMS Holding Limited, Energy Standard Fund Limited, Energy Standard Industries Limited
Jonas Habert 164

Informações Gerais

1. IV Jornadas do Capítulo Português do Club Español del Arbitraje
Ana Coimbra Trigo 181

2. ICC Brazilian Arbitration Day
São Paulo – SP – 13.03.2018
Fabiane Verçosa 185

3. Desafios para a legitimidade da arbitragem internacional
Michelle Grando 191

Clássicos de Arbitragem

1. "Instrumento Particular de Compromisso para Fins de Juízo Arbitral" firmado em 12 de janeiro de 1988 relativo a pendências previstas em "Contrato de Compra e Venda de Ações e Outras Avenças" de 5 de janeiro de 1987
Mariana Conti Craveiro 198

Resenhas de Livros

1. Cláusula de Arbitragem nos Contratos Comerciais Internacionais: seus requisitos de forma e a jurisprudência do STJ
Autor: Antônio Carlos Fernandes Deccache
Luiza Porcaro Pereira da Costa 204

2. Arbitragem Coletiva
Autora: Ana Luiza Nery
Roberta Jardim de Morais e **Daniela Monteiro Gabbay** 208

Revista das Revistas

1. **Ana Paula Montans** 212

Linha Editorial 223

Adequação da Arbitragem aos Litígios Envolvendo o Poder Público

CÉSAR AUGUSTO MARTINS CARNAÚBA
Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Advogado.

RESUMO: Visa o presente artigo a estudar as possibilidades de utilização da arbitragem para solução de conflitos com a Administração Pública. Para tanto, propõe-se um exame de adequação da via arbitral aos conflitos do Poder Público, como método de trabalho apto a subsidiar a escolha pela instauração da arbitragem.

ABSTRACT: This article intends to study the possibilities of using arbitration to remedy conflicts with the Public Administration. Therefore, it is proposed an examination of the suitability of the arbitration route to the conflicts of the Public Sector, as a working method able to support the choice for the introduction of arbitration.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Premissa: a instrumentalidade metodológica; 2 Exame matricial de adequação da via arbitral; 3 Custas e custo-benefício da arbitragem; Conclusão.

INTRODUÇÃO

Após a alteração da Lei nº 9.307/1996 (Lei da Arbitragem) pela Lei nº 13.129/2015, o direito positivo fez cessar qualquer discussão que porventura permanecesse sobre a possibilidade de a Administração Pública utilizar-se da arbitragem para dirimir seus conflitos[1]. Contudo, uma vez admitida essa realidade, o desafio seguinte passa a ser o adequado delineamento do procedimento arbitral quando o Poder Público dele participa.

Longe de querer exaurir o tema – cujo ineditismo certamente ainda torna essa pretensão tarefa hercúlea –, as páginas a seguir visam trazer uma visão geral para, quiçá, contribuir com a evolução da matéria. O objetivo é estabelecer um método de trabalho único que subsidie a análise de qualquer polêmica dentro da seara da arbitragem com o Poder Público.

---

1 Mesmo antes dessa alteração, Bonizzi já havia destacado o término do debate em campos que não o legislativo: "Não parece sensato, a esta altura, lançar dúvidas sobre a possibilidade de aplicação da arbitragem, como método de solução de conflitos, aos litígios em que a Administração Pública esteja envolvida, tanto sob a ótica da doutrina, como da jurisprudência e da própria realidade, em que muitos contratos administrativos são realizados com cláusulas compromissórias atualmente" (BONIZZI, Marcelo José Magalhães. Arbitragem e Estado: ensaio sobre o litígio adequado. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 45, p. 155-174, abr./jun. 2015). Vale lembrar, entretanto, que a possibilidade de a Administração Pública utilizar a via arbitral como meio de resolução de controvérsias do Estado já fora aceita no ordenamento pátrio desde os anos setenta, com respaldo do Supremo Tribunal Federal, que vislumbrou a "legalidade do Juízo Arbitral, que o nosso direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a Fazenda" (STF, AI 52181, Tribunal Pleno, Rel. Min. Bilac Pinto, J. 14.11.1974).

Antes, porém, é de rigor estabelecer uma premissa única, apta a ser utilizada na interpretação de todos os aspectos processuais aqui tratados, e todos os outros que poderiam acompanhá-los.

Dada essa proposta, o primeiro capítulo visa expor esta premissa – a instrumentalidade metodológica – acreditando ser ela o meio hábil para analisar a questão da arbitragem envolvendo entes públicos. A seguir, será exposto o método de trabalho sugerido, que consiste em um exame matricial de adequação da via arbitral com as particularidades de conflitos que envolvam o Estado. No capítulo seguinte, abre-se relevante parêntese para enfrentar o debate sobre os custos da arbitragem e como ele se relaciona com o método de trabalho proposto. Por fim, far-se-á uma sucinta conclusão para recapitular as considerações feitas ao longo do texto.

1 PREMISSA: A INSTRUMENTALIDADE METODOLÓGICA

Em que pese o afã doutrinário de escrever sobre a arbitragem na Administração Pública, e apesar do crescimento exponencial de artigos e monografias sobre o tema, ainda são poucos os autores que buscam tratar do procedimento arbitral com o Poder Público sob uma perspectiva geral – uma verdadeira teoria geral da arbitragem envolvendo o Estado. Existem diversas obras sobre as tutelas provisórias na arbitragem com o Poder Público[2], e outras tantas sobre o conflito entre a publicidade dos atos administrativos e a confidencialidade do procedimento arbitral[3], mas ainda falta sedimentar um ponto de partida único para todas essas searas.

A importância desse ponto de partida único reside, essencialmente, na busca pela *organicidade* da arbitragem administrativa. De pouco adianta justificar as matérias passíveis de discussão na via arbitral (arbitrabilidade objetiva) com base na disponibilidade do interesse público e não fazer uso desse mesmo fundamento para analisar a concessão de medidas urgentes em face da Fazenda Pública. Para além da falta de apuro metodológico no exame da matéria, esse quadro representa inegável insegurança jurídica para o indivíduo jurisdicionado e administrado. Afinal, se o sujeito contrata com o Poder Público e firma cláusula compromissória, é necessário que ele saiba em que consistirá essa

---

2 AMARAL, Paulo Osternack. A concessão de medidas urgentes em processo arbitral envolvendo o Poder Público. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 157, p. 18-50, mar. 2018; DANTAS, André Ribeiro. Tutelas de urgência e tutelas de evidência na arbitragem. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica. São Paulo, 2013. 131 p.; COSTA, Marcos Gomes da. Tutela de urgência e processo arbitral. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013. 277 p.

3 MARTINS, Julia Girão Baptista. Administração Pública: arbitragem e confidencialidade. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 53, p. 263-282, abr./jun. 2017; LAMPERT, Claudio; RENNÓ, Joel. A eficácia da arbitragem e da cláusula de confidencialidade nos contratos da Administração Pública. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, v. 1, n. 4, p. 149-161, 2004; LEMES, Selma Maria Ferreira. Arbitragem na concessão de serviços públicos – Arbitrabilidade objetiva. Confidencialidade ou publicidade processual? *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 21, p. 387-407, jul./set. 2003.

arbitragem e, principalmente, quais serão as prerrogativas da Administração Pública não derrogáveis pela norma procedimental escolhida.

Exemplarmente, uma premissa adotável para a análise de conflitos envolvendo o Estado (e, consequentemente, a análise dos meios de solucioná-lo) poderia ser a supremacia do interesse público sobre o privado, que permeou toda a obra do administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello (e, dada sua importância na evolução do direito administrativo, é seguro dizer que a mesma premissa também permeia uma parcela muito considerável dos estudiosos da área)[4]. Para o autor, interesse público é "pressuposto lógico do convívio social"[5], cuja materialização prescinde de previsão específica em dispositivo constitucional, mas que é facilmente observável em institutos como a desapropriação e a requisição. A adoção da arbitragem nos conflitos em que o Poder Público é parte, bem como todas as suas especificidades, deveriam, assim, ser avaliadas à luz da supremacia do interesse público sobre o privado.

O interesse público, todavia, não parece a melhor opção para o exame dos aspectos processuais da arbitragem administrativa, pois, além da incerteza de suas delimitações conceituais, ele tem sido posto sob duros ataques da doutrina[6]. É de se salientar que o interesse público, enquanto "dicção dúctil, aberta

---

4 A importância de Bandeira de Mello é bem demonstrada na narração de Carlos Ari Sundfeld: "Mas a sede dos paulistas da Geração de 1960 não seria a velha Academia do Largo de S. Francisco, e sim a Faculdade de Direito da PUC/SP. [...] Contou decisivamente para tanto o fato de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello haver assumido, de 1969 a 1973, a Reitoria dessa Universidade, dando força às iniciativas de uma dupla jovem, que incluía seu filho Celso Antônio e o amigo de infância deste, Geraldo Ataliba. Contou ainda, a seguir, a nomeação do próprio Ataliba como Reitor da PUC/SP, tendo Celso Antônio como Vice-Reitor (gestão de 1973 a 1976). A partir dessas posições, a dupla iniciou a formação de um grupo de jovens publicistas, que incluiu Celso Bastos, Michel Temer, Carlos Ayres Britto, Adilson Abreu Dallari, Lúcia Valle Figueiredo, Diógenes Gasparini, Régis Fernandes de Oliveira, Márcio Cammarosano, Clóvis Beznos, Paulo de Barros Carvalho, Roque Antônio Carrazza, Weida Zancaner, Dinorá Grotti – entre outros. [...] Foram, todos eles, alunos dos Cursos de Especialização, Mestrado e Doutorado em Direito Tributário, Administrativo ou Constitucional que se implantaram no período, sob a liderança carismática de Ataliba e a influência intelectual de Celso Antônio" (*Direito administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 88-89).

5 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 96. Apesar da amplitude do interesse público, o mesmo autor faz importante ressalva: "Convém reiterar, e agora com maior detença, considerações dantes feitas, para prevenir intelecção equivocada ou desabrida sobre o alcance do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado na esfera administrativa. A saber: as prerrogativas que nesta via exprimem tal supremacia não são manejáveis ao sabor da Administração, porquanto esta jamais dispõe de 'poderes', *sic et simpliciter*. Na verdade, o que nela se encontram são 'deveres-poderes', como a seguir se aclara. Isto porque a atividade administrativa é desempenho de 'função'" (Ibidem, p. 97).

6 Gustavo Binenbojm tece uma crítica muito contundente sobre a supremacia do interesse público sobre o particular: "Embora decantado pela literatura brasileira como fundamento e princípio normativo do direito administrativo, sua inconsistência teórica e sua incompatibilidade visceral com a sistemática constitucional dos direitos fundamentais são patentes. Com efeito, uma norma que preconiza a supremacia a priori de um valor, princípio ou direito sobre outros não pode ser qualificada como princípio. Ao contrário, um princípio, por definição, é norma de textura aberta, cujo fim ou estado de coisas para o qual aponta deve sempre ser contextualizado e ponderado com outros princípios igualmente previstos no ordenamento jurídico. A prevalência apriorística e descontextualizada de um princípio constitui uma contradição em termos" (BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. *Revista da Emerj*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 31, p. 153-195, 2005). Já, nas implicações práticas do uso desse princípio, a síntese de Lucas Peres Bet sobre o assunto é didática: "Acima citamos o texto do art. 58 da Lei nº 8.666/1993, que abre para a Administração prerrogativas para a modificação unilateral do contrato administrativo (para o nosso objeto, os contratos de concessão) desde que em respeito ao interesse público. Mas qual o conteúdo deste conceito? E sua função? Sobre os conceitos jurídicos, o que se verifica é que a precisão conceitual poucas vezes será o mais importante, e sua função primordial será impactar a interpretação e aplicação do direito [...] O interesse público

e suscetível de ser preenchida ao alvedrio do administrador"[7], foi por muito tempo (ainda hoje, inclusive) utilizado como mera escusa da Administração para não cumprir o pactuado com o particular[8]. É cláusula geral que, de tão geral, esvaziou-se.

Sem necessidade de esconder por mais tempo a proposta, pretende-se aqui analisar os aspectos do procedimento arbitral de que a Administração Pública participe à luz de uma *instrumentalidade metodológica*, método de análise do processo que deverá servir para o exame de qualquer instituto seu[9]. É método que "parte do estudo do direito material para, a partir deste, remontar ou construir o fenômeno do processo"[10]. Essa proposta, portanto, reside em "partir da *crise de direito material* – ou seja do *conflito* específico – para analisar (ou construir) a solução processual adequada"[11].

De um lado, a concepção do processo como instrumento à concretização do direito material sob uma perspectiva finalística não é grande novidade. Afinal, não é de hoje que se entende que "o processo vale não tanto pelo que ele é, mas fundamentalmente pelos resultados que produz"[12]. Mas não basta que o resultado do processo seja útil; é essencial que *todo o procedimento* também o seja, mesmo porque ao longo de todo ele conceder-se-á a tutela jurisdicional às partes[13]. Sendo assim, o procedimento "não é mais uma simples técnica a serviço da condução do processo, mas se torna um instrumento –

---

parece, portanto, um cheque em branco, ainda que haja esforço da doutrina para separar o interesse público do interesse da administração" (*Elementos contratuais conflitantes na contratação pública no Brasil e sua influência na corrupção, no cartel e no superfaturamento*. Tese de Láurea. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2017. 57 p., p. 17).

7 MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual. *Revista do Advogado*, São Paulo, a. XXIX, n. 107, p. 74-82, dez. 2009.

8 "[...] o contrato administrativo transformou-se num conjunto de obrigações vinculantes apenas do privado. Sob a influência do caráter autoritário da concepção de supremacia incondicional do interesse público, abriu-se campo para a relação obrigacional desigual, a partir da qual o privado deve cumprir estritamente tudo a que se obrigou (sob o risco de sofrer severas penas, unilateralmente aplicadas), mas a Administração cumprirá o pactuado se e quando o interesse público (por ela revelado, também unilateralmente) permitir. Segue daí que, entre nós, o contrato administrativo, ao longo do século passado, convolou-se numa expropriação de bens ou serviços, com escolha isonômica do expropriado (por licitação, bem dito) e sem prévia indenização, mas diferida em parcelas." (MARQUES NETO. *Do contrato administrativo*, cit.)

9 A instrumentalidade metodológica é de criação de Carlos Alberto de Salles, cuja visão sobre o assunto baliza todo este item do trabalho (*Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011). Para um contato mais sintético com a obra de Salles, recomenda-se a resenha feita por Rafael Francisco Alves (*Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, v. 8, n. 31, p. 237-240, 2011).

10 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade*: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 14.

11 Idem, Ibidem.

12 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*: influência do direito material sobre o processo. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 20.

13 Como bem salienta William Santos Ferreira: "Assim, quando no Poder Judiciário nega-se uma medida, não se pode ver apenas a 'não interferência' como sendo algo positivo. 'Não conceder uma medida' é conceder tutela jurisdicional a uma das partes, do mesmo modo que 'conceder', desloca-se apenas o beneficiário. Quando um juiz nega uma tutela imediata, rigorosamente concede tutela (de não invasividade imediata) à parte contrária. Portanto, não há rigorosamente a figura da 'não interferência. Realizado um pedido, concedido ou denegado, há interferência. O que pode não corre é a *alteração da fruição de uma titulação jurídica*, no caso de denegação" (O equivocado tratamento discriminatório da antecipação da tutela recursal em relação ao efeito suspensivo – Perspectiva dinâmica do devido processo legal e a razoável duração do processo. In: OLIVEIRA, Bruno Silveira de et al. *Recursos e a duração razoável do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 535-552).

tanto quanto o processo – para o atingimento da tutela adequada (jurisdicional ou não)"[14].

Assim é que o procedimento inteiro deve ser analisado à luz da instrumentalidade, adequando-se, sempre que necessário, às especificidades do conflito de direito material deduzido. E isso se inicia já com a escolha do procedimento adequado – no caso, seja ele com a cláusula compromissória em um contrato celebrado pelo Poder Público, seja com um compromisso arbitral ulterior[15].

O ordenamento jurídico processual brasileiro tem, além do procedimento ordinário, previsto em sua integralidade pelo Código de Processo Civil (CPC), e toda uma miríade de procedimentos especiais, aptos a variados tipos de conflitos. O próprio CPC disciplina alguns desses, como as ações possessórias e o procedimento de inventário. A legislação extravagante apresenta outro tanto de procedimentos especiais, como a execução fiscal (Lei nº 6.830/1980) e o processo de desapropriação (principalmente no Decreto-Lei nº 3.365/1941). Essa miríade de procedimentos fica conhecida como "tutela jurisdicional diferenciada", porque é diferente do procedimento ordinário e mais próxima da relação de direito material em litígio[16].

---

14 GRINOVER, Ada Pellegrini. Revisitando a teoria geral do processo. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos et al. (Org.). *Processo em jornadas*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 30-31.

15 Não por outra razão, já se anotou que "*può evidenziarsi che, in assenza di specifiche pattuizioni contrarie, la circolazione del vincolo compromissorio risulta coerente con il principio di effettività della tutela, in quanto il ricorso alla giustizia arbitrale, quale espressione della volontà di rivolgersi al miglior giudice, offre garanzie di protezione adeguata, concreta e più tempestiva delle pretese delle parti*" (ROSSI, Talita. *Arbitrabilità e controlo di conformità all'ordine pubblico*. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2017. p. 205). Essa escolha pelo "melhor juízo" pode se dar antes mesmo que qualquer conflito surja, como pode ser feita de maneira superveniente, *ad hoc*. Nesse sentido: "Chama-se à cláusula compromissória também, de *pactum in comprometendo*. Nela as partes convencionam resolver, por meio de arbitragem, as divergências que surjam entre elas, geralmente quanto à execução e ou à interpretação de um contrato. Já o compromisso, segundo a doutrina, e nos países em que se distingue da cláusula compromissória, destinar-se-ia à solução de uma divergência ou controvérsia determinada" (BAPTISTA, Luiz Olavo. Cláusula compromissória e compromisso. *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos*, São Paulo, v. 6, p. 977-988, jun. 2011).

16 Por todos: "*In tale ottica, è indicativo il rapporto intercorrente fra il 'nucleo minimo' dei diritti di azione e difesa e la ragionevole 'differenziazione' di singoli istituti processual o quella di interi 'riti differenziati'. Certo, è indiscutibilmente in contrasto com l'art. 3 Cost. una 'diversità' di forme di tutela od un diverso regime probatorio, che si giustifichino, ad es. 'in ragione di uma situazione dependente dal sesso' o, addirittura, si trovino totalmente sprovvisti di 'alcuna valida giustificazione'. Ma sono, nondimeno, incompatibili com il principio di 'ragionevolezza' quel particolare regime processuale e quel determinato limite probatorio, i quali, essendo privi di una attendibile 'ragione di specialità di disciplina' si traducano in un 'irragionevole' impedimento al libero (e paritário) esercizio dei diritti processuali della parti*" (COMOGLIO, Luigi Paolo. Tutela differenziata e pari effettività nella giustizia civile. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 63, n. 6, p. 1509-1534, nov./dez. 2008). A mencionada diversidade nas formas de tutela ou do regime probatório se justifica também como forma de conferir maior celeridade ao processo, em atenção ao princípio da duração razoável do processo (tão necessária no contexto moroso do Judiciário brasileiro atual), como já percebera Carpi: "*[...] la ragione di questa tendenza mi sembra facilmente individuabile nell'intolleranza sempre più diffusa verso la lunghezza e la disfunzione del processo civile, intolleranza che si accompagna alla sicura coscienza che la rapidità della giurisdizione è elemento indispensabile per la concreta ed effettiva attuazione delle garanzie constituzionali di azione e di difesa e che al contrario la mancanza di incisività degli strumenti processuali ordinari può comportare l'esacerbazione di diseguaglianze sostanziali fra le parti*" (CARPI, Federico. Flashes sulla tutela giurisdizionale differenziata. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, p. 239, mar. 1980).

Fixa-se, então, a premissa de que a escolha da via processual adequada e os institutos e as ferramentas nela presentes (*rectius*: todo o *procedimento*) serão observados sob a perspectiva da adequação ao conflito do direito material. Aí fica sintetizada a instrumentalidade metodológica.

Um bom exemplo de uso dessa instrumentalidade – ainda que, à época, ela não fosse conhecida como método de estudo – é a evolução do direito processual coletivo, destinado a tutelar *conflitos coletivos* até então desamparados pelo sistema processual tradicional, focado na dicotomia credor-devedor. Mais recentemente, Edilson Vitorelli deu passo adiante e passou a analisar todo o fenômeno do processo coletivo a partir da *conflituosidade* e *complexidade* dos litígios – donde decorreriam particularidades, como a adequação da representação, as possibilidades de autocomposição e outros. Classificou-os, assim, em litígios coletivos de difusão global, de difusão local e de difusão irradiada[17].

No âmbito da arbitragem envolvendo a Administração Pública, a instrumentalidade se faz presente quando, por exemplo, faz-se necessário organizar um procedimento mais célere do que o do Poder Judiciário, uma vez que o conflito que se busca solucionar é relativo a serviços públicos ou atividades administrativas essenciais que não podem ser paralisados, sob pena de prejuízo a toda a coletividade.

Dessa forma, a primeira questão que se coloca é: Quais conflitos de que a Administração Pública é parte encontram na arbitragem a via processual mais adequada à resolução do litígio?

2 EXAME MATRICIAL DE ADEQUAÇÃO DA VIA ARBITRAL

Para Ada Pellegrini, a arbitragem é "um procedimento perfeitamente adequado à solução de um conflito determinado e específico"[18]. Ela tem como pontos fortes a flexibilização e a adaptabilidade, mas não esgota suas qualidades apenas nisso[19]. A autora também aponta o uso reiterado da arbitragem em

---

17 VITORELLI, Edilson. Tipologia dos litígios transindividuais II: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 248, ano 40, p. 209-250, out. 2015. A proposta de Vitorelli vem se difundindo em meio à doutrina e ganhou o respaldo, exemplarmente, de Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (*Curso de direito processual civil*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, v. 4, 87-97).

18 Grinover, *Ensaio*, p. 64.

19 Marcos André Franco Montoro possui trabalho exaustivo sobre a flexibilidade da arbitragem, sob a seguinte perspectiva: "Em paralelo à tendência de progressiva ampliação da flexibilidade dos procedimentos judiciais estatais, que foi explicada no capítulo 3 desta tese, é necessário apontar que *a flexibilidade do procedimento arbitral é bem maior do que a dos procedimentos judiciais*. A arbitragem é decorrente da autonomia da vontade, ou seja, da liberdade conferida aos indivíduos, que elegem esse meio de solução de controvérsias para resolver seus litígios. O ordenamento dá (ou melhor, reconhece) essa liberdade. O ordenamento dá (reconhece) a liberdade para que as partes estabeleçam como será realizado o procedimento, desde a instauração da arbitragem, passando pela escolha dos árbitros, apresentação das alegações pelas partes, produção das provas, até chegar ao objetivo final da arbitragem, isso é, à sentença arbitral que irá resolver o litígio e conferir a tutela jurisdicional a quem tem razão. Portanto, a flexibilidade do procedimento é algo que decorre da liberdade, que é a base da arbitragem. Em outras palavras, a liberdade – a flexibilidade – procedimental é algo natural na arbitragem" (Flexibilidade do procedimento arbitral. Tese de Doutorado – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010. 415 p., p. 69).

conflitos empresariais, em razão do sigilo do procedimento e da especialização técnica dos árbitros[20-21].

O uso da arbitragem pelo Estado seria, então, um atrativo ao empresário, que se vê mais inclinado a contratar com o Poder Público; ele poderá utilizar, em caso de desavença, um procedimento que já é adequado (e, provavelmente, de manejo muito frequente) à resolução de seus conflitos com outros particulares[22].

Apesar da adequação da arbitragem, ela não necessariamente será a primeira opção para dirimir esse conflito "determinado e específico". Afinal, sempre está aberta a porta à negociação, à mediação e à conciliação[23], meios autocompositivos que, justamente por não serem adversariais, não apresentam a típica sensação de "perde-ganha" da heterocomposição[24]. Mas ela permanece, como via adequada, caso a solução amigável não se concretize.

Até aqui, tem-se o *porquê* da utilização da via arbitral pela Administração. Trata-se de meio de solução de conflitos mais célere do que o Poder Judi-

---

20 Isso porque uma das virtudes que as partes esperam do árbitro é a competência, "resultado do estudo e dedicação aos atos de seu mister. Ao predicado da competência associa-se o da especialização do árbitro, da qual se espera que decorra sua maior capacidade de bem sentir e entender o litígio, as razões da controvérsia, os valores econômicos em jogo, as praxes vigentes no meio social ou empresarial em que o litígio se insere etc." (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 30).

21 Não necessariamente nas vantagens citadas se esgotam as benesses da via arbitral. Nesse momento, contudo, não é interessante destrinchar esse tema específico por duas razões: a uma, porque certas vantagens comumente ressaltadas (como a escolha do idioma aplicável) podem ser vistas como meros desdobramentos de uma das vantagens mencionadas no corpo do texto (nesse caso, a flexibilidade procedimental); a duas, porque, para os fins a que se presta este texto, reduzir as vantagens da arbitragem a apenas três (ainda que subdivisíveis) torna mais didática a exposição das páginas seguintes. Por desencargo, contudo, aproveita-se para deixar o rol exposto por Menezes Cordeiro, mais extenso do que o aqui utilizado e cuja observância é essencial para o arbitralista: "A instituição arbitral: (a) permite uma decisão por especialistas; (b) é mais rápida do que a Justiça do Estado; (c) torna-se mais barata: muito mais, para causas de valor elevado; (d) desagrava os tribunais do Estado; (e) faculta processos e decisões confidenciais; (f) é menos sensível a certos expedientes dilatórios; (g) obtém o concurso dos melhores e mais experientes advogados; (h) vai, mais facilmente, ao fundo das questões, em detrimento de soluções puramente formais; (i) admite depoimentos, documentos e, em geral, uma condução de trabalhos em língua estrangeira, sem necessidade de traduções e sem quebra de imediação; (j) lida mais facilmente com leis estrangeiras; (k) dá margem a que as partes contribuam para a escolha das pessoas que irão compor o tribunal; (l) assegura a confidencialidade do litígio e do que se revele no seu âmbito" (MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado da arbitragem*: comentário à Lei nº 63/2011, de 14 de dezembro. Coimbra: Almedina, 2016. p. 63).

22 Menezes Cordeiro assinala que a arbitragem comercial "recai sobre contratos comerciais e sobre situações de responsabilidade, *in contrahendo*, ou deles decorrentes, bem como sobre problemas conexos; é a mais frequente" (Menezes Cordeiro, *Tratado*, p. 19).

23 Essa natureza subsidiária do procedimento arbitral é defendida por Carlos Alberto Carmona, para quem, "[e]m boa lógica (e tendo em conta o grau de civilidade que a maior parte das sociedades atingiu neste terceiro milênio), é razoável pensar que as controvérsias tendam a ser resolvidas, num primeiro momento, diretamente pelas partes interessadas (negociação, mediação, conciliação); em caso de fracasso deste diálogo primário (método autocompositivo), recorrerão os conflitantes às fórmulas heterocompositivas (processo estatal, processo arbitral)" (*Arbitragem e processo*: um comentário à Lei nº 9.307/1996. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009. p. 32-33).

24 "O principal fundamento da justiça conciliativa é a *pacificação*. No processo judicial e na arbitragem, em que a decisão é imposta, a pacificação pode até existir no plano social (pois o conflito foi dirimido em face da sociedade), mas certamente não existe para as partes. No chamado *perde-ganha* sempre haverá uma parte insatisfeita (quando não as duas, como acontece na sucumbência recíproca). E isto é evidenciado por todas as manobras das partes com a utilização dos recursos e dos meios de impugnação, bem como na resistência ao cumprimento da sentença" (GRINOVER, Ada Pellegrini. Os métodos consensuais de solução de conflitos no novo CPC. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *O novo Código de Processo Civil*: questões controvertidas. São Paulo: Atlas, 2015. p. 3).

ciário (e o tempo-inimigo, na formulação de Carnelutti, também é pernicioso para o Estado)[25], com um procedimento que pode se adaptar às especificidades do caso concreto (inclusive quando isso for interessante ao Poder Público) e, guardadas as limitações da publicidade administrativa, é via sigilosa que salvaguarda informações delicadas eventualmente relacionadas ao conflito.

A Lei da Arbitragem traz um primeiro filtro no § 1º do art. 1º, permitindo a arbitragem no Poder Público para "dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis". Posteriormente anota, no § 3º do art. 2º, que a arbitragem administrativa será sempre de direito (e jamais de equidade) e respeitará o princípio da publicidade.

A construção legal não é livre de críticas[26], mas não deixa de ser letra de lei. E, recorda-se, o tema é da arbitragem envolvendo a Administração Pública, que opera em estrita observância à lei. Por operar no plano infralegal, não cabe ao administrador contender aquilo que resulta de lei (e, eventualmente, permitir a arbitragem sobre um direito extrapatrimonial), mas, sim, se submeter à ordem jurídica[27]. Por essa razão não se vislumbra, no direito positivo atual, alternativa hígida para se furtar dos requisitos impostos pela Lei de Arbitragem[28]. Cabe lembrar, também, que a alteração legislativa que permitiu a arbitragem

---

25 "O que parece não se enxergar é que se o tempo do processo deve ser visto como um 'inimigo contra o qual o juiz deve lutar sem tréguas' – como preconizou Carnelutti –, não é o autor que tem que suportá-lo, como se fosse o culpado pela demora inerente à definição dos litígios. O medo de um juiz parcial, ou o receio de que a liberdade do indivíduo pudesse ser ameaçada cegaram os processualistas por um bom período de tempo para a obviedade de que o autor e o réu devem ser tratados de forma isonômica no processo." (MARINONI, Luiz Guilherme. Garantia da tempestividade da tutela jurisdicional e duplo grau de jurisdição. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 224)

26 Assim, por exemplo, na síntese que Rafael Alves faz da tese de Salles: "O autor vai além, dizendo em sua conclusão que 'nada impediria a lei de permitir a arbitragem versando sobre direitos indisponíveis, também, em outras áreas, sendo essa permissão critério de conveniência do legislador' (p. 303). Sobre o conceito de disponibilidade, defende o autor a inexistência de um 'regime geral de indisponibilidade de bens públicos'. Ao contrário, diz que os bens públicos estão sujeitos a um regime de 'disponibilidade condicionada', ou seja, sujeita aos limites previstos na legislação vigente. Ademais, diz o autor que frequentemente se aventa suposta indisponibilidade material do bem público quando, na verdade, está-se diante de mera indisponibilidade normativa, que diz respeito à incidência de norma de caráter cogente" (Alves, *Resenhas*, loc. cit.). A disponibilidade do interesse público será tratada no item 3 deste trabalho, ao analisar as imposições do regime jurídico-administrativo sobre a arbitragem envolvendo entes públicos.

27 "A atividade administrativa deve ser desenvolvida nos termos da lei. A Administração só pode fazer o que a lei autoriza: todo ato seu há de ter base em lei, sob pena de invalidade. Resulta daí uma clara hierarquia entre a lei e o ato da Administração Pública: este se encontra em relação de subordinação necessária àquela. Inexiste poder para a Administração Pública que não seja concedido pela lei: o que a lei não lhe concede expressamente, nega-lhe implicitamente. Todo poder é da lei; apenas em nome da lei se pode impor obediência. Por isso, os agentes administrativos não dispõem de liberdade – existente somente para os indivíduos considerados como tais –, mas de competências, hauridas e limitadas na lei." (SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 159)

28 Por todos, a explicação de Di Pietro sobre a legalidade: "Este princípio, juntamente com o de controle da Administração pelo Poder Judiciário, nasceu com o Estado de Direito e constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais. Isto porque a lei, ao mesmo tempo em que os define, estabelece também os limites de atuação administração que tenha por objeto a restrição ao exercício de tais direitos em benefício da coletividade. É aqui que melhor se enquadra aquela ideia de que, na relação administrativa, a vontade da Administração Pública é a que decorre da lei. Segundo o princípio da legalidade, a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite. [...] Em decorrência disso, a Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados; para tanto, ela depende de lei" (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 64-65).

envolvendo a Administração Pública é recente, de 2015, e poucas são as chances de surgir nova mudança em suas conformações em curto prazo.

Para além do texto frio da lei, Salles apresentou alguns outros limites, cuja observância é prudente para o estudo do tema: *(i)* a não apreciação do mérito do ato administrativo; *(ii)* a vedação a decisões por equidade; *(iii)* a inviabilidade de eleição do direito aplicável; e *(iv)* a impossibilidade de a Administração dispor de seu poder de polícia. Imperioso tratar de cada um desses limites, individualmente.

O ponto *(i)* segue a mesma lógica que impede o exame do mérito administrativo pelo Poder Judiciário. Se a jurisdição estatal não pode se imiscuir no mérito do ato, sob pena de substituir-se ao administrador, tampouco pode fazê-lo a jurisdição arbitral[29].

É prudente anotar, contudo, que doutrina e jurisprudência vêm acenando com a possibilidade de mudança desse entendimento[30-31]. Assim, passar-se-ia a admitir, ainda que excepcionalmente, o controle jurisdicional do mérito administrativo, por meio de um exame de razoabilidade dos motivos determinantes e da ausência de desvio de finalidade. Por ainda ser posição excepcional, permanece válida a vedação do exame jurisdicional do mérito administrativo. Se é vedada ao Poder Judiciário, com igual razão veda-se à via arbitral.

Nada impede, todavia, que a natural evolução do direito brasileiro paulatinamente permita o controle do mérito do ato praticado pelo Poder Público, ou que, ao menos, estabeleça alguns nortes interpretativos aptos a determinarem os casos em que esse exame deve ser permitido. No momento presente, aplica-se a regra, que é pela impossibilidade de reexame do mérito administrativo.

---

29 "É assente na jurisprudência desta Corte Superior de Justiça o entendimento de que o controle jurisdicional dos processos administrativos se restringe à regularidade do procedimento, à luz dos princípios do contraditório e da ampla defesa, sem exame do mérito do ato administrativo." (STJ, RMS 22.567/MT, 6ª Turma, Rel. Min. Og Fernandes, J. 28.04.2011, DJe 11.05.2011)

30 "Recurso extraordinário com repercussão geral. 2. Concurso público. Correção de prova. Não compete ao Poder Judiciário, no controle de legalidade, substituir banca examinadora para avaliar respostas dadas pelos candidatos e notas a elas atribuídas. Precedentes. 3. Excepcionalmente, é permitido ao Judiciário juízo de compatibilidade do conteúdo das questões do concurso com o previsto no edital do certame. Precedentes. 4. Recurso extraordinário provido." (STF, RE 632.852/CE, Rel. Min. Gilmar Mendes, J. 23.04.2015, DJe 29.06.2015)

31 "Embora a concepção tradicional não admita revisão judicial sobre o mérito dos atos administrativos discricionários, observa-se uma tendência à aceitação do controle exercido pelo Poder Judiciário sobre a discricionariedade especialmente quanto a três aspectos fundamentais: a) razoabilidade/proporcionalidade da decisão; b) teoria dos motivos determinantes: se o ato atendeu aos pressupostos fáticos ensejadores da sua prática; c) ausência de desvio de finalidade: se o ato foi praticado visando atender ao interesse público geral. Importante frisar que ao Poder Judiciário não cabe substituir o administrador público. Assim, quando da anulação do ato discricionário, o juiz não deve ele resolver como o interesse público será atendido no caso concreto, mas devolver a questão ao administrador competente para que este adote nova decisão." (MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014)

O ponto *(ii)*, isto é, a vedação a decisões por equidade, foi posteriormente confirmado com a alteração da Lei de Arbitragem em seu art. 2º, § 3º, apontando a consonância entre doutrina e Poder Legislativo.

Vale lembrar que isso não impede a ocorrência de atividade jurisdicional de equidade por completo, uma vez que existem hipóteses de sua aplicação na legislação em vigor; remete-se, por exemplo, ao art. 1.694, § 1º, do Código Civil, relativo à fixação de alimentos "na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada". Se a própria norma de direito positivo previr que, para determinada questão, o juiz julgará por equidade, e o Poder Público se encontrar em um conflito que envolva essa exata questão, o litígio poderá (*deverá*, em verdade) ser resolvido pela equidade, seja por árbitro, seja por juiz togado. Ocorre que o caso da fixação de alimentos e outros previstos em norma positiva são exemplos de jurisdição de equidade previstos pelo Direito, e não uma jurisdição de equidade propriamente dita.

O ponto *(iii)*, *i.e.*, a inviabilidade de eleição do direito aplicável, não tem vedação legal, que permite a escolha do direito aplicável, "desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública" (Lei de Arbitragem, art. 2º, § 1º). Desponta na doutrina a posição de que a arbitragem, mesmo com a Administração Pública, permitiria a eleição da lei aplicável pelas partes, desde que sem violação à ordem pública e aos bons costumes[32]. Essa posição, contudo, não parece a mais acertada.

Em primeiro: a construção do legislador, ao permitir a escolha da lei aplicável se conforme à ordem pública, foi feita quando a Lei de Arbitragem não previa o uso da arbitragem pelo Estado. A norma era destinada às arbitragens entre particulares. A sua aplicação impensada nessa nova seara pode ser perigosa e contrária aos nortes que aqui se pretende colocar.

Além disso, a vedação à escolha do direito aplicável defendida por Salles, em que pese não ter previsão legal expressa, decorre do que se disse antes sobre a legalidade estrita na qual opera a Administração Pública. Se ela não pode contender aquilo que resulta de lei, não pode escolher livremente as regras de direito que serão aplicáveis na arbitragem – não pode, por exemplo, ansiar para que o procedimento arbitral não leve em conta a disciplina da Lei

---

32 "O efeito da ordem pública no plano internacional é o de impedir a aplicação do direito estrangeiro contrastante com o nacional, quando for o caso. Desta feita, o fato de ser a Administração Pública parte na arbitragem não interfere na discussão sobre a possibilidade de se aplicar lei material estrangeira, pois se sabe que é sim viável, mas que se tem de avaliar eventual violação à ordem pública em cada caso concreto. Conforme já exposto acima, agindo com seu *ius gestionis*, ou seja, comportando-se como particular, a Administração se submete à órbita privada, aos dispositivos nos termos contratados, em situação equivalente a qualquer particular que se submete a uma lei material estrangeira. Assim, esta lei estrangeira será perfeitamente aplicável à arbitragem, nos limites da sua concordância com a ordem pública nacional (da mesma forma que aconteceria caso se tratasse de uma arbitragem com um particular)." (MARTINS, Amanda Athayde Linhares. Idioma, sede e lei material estrangeiros na arbitragem com a Administração Pública. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, v. 8, n. 29, p. 74-107, 2011)

nº 8.666/1993 e a necessidade de procedimento licitatório prévio à contratação administrativa.

Dizer que a Administração opera na estrita legalidade não significa dizer que ela opera de acordo com a ordem pública[33]. Uma norma de direito estrangeiro pode não violar a ordem pública nacional, e, ao mesmo tempo, ser uma regra de orientação diametralmente oposta à prevista em lei brasileira (mesmo porque, se não fosse, seria despiciendo cogitar sua aplicação). Mas ela *não pode* ser aplicada para um conflito com o Poder Público, porque para ele deve valer a expressão da lei brasileira.

O ponto *(iv)*, por fim, que veda a disposição do poder de polícia, pode ser aglutinado pelo requisito da disponibilidade patrimonial previsto na legislação pertinente (que Salles não adota e, em razão disso, formulou o requisito específico).

Além disso, reforçando que a Administração Pública opera em estrita consonância com a lei, é razoável afirmar que ela também é limitada pelos princípios gerais do Poder Público, mormente os instituídos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Essas são as linhas mestras que, em teoria, devem esclarecer os limites à utilização da arbitragem para a resolução de litígios em que a Administração Pública atue. Mas, mais do que isso, essas mesmas linhas mestras também devem ser observadas após a opção pelo procedimento arbitral, para examinar a adequação deste ou daquele instituto de direito processual ao litígio em apreço (p. ex., a concessão de medidas urgentes, as hipóteses de intervenção de terceiros, a admissibilidade do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, etc.), dadas as especificidades do litígio.

O exame da escolha pelo procedimento arbitral e dos institutos processuais que surgirem em seu bojo deve ser feito a partir da *adequação da arbitragem e dos instrumentos processuais ao conflito concreto*, de maneira casuística[34]. Se a arbitragem será mais adequada, isso se dará pelas vantagens em relação à jurisdição estatal: *(i)* a flexibilidade e adaptabilidade do procedimento; *(ii)* a especialização técnica dos árbitros; *(iii)* o sigilo do procedimento.

Para seu uso pela Administração Pública, todavia, a análise dessas vantagens deverá ser temperada pelas limitações de ordem legal e doutrinária, a saber: *(i)* a disponibilidade e a patrimonialidade do conflito; *(ii)* a vedação à ar-

---

33 Não é a intenção deste trabalho conceituar ordem pública para diferenciá-la da legalidade. Basta, no momento, tomar como premissa lógica que não são sinônimos, porque se fossem não coexistiriam.

34 De maneira casuística, porque "[n]ão é possível, evidentemente, identificar e classificar todos os conflitos, individuais e coletivos, existentes na multiforme sociedade de hoje" (Grinover, *Ensaio*, p. 34).

bitragem de equidade e à escolha do direito aplicável; *(iii)* a não apreciação do mérito do ato administrativo; *(iv)* a observância dos princípios constitucionais da Administração Pública, inclusive o da publicidade.

Percebe-se, à luz das duas vias supracitadas, um exame *matricial* que deverá ser feito a respeito da adequação do procedimento às especificidades do conflito com o Poder Público. No eixo vertical se colocam as três vantagens da arbitragem (recordando, por óbvio, que o sigilo não é uma característica inerente à arbitragem, mas a opção por ele é comum e representa um grande atrativo à via arbitral), enquanto que, no eixo horizontal, se encontram os limites a serem observados pelo procedimento arbitral em que o Estado figure como parte. Para melhor explicar o conceito, recorra-se a uma representação visual do exposto:

	Disponibilidade e patrimonialidade	**Vedação à equidade e à escolha do direito aplicável**	**Não apreciação do mérito administrativo**	**Observância dos princípios constitucionais**
Flexibilidade e adaptabilidade do procedimento				
Especialização técnica dos árbitros				
Sigilo do procedimento arbitral				

Veja-se: para cada caso concreto, é necessário verificar se a arbitragem é o meio mais adequado de resolver o litígio. Assim, em primeiro lugar, é essencial que as vantagens da arbitragem (flexibilidade, especialização e sigilo) sejam úteis à resolução desse conflito. Não se trata de requisitos cumulativos, porque a arbitragem pode estar justificada se o conflito requerer um alto grau de especialização técnica, mas não apresentar nenhum benefício advindo do eventual sigilo dos autos. Da mesma forma, também se observa que essas vantagens não são aferidas em caráter absoluto (adequada ou inadequada), mas, ao contrário, apresentam gradações internas de apreensão casuística (mais ou menos adequada); cada conflito vai demandar um grau específico de flexibilidade, especialização e sigilo.

Dado o primeiro passo, suponha-se que a conclusão seja a de que o procedimento arbitral é uma via perfeitamente adequada para a solução do conflito, porque, exemplarmente, ele permite que a controvérsia seja julgada em tempo hábil (para evitar a paralisação de serviço público essencial) e por um julgador que tem conhecimento técnico sobre a questão controversa (p. ex., conhecimentos contábeis para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro de um contrato de concessão). Isso posto, passa-se a uma segunda etapa, necessária, porque uma das partes (ou ambas) será o Poder Público, que

se submete ao regime jurídico diverso dos particulares. É nesse momento que se faz uso do exame matricial proposto.

Nessa etapa, cada uma das vantagens da arbitragem (flexibilidade, especialização e sigilo) será cerceada em parte pelos limites que a lei impõe à arbitragem estatal (disponibilidade, vedação à equidade e à escolha do direito, não apreciação do mérito e observância dos princípios constitucionais). É possível que certo conflito demande um alto grau de especialização do julgador, donde valeria concluir pela adequação da via arbitral, mas, se essa especialização é útil justamente porque serviria para, ao cabo, ensejar a reapreciação do mérito de um ato administrativo, ela deixa de ser legítima como argumento defensor da arbitragem com o Poder Público, porque esbarra em um impeditivo do eixo horizontal da matriz.

O eixo horizontal, todavia, comporta limites absolutos e relativos. Limite absoluto é aquele que não comporta exceções. É respeitado ou não o é, sem meio-termo.

A vedação à equidade e à escolha do direito aplicável é exemplo de limite absoluto. Se a adequação da arbitragem (na análise do trinômio flexibilidade-especialização-sigilo) só se justifica com a possibilidade de aplicação de Direito estrangeiro, não há alternativa senão ignorá-la na arbitragem estatal. A vedação do art. 2º, § 3º, da Lei de Arbitragem, ademais, não comporta exceções.

Mesmo caminho segue a vedação à reapreciação do mérito administrativo, que, em que pese alguns indicativos de mudança no entendimento jurisprudencial, permanece com feições de norma irrestrita, e sua excepcionalidade no campo ainda não desbravado da arbitragem administrativa pode trazer mais ônus do que bônus[35].

De outro lado, a observância dos princípios constitucionais é limite relativo à utilização da via arbitral. Não é estranho ao ordenamento jurídico brasileiro haver exceções à publicidade (em caso de segurança nacional), à impessoalidade (inexigibilidade de licitação para contratação de profissional de notória especialização) ou tantos outros. O cotejo entre a vantagem da via

---

35 Veja-se, a esse respeito, precedente do Superior Tribunal de Justiça: "Por força dos princípios da proporcionalidade, dignidade da pessoa humana e culpabilidade, aplicáveis ao Regime Jurídico Disciplinar de Servidor Público e mesmo a qualquer relação jurídica de direito sancionador, não há juízo de discricionariedade no ato administrativo que impõe sanção a servidor público em razão do cometimento de infração disciplinar, de sorte que o controle jurisdicional é amplo, não se limitando, portanto, somente aos aspectos formais" (STJ, RMS 24.584/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, J. 09.02.2010, DJe 08.03.2010). No mesmo sentido: "O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade" (STJ, RMS 11.336/PE, Rel. Min. Jorge Scartezzini, J. 07.11.2000, DJ 19.02.2001).

arbitral e o respeito aos princípios constitucionais, portanto, receberá avaliação gradual[36].

Já o requisito da disponibilidade e da patrimonialidade é de trato mais sensível, com amplas zonas cinzentas e ausência de consenso na doutrina[37]. O que é um direito disponível da Administração Pública? Que tratamento conceder às expressões patrimoniais de direitos indisponíveis, como os direitos de imagem? E se os direitos não patrimoniais ou indisponíveis forem de titularidade do particular que litiga com a Administração? No mínimo, para os fins que ora se buscam (a análise matricial da adequação da via arbitral), parece melhor considerá-lo limite relativo, sob pena de querer impor uma posição doutrinária pessoal sobre questão ainda longe de pacificação[38]. Afinal, a admissibilidade da arbitragem no Poder Público pode ser ao mesmo tempo causa e consequência das releituras que vêm sendo feitas sobre a disponibilidade de seus interesses[39].

---

36 João Paulo Hecker, exemplarmente, apresenta uma proposta de conciliação entre publicidade da Administração Pública e confidencialidade da arbitragem: "Assim, sempre com o cotejo entre as hipóteses fáticas e aquelas da lei ou da Constituição, entende-se que a publicidade deve se estender precipuamente aos atos mais fundamentais da arbitragem, como sua instalação, término, composição do Tribunal e custos, configurando um cenário de coexistência entre a publicidade e a confidencialidade. Contudo, é extremamente recomendável, para a pacificação da questão, o enfrentamento dessa questão pelos regulamentos das câmaras arbitrais e que as partes tratem do assunto quando da celebração do Termo Arbitral, principalmente no que se refere às regras de distribuição dos ônus e deveres das partes a esse respeito" (SILVA, João Paulo Hecker da. Arbitragem e Administração Pública: o dilema da publicidade. *Revista Comercialista – Direito Comercial e Econômico*, São Paulo, v. 7, n. 17, p. 92-99, 2017).

37 Defendendo posição das mais restritivas sobre o tema, tem-se Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem "[n]ão é aceitável perante a Constituição que particulares, árbitros, como suposto no art. 11, III, possam solver contendas nas quais estejam em causa interesses concernentes a serviços públicos, os quais não se constituem em bens disponíveis, mas indisponíveis, coisas *extra commercium*. Tudo que diz respeito ao serviço público, portanto – condições de prestação, instrumentos jurídicos compostos em vista desse desiderato, recursos necessários para bem desempenhá-los, comprometimento destes mesmos recursos –, é questão que ultrapassa por completo o âmbito decisório de particulares [...]. Permitir que simples árbitros disponham sobre matéria litigiosa que circunde um serviço público e que esteja, dessarte, com ele imbricada ofenderia o papel constitucional do serviço público e a própria dignidade que o envolve" (Bandeira de Mello, *Curso*, p. 783). De outro lado, ampliando o conceito, é possível citar o entendimento de Eros Grau: "Dispor de direitos patrimoniais é transferi-los a terceiros. Disponíveis são os direitos patrimoniais que podem ser alienados. A Administração, para a realização do interesse público, pratica atos, da mais variada ordem, dispondo de determinados direitos patrimoniais, ainda que não possa fazê-lo em relação a outros deles. Por exemplo, não pode dispor dos direitos patrimoniais que detém sobre os bens públicos de uso comum. Mas é certo que inúmeras vezes deve dispor de direitos patrimoniais, sem que com isso esteja a dispor do interesse público, porque a realização deste último é alcançada mediante a disposição daqueles" (GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 21, p. 141-148, mar. 2002). O entendimento de Alexandre Santos de Aragão também caminha por uma ampliação da arbitrabilidade objetiva no Estado: "Se a Administração Pública pode celebrar contratos e (deve) cumprir voluntariamente suas obrigações nos termos pactuados, pela mesma lógica deve-se entender possível a contratação da solução por arbitragem das controvérsias deles decorrentes. Não faz sentido entender que os direitos são 'disponíveis' para poderem ser estabelecidos mediante um acordo de vontades (contrato) e, de outro lado, entender que são 'indisponíveis' para vedar que as controvérsias dele oriundas possam ser submetidas à arbitragem" (A arbitragem no direito administrativo. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 54, p. 25-63, jul./set. 2017).

38 Marcelo José Magalhães Bonizzi também percebeu a dificuldade do tema: "É nessa 'zona cinzenta' que está o poder do Estado de escolher a arbitragem. Somente a correta fundamentação do ato administrativo que decide pela arbitragem é que poderá lançar muitas luzes sobre tudo, esclarecendo quais são os elementos que o Administrador Público elegeu para escolher a arbitragem, pois é através disso que será possível avaliar em que medida essa escolha foi justa para o caso concreto" (Op. cit., loc. cit.).

39 Essa "via de mão dupla", em que a revisita à disponibilidade do interesse público permite a utilização da via arbitral e ao mesmo tempo é por ela condicionada, já fora percebida pela doutrina: "Esse cenário, no qual gradualmente a Arbitragem vem sendo instituída na Administração Pública, sugere certa relativização da indisponibilidade do interesse público a fim de possibilitar eventual composição de litígios com esse objeto em sede de jurisdição arbitral" (SILVA, João Paulo Hecker da; VASCONCELOS, Ronaldo; GULIM, Marcello de Oliveira. Arbitragem e

Na conclusão desta segunda etapa do exame de adequação (que consiste no exame matricial), duas questões deverão ser apreciadas. A primeira – que, em analogia com termos processuais, poderia ser considerada uma "questão preliminar" – é a necessidade de que as razões de vantagem na escolha da via arbitral não esbarrem em algum limite absoluto do regime de direito público; na proposta apresentada, são as vedações à jurisdição de equidade, à escolha do direito aplicável e à apreciação do mérito administrativo. A segunda – o "mérito" dessa segunda etapa – consiste em verificar se a vantagem da via arbitral permanece mesmo depois de cerceada pelos limites relativos do regime jurídico de direito público.

Alcançando uma resposta afirmativa a essa pergunta final, constatar-se-á que a via arbitral é, de fato, a mais adequada à resolução do conflito. A sua utilização pela Administração Pública para a resolução de seus litígios passa a ser não apenas permitida pela legislação de regência, como também encorajada. De outro lado, se, após o exame matricial de adequação, concluir-se que a via arbitral não é a mais adequada, torna-se imperativo que o Poder Público se mantenha com o Judiciário como forma de resolver seus conflitos.

3 CUSTAS E CUSTO-BENEFÍCIO DA ARBITRAGEM

Arbitragem é um procedimento muito mais caro que um processo estatal, independentemente das partes em conflito. Somando-se a isso, não há que se falar em gratuidade da justiça, e a todos os sujeitos que se submeterem ao juízo arbitral incumbe o dever de recolher as custas devidas[40]. Esse importante aspecto da arbitragem deve ser levado em consideração pelo Poder Público[41].

Para ilustrar a disparidade do preço da arbitragem, existem mecanismos de simulação de valores disponíveis nos *sites* das principais câmaras arbitrais. O Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC) disponibiliza, em seu sítio eletrônico, as tabelas de despesas, das quais é possível extrair as seguintes conclusões: *(i)* para qualquer causa de valor inferior a R$ 4.000.000,00 (quatro milhões de reais) será cobrada uma taxa de administração no valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) por parte;

---

direito marítimo: uma breve análise à luz da arbitragem na lei dos portos (e do Decreto nº 8.465/2015). *Revista de Direito Aduaneiro, Marítimo e Portuário*, São Paulo, v. 6, n 35, p. 145-161, nov./dez. 2016).

40 "Os órgãos arbitrais institucionais costumam exigir, já no início do procedimento arbitral, um depósito para garantia das despesas ordinárias com o procedimento. Sendo necessário, autorizam o árbitro (ou o tribunal arbitral) a determinar a antecipação de verbas. O Centro de Conciliação e Arbitragem da Câmara de Comércio Argentino-Brasileira de São Paulo, por exemplo, prescreve que, além da taxa de administração e dos honorários dos árbitros, as partes pagarão todos os gastos decorrentes do processo arbitral, cabendo ao tribunal, tão logo instaurada a arbitragem, estabelecer o valor que deverão adiantar para tais gastos (viagens e traslados dos árbitros, peritagens, obtenção de informações, documentos)." (Carmona, *Arbitragem*, p. 247)

41 Afinal, conforme previsto no art. 39 da Lei nº 6.830/1980 e no art. 4º da Lei nº 9.289/1996, os entes da Administração Pública estão isentos do pagamento de custas processuais, devendo apenas, caso vencidos, ressarcir a parte contrária ao final do litígio.

(ii) para qualquer causa de valor inferior a R$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) os honorários devidos serão de R$ 75.000,00 (setenta e cinco mil reais); *(iii)* para qualquer causa, existe uma taxa de registro de R$ 4.000,00 (quatro mil reais) a ser paga pelo requerente[42].

À guisa de comparação, o Tribunal de Justiça de São Paulo cobra os seguintes valores para ingresso com uma demanda: *(i)* taxa judiciária de 1% (um por cento) sobre o valor da causa, nunca inferior a 5 (cinco) UFESPs (Unidades Fiscais do Estado de São Paulo, que, em 2018, equivalem a vinte e cinco reais e setenta centavos cada); *(ii)* taxa de mandato judicial de 2% (dois por cento) sobre o menor salário-mínimo vigente na capital (em 2018, dezenove reais e oito centavos); e *(iii)* despesas postais para citação da outra parte que, na modalidade mais barata (carta registrada), equivalem a R$ 7,80 (sete reais e oitenta centavos)[43]. No total, um indivíduo não beneficiário da justiça gratuita consegue ingressar no Poder Judiciário para resolver seus conflitos mediante um recolhimento mínimo de R$ 155,38 (cento e cinquenta e cinco reais e trinta e oito centavos).

A Administração Pública poderia dispor em sua cláusula compromissória algum regime específico para o recolhimento das custas, inclusive sucumbenciais, de modo a afastar esse problema. Por exemplo, estabelecer que os custos da via arbitral serão suportados pelo agente particular. A solução, entretanto, tem dois obstáculos. A uma, não se aplica a conflitos entre dois órgãos ou entidades estatais (que podem estar em conflito em virtude de um convênio celebrado entre ambos, de uma guerra fiscal causada pela cobrança de ISS em dois Municípios pelo mesmo fato gerador, etc.). A duas, deixa o particular em situação de grande desvantagem caso precise arcar com todas as (vultosas) custas do procedimento arbitral[44]. Mesmo que o particular deva apenas adiantar as custas, isso acaba apenas postergando o entrave: o Poder Público deverá gastar seus recursos caso opte pela resolução do litígio pela via arbitral.

Não é preciso grande esforço argumentativo para demonstrar que a arbitragem não será adequada para litígios de pequena expressão econômica. Ao contrário, ela se revela tão mais interessante quanto maiores forem os valores em jogo – daí sua utilização para dirimir grandes conflitos empresariais, inclusive e principalmente internacionais. A conclusão não pode ser diferente para

---

42 Fonte: <http://www.ccbc.org.br/Noticias/5069/tabela-de-despesas-2017>, acessado em 08.03.2018.

43 Fonte: <http://www.tjsp.jus.br/IndicesTaxasJudiciarias/DespesasProcessuais/DespesasPostaisCitacoesIntimacoes>, acessado em 08.03.2018.

44 "Com efeito, nada impediria que na cláusula compromissória constasse que a parte privada deva adiantar todos os custos e custas da arbitragem. Mas tal dispositivo pode dar margem a abuso que precisa ser evitado. Basta pensar na hipótese de a arbitragem ser iniciada pela entidade pública, carreando-se, ainda assim, à parte privada a antecipação dos custos; outra incongruência seria imaginar que uma diligência ou perícia, requerida pela entidade estatal, deva ser custeada pela parte contrária." (CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Administração Pública – Primeiras reflexões sobre a arbitragem envolvendo a Administração Pública. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, v. 13, n. 51, p. 7-21, 2016)

a Administração Pública: um município pequeno do interior do Estado que celebra contrato administrativo para aquisição de *kits* de material escolar não encontrará em uma câmara arbitral o foro mais conveniente para resolver um conflito daí advindo. No outro extremo, certamente haveria menos resistência à utilização da arbitragem para resolver um conflito – que demandasse solução urgente – decorrente de um contrato celebrado entre as principais potências mundiais e as empresas pioneiras em tecnologia espacial para o povoamento de Marte.

Entretanto, a constatação não basta para traçar o limiar entre conflitos que justificam um dispêndio pelo Poder Público, e conflitos que não permitem essa conduta.

A resposta certamente não se dará em termos exclusivamente monetários, uma vez que essa acepção do problema estrangularia por completo a utilização da arbitragem. Nesses termos financeiros, sempre será mais vantajoso fazer uso do Poder Judiciário, que a Administração não paga, do que empregar um procedimento arbitral que custe dezenas ou centenas de milhares de reais.

O cotejo monetário puro, por meio da comparação única "Qual meio é mais barato?", se aproxima de um ideal de *economicidade* que, não se olvida, deve ser observado pela Administração Pública. Assumindo que a economicidade seja limitada "à avaliação, *in concreto*, da correspondência dos gastos públicos aos preços encontrados no mercado"[45], e que a arbitragem será expressamente mais cara do que o Poder Judiciário, fatalmente ela nunca corresponderá aos preços encontrados no "mercado" da prestação jurisdicional. Arbitragem na Administração Pública jamais será uma opção mais econômica do que a via jurisdicional estatal.

Essa abordagem é simplista – e, portanto, incorreta –, porque a economicidade é muito menos ampla que a *eficiência*, princípio da Administração insculpido no art. 37 da Constituição Federal. Essa, sim, entendida como o dever de promoção satisfatória dos fins estatais "em termos quantitativos, qualitativos e probabilísticos"[46], é mecanismo apto a verificar a *eficiência* da arbitragem para solucionar o conflito.

O custo administrativo leva em conta os dispêndios financeiros, mas não pode se resumir a eles. Ao menos no Direito brasileiro, devem ser consideradas outras possíveis vantagens de um meio alternativo, ainda que mais custoso[47]. Se

---

45 SAAD, Amauri Feres. O controle dos Tribunais de Contas sobre contratos administrativos. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio et al. *Direito administrativo e liberdade*: estudos em homenagem a Lúcia Valle Figueiredo. São Paulo: Malheiros, 2014.

46 ÁVILA, Humberto. Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, out./dez. 2005. Fonte: <http://www.direitodoestado.com.br>, acessado em 12.03.2018.

47 "Essa interpretação remete-nos a dois modos de consideração do custo administrativo: a um modo absoluto, no sentido de que a opção menos custosa deve ser adotada, indiferente se outras alternativas, apesar de mais

o Estado de São Paulo pretende contratar uma concessionária para reformar e operar uma de suas linhas do metrô, um conflito daí decorrente que paralise as obras (e, por conseguinte, a operação dos trens nessa linha) deve ser solucionado com urgência, mesmo que isso implique a assunção de gastos por parte do Poder Público. Impera, nesse caso, o dever de continuidade do serviço público, o interesse em continuar arrecadando com o pagamento de tarifas ou outra justificativa qualquer para o caso em questão[48].

A economicidade de uma conduta a ser tomada pela Administração deve ser sempre analisada pelo gestor público. No caso da arbitragem, ela indubitavelmente será um obstáculo, que pode (e deve, se for o caso) ser transposto mediante o cotejo com os demais custos administrativos. E isso se dá dentro do exame matricial anteriormente proposto.

Exemplarmente: o Poder Público estipula cláusula compromissória de arbitragem em um determinado contrato celebrado com uma concessionária. Analisando o trinômio de vantagens da via arbitral (flexibilidade-especialização-sigilo), chegou-se à conclusão de que esta é a via mais adequada à resolução do conflito. Suponha-se, ainda, que o conflito se refere a direito patrimonial disponível, não houve escolha de direito aplicável, a jurisdição não será de equidade e não se vislumbra a reapreciação do mérito administrativo. Igualmente, não se verificam afrontas aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.

Se uma voz contrária à utilização da via arbitral defender que "ela é inadequada porque é muito cara!", ela afirmará que a arbitragem não é uma escolha *econômica* para o Poder Público. Isso não passa de uma obviedade: a arbitragem provavelmente nunca será mais econômica que o Poder Judiciário, e menos ainda se a Administração Pública for a litigante.

Essa mesma voz contrária pode dizer, a seguir, que "gastar tudo isso com arbitragem é injustificável!", e aqui ela estará um pouco mais próxima do verdadeiro debate. O gasto com a arbitragem não será econômico, mas ele pode

---

custosas, apresentam outras vantagens; a um modo relativo, no sentido de que a opção menos custosa deve ser adotada somente se as vantagens proporcionadas por outras opções não superarem o benefício financeiro. O modo relativo é aquele que melhor se compatibiliza com o ordenamento jurídico brasileiro. Isso significa dizer que não se pode entender, de chofre, como melhor a compra de equipamentos eletrônicos só porque são mais baratos relativamente a outros, sem a consideração, por exemplo, da sua durabilidade, dos serviços de assistência técnica que eles exigem, da sua obsolescência, da sua praticidade. O equipamento mais barato pode ser, até mesmo, o menos adequado para realizar a finalidade de modo satisfatório." (Ávila, *Moralidade*, cit.).

48 Corroborando esse posicionamento: "A arbitragem é muito mais ágil que o processo judicial, mas o fator tempo não é exatamente um problema para o Estado, embora esse fator possa vir a ser importante em determinadas situações, como, por exemplo, quando da rápida solução do litígio depender a continuidade de obra pública importante. Nesse caso, basta que o Estado motive seu ato nesse fator (celeridade) para justificar a escolha pela arbitragem, pois é notório que o processo judicial demora muito para chegar ao final. Também a facilidade de obtenção de crédito perante organismos internacionais, que exigem a adoção da arbitragem como condição para a concessão do financiamento, parece ser um fator que, por si só, justifica a escolha da arbitragem, mas apenas na medida em que o custo desse financiamento for vantajoso (ou estratégico) para a realização de obras públicas, a ponto de suprir, com folgas, o custo da própria arbitragem" (BONIZZI, Marcelo José Magalhães. Op. cit., loc. cit.).

ser justificado se, pela via arbitral, o Poder Público lograr outras vantagens, como a resolução em tempo hábil do conflito. Em resumo, o gasto com a arbitragem pode não ser econômico, mas, apesar disso, ser *eficiente*.

Não cabe aqui uma exposição exaustiva sobre o conteúdo jurídico do princípio da eficiência. Entretanto, lançou-se anteriormente e aqui se repete que ele é muito mais amplo que a economicidade, porque a promoção satisfatória de um fim da Administração Pública "em termos quantitativos, qualitativos e probabilísticos" fica prejudicada se o gestor público estiver obrigado a gastar o mínimo possível.

A análise da eficiência da escolha administrativa passa pela perspectiva da economicidade, porque a promoção de um fim administrativo utilizando todo o orçamento do órgão ou do ente impedirá a consecução de todos os seus outros objetivos. Mas ela passa também, por exemplo, pela perspectiva da tempestividade, porque a consecução de um fim estatal não pode aguardar tempo exagerado.

A tempestividade ganha contornos mais específicos quando se fala da via arbitral no Poder Público, porque, tendo natureza jurisdicional, é cabível – e necessário – falar em *acesso à Justiça* na arbitragem[49]. Aproxima-se, então, a discussão sobre *tempestividade* à discussão sobre *duração razoável do processo*, porque uma demanda que se prolongue indefinidamente no tempo é uma clara negação de acesso à Justiça[50].

O que se pretende fixar aqui é que o custo da arbitragem para a Administração Pública não será econômico, mas isso não é apto a impedir a utilização da via arbitral para conflitos com o Estado. Essa utilização depende de uma análise de *eficiência* da via arbitral, e a economicidade nada mais é do que um dos aspectos da eficiência. E a eficiência, como já exposto, integra o exame matricial, porque é princípio constitucional da Administração Pública.

---

49 "Na medida em que se insere entre os meios alternativos de solução de conflitos, a arbitragem tem realmente essa missão de abrir portas à adequada solução dos litígios, pacificando os litigantes com realização da justiça – e daí a afirmação do acesso à justiça como um bem a ser obtido mediante a atuação dos árbitros, tanto quanto do juiz togado. Daí também a repulsa às frustrações consistentes na indevida proliferação das extinções do processo arbitral sem julgamento do mérito, casos que configuram verdadeira denegação de justiça (Edoardo Ricci – *infra*, n. 93). E daí, ainda o dever arbitral de, nos limites da convenção de arbitragem e da demanda proposta, decidir todo o litígio, não deixando resíduos conflituosos sem solução (caso de nulidade da sentença arbitral – LA, art. 32, inc. V) e sendo vedadas, no processo arbitral tanto quanto no comum, a prática do *non liquet* e a prolação de sentenças citra petita (CPC, art. 126 – LA, art. 32, inc. V – *infra*, n. 78)." (Dinamarco, *A arbitragem*, p. 69-70)

50 João Paulo Hecker bem anota a necessidade de se observar, hodiernamente, a celeridade processual: "A promulgação da Constituição Federal em 1988 abarcando garantias como a do processo sem ilações indevidas ou da própria tempestividade da tutela jurisdicional, são fatores que determinam a nova ordem político-social do país. A partir daí, solidificou-se o entendimento de definir processo justo como processo célere, tutela jurisdicional como tutela tempestiva; ou ainda devido processo legal como o processo que além de conferir às partes a participação em contraditório, permita que o provimento jurisdicional dele resultante seja em tempo e modo condizentes com as necessidades do direito material. A partir daí também se instituiu o constitucionalismo na ciência processual. Permitiu-se também a abertura para uma perspectiva metajurídica do processo civil, com a abertura das normas e institutos de processo para a análise sob a égide de seus próprios fundamentos constitucionais" (SILVA, João Paulo Hecker da. *Processo societário*: tutelas de urgência e da evidência. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014. p. 9-10).

E as conclusões desse capítulo valem tanto para decisão de instaurar o procedimento arbitral e a celebração da cláusula compromissória quanto para a adoção de qualquer outra medida no bojo da arbitragem que venha a gerar gastos para o Poder Público. Todas essas escolhas, ao sofrerem o exame matricial de adequação, passam pela análise da eficiência da medida, e dentro dela estará a análise de economicidade que, cotejada com outras, permitirá (ou não) o uso da medida processual pretendida.

CONCLUSÃO

A arbitragem como meio de resolução de conflitos tendo como parte a Administração Pública já é uma realidade no panorama brasileiro, mas ainda está longe de ser um tema comum ou de fácil trato pelo estudioso e pelo gestor público. Faz-se necessário um método de trabalho desenvolvido em caráter geral, apto a subsidiar as opções do Poder Público relativas à arbitragem desde sua instauração e passando por todo o procedimento arbitral.

Nesse sentido, sugeriu-se um exame matricial de adequação da arbitragem (e de outro mecanismo processual que possa ser utilizado em seu bojo) aos conflitos da Administração Pública. Em um primeiro momento, deve o gestor público verificar a vantagem da via arbitral por meio da análise de suas vantagens em relação à jurisdição estatal: a flexibilidade do procedimento, a especialização dos árbitros e o sigilo. Concluindo pela adequação da via escolhida, passa-se a uma segunda etapa, em que cada uma das três vantagens da via arbitral será temperada e cerceada pelos limites (absolutos e relativos) da própria Administração Pública, a saber: a arbitrabilidade objetiva restrita a direito patrimoniais disponíveis; a vedação à jurisdição de equidade e à escolha da lei aplicável; a vedação ao reexame do mérito administrativo; a observância dos princípios constitucionais da Administração Pública.

Se, após cerceados pelos limites impostos, os pontos positivos da arbitragem ainda justificarem a sua adoção, ela passa a ser não apenas permitida, mas encorajada no âmbito da Administração Pública.

Não se olvida que a evolução de doutrina e jurisprudência no Direito brasileiro afete alguns dos critérios antes expostos – exemplarmente, a possibilidade de se reapreciar, pela via jurisdicional, o mérito do ato administrativo. Independentemente dessas inflexões, todavia, o que fica das páginas precedentes e que (acredita-se) deve subsidiar a análise de adequação da arbitragem a litígios envolvendo o Poder Público é um *método de trabalho*, consistente em um *exame matricial* que coteje *as vantagens* da arbitragem com *os limites* do regime jurídico de direito público.

Além disso, abriu-se um capítulo específico para afastar a discussão do custo-benefício da arbitragem para o setor público. Em que pese a via arbitral

ser consideravelmente mais cara do que o Poder Judiciário, a análise puramente financeira recai em um exame de *economicidade*, que nada mais é do que um dos diversos aspectos da *eficiência* administrativa, que, por sua vez, é um dos princípios informadores da atividade estatal no Brasil. Um comportamento da Administração Pública pode não ser econômico, mas, apesar disso, ser o mais eficiente possível, donde decorre permitir, se for o caso, a assunção das custas arbitrais pelo Poder Público.

Espera-se, com o exposto, que as considerações levantadas possam contribuir com a evolução do tema da arbitragem no Poder Público de acordo com o Direito brasileiro.