



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PROCESSUAL
BACHARELADO EM DIREITO

LARA GABRIELA OLIVEIRA MELO

**A UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:
CONTRATAÇÃO DE CÂMARAS ARBITRAIS**

FORTALEZA

2024

LARA GABRIELA OLIVEIRA MELO

A UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:
CONTRATAÇÃO DE CÂMARAS ARBITRAIS

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Ceará, como requisito parcial para obtenção
do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Flávio José Moreira
Gonçalves

FORTALEZA

2024

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Sistema de Bibliotecas

Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

M1u MELO, LARA GABRIELA OLIVEIRA.
A UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: CONTRATAÇÃO DE
CÂMARAS ARBITRAIS / LARA GABRIELA OLIVEIRA MELO. – 2024.
44 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito,
Curso de Direito, Fortaleza, 2024.
Orientação: Prof. Dr. Flávio José Moreira Gonçalves.

1. Arbitragem. 2. Administração Pública. 3. Câmaras Arbitrais . 4. Contratação. I. Título.

CDD 340

LARA GABRIELA OLIVEIRA MELO

A UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:
CONTRATAÇÃO DE CÂMARAS ARBITRAIS

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovado em: ____/____/_____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Flávio José Moreira Gonçalves (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof^a. Dr^a. Ligia Melo de Casimiro
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof^a. Dr^a. Vanessa de Lima Marques Santiago Sousa
Universidade Federal do Ceará (UFC)

À Eliane e ao Cassiano,
tudo o que sou, devo a vocês.

AGRADECIMENTOS

A conclusão deste Trabalho de Conclusão de Curso representa não apenas o fim de uma etapa acadêmica, como também o resultado de uma jornada de aprendizado e crescimento que se iniciou em agosto de 2019. Muitas pessoas contribuíram direta ou indiretamente para que eu pudesse chegar até aqui, e a todas elas expresso minha eterna gratidão.

Agradeço primeiramente a Deus, pela força, saúde e perseverança que me acompanharam durante toda esta caminhada, permitindo-me enfrentar os desafios e aproveitar as oportunidades ao longo do curso.

À minha família, pelo apoio incondicional, amor e paciência. Vocês sempre estiveram ao meu lado, acreditando nos meus sonhos e me incentivando em cada etapa. Sem o suporte e os valores que me transmitiram, eu não teria chegado até aqui.

A todas as iniciativas que participei e a todas as pessoas que conheci durante estas: Grupo Civil Erga Omes, Pesquisa "A Formação dos Bacharéis em Direito na UFC ante os Desafios das Novas Tecnologias da Informação e da Comunicação" sob orientação do Professor Flávio Gonçalves, Centro Acadêmico Clóvis Beviláqua – Gestão Mandacaru, Programa Cientista Chefe – Censo Penitenciário do Ceará 2023, dentre outros.

Um agradecimento especial para o Projeto de Extensão Liga de Arbitragem, que me apresentou o tema deste trabalho e que foi fundamental para meu desenvolvimento acadêmico e profissional, por meio da gestão de projetos, organização de eventos e participação em Competições de Arbitragem no Brasil e exterior. Foi no primeiro semestre que a LiArb apresentou-me a frase que contamina os meus passos e é a epígrafe deste trabalho. Aos colegas da LiArb, com carinho, Luiza, Carneiro, Caetano, Clarice, Luís, Marcelo, Isabela, Lara, Levi, pela parceria e troca de experiências, e a todos aqueles, sejam escritórios, sejam pessoas, que de algum modo incentivaram e sempre foram prestativos com o projeto.

Ao meu orientador, Flávio José Moreira Gonçalves, agradeço pela paciência e incentivo. Sua contribuição é inerente a sua existência, visto que és um exemplo pra mim, e sou grata pela confiança depositada.

Às professoras que compõe esta Banca Examinadora Lígia Melo de Casimiro e Vanessa de Lima Marques Santiago Sousa, pelo ensino de excelência, tranquilidade e dedicação na formação educativa. Sou grata por todo o conhecimento que me foi transmitido e pela inspiração para continuar evoluindo.

Aos meus colegas e amigos, pela convivência enriquecedora, pelo apoio nos momentos difíceis e pelas discussões produtivas. A caminhada foi mais leve e prazerosa com vocês ao meu lado, em especial, Mariana, Beatriz, Juliana, Jesa, Jéssica, Bárbara e Pedro.

A todos os locais em que pude colocar em prática a teoria desenvolvida na sala de aula e, principalmente, aprender com sábias pessoas que se disponibilizaram a me ensinar: 20ª Vara de Execução de Títulos Extrajudiciais do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, Câmara de Arbitragem e Mediação Especializada do Ceará (CAMES CEARÁ), Assembleia Legislativa do Estado do Ceará, Escritório Studart Corrêa Advogados, Escritório Holanda Nogueira Advogados, Escritório Tenório Gondim Menezes e Freitas e ao Escritório MRS Advogados.

Por fim, dedico este trabalho à Liga de Arbitragem, CAMES Ceará e àqueles que acreditam que é possível que os esforços desafiem as impossibilidades. Como dito por Chales Chaplin: as grandes proezas da história foram conquistas daquilo que parecia impossível.

A todos, meu mais sincero agradecimento.

“O futuro pertence àqueles que enxergam as oportunidades antes que elas se tornem óbvias.”

John Sculley

RESUMO

Este trabalho de conclusão de curso tem como objetivo analisar a utilização da arbitragem pela Administração Pública, com foco nos critérios para a escolha de câmaras arbitrais. A arbitragem é um mecanismo amplamente aceito para a resolução de conflitos entre entes públicos e privados, especialmente após a promulgação da Lei nº 13.129/2015, que consolidou sua legitimidade. Com a crescente aplicação do instituto em contratos administrativos, torna-se essencial compreender as peculiaridades na contratação da câmara arbitral pelo poder público, garantindo a conformidade com o regime jurídico-administrativo. A Lei n.º 14.133/2021 trouxe inovações para as licitações e contratos administrativos, incluindo a previsão expressa do uso da arbitragem. No entanto, essa lei não detalhou o procedimento de escolha da câmara arbitral, o que suscita questões sobre os critérios a serem observados para garantir a transparência e isonomia nesse processo. Com base em pesquisa bibliográfica e análise teórica, o estudo discute a evolução legislativa, os aspectos procedimentais da arbitragem e as particularidades da contratação de câmaras arbitrais pela Administração Pública, oferecendo uma visão crítica e normativa sobre o tema.

Palavras Chave: Arbitragem, Administração Pública, Contratação, Câmaras Arbitrais.

ABSTRACT

The purpose of this final paper is to analyze the use of arbitration by the Public Administration, with a focus on the criteria for choosing arbitration chambers. Arbitration is a widely accepted mechanism for resolving conflicts between public and private entities, especially after the enactment of Law 13.129/2015, which consolidated its legitimacy. With the growing application of the institute in administrative contracts, it becomes essential to understand the peculiarities in the hiring of the arbitration chamber by the public authority, ensuring compliance with the legal-administrative regime. Law 14.133/2021 brought innovations to public tenders and administrative contracts, including express provision for the use of arbitration. However, this law did not detail the procedure for choosing the arbitration chamber, which raises questions about the criteria to be observed to ensure transparency and isonomy in this process. Based on bibliographical research and theoretical analysis, the study discusses the legislative evolution, the procedural aspects of arbitration and the particularities of hiring arbitration chambers by the Public Administration, offering a critical and normative view of the subject.

Key Words: Arbitration, Public Administration, Selection, Arbitral Institutions.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CAMARB	Câmara de Arbitragem e Mediação Empresarial
CAM/CCBC	Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá
CCI	Câmara de Comércio Internacional
CF	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
LArb	Lei de Arbitragem
CPC	Código de Processo Civil
REsp	Recurso Especial
TCU	Tribunal de Contas da União
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
LINDB	Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro
PPP	Concessões, Parcerias Público-Privadas
PPI	Parcerias Públicas de Investimentos

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	12
2. ARBITRAGEM E PODER PÚBLICO	14
2.1 Contexto histórico e Evolução Legislativa no Brasil	14
3. ASPECTOS PROCEDIMENTAIS ENVOLVENDO ARBITRAGEM COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	23
3.1 Arbitragem Institucional e <i>Ad Hoc</i>	23
3.2 Compatibilização com os preceitos do regime jurídico de Direito Público	25
3.2.1 A sede, o idioma e a publicidade	27
3.2.2 O direito aplicável	29
4. A CONTRATAÇÃO DA CÂMARA ARBITRAL PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	30
4.1 Aspectos gerais da Contratação pela Administração Pública	32
4.2 Contratação Direta e a Inexigibilidade de Licitação	33
4.3 A opção do Credenciamento como instrumento auxiliar de contratação	37
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	41
REFERÊNCIAS	43

1. INTRODUÇÃO

No Brasil consolidou-se o entendimento de que a arbitragem pode ser eleita como método para solucionar conflitos envolvendo entes administrativos e o setor privado. As dúvidas sobre a legitimidade da arbitragem empregada pela Administração foram solucionadas pela Lei nº 13.129/2015, ainda que desde de 1973, ou seja, antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, já vigoravam precedentes jurisprudenciais no Superior Tribunal Federal permitindo a utilização da arbitragem em relações fazendárias.

Conforme a Pesquisa Arbitragem em Números¹, em 2022, considerando exclusivamente o universo das arbitragens em que a Administração Pública Direta e Indireta foi parte, houve um aumento de 33% no setor (de 27 casos em 2021 para 36 em 2022), algo que demonstra a confiança na utilização do instituto, com a inserção de cláusulas compromissórias nos contratos públicos ou por meio de compromisso arbitral posterior, especialmente considerando a economia nos custos de transação, a legislação vigente e o alto grau de aperfeiçoamento dos advogados da Administração Pública.

Ademais, conforme essa pesquisa, verificou-se que há interesse da Administração Pública em que os conflitos oriundos de contratos públicos referentes à infraestrutura nacional (contratos de Concessões, Parcerias Público-Privadas –PPP e Parcerias de Investimentos – PPI), nos setores de aeroportos, estradas, comunicações etc. sejam resolvidos mais rapidamente.

Com a crescente ampliação do Instituto aos contratos administrativos, depreende-se analisar as particularidades das arbitragens que envolvem este setor, qual seja, no presente estudo: a contratação de câmaras arbitrais.

É compreensível o receio por parte do Poder Público em não designar para uma instituição inexperiente o poder de decisão sobre tema sensível ao seu patrimônio. Porém, o uso da arbitragem pela Administração Pública exige cuidados adicionais, principalmente no que tange à contratação da câmara arbitral, uma vez que essa escolha deve observar critérios que garantam a conformidade com o regime jurídico administrativo.

Recentemente, a Lei n.º 14.133/2021 introduziu mudanças nas regras de licitações e contratos, incluindo a possibilidade de resolver disputas por meio da arbitragem. Tanto a Lei de Licitações e Contratos quanto a Lei de Arbitragem reconhecem a viabilidade da arbitragem no âmbito da administração pública, do ponto de vista legal. Portanto, a arbitragem é

¹LEMES, Selma (Coord.). Arbitragem em Números: Pesquisa 2021 /2022. Canal Arbitragem. São Paulo, 2023.

considerada uma opção válida por ser um processo mais rápido, eficaz e muitas vezes mais econômico para contratos administrativos.

Porém, o setor público apresenta características distintas em comparação com o privado, tornando indispensável a adaptação do processo arbitral às particularidades do órgão público. É relevante ressaltar que, embora a arbitragem seja prevista na Lei n.º 14.133/2021, esta legislação não abordou detalhes sobre o procedimento de escolha de câmaras arbitrais.

Apesar de ter como objetivo estabelecer as diretrizes gerais para contratação na administração pública, a nova legislação não especifica claramente qual modalidade de licitação(ou não) é apropriada para a contratação de câmaras. Portanto, é importante analisar como o processo de contratação da câmara arbitral pode ocorrer, levando em consideração os princípios da administração pública.

Este estudo tem como objetivo examinar a maneira que ocorre a seleção das câmaras arbitrais na resolução de disputas ligadas a contratos administrativos, conforme estabelecido pela Lei n.º 14.133/2021.

A metodologia adotada para que se procedesse à presente pesquisa consiste em pesquisa de natureza aplicada, hipotético-dedutiva, com abordagem qualitativa, tendo sido utilizadas fontes diversificadas do tipo primária e secundária (v.g., legislação, doutrina e jurisprudência), e em cima destes uma análise descritiva e exploratória acerca do tema.

A execução desse trabalho dá-se em três partes. Na primeira, expõe-se estudo histórico e legislativo que aborda a evolução da arbitragem no Brasil e sua aplicação no setor público. Na sequência, busca trazer ao leitor os aspectos procedimentais da arbitragem envolvendo entes públicos, comparando os modelos de arbitragem institucional e *ad hoc*, e discutindo como esses procedimentos podem ser compatibilizados com o regime jurídico de direito público, considerando a escolha da sede, o idioma e o direito aplicável. Por fim, investigado o processo de escolha da câmara arbitral pela Administração Pública, com foco nas regras de contratação, abordando a inexigibilidade de licitação e o credenciamento como mecanismos auxiliares. O objetivo é fornecer uma compreensão detalhada dos critérios que norteiam a contratação de câmaras arbitrais no contexto administrativo.

2. ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Carmona (2012, *ebook*) conceitua arbitragem como um meio alternativo de solução de controvérsias por meio da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão advinda de tal mecanismo destinada a assumir a mesma eficácia de uma sentença judicial na solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor.

De modo geral, a arbitrabilidade subjetiva de um litígio depende unicamente da capacidade jurídica das partes envolvidas. É o que estabelece o art. 1º da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996), que, em sua primeira parte, permite a participação em arbitragens apenas de pessoas com plena capacidade para contratar. A lógica da norma é clara: a escolha pelo tribunal arbitral não pode ser presumida nem imposta, devendo resultar da vontade expressa das partes, formalizada por escrito.

Aqueles que ainda não adquiriram a plena capacidade civil – determinada, no Direito brasileiro, pela legislação do domicílio em se tratando de pessoas naturais (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, art. 7º), ou, no caso de pessoas jurídicas estrangeiras, pela lei do local de constituição (LINDB, art. 11) – estão impedidos de vincular-se validamente por manifestação de vontade e, portanto, não podem se submeter à arbitragem.

Assim, as pessoas jurídicas brasileiras (ou seja, aquelas constituídas de acordo com as leis nacionais e que tenham sede no Brasil), sendo plenamente capazes, estão aptas, em princípio, a levar litígios ao procedimento arbitral.

Em teoria, a mesma competência que faculta a esses entes celebrar contratos para estabelecer, alterar, transferir ou extinguir seus direitos e deveres também lhes permitiria firmar um acordo de arbitragem, seguindo a arbitrabilidade objetiva, prevista no final do art. 1º da LArb, que permite a arbitragem apenas “para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

Isso quer dizer que as partes só podem escolher a arbitragem quando se trata de direitos sobre os quais elas têm total liberdade de disposição. Se as partes podem ceder ou renunciar a esses direitos, elas também podem optar por submetê-los à decisão de um árbitro. No direito privado, a regra é que os direitos sejam disponíveis, o que permite a arbitragem em grande parte dos casos. Porém, no direito público, a situação é diferente.

No âmbito administrativo, prevalece o princípio da indisponibilidade do interesse público, o que traz particularidades à arbitragem. Os gestores públicos não são os titulares diretos dos direitos em questão e, por isso, não têm liberdade total para dispor desses direitos.

Assim, quando o Estado ou suas entidades participam de um processo arbitral, é preciso analisar não apenas se o ente público tem a capacidade de firmar um acordo arbitral (arbitrabilidade subjetiva), mas também se o tema em disputa é adequado para ser resolvido por meio de arbitragem (arbitrabilidade objetiva).

O envolvimento do interesse público na gestão e nas atribuições dessas pessoas jurídicas exige uma análise mais aprofundada. O principal obstáculo, nesse caso, é o princípio da legalidade (CF, art. 37, caput), segundo o qual, em sua concepção tradicional, a Administração Pública só pode agir mediante expressa autorização legal.

Assim, a inclusão de entidades da Administração Pública brasileira em procedimentos arbitrais torna a questão mais complexa, gerando debates e controvérsias.

2.1 Contexto Histórico e evolução Legislativa no Brasil

Embora seja possível notar que os métodos adequados de resolução de conflitos tenham se desenvolvido recentemente no Brasil, o contexto histórico internacional revela que esse procedimento já era utilizado por civilizações há milhares de anos. Antes de explorar, de maneira breve, como ocorreu seu desenvolvimento no direito brasileiro, é importante destacar relatos históricos que ilustram a evolução da arbitragem ao longo dos séculos.

Embora reconheça-se a importância de compreender o contexto histórico, friza-se que o presente trabalho não tem como intuito revisitar ou analisar os eventos passados que moldaram sua evolução. Dessa forma, as discussões aqui apresentadas partem de um ponto de vista que privilegia o cenário contemporâneo, sem ignorar a contribuição dos eventos anteriores, mas sem esgotá-los.

Em várias civilizações foi constatado o uso da arbitragem. Flausino (2015) evidencia sua aplicação em Roma, no Antigo Egito, na Assíria, na Babilônia e em Kheta, porém considera a Grécia como o local onde a arbitragem mais prosperou, sendo vista como o berço desse mecanismo e do Direito Internacional.

O progresso da arbitragem na Grécia deve-se às características socialmente estabelecidas de diversidade cultural, política e religiosa. Por ser uma região sem um governo centralizado e composta por cidades-estados independentes, a Grécia tornou-se um cenário favorável para a prática arbitral. Da mesma forma, as evidências históricas indicam que, na

Civilização Romana, a resolução de disputas por meio de árbitros também era permitida. Observa-se, conforme Alves (2000)² *apud* Fichtner, Mannheimer, Monteiro (2019, p. 20), que:

Durante toda a evolução do direito romano [...] sempre se permitiu que os conflitos individuais fossem solucionados por árbitros, escolhidos, sem interferência estatal, pelos próprios litigantes.

Ato contínuo, durante a Revolução Francesa, a arbitragem obteve maior protagonismo. Após a Revolução, as ideias disseminadas por esse movimento se espalharam por toda a Europa e outros continentes, incluindo o Brasil. Conforme mencionado por Netto³ (2008), citado por Flausino (2015), a arbitragem no Brasil desenvolveu-se desde o período da colonização portuguesa, uma vez que as Ordenações Filipinas já previam expressamente o uso desse mecanismo.

Posteriormente, a Constituição do Império de 1824 previu a arbitragem em seu artigo 160, que dispunha: "Nas cíveis, e nas penais civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juízes Árbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes." Observa-se que o referido dispositivo legal assegurava expressamente a possibilidade de resolução de litígios por meio de árbitros. Destaca-se, ainda, que já naquela época havia a previsão da executoriedade das decisões arbitrais, ou seja, tais decisões não estavam sujeitas a recurso, desde que assim acordado pelas partes. O mesmo princípio é aplicado no Brasil atualmente, onde as sentenças arbitrais constituem título executivo, independentemente de homologação judicial.

Diversas legislações subsequentes no cenário nacional também abordaram a arbitragem em diferentes esferas. Como exemplo, a Resolução de 26 de julho de 1831 estabeleceu o uso da arbitragem em disputas envolvendo seguros, enquanto a Lei nº 108/1837 regulamentou sua aplicação em contratos de locação de serviços. Em 1850, com a promulgação do Código Comercial, a arbitragem foi expandida para abranger conflitos de cunho mercantil, tornando-se uma solução obrigatória. No entanto, em 1866, essa obrigatoriedade foi revogada, passando a ser uma opção facultativa. No que tange ao Código Comercial, Fichtner, Mannheimer e Monteiro (2019) explicam que a arbitragem era inicialmente exigida em litígios relacionados a contratos de locação mercantil, dissolução de sociedades, bem como em situações envolvendo transporte marítimo, como naufrágios e danos a embarcações.

² ALVES, José Carlos Moreira. Direito romano. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. I, p. 184

³ NETTO, Cássio Telles Ferreira. Contratos Administrativos e Arbitragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

No que tange à previsão constitucional, os autores mencionados destacam que a Constituição de 1881 permitiu a utilização da arbitragem, enquanto a Constituição de 1934 incorporou a arbitragem como mecanismo para resolução de conflitos decorrentes de guerras. O Código de Processo Civil de 1939 previa, para fins de anulação da sentença arbitral, que o juiz poderia anular a sentença arbitral em caso de violação a direito expresso no momento da aplicação da lei (Alves, 2018, p. 82).

A Constituição de 1937 também previu o uso da arbitragem, especialmente em disputas territoriais. Apesar dessas previsões, algumas Constituições omitiram referência ao instituto da arbitragem, como ocorreu com as Constituições de 1946 e 1969. Já a Constituição Federal de 1967, em seu artigo 7^o⁴, por sua vez, previa a possibilidade expressa de resolução de conflitos internacionais por meio de arbitragem. Em 1973, o CPC dispôs acerca do instituto da arbitragem, porém, segundo Orenha (2023, *ebook*) sem maiores impactos a um instituto até aquela época bastante desconhecido pelo mundo jurídico.

Por sua vez, a Constituição Federal de 1988 abordou de forma sucinta a arbitragem, mencionando-a no contexto da competência da Justiça do Trabalho, conforme o artigo 114, § 1.º, que estabelece que "frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros". Para Flausino (2015), a Constituição de 1988 ampliou o papel dos meios alternativos de solução de conflitos ao dispor no artigo 4º, inciso VII, sobre a promoção de soluções pacíficas para os litígios.

Nesse ínterim, Araújo (2021, *ebook*) explica que os "laudos" arbitrais precisaram ser ainda objeto de homologação judicial, carecendo do atributo da definitividade. Assim, sem decisão que encerrasse a controvérsia e impedisse a abertura de novas discussões, a arbitragem dificilmente podia servir à aceitação social e à consequente eliminação da controvérsia.

Esse cenário mudou, entretanto, com a promulgação da Lei nº 9.307/96 (Lei de Arbitragem), que equiparou as sentenças arbitrais às decisões proferidas pelo Judiciário, eliminando a necessidade de homologação. Conhecida como a Lei Geral de Arbitragem, suas disposições representaram um importante avanço no ordenamento jurídico brasileiro, ao alinhar a regulamentação da arbitragem com os princípios do Direito Internacional. Para Flausino (2015, p. 64) a maior inovação trazida por essa legislação foi o reconhecimento da autonomia da vontade e da liberdade contratual, permitindo que as partes optassem por resolver seus conflitos com base na equidade.

⁴ "Art. 7º: Os conflitos internacionais deverão ser resolvidos por negociações diretas, arbitragem e outros meios pacíficos, com a cooperação dos organismos internacionais de que o Brasil participe.

Sobre a evolução da arbitragem, Wald (2015) sintetiza:

Desde a promulgação da Lei de Arbitragem (Lei 9.307), em 1996, a arbitragem vem crescendo exponencialmente, tanto no que tange ao número de julgados de casos, de advogados especializados na matéria e de publicações sobre o assunto. O avanço da arbitragem colocou o Brasil nos holofotes internacionais, colocando-o no quarto ou quinto lugar no ranking mundial no campo internacional, nos últimos anos. Os avanços doutrinários e jurisprudenciais dos últimos tempos colocaram nosso país em posição de destaque. Não surpreende, pois, que em 2012, o Professor Albert Van den Berg referiu-se ao Brasil como a “belle of the ball” da arbitragem internacional. O desenvolvimento da arbitragem no Brasil, nos últimos 20 anos, e, em especial, na última década, corresponde ao atingido por outros países em mais de meio século. Até a presente data, o número de arbitragens iniciadas nas dez principais instituições brasileiras, em 2013, cresceu mais de 10% em relação a 2012, chegando a mais de 200 procedimentos iniciados. Em relação a 2013 e 2014, houve um aumento de quase 12% (11,60%) por ano. Ilustrativamente, os números do CAM/CCBC, a instituição com o maior número de casos no país, quase triplicaram de 2008 (27 casos), até 2014 (95 novos processos).

No Brasil, a utilização desse método de solução de conflitos pela Administração Pública não era expressamente prevista na redação original da Lei de Arbitragem, o que gerava debates doutrinários sobre a juridicidade da arbitragem nos contratos da Administração.

Ocorre que é possível verificar a utilização da Arbitragem em procedimentos em que o poder público é parte em momento anterior a publicação da LArb. Por exemplo, o Supremo Tribunal Federal, em precedente anterior à Constituição Federal de 1988 (caso Lage⁵), admitiu a arbitragem em relações fazendárias e considerou válida a disposição legal que autorizava a submissão da Administração à arbitragem.⁶

Nesse precedente, o STF, ao apreciar decisão do juízo arbitral instituído para dirimir litígio entre a União e herdeiros de Henrique Lage, o Min Godoy Ilha, examinado em profundidade a questão doutrinária e sintetizou em sua Ementa as duas principais conclusões de fundo:

Juízo arbitral – Na tradição do nosso direito, o instituto do Juízo Arbitral sempre foi admitido e consagrado, até mesmo nas causas contra a Fazenda. Pensar de modo contrário é restringir a autonomia contratual do Estado, que, como pessoa *sui juris*, pode prevenir o litígio pela via do pacto de compromisso, salvo nas relações em que age como Poder Público, por insuscetíveis de transação. Natureza consensual do pacto de compromisso – O pacto de compromisso, sendo de natureza puramente consensual, não constitui foro privilegiado, nem tribunal de exceção, ainda que regulado por lei específica.

⁵ O “caso Lage” envolveu a incorporação à União de bens e direitos das empresas das Organizações Lage e, mais especificamente, a indenização devida aos Espólios de Henrique Lage e Renaud Lage por essa incorporação. Nos termos do Decreto-Lei nº 9.521/1946, o valor seria definido por arbitragem.

⁶ STF, AI 52.181/GB, Rel. Min. Bilac Pinto, Tribunal Pleno, v. u., j. 14.11.73, DJ 15.02.1974, p. 720.

Apesar disso, devido a ausência de previsão na LArb de 1996, o Tribunal de Contas da União mostrava certa resistência à arbitragem na Administração Pública⁷. Isso ocorria, principalmente, pelo entendimento de que sendo indisponível o interesse público, não poderiam os entes administrativos – a que impende velar pela sua esmerada gestão – renunciar ao exercício da jurisdição estatal em benefício da adoção de um mecanismo dissuasório alternativo.

Ressalta-se que em determinadas áreas como as concessões (Lei n. 8.987/95), as PPPs (Lei n. 11.079/2004) e os contratos ligados à exploração do petróleo (Lei n. 9.478/97), além de outras (Lei n. 8.987/95), a própria lei autorizava genericamente o uso da convenção de arbitragem.

Desse modo, conforme Lemes (2007, p. 78), a resistência do TCU não apresentava respaldo, posto que o arcabouço legal brasileiro em vigor à época afastaria o temor de que submeter a Administração a tal instituto. A partir disso, legislações estaduais iniciaram a prever expressamente a utilização da arbitragem em contratos envolvendo a administração pública.

O Estado de Minas Gerais, precursor de tal legislação, por meio da Lei Estadual nº 19.477/2011 consignou expressamente o uso do instituto, algo que acarretou avanços no campo dos negócios jurídicos pactuados entre a Administração Pública e os particulares.

Do mesmo modo, o Estado do Mato Grosso do Sul, por meio da Lei Estadual nº 4.610/2014, previu a opção do Estado pela escolha do procedimento arbitral, em uma espécie de cópia fiel à norma geralista.

Já no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, desde a redação original da LArb, a Corte já se mostrava favorável à arbitragem para as sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica⁸, conferindo validade e eficácia a cláusula arbitral contida em contratos firmados com tais estatais.

Para sanar tais controvérsias interpretativas, adveio a Lei 13.129/2015, que alterou a Lei de Arbitragem para estabelecer, de forma expressa, que a Administração Pública, direta e indireta, por intermédio da autoridade competente para realização de acordos e transações, poderá estabelecer convenção de arbitragem de direito (e não por equidade⁹) para dirimir

⁷ TCU, Acórdão nº 1.099/06 – Plenário, Rel. Min. Augusto Nardes, DOU 10.07.2006.

⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 904.813/PR (2006/0038111-2) . Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., pauta 20 out. 2011, j. 20 out. 2011, DJe 28 fev. 2012.

⁹ O critério de julgamento conhecido como *ex aequo et bono ou amiable compositeur* (para a lei brasileira, equidade) remete à ideia de que o árbitro detém um poder, quase uma arte, de solucionar disputas conforme a sua vasta experiência e expertise e de modo desvinculado de normas jurídicas específicas. Segundo Oliveira e Domingues (2020), o julgamento por equidade é aquele em que autoriza, expressamente, o afastamento critérios

conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, respeitado o princípio da publicidade (art. 1.º, § 1.º e § 2.º e art. 2.º, § 3.º, da LArb).

Segundo Cahali, F. J., Rodovalho, T., & Alexandre (2016, *ebook*), a Lei ampliou a orientação já consagrada, pois também se refere à Administração Pública direta, enquanto a legislação anterior era insegura quanto à possibilidade de sua utilização sem prévia autorização legislativa, para cada caso ou cada matéria. O art. 1º, § 1º, concede esta autorização genérica de modo que não há mais dúvida quanto à possibilidade de resolver por arbitragem todos os litígios de entes estatais (e não somente os das sociedades de economia mista, das concessionárias e das PPPs e algumas outras em relação às quais a lei ou regulamentação já preveem a adoção da cláusula compromissória), inclusive sem autorização legislativa específica, pois a mesma é dada em caráter genérico, o que é explicitado na Lei.

Ato contínuo, surgiram outras legislações próprias sobre arbitragem, dado que a mera permissão legislativa LArb não conseguiu esclarecer as formas e os meios pelos quais as normas jurídicas deveriam ser implementadas e executadas, daí cabendo justamente aos regramentos próprios dispor dos instrumentos para o alcance das finalidades instituídas pela lei, segundo Oliveira, Estefam (2019, p. 55-76).

Sob essa perspectiva, foram expandidas as legislações nos níveis federal, estadual e municipal para regulamentar de forma mais detalhada a participação da Administração Pública em disputas arbitrais. Em alguns casos, essas normas especificam quais assuntos podem ser objeto de arbitragem, definem as particularidades administrativas do procedimento arbitral e orientam a atuação dos servidores públicos antes, durante e após o desenrolar do processo.

Nesse sentido, foram editadas a Lei de Arbitragem do Estado de Pernambuco (Lei Estadual nº 15.627/2015) e o Decreto Federal nº 8.465/2015. Este decreto foi posteriormente revogado pelo Decreto Federal nº 10.025/2019, que, assim como seu antecessor, regulamentou a utilização da arbitragem no setor portuário, mas também estendeu sua aplicação aos setores de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário.

Na esteira dessas normas, diversos outros decretos e leis, tanto estaduais quanto municipais, foram promulgados para regular de forma específica o uso da arbitragem pelo Poder Público. Dentre estes, destacam-se: a Lei nº 4.007/2017 (Rondônia); o Decreto nº 46.245/2018 (Rio de Janeiro); a Lei nº 10.885/2018 (Espírito Santo); o Decreto nº 64.356/2019 (São Paulo); a Lei nº 17.324/2020 (Município de São Paulo/SP), regulamentada pelo Decreto nº

de legalidade estrita e tomar a decisão que lhe parecer mais conveniente e oportuna (discricionariedade judicial). Disponível em Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná, Curitiba, n. 11, pp. 133-151, 2020.

59.963/2020; a Lei nº 6.764/2020 (Betim/MG); o Decreto nº 55.996/2021 (Rio Grande do Sul); e o Decreto nº 9.929/2021 (Goiás).

Entretanto, é possível notar que essas normas não estão isentas de críticas. Um dos principais pontos de questionamento está relacionado à ausência de uma definição clara do que os diferentes níveis de governo consideram como direito patrimonial disponível, um conceito que ainda apresenta aspectos subjetivos que podem gerar complicações para as partes envolvidas em eventuais conflitos. Percebe-se que parte dessas leis apenas reproduziu disposições já tratadas de forma genérica na Lei de Arbitragem. Seria mais apropriado que cada ente federado, de acordo com sua competência, preenchesse as lacunas deixadas pela legislação federal, oferecendo maior transparência e segurança jurídica.

Recentemente, em junho de 2024, o Projeto de Lei 2.486/2022, que faz parte dos diversos anteprojetos elaborados pela comissão de juristas (CJADMTR¹⁰), com o objetivo de modernizar os processos nas áreas tributária e administrativa, foi aprovado pela Câmara dos Deputados. Nessa regulamentação, que pode ser ampliada para o alcance da Arbitragem na Administração Pública, observa-se a iniciativa de estabelecer critérios para credenciamento e contratação das câmaras arbitrais.

Apesar de ter se tornado frequente o emprego da arbitragem pela administração pública em casos que envolvem contratos públicos nos últimos tempos, a Lei n.º 8.666/93, responsável por estabelecer as diretrizes das licitações e contratos, estava em vigor há quase três décadas e não abordava a utilização da arbitragem.

No ano de 2021, porém, uma nova legislação referente a licitações e contratos administrativos foi sancionada (Lei n.º 14.133/2021), trazendo mudanças significativas nas regras para licitações e contratos administrativos. Entre as inovações introduzidas pela Lei n.º 14.133/2021, destaca-se a permissão clara para utilização da arbitragem.

Art. 151. Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem. Parágrafo único. Será aplicado o disposto no caput deste artigo às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações. (Brasil, 2021)

¹⁰ Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojetos de proposições legislativas que modernizem o processo administrativo e tributário.

Não obstante o relevante avanço da referida alteração legislativa na busca por maior segurança jurídica, permanecem alguns desafios na utilização da arbitragem no âmbito da Administração Pública, conforme será aprofundado a seguir.

3. ASPECTOS PROCEDIMENTAIS ENVOLVENDO ARBITRAGEM COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Dada a natureza pública das controvérsias, há uma série de aspectos procedimentais específicos que precisam ser observados quando a Administração Pública participa de um procedimento arbitral, devido a necessária compatibilização com os princípios do regime jurídico de direito público, sobretudo os princípios constitucionais da legalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Isso significa que, embora a arbitragem seja marcada pela flexibilidade procedimental, alguns preceitos do direito público não podem ser desconsiderados. A transparência no procedimento, o controle social e a obrigatoriedade de observância dos interesses públicos são exemplos de exigências que se impõem nesses casos. Um dos maiores desafios da arbitragem com a Administração Pública é justamente garantir que a celeridade e eficiência do procedimento arbitral não entrem em conflito com os deveres de controle e supervisão dos atos administrativos, especialmente em temas que envolvem a aplicação de recursos públicos.

3.1 Arbitragem Institucional ou *Ad Hoc*

A legislação federal já citada não determina se a Administração Pública deve escolher entre a câmara arbitral ou arbitragem *ad hoc* para resolver suas disputas. Nesse sentido, a decisão entre as duas alternativas é uma escolha discricionária do administrador, ou seja, "situação em que a Administração, usando de sua liberdade contratual, avaliará concretamente qual opção será mais apropriada para atender aos interesses envolvidos nos casos específicos" (Amaral, 2012, p. 75).

A Lei de Arbitragem confere à Administração Pública a liberdade de optar pela modalidade que julgar mais adequada, conforme Oliveira (2019, p. 101-123). Muitos Estados brasileiros, portanto, na medida em que legislam sobre o tema, adotaram a arbitragem institucional, por ser considerada a que proporciona maior segurança jurídica às partes e atende de forma mais eficiente aos princípios da Administração Pública.

Na arbitragem *ad hoc*, as próprias partes definem as regras procedimentais, incluindo o prazo, o local das reuniões e audiências, além do local de tramitação dos autos. Sem a intervenção de uma instituição, o árbitro assume o papel central no procedimento, sendo responsável por toda a condução do processo arbitral após aceitar sua nomeação.

De acordo com Oliveira; Estefam (2020, p. RB-3.12) essa modalidade oferece vantagens e desvantagens. Por um lado, a ausência de contratação de uma câmara arbitral reduz os custos; por outro, pode gerar insegurança, uma vez que as partes devem estar atentas a todas as exigências e particularidades do procedimento.

Já a arbitragem institucional é conduzida por uma entidade especializada, que segue um regulamento próprio e oferece infraestrutura, tanto física quanto em relação ao corpo de árbitros. Essa opção garante maior segurança às partes, já que a instituição gerencia todos os aspectos do processo, assegurando agilidade e eximindo as partes da responsabilidade de administrar o procedimento e suas regras.

Para Muniz (2023) esse modelo reduz a probabilidade de o processo de arbitragem terminar na jurisdição estatal. Isso porque as câmaras (entidades de arbitragem institucional) são responsáveis, de acordo com os regulamentos respectivos, por tomar tais decisões (e outras imprescindíveis para o bom andamento da arbitragem, como: nomeação, confirmação, impugnação e substituição dos árbitros; definição do valor dos honorários correspondentes; verificação da existência *prima facie* de jurisdição arbitral; e, inclusive, extensão subjetiva da cláusula compromissória a partes não indicadas e/ou terceiros.)

Exemplos de instituições arbitrais incluem: a Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI), a *London Court of International Arbitration* (LCIA), a *American Arbitration Association* (AAA), a Câmara de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, a Câmara de Arbitragem da AMCHAM, Câmara de Arbitragem da FIESP e a Câmara de Arbitragem e Mediação Especializada (CAMES), entre outras.

Por fim, tanto a Lei de Arbitragem brasileira quanto a atual Lei de Licitação não estabeleceram a obrigatoriedade da utilização da arbitragem institucional em situações envolvendo a Administração Pública, concedendo assim, uma margem de decisão ao órgão público que irá firmar o acordo de arbitragem.

Apesar de reconhecida a discricionariedade, Schmidt (2018, p. 67-68) afirma que a maioria dos estudiosos prefere adotar a arbitragem institucional, com destaque para esta opção em algumas leis, permitindo apenas arbitragens *ad hoc* em situações específicas, como no Decreto 46.245/2018 do Rio de Janeiro. Essa preferência se justifica pela praticidade oferecida pelas câmaras arbitrais na organização, administração e até mesmo em relação a certas questões processuais no processo de arbitragem.

A escolha entre a arbitragem *ad hoc* ou a arbitragem institucional irá influenciar no contrato em que a administração está envolvida. Por isso, é essencial respeitar as limitações

impostas ao ente público durante a contratação, uma vez que a administração está sujeita a normas específicas do Direito Público, como já mencionado anteriormente.

3.2 Compatibilização com os preceitos do regime jurídico de Direito Público

Conforme ressaltado por Amaral (2012), o interesse público não é algo simples e uniforme, devido à existência da fragmentação do interesse no Estado atual, levando em consideração a diversidade de membros da sociedade. Destaca-se que a indisponibilidade dos interesses protegidos pelo Estado não implica necessariamente na indisponibilidade dos direitos da Administração. Sob essa perspectiva, esse princípio não deve ser encarado como um limitador, uma vez que é permitido à Administração participar de contratos e se manifestar sobre a disposição de seus bens e direitos. Na visão do autor, afirmar a inviabilidade do processo arbitral também significaria afirmar a falta de autonomia para a Administração contratar.

Ademais, a submissão do conflito à arbitragem não significa renunciar a direitos, conforme Garcia (2021). Isso porque recorrer à arbitragem para solucionar o litígio implica em submeter a questão a um julgamento privado, em vez de utilizar a jurisdição estatal, o que representa uma forma diferente de resolução do conflito.

No quesito de compatibilização com os preceitos do regime de Direito Público, ressaltam-se algumas peculiaridades, por exemplo, o artigo 2º da LArb determina que a arbitragem pode ser de direito ou de equidade, porém limita, em seu parágrafo 3º, a Administração à realização apenas de arbitragem de direito, garantindo também a observância do princípio da publicidade.

Outrossim, é importante ressaltar que não é necessário prever a arbitragem no edital de licitação. No mesmo sentido, o Enunciado n. 2 da I Jornada “Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios” do CJF preceitua: “Ainda que não haja cláusula compromissória, a Administração Pública poderá celebrar compromisso arbitral.”¹¹

Para Oliveira; Estefam (2020), a regra geral deveria ser a de que o edital de licitação ou processo licitatório preveja a arbitragem. Tal postura, na visão dos autores configuraria maior segurança jurídica à relação a ser travada com o particular e, além disso, permite que o particular conheça as consequências econômicas do contrato. Isso porque, para alguns, um eventual processo arbitral pode ser interpretado como dispêndios com honorários incidentes e custas

¹¹ I Jornada “Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios”, 1., 22-23 ago. 2016, Brasília. Enunciados aprovados . Brasília: Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, 2016. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios/?_authenticator=60c7f30ef0d8002d17dbe298563b6fa2849c6669>. Acesso em: 01 ago. 2024.

processuais, mas, para outros, pode ser visto como ao lume do custo de oportunidade, rapidez e segurança da arbitragem.

Assim, com a obrigação de previsão da arbitragem no edital, a Administração fica forçada a agir de modo estratégico quanto ao planejamento da arbitragem. Em alguns regimes legais, é expressa a obrigação de que a arbitragem, quando eleita, conste no edital. São os casos da Lei das Concessões Comuns e da Lei das PPPs.

Por fim, Oliveira; Estefam (2020) defendem que a flexibilização do princípio da vinculação ao instrumento convocatório para o caso do compromisso arbitral, permitida pelo STJ, deve ser restrita aos casos em que eventual regulamento especificar e detalhar tal possibilidade. Foi o que havia feito o hoje revogado Decreto n. 8.465/2015¹² (art. 9º, caput e § 1º) ao permitir a celebração de compromisso arbitral posteriormente, estabelecendo que a ausência de cláusula arbitral não impede a Administração Pública de celebrar compromisso, caso em que ela deve “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”.

No mesmo sentido desse revogado Decreto, o Decreto n. 10.025/2019¹³ assinala: “Na hipótese de ausência de cláusula compromissória, a administração pública federal, para decidir sobre a celebração do compromisso arbitral, avaliará previamente as vantagens e as desvantagens da arbitragem no caso concreto.” (art. 6º, caput).

Contrariando esse raciocínio, Amaral (2012) defende que a Administração pode se submeter à arbitragem sem previsão no edital, pois a Lei de Arbitragem exige apenas três requisitos: capacidade civil, que o objeto seja sobre direitos patrimoniais e disponíveis. Além disso, conforme o autor, o uso da arbitragem não favorece nenhuma das partes, conforme estabelecido no art. 1º da Lei de Arbitragem. Em casos de contratação direta pela Administração, em que não há um processo licitatório, é possível inserir a cláusula arbitral diretamente no contrato administrativo. Assim, o autor conclui que não há obstáculo para a convenção da arbitragem quando surgir uma controvérsia durante a execução do contrato, por meio de compromisso arbitral.

¹² Regulamenta o § 1º do art. 62 da Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, para dispor sobre os critérios de arbitragem para dirimir litígios no âmbito do setor portuário.

¹³ Dispõe sobre a arbitragem para dirimir litígios que envolvam a administração pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, e regulamenta o inciso XVI do caput do art. 35 da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, o § 1º do art. 62 da Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, e o § 5º do art. 31 da Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017.

No entanto, a lacuna sobre essa questão foi preenchida pela nova Lei de Licitações, de modo que essa restrição tornou-se menos relevante, uma vez que o art. 153 da Lei n.º 14.133/2021 permite que os contratos sejam modificados para incluir a cláusula arbitral, possibilitando que a Administração aceite a arbitragem mesmo sem previsão no edital de licitação.

De forma geral, é necessário atender a certos requisitos essenciais para adaptar o procedimento arbitral à realidade da Administração Pública, garantindo a validade do processo. Primeiramente, é imprescindível destacar que não é permitido utilizar critérios de equidade em arbitragens que envolvam a Administração, sendo permitida apenas a arbitragem de direito; em segundo lugar, é importante garantir a transparência dos atos, exceto em circunstâncias devidamente justificadas. Em função das particularidades da Administração Pública, é fundamental encontrar um equilíbrio entre a autonomia das partes prevista na Lei de Arbitragem e a vinculação estabelecida pelo Direito Público. Salles (2011) alerta para a necessidade de evitar o uso da discricionariedade de forma prejudicial à administração, através da imposição de regras processuais que limitem sua capacidade de defesa; da mesma forma, é essencial evitar restrições indevidas que possam prejudicar a parte privada a ponto de descaracterizar a arbitragem.

Em síntese, a convenção arbitral submete-se a regras de direito privado, mas essas regras devem conviver com os princípios e regras de direito público.

3.2.1 A sede da arbitragem, o idioma e a publicidade

A definição da sede da arbitragem é crucial para determinar se a sentença arbitral será considerada nacional ou estrangeira. De acordo com os artigos 34, parágrafo único, e 35 da LArb, uma sentença arbitral estrangeira é aquela emitida fora do Brasil e, para ter validade no país, deve ser homologada pelo STJ. Por outro lado, uma sentença arbitral nacional é proferida dentro do território brasileiro.

Diversas legislações já adotam expressamente o Brasil como sede de arbitragem, como a Lei das Parcerias Público-Privadas (art. 11, III), a Lei das Concessões Comuns (art. 23-A), a Lei n. 13.448/2017 (art. 31, § 3º), e o revogado Decreto n. 8.465/2015 (art. 3º, III). O Decreto n. 46.245/2018, do Estado do Rio de Janeiro, é ainda mais específico, estabelecendo a cidade do Rio de Janeiro como sede da arbitragem (art. 4º, I). Já o Decreto n. 10.025/2019 determina que a arbitragem deve ocorrer na República Federativa do Brasil (art. 3º, III).

Conforme Oliveira; Estefam (2020), a realização de atos processuais em locais diferentes da sede da arbitragem não altera sua designação. Isso porque a LArb¹⁴ permite que o compromisso arbitral estipule um ou mais locais onde o procedimento será conduzido, sem que isso descaracterize a sede original.

Quanto ao idioma, o português é entendido como o idioma oficial da arbitragem, embora seja permitido o uso simultâneo de outro idioma pelo TCU¹⁵, desde que sejam adotados textos em duas colunas. A exigência do uso do português está expressamente prevista em diversas legislações, como na Lei das PPPs (art. 11, III), na Lei das Concessões Comuns (art. 23-A), na Lei n. 13.448/2017 (art. 31, § 3º), e no Decreto n. 46.245/2018 do Rio de Janeiro (art. 4º, III). Essa obrigatoriedade também deriva do princípio da publicidade, conforme disposto no artigo 37 da Constituição Federal e no artigo 5º da Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.527/2011).

Dessa forma, a utilização do idioma português na arbitragem é uma exigência que reflete o regime jurídico-administrativo brasileiro, garantindo que o idioma oficial não seja excluído do procedimento, mesmo que o regulamento da instituição arbitral permita outro idioma.

Além disso, como a Administração Pública está submetida ao princípio constitucional da publicidade, conforme o art. 37, pode-se dizer que os princípios da máxima transparência e da publicidade devem ser observados pela Administração, seja na fase da escolha e estruturação da arbitragem, seja na fase do procedimento arbitral. Tal medida contribui, inclusive, para a criação de uma jurisprudência arbitral estável, íntegra e coerente, a partir do que a arbitragem envolvendo a Administração vai se sedimentando e suprimindo dúvidas e inconsistências.

Para evitar controvérsias acerca do grau de publicidade, é prudente que no início do processo arbitral seja determinado o que será publicado pela Administração, à luz do regime jurídico aplicável. Surgindo conflitos entre as partes quanto a tal tema, ante o princípio da competência-competência (art. 8º, parágrafo único, da LA) e o art. 13 da LA, a controvérsia deve ser resolvida pelo árbitro.

É prudente também que as câmaras deem acesso às informações básicas da arbitragem da qual a Administração faça parte, devido ao princípio da publicidade. Nesse sentido, o regulamento da Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial – CAMARB, em seus arts. 12.2 e 12.3, dita que, nas arbitragens das quais a Administração participe, a câmara divulgará eletronicamente a existência do procedimento, a data da solicitação de arbitragem e o(s)

¹⁴ Art. 11. Poderá, ainda, o compromisso arbitral conter: I - local, ou locais, onde se desenvolverá a arbitragem; (...)

¹⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1.720/2016 . Op. cit.

nome(s) do(s) requerente(s) e requerido(s), cabendo às partes, na forma da lei, a divulgação de informações adicionais.

Logo, a Administração Pública, tanto direta quanto indireta, deve seguir as diretrizes de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência estabelecidas no artigo 37 da Constituição Federal, além de outros princípios presentes na legislação.

3.2.2 O direito aplicável

No que tange o direito aplicável, nos contratos administrativos existem normas específicas que limitam a autonomia das partes na escolha da legislação aplicável. A Administração segue uma legislação própria que regulamenta o processo licitatório, a contratação, a execução do contrato e as possíveis revisões. Dentre essas normas, destacam-se a Lei de Licitações e Contratos (Lei n.º 14.133/2021), a Lei de Concessão e Permissão de Serviços Públicos (Lei n.º 8987/1995) e a Lei de Parceria Público-Privada (Lei n.º 11.079/2004).

Necessariamente, portanto, o direito material aplicável deve ser o brasileiro, visto que o já citado princípio da legalidade obriga a Administração ao respeito das normas vigentes do ordenamento jurídico brasileiro e também impede a sua sujeição a normas outras que não harmônicas e não permitidas pelas do ordenamento nacional. Nesse passo, o Decreto n. 10.025/2019 estipula que “as regras de direito material para fundamentar a decisão arbitral serão as da legislação brasileira” (art. 3º, II). Por tal razão, Salles (2011) asseverou que há uma indisponibilidade normativa nas arbitragens envolvendo a Administração, de maneira que o uso da lei brasileira é obrigatório.

Ademais, convém observar que a própria LINDB determina, em seu art. 9º, caput o seguinte: “Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem”. Assim, como as obrigações, em regra, são no Brasil, aplica-se o direito brasileiro e não o direito alienígena.

Via de consequência, cabe ao árbitro a aplicação dos incidentes súmulas vinculantes (art. 103-A da CR/88) e seguindo Oliveira; Estefam (2020) é-lhe recomendável que a jurisprudência estatal e arbitral (se houver, como no caso da CCI) sejam consideradas, incentivando, com isso, a coerência das decisões arbitrais.

4. A CONTRATAÇÃO DE CÂMARAS ARBITRAIS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A gestão pública realiza contratações visando o adequado desempenho de suas funções. Como já verificado anteriormente, ao contrário de empresas privadas que seguem as normas do Direito Privado em seus contratos, a gestão pública está sujeita a diversas normas do Direito Administrativo para estabelecer suas contratações. É essencial destacar que a contratação das câmaras arbitrais deve seguir as regras definidas para as contratações públicas. Antes de discutir sobre a contratação destas, é fundamental definir o conceito de contrato.

Para Oliveira, (2024) existem duas espécies de contratos da Administração:

Contratos administrativos: são os ajustes celebrados entre a Administração Pública e o particular, regidos predominantemente pelo direito público, para execução de atividades de interesse público. As características básicas dos contratos administrativos são: (i) desequilíbrio contratual em favor da Administração, tendo em vista a presença das cláusulas exorbitantes (“verticalidade”); e (ii) regime predominantemente de direito público, aplicando-se, supletivamente, as normas de direito privado (art. 54 da Lei 8.666/1993). Ex.: contratos de concessão de serviço público, de obras públicas, de concessão de uso de bem público etc.; e Contratos privados da Administração ou contratos semipúblicos: são os ajustes em que a Administração Pública e o particular estão em situação de relativa igualdade, regidos predominantemente pelo direito privado. As características básicas dos contratos privados da Administração são: (i) equilíbrio contratual relativo, em razão da ausência, em regra, das cláusulas exorbitantes (“horizontalidade”); e (ii) regime predominantemente de direito privado, devendo ser observadas, no entanto, algumas normas de direito público (ex.: licitação, cláusulas necessárias etc.) Ex.: contratos de compra e venda, de seguro, de locação (quando a Administração for locatária) etc.

Nesse contexto, o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988, estabelece a contratação mediante licitação:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) 24 XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (Brasil, 1988)

É evidente que, de acordo com as normas vigentes, o órgão público deve obedecer ao processo de licitação antes de contratar serviços, adquirir produtos, realizar obras ou alienar bens. Atualmente, essa prática é regulamentada pela Lei n.º 14.133/2021 e estabelece que o

contrato decorre necessariamente da licitação. Nesse sentido, a licitação é um mecanismo que garante igualdade de condições para que toda a população possa participar das contratações públicas de maneira justa.

Segundo Di Pietro (2023), no campo do Direito Administrativo, a licitação se apresenta como uma oportunidade oferecida a toda a sociedade, desde que atendam aos critérios legais e regulamentares presentes no edital. Dentre os interessados, apenas alguns irão apresentar suas propostas, as quais são consideradas como uma aceitação das condições estipuladas pela Administração. Cabe a esta escolher a proposta mais vantajosa para proteger o interesse público, respeitando os requisitos estabelecidos no edital de convocação.

Destaca-se que o artigo 11 da Lei nº 14.133/2021 define os propósitos do processo de licitação, que são garantir a contratação mais vantajosa para a Administração, evitando acordos com preços excessivos ou inviáveis; assegurar igualdade de tratamento entre os concorrentes; e promover a inovação e o desenvolvimento sustentável. Dessa forma, é fundamental que a licitação seja conduzida de maneira íntegra e confiável para que o órgão público celebre seus contratos de acordo com as normas orçamentárias, buscando sempre a eficiência, eficácia e efetividade.

A instituição de arbitragem atua como um fornecedor de serviços em contratos com órgãos públicos. Entretanto, não necessita, obrigatoriamente, passar por um processo de licitação para ser contratada. O desafio está em estabelecer critérios que possam avaliar a competição entre os possíveis prestadores de serviços de arbitragem. O valor cobrado é relevante, mas a qualidade técnica dos serviços prestados também é fundamental. Sendo assim, para Schmidt (2021) supostamente a melhor abordagem para contratar uma instituição de arbitragem seria através de um processo de licitação baseado na avaliação de "técnica e preço", de acordo com o artigo 33, III, da Lei de Licitações. Porém, para o autor:

É virtualmente impossível definir critérios objetivos que sirvam para medir, tecnicamente, a melhor proposta.(...)

Conforme Justen Filho (2023), os princípios constitucionais determinam que a Administração deve seguir padrões como eficiência e igualdade no tratamento dos cidadãos. Além de respeitar a ética e transparência em suas ações, o governo precisa agir de maneira a incentivar o crescimento sustentável. Isso quer dizer que a Administração não pode tomar decisões de forma arbitrária, tampouco seguir procedimentos sem respeitar as normas estabelecidas. Segundo o autor, a licitação não é um fim em si mesma, mas sim um meio pelo qual a Administração assegura a aplicação dos princípios do Direito Público.

4.1 Aspectos gerais da contratação direta pela Administração Pública

Apesar da determinação da Constituição Federal de 1988, no seu art. 37, inciso XXI, que obriga a realização de licitação para a Administração pública celebrar contratos, existem exceções previstas na legislação que permitem a contratação direta em determinadas circunstâncias. Essa possibilidade está prevista na Lei n.º 14.133/2021, que regulamenta a licitação e os contratos, estabelecendo as hipóteses em que a contratação direta é permitida.

Em certos momentos, é possível para o administrador optar pela contratação direta, em situações onde a licitação não é viável, como em casos de emergência e calamidade pública, ou quando apenas um profissional possui habilidades específicas para realizar o serviço desejado pelo órgão público.

A contratação sem processo licitatório pode acontecer mediante dispensa ou inexigibilidade de licitação. No caso da dispensa, ocorre em situações onde poderia haver concorrência, mas o gestor público tem a opção de não realizar a licitação, ou seja, ele possui a liberdade de escolha. Já na inexigibilidade, não há concorrência, o que torna a licitação impraticável.

A dispensa de licitação é estabelecida pelo artigo 75 da Lei n.º 14.133/2021, que determina um conjunto limitado de circunstâncias em que a Administração está autorizada a dispensar a licitação e optar por contratação direta. Isso significa que não se trata de qualquer situação, mas apenas daquelas expressamente previstas na legislação de Licitações e Contratos. Portanto, trata-se de uma exceção à regra geral, o que demanda uma interpretação restritiva das situações descritas na lei.

O legislador listou 18 casos em que o administrador poderá utilizar a discricionariedade e efetuar a contratação direta sem a necessidade de licitação, porém não incluiu a contratação direta de câmaras arbitrais nessa lista taxativa. Dessa forma, devido à natureza restritiva da lista de dispensa de licitação, não seria viável selecionar uma câmara por meio de contratação direta, uma vez que não se enquadra nos casos previstos no artigo 75 da Lei de Licitações e Contratos.

Por outra perspectiva, a dispensa de concorrências ocorre em circunstâncias em que a Administração Pública pode contratar diretamente devido à falta de possibilidade de competição. Essa hipótese está descrita no art. 74 da legislação de Licitações e Contratos, o qual determina que a licitação será dispensada quando a competição for inviável. Conforme os ensinamentos de Justen Filho (2023, p. 293):

A impossibilidade decorre da essência dos fatos, ao passo que a dispensa é resultado da decisão legislativa. Por isso, as situações de impossibilidade previstas em lei são apenas exemplificativas, enquanto as de dispensa são detalhadas. As situações de impossibilidade variam conforme as circunstâncias, sendo necessário adotá-las independentemente da vontade do legislador.

Justen Filho (2023) defende que a falta de competição não é algo simples de se definir, pois existem várias formas de abordar esse fenômeno. Dessa forma, é desafiador identificar todas as situações que levam à falta de competição, já que diferentes circunstâncias podem indicar a inexigibilidade. De forma resumida, o autor propõe 4 tipos de falta de competição: (i) quando não há variedade de opções; (ii) quando não há um mercado concorrencial; (iii) quando não é possível julgar de forma objetiva; e (iv) quando não há uma definição clara do serviço a ser prestado.

Nesse contexto, diferentes circunstâncias podem impedir a competição. É importante ressaltar que o artigo 74 da Lei nº 14.133/2021 não possui uma lista exaustiva, pelo contrário, infere-se que o texto legal apresenta exemplos de situações em que a contratação direta é possível, ao enfatizar a expressão "em especial nos casos de (...)". Dessa maneira, é possível identificar que existem outras oportunidades em que se poderá optar pela contratação direta através da inexigibilidade de licitação devido a ausência de competição. Portanto, a seguir, será feita uma análise da viabilidade da contratação direta de câmaras por meio da inexigibilidade de licitação.

4.2 Contratação Direta e Inexigibilidade de Licitação

A nova legislação vigente, Lei nº 14.133/2021, prevê a chance de dispensa de processo licitatório em casos que exigem a contratação de serviços técnicos especializados de profissionais reconhecidos por sua larga experiência.

Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de: (...) III - contratação dos seguintes serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação: a) estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos ou projetos executivos; b) pareceres, perícias e avaliações em geral; c) assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias; d) fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços; e) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas; f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal; g) restauração de obras de arte e de bens de valor histórico; h) controles de qualidade e tecnológico, análises, testes e ensaios de campo e laboratoriais, instrumentação e monitoramento de parâmetros específicos de obras e do meio ambiente e demais serviços de engenharia que se enquadrem no disposto neste inciso;

Percebe-se que a Lei de Licitações e Contratos, em seu artigo 74, parágrafo 3, traz uma descrição sobre especialização reconhecida, que se refere a profissionais destacados por atributos distintivos, evidenciando sua importância para a realização das atividades.

(...) § 3º Para fins do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se de notória especialização o profissional ou a empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e reconhecidamente adequado à plena satisfação do objeto do contrato. (Brasil, 2021)

Dentro desse ponto de vista, o termo "empresas de notória especialização" mencionado no artigo 74, III, ilustra as situações em que o contrato público tem como finalidade uma atuação empresarial específica que corresponda ao objeto do contrato. Sob tais circunstâncias, Justen Filho (2023 p. 294) afirma que se a demanda da Administração for complexa e necessitar de habilidades diferenciadas e excepcionais por parte da empresa a ser contratada (especialização reconhecida), a licitação não se apresentará como a solução mais adequada.

De acordo com Meirelles (2016), o serviço técnico especializado é caracterizado pela atuação de empresas que, para além da competência técnica e profissional necessária, dedicaram-se a aprofundar seus conhecimentos por meio de estudos, prática profissional ou pesquisa científica. Essa especialização os diferencia dos demais empreendimentos que atuam na mesma área.

Mello (2008) destaca que, apesar de várias empresas poderem realizar a atividade, elementos específicos, em certos contextos, influenciam de forma variável a satisfação do interesse público. Dessa maneira, a opção por uma câmara arbitral com habilidades reconhecidas na área, sugere que será possivelmente mais apropriado, já que executará a tarefa de maneira mais adequada. Portanto, trata-se de um aspecto subjetivo que não pode ser descartado.

Para Schmidt (2021) é impossível estabelecer critérios objetivos claros para avaliar, de forma técnica, a melhor proposta. Isso porque o trabalho das instituições arbitrais vai além de apenas fornecer serviços administrativos semelhantes aos de um cartório judicial, focando principalmente na tomada de decisões nos processos de arbitragem, com suporte de especialistas altamente qualificados em Direito Arbitral e com conhecimento das melhores práticas em nível nacional e internacional.

De acordo com as análises realizadas, entende-se que a arbitragem possui natureza de assistência técnica especializada, uma vez que normalmente requer conhecimento aprofundado, apesar de não estar listada no rol do inciso III do artigo 74 da Lei nº 14.133/2021.

É importante frisar que a Lei de Arbitragem possibilita, em seu artigo 13, parágrafo 3, que as partes possam, de forma conjunta, decidir seguir as normas de um órgão arbitral ou entidade especializada. Isso quer dizer que as partes têm a liberdade de escolher a câmara arbitral, que ficará responsável por todo o processo de arbitragem.

De acordo com a Lei n.º 14.133/2021, não há especificações sobre a forma de contratação de câmaras arbitrais para resolver conflitos envolvendo a Administração Pública. O art. 154 da referida lei determina que a escolha dos árbitros, dos colegiados arbitrais e dos comitês de resolução de disputas deve seguir critérios de igualdade, técnica e transparência. (Brasil, 2021).

É possível observar que tanto a Lei de Arbitragem quanto a Lei de Licitações e Contratos não especificam se a seleção da câmara arbitral deve ser feita por meio de licitação ou contratação direta. A Lei n.º 14.133/2021 apenas determina que são necessários os princípios administrativos, e, portanto, a falta de definição permite uma maior liberdade de decisão por parte do Administrador.

É fundamental ressaltar que certos estudiosos, como exemplificado por Salles (2011), apontam a importância da contratação de câmara arbitral sem a obrigatoriedade de licitação. Da mesma forma, de acordo com Amaral (2012), não seria imprescindível realizar um processo licitatório para a seleção da câmara arbitral ou do árbitro. Esse autor argumenta que submeter a contratação da câmara arbitral a uma licitação prévia não seria adequado, uma vez que o serviço não é convencional, envolvendo características únicas que fogem do comum.

No entanto, compreende-se que a impossibilidade de exigência, em situações de prestação de serviços técnicos especializados de caráter majoritariamente intelectual, não é adequada quando se trata de arbitragem institucional, já que as câmaras arbitrais desempenham apenas funções administrativas do processo e até mesmo na seleção dos árbitros, que geralmente fazem parte de seu rol de profissionais, portanto, é uma atividade rotineira realizada pela entidade arbitral.

De acordo com Matos (2023), a função da câmara arbitral consiste em oferecer suporte e organizar o procedimento, sem, no entanto, exercer efetivamente a arbitragem. Isso implica que sua atuação é basicamente administrativa.

Contudo, ao optar pela arbitragem institucional e contratar uma câmara arbitral, é importante considerar algumas questões. A dispensa do processo licitatório se torna a opção mais adequada para as arbitragens institucionais. Com base em critérios subjetivos, como

reputação, a participação em um processo licitatório se mostra inviável nesses casos¹⁶, sendo comumente aceita a não obrigatoriedade ao contratar uma câmara arbitral.

Desta maneira, aplica-se na situação a norma prevista no artigo 74, parágrafo único e item III, da Lei nº 14.133/2021, permitindo a contratação direta, por não ser possível a realização de licitação, de organização com experiência reconhecida na administração de processos arbitrais, comprovada por meio da eficiente prestação dos serviços correspondentes anteriormente, de acordo com a exigência presente no §3º da mencionada legislação.

A tese da inexigibilidade aparece de forma mais significativa entre os estudiosos devido aos critérios utilizados ao escolher uma câmara de arbitragem, que envolve uma avaliação de aspectos subjetivos de acordo com as características de cada situação, como a especialização da câmara, a lista de árbitros credenciados, a eficácia do seu regulamento, entre outros.

Nesse âmbito, torna-se complexo avaliar a competição, posto que no Brasil existem algumas instituições de arbitragem com ampla experiência e especialização na administração de processos arbitrais. Dessa forma, uma alternativa interessante para incentivar a concorrência entre elas na prestação desses serviços, por meio da adoção do credenciamento, conforme previsto no artigo 79 da nova Lei de Licitações. Todas as entidades que cumprirem os requisitos mínimos estabelecidos pelo Poder Executivo, por meio de regulamento, podem solicitar o seu credenciamento. No entanto, a escolha da instituição de arbitragem não pode ser feita pela Administração Pública. A decisão sobre qual câmara de arbitragem, dentre aquelas credenciadas, deve ser tomada pelo particular.

Schmidt, Ferreira e Oliveira (2021) destacam a importância da utilização de processos de credenciamento ou cadastro antecipados pela Administração Pública. Assim, garantiria-se a conformidade com critérios mínimos, como, por exemplo, a qualidade técnica dos serviços oferecidos pela câmara arbitral a ser selecionada.¹⁷

Importante ressaltar que tais credenciamentos têm como objetivo facilitar a identificação e descrição das câmaras arbitrais disponíveis, não sendo equiparado a um processo de licitação. Dessa forma, haverá uma melhor adequação das particularidades de cada câmara arbitral às necessidades da demanda em questão.¹⁸ Além disso, em relação a esse assunto específico, destaca-se a possibilidade da existência de critérios mais detalhados, dependendo

¹⁶ MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. Arbitragem e os contratos da Administração Pública. 203 f. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 184.

¹⁸ SCHMIDT, Gustavo da Rocha. Arbitragem na Administração Pública. Curitiba: Juruá, 2018, p. 69-72.

do decreto ou regulamentação aplicável, em relação às características necessárias para o credenciamento das câmaras arbitrais.

Como exemplo, vale ressaltar o Decreto n.º 10.025/19 e as Portarias Normativas n.º 21/2021 e 42/2022 da Advocacia Geral da União, que, além de estabelecerem o processo de credenciamento como requisito mínimo, determinaram que as câmaras arbitrais devem cumprir o compromisso com o princípio da publicidade; realizar as audiências no Brasil e utilizar a língua portuguesa; demonstrar competência e experiência inquestionáveis na condução de procedimentos arbitrais reconhecidos, entre outros critérios mais específicos.

4.3 A opção do Credenciamento como instrumento auxiliar de contratação

A legislação referente a Licitações e Contratos define o que é credenciamento no artigo 6, item XLIII, o qual descreve o procedimento de convocação pública no qual a Administração convoca todos os interessados que atendam aos critérios estabelecidos a se credenciar para oferecer serviços públicos ou fornecer bens, e posteriormente, quando forem selecionados, prestarem os serviços.

Esse é um processo no qual não há concorrência. De acordo com Di Pietro (2023), não é necessário realizar licitação, pois não há competição, já que todos os interessados que atendam aos critérios definidos pela Administração podem ser autorizados e, portanto, contratados. Essa questão evidencia a impossibilidade de competição na visão da autora.

Da mesma maneira, Carvalho Filho (2022) também compartilha da ideia de que o credenciamento é um procedimento adicional que viabiliza a Administração a realizar certos serviços de interesse público nos quais a realização de uma licitação se torna inviável, configurando-se assim como uma das formas de inexigibilidade de licitação. Dessa forma, uma vez credenciados, a Administração tem a possibilidade de firmar contratos com cada um dos credenciados.

A Lei 14.133/2021 determina as situações em que é possível fazer uso do credenciamento.

Art. 79. O credenciamento poderá ser usado nas seguintes hipóteses de contratação: I - paralela e não excludente: caso em que é viável e vantajosa para a Administração a realização de contratações simultâneas em condições padronizadas; II - com seleção a critério de terceiros: caso em que a seleção do contratado está a cargo do beneficiário direto da prestação; III - em mercados fluidos: caso em que a flutuação constante do valor da prestação e das condições de contratação inviabiliza a seleção de agente por meio de processo de licitação. Parágrafo único. Os procedimentos de credenciamento serão definidos em regulamento, observadas as seguintes regras:
I - a Administração deverá divulgar e manter à disposição do público, em sítio eletrônico oficial, edital de chamamento de interessados, de modo a permitir o

cadastro permanente de novos interessados; II - na hipótese do inciso I do caput deste artigo, quando o objeto não permitir a contratação imediata e simultânea de todos os credenciados, deverão ser adotados critérios objetivos de distribuição da demanda; III - o edital de chamamento de interessados deverá prever as condições padronizadas de contratação e, nas hipóteses dos incisos I e II do caput deste artigo, deverá definir o valor da contratação; IV - na hipótese do inciso III do caput deste artigo, a Administração deverá registrar as cotações de mercado vigentes no momento da contratação; V - não será permitido o cometimento a terceiros do objeto contratado sem autorização expressa da Administração; VI - será admitida a denúncia por qualquer das partes nos prazos fixados no edital.

Conforme se nota, o credenciamento é um processo que possibilita a contratação ao mesmo tempo e de forma padronizada. Além disso, pode ser empregado em casos em que a escolha é feita pelo próprio beneficiário do serviço e também em situações em que o mercado é instável, ou seja, quando o valor flutua. Dessa forma, é um procedimento complementar que simplifica as contratações feitas pelo setor público.

Oportuno ressaltar que, de acordo com a Lei nº 14.133/2021, em seu art. 74, IV, é viável a contratação direta pela Administração Pública nos casos em que seja possível o credenciamento. Ou seja, a nova Lei de Licitações e Contratos prevê a dispensa de licitação quando os requisitos para o credenciamento estiverem presentes. Diante desse contexto, alguns estudiosos defendem a possibilidade de contratação de câmara arbitral por meio do credenciamento.

Segundo Oliveira e Schwarstmann (2015), citados por Matos (2023), acreditam na viabilidade do credenciamento pela Administração para contratação de câmara arbitral, sendo fundamental estabelecer critérios mínimos de qualificação das instituições arbitrais e da tabela de preços a serem pagos. Esse modelo também é recomendado pela AGU¹⁹.

Matos (2023) argumenta que a questão do credenciamento está de acordo com o que foi estabelecido pela Lei nº 14.133/2021, uma vez que o art. 79 não é exaustivo em sua lista de possibilidades. O autor também ressalta que a autorização para o credenciamento de câmaras arbitrais já estava prevista em legislação anterior à nova Lei de Licitações e Contratos, como

¹⁹ Nesse sentido, é a CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU N.º 118/2016: “INEXIGIBILIDADE. SERVIÇO TÉCNICO PROFISSIONAL ESPECIALIZADO DE NATUREZA SINGULAR. CREDENCIAMENTO. (...) II. O credenciamento, apesar de não ser uma licitação, confere concretude a princípios constitucionais como os da isonomia (art. 5º), da publicidade, da impessoalidade e da eficiência (art. 37), razão pela qual se trata de prática a ser incentivada no âmbito da administração. III. Apesar de o credenciamento ser conceitualmente destinado às ocasiões nas quais a inexigibilidade se enquadra no caput do art. 25, II, da Lei nº. 8.666/1993. IV. Em que pese se tratar de um serviço raro, é possível que em alguns entes da administração pública a demanda por determinados serviços de natureza singular seja constante. Nessas hipóteses, recomenda-se a utilização do credenciamento com a fixação em um instrumento convocatório de critérios condizentes com os constantes no § 1º do art. 25 da Lei n. 8666/1993. V. O procedimento de credenciamento deverá observar as orientações contidas na conclusão DEPCONSU/PGF/AGU n.º 29/2013, decorrentes do PARECER n.º 7/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU”. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/36212603>. Acesso em: 18 de junho de 2024

no Decreto n.º 10.025/2019, que regula a arbitragem em disputas envolvendo a administração pública federal nos setores portuário, de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário:

Art. 10. O credenciamento da câmara arbitral será realizado pela Advocacia-Geral da União e dependerá do atendimento aos seguintes requisitos mínimos: I - estar em funcionamento regular como câmara arbitral há, no mínimo, três anos; II - ter reconhecidas idoneidade, competência e experiência na condução de procedimentos arbitrais; e III - possuir regulamento próprio, disponível em língua portuguesa. § 1º O credenciamento de que trata o caput consiste em cadastro das câmaras arbitrais para eventual indicação futura em convenções de arbitragem e não caracteriza vínculo contratual entre o Poder Público e as câmaras arbitrais credenciadas. § 2º A Advocacia-Geral da União disciplinará a forma de comprovação dos requisitos estabelecidos no caput e poderá estabelecer outros para o credenciamento das câmaras arbitrais. (Brasil, 2019)

Ademais, as exigências e requisitos para ser credenciado devem estar descritos em um regulamento estabelecido pela Administração Pública. A legislação de Minas Gerais sobre arbitragem, por exemplo, determina que a entidade responsável pela arbitragem deve cumprir os seguintes critérios para poder resolver disputas envolvendo a Administração Pública estadual: 1) ter sua sede, de preferência, em Minas Gerais; 2) estar legalmente estabelecida por pelo menos três anos; 3) estar em atividade como instituição arbitral; 4) ter como sócia fundadora ou mantenedora uma entidade que atue em benefício da coletividade; e 5) possuir reconhecida integridade, competência e experiência na administração de processos arbitrais.

Segundo Oliveira; Sousa (2022), todavia, a determinação descrita na legislação de Minas Gerais e seguida por demais entes no que tange o favorecimento de contratação de instituições locais ligadas a uma entidade que realiza um tipo de atividade específica pode ser questionada, pois pode vir a favorecer a criação de uma reserva de mercado.

Diante do que foi mencionado, é possível afirmar que o credenciamento pode ser empregado na contratação de câmaras arbitrais como uma forma auxiliar nos processos de licitação e contratos. No entanto, é fundamental que o procedimento de credenciamento siga critérios bem definidos e objetivos estabelecidos em regulamento, conforme determinam os artigos 78 e 79 da Lei 14.133/2021.

Assim, a contratação de câmaras arbitrais envolve aspectos específicos (reputação, especialização na matéria em questão, etc.) que fogem dos padrões convencionais. Importante ressaltar que a contratação de câmaras deve ocorrer quando surge um conflito a ser resolvido por arbitragem, visto que é impossível prever antecipadamente quantas arbitragens serão necessárias ao longo do contrato. Devido à natureza subjetiva dessa escolha, pautada na confiança das partes e na reputação e competência na especialidade em questão, a licitação se mostra inviável.

Por fim, as condições necessárias para o credenciamento devem ser apenas as essenciais para garantir a qualidade dos serviços oferecidos e a idoneidade da instituição de arbitragem. Requisitos excessivos e sem razão são contrários aos princípios administrativos da imparcialidade e da competição. Podem, ao contrário do esperado, influenciar injustamente a contratação de uma entidade específica, prejudicando os interesses legítimos das partes envolvidas, que, nessas circunstâncias, têm seu direito de escolher a instituição de arbitragem que melhor se adequa a eles usurpado, levando em consideração as taxas e a qualidade dos serviços oferecidos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo que foi mencionado, pode-se afirmar que a arbitragem é uma ferramenta importante para resolver conflitos, já que o procedimento é mais rápido e menos burocrático. Assim, explicita-se que a arbitragem é uma opção adequada para resolver disputas relacionadas a questões financeiras, sendo um recurso útil e aconselhável para a Administração Pública.

Apesar da arbitragem ter se tornado uma prática consolidada na Administração Pública nos últimos anos, somente em 2021, com a promulgação da Lei n.º 14.133/2021, foi finalmente regulamentada de forma explícita a possibilidade de empregar métodos alternativos para a resolução de disputas em contratos celebrados pelo governo. A nova Lei de Licitação e Contratos representa um avanço significativo nesse sentido.

A legislação específica sobre a resolução de litígios pela Administração Pública tem o potencial de expandir a segurança jurídica em sua área de atuação, o que pode atrair mais investimentos do setor privado. Portanto, positivas são as ações dos Estados e Municípios que se propuseram a regulamentar esse assunto.

Mesmo com as mudanças trazidas por essa legislação, tanto a nova Lei de Licitações quanto a Lei de Arbitragem não trataram de maneira detalhada os critérios para a seleção de câmaras arbitrais em litígios decorrentes de contratos administrativos. A Lei n.º 14.133/2021 apenas menciona de forma geral a necessidade de observância dos princípios administrativos. A ausência de regras específicas para a contratação de câmaras arbitrais confere ao gestor público uma maior margem de decisão nesse processo, o que pode resultar em contratações que não estejam em conformidade com o Direito Administrativo.

Nesta ótica, a contratação de entidades de arbitragem pelo setor público, por meio do processo de dispensa de licitação deve seguir as normas legais estabelecidas na legislação de licitações e contratos.

Dessa maneira, a seleção da instituição poderá ser realizada com base no reconhecido conhecimento técnico da entidade na área do conflito, cumprindo com os requisitos legais para a inexigibilidade de licitação, conforme estabelecido no art. 74, III, da Lei n.º 14.133/2021.

Por fim, a Lei n.º 14.133/2021 abre espaço para a contratação direta através do credenciamento. Para isso, alguns critérios mínimos que devem ser considerados ao regulamentar o credenciamento de instituições arbitrais para resolver disputas com o poder público. É essencial que a entidade demonstre possuir experiência sólida na área de arbitragem. Além disso, é fundamental que a instituição tenha a infraestrutura necessária, incluindo uma

sala de audiências equipada com tecnologia adequada e salas de apoio para testemunhas e peritos.

Os litígios que são submetidos à arbitragem têm uma forte dimensão econômica e envolvem o interesse público, por isso é fundamental garantir que o procedimento ocorra de maneira adequada, sem correr o risco de escolher uma entidade que não seja capaz de fornecer os serviços necessários, de modo que instituições inexperientes tendem a ser excluídas de atuação no campo dos conflitos envolvendo contratos administrativos.

Em suma, o processo de contratação nas arbitragens público-privadas se apresenta como um tema complexo e multifacetado, que demanda uma análise cuidadosa de suas implicações e benefícios. Embora o credenciamento possa trazer maior eficiência e especialização para a resolução de conflitos, sua implementação deve ser cuidadosamente ponderada, considerando tanto as vantagens quanto as possíveis consequências negativas (criação de uma reserva de mercado).

Assim, é fundamental que os operadores do direito envolvam-se em um diálogo contínuo e reflexivo, visando aprimorar as práticas de contratação e garantir que estas atendam efetivamente aos princípios constitucionais. O amadurecimento desse processo será crucial para o fortalecimento da arbitragem no Brasil, contribuindo para um ambiente jurídico mais dinâmico e eficaz.

REFERÊNCIAS

ALVES, Rafael Francisco. **Árbitro e direito: o julgamento de mérito na arbitragem**. São Paulo: Almedina, 2018, p.82.

AMARAL, Paulo Osternack. **Arbitragem e Administração Pública: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ARAUJO, Yuri M. **Arbitragem e Devido Processo Legal**. São Paulo: Grupo Almedina, 2021. E-book. ISBN 9786556272849. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556272849/>. Acesso em: 4 set. 2024.

BRASIL, LEI 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Dispõe sobre a arbitragem**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 03 de julho de 2024.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição do Império de 1824**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 03 de julho de 2024.

BRASIL. LEI 14.133, de 1 de abril de 2021. **Estabelece normas gerais de licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/14133.htm. Acesso em: 26 de julho de 2024.

BRASIL. Projeto de Lei nº 2486, de 2022. **Dispõe sobre a arbitragem em matéria tributária e aduaneira**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2022. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2442506>. Acesso em: 14 set. 2024.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <https://normas.leg.br/?urn=urn:lex:br:federal:constituicao:1988-10-05;1988>. Acesso em: 03 de julho de 2024.

CAHALI, Francisco J.; RODOVALHO, Thiago; Alexandre. **Arbitragem: estudos sobre a lei n. 13.129, de 26-5-2015**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2016. E-book. ISBN 9788502625303. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502625303/>. Acesso em: 11 ago. 2024.

CARMONA, Carlos A. **Arbitragem e processo : um comentário à Lei nº 9.307/96**, 3ª edição. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2012. E-book. ISBN 9788522470617. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522470617/>. Acesso em: 09 jun. 2024.

CARVALO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 36 ed. Barueri: Atlas, 2022. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559771837/>. Acesso em: 04 julho de 2024.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2023. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646784/>. Acesso em: 28 ago. 2024.

FICHTNER, José Antônio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. **Teoria geral da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530982881/>. Acesso em: 03 jun de 2024.

FLAUSINO, Vagner Fabricio Vieira. **Arbitragem nos contratos de concessão de serviços públicos e de parceria público-privada**. Curitiba: Juruá, 2015.

GARCIA, Flávio Amaral. **A arbitragem na administração pública estadual e o decreto do Rio de Janeiro**. Revista Eletrônica OAB/RJ. Edição Especial de Infraestrutura, 2021. Disponível em: <https://revistaeletronica.oabRJ.org.br/wp-content/uploads/2019/12/6.-Fl%C3%A1vio-Amaral-convertido.pdf>. Acesso em 22 ago. 2024

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023 Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645770/>. Acesso em: 29 ago de 2024.

LEMES, Selma. **Arbitragem na Administração Pública**, 2007. p. 78

MATOS, Federico Nunes. **Critérios e procedimentos para a seleção de árbitros e da instituição arbitral no âmbito da nova lei de licitações e contratos administrativos – Lei n.º 14.133/2021**. In: BATISTA JUNIOR, Onofre Alves; BROCHADO, Mariah (orgs.). *Direito Administrativo entre tradição e transformação: os desafios da gestão pública no Estado de Direito contemporâneo*. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2023. p. 175-196.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 42 ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MUNIZ, Joaquim de Paiva. **Curso Básico de Direito Arbitral - Teoria e Prática**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Almedina, 2023. ISBN 9786526307328.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; ESTEFAM, Felipe Faiwichow. **Curso prático de arbitragem e administração pública**. 2020 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/213708756/v1/page/RB-3.12>.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; ESTEFAM, Felipe Faiwichow. **Regulamentos de arbitragem na Administração Pública: estudo de caso da minuta de decreto apresentada pela PGE-SP (2018)**. Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR, Belo Horizonte: Fórum, ano 1, n. 1, p. 55-76, jan./jun. 2019, p. 57-58.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho R. **Licitacoes e Contratos Administrativos - Teoria e Prática**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. E-book. ISBN 9788530994846. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530994846/>. Acesso em: 12 ago. 2024.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **A arbitragem nos contratos da Administração Pública**. Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution - RBADR, v. 01, p. 101-123, 2019.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; SOUZA, Lucas Carvalho de. **Regulamentações da arbitragem pela Administração Pública em âmbito infranacional: um estudo crítico e comparativo**. Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR, Belo Horizonte, ano 04, n. 07, p. 179-200, jan./jun. 2022. DOI: 10.52028/rbadr.v4i7.11.

ORENGA, Danilo. **Arbitragem e Precedentes Judiciais. (Coleção CBAr)**. São Paulo: Grupo Almedina, 2023. E-book. ISBN 9786556277745. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556277745/>. Acesso em: 4 set. 2024.

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

SCHIMDT, Gustavo da Rocha; FERREIRA, Daniel Brantes; e OLIVEIRA; Rafael Carvalho Rezende. **Comentários à Lei de Arbitragem**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021, pp. 25-26.

SCHMIDT, Gustavo da Rocha. **Arbitragem na Administração Pública**. Curitiba: Juruá, 2018, p. 67-68.

SCHMIDT, Gustavo da Rocha. **Sobre arbitragem institucional e arbitragem ad hoc**. *Consultor Jurídico*, 09 maio 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-09/schmidt-arbitragem-institucional-arbitragem-ad-hoc/>. Acesso em: 8 set. 2024.

WALD, Arnaldo. **A reforma da lei de arbitragem**. Revista dos Tribunais, v. 962, São Paulo: RT, dez. 2015.