

## **A arbitragem na Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**

**Mauricio Morais Tonin<sup>1</sup>**

### **RESUMO**

O artigo analisa a previsão da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei Federal nº 14.133/2021) de utilização de métodos alternativos de solução de conflitos - especialmente a arbitragem - nas relações contratuais. Inicialmente, é abordado o panorama do sistema multiportas envolvendo o Poder Público e a legislação aplicável, notadamente a Nova Lei. Em seguida, são analisadas as peculiaridades da utilização da arbitragem para disputas envolvendo a Administração Pública, como os conflitos que podem ser submetidos ao método (arbitrabilidade objetiva), a legalidade como critério de julgamento (arbitragem de direito), a publicidade do procedimento arbitral e o processo de escolha de árbitros.

**Palavras-chave:** Arbitragem; Administração Pública; Contratos Administrativos; Árbitros.

### **ABSTRACT**

The paper analyzes the New Public Bidding and Contracts Law (Federal Law nº 14.133/2021) regarding the use of alternative dispute resolution, especially arbitration. Initially, it is analyzed the panorama of the Multidoor Courthouse System involving the Public Administration, as well as the applicable legislation, notably the New Law. Then, the article analyzes the peculiarities of the use of arbitration to settle

---

<sup>1</sup>Procurador do Município de São Paulo. Doutor e Mestre em Direito Processual Civil pela USP. Bacharel em Direito pela USP. Mediador e Advogado. Professor de cursos de pós-graduação de direito processual civil e de meios alternativos de solução de controvérsias. [mtonin@prefeitura.sp.gov.br](mailto:mtonin@prefeitura.sp.gov.br)

disputes with the Public Administration, such as the sort of conflicts that are suitable, the judgment by the law (prohibition of equity), publicity of the arbitration procedure and the process of choosing arbitrators.

**Keywords:** Arbitration; Public Administration; Public Contracts; Arbitrators.

## Introdução

A Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei Federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021) entrou em vigor no Brasil. A Lei 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, excluídas as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, regidas pela Lei nº 13.303/2016.

É certo que haverá um período de transição de 2 (dois) anos entre a vigência da Nova Lei e a revogação das Leis anteriores, nos termos dos arts. 191 e 193. Contudo, já é possível à Administração Pública optar por licitar e contratar de acordo com a Lei nº 14.133/2021.

Uma das inovações da Lei em relação à malfadada Lei nº 8.666/93 é a previsão expressa de utilização de meios alternativos de resolução de controvérsias nos contratos. A esse respeito, a Lei de 1993 apenas dispunha no art. 55, § 2º que os contratos deveriam prever necessariamente cláusula que declarasse competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual.

Neste sentido, os contratos públicos que atualmente preveem a mediação e a arbitragem como métodos de solução de conflitos o fazem com base em outras previsões legais, como a Lei nº 13.140/2015 (Lei de Mediação) e a Lei nº

9.307/96, alterada pela Lei nº 13.129/2015 (Lei de Arbitragem).

Já em relação ao *Dispute Board* (comitê de resolução de disputas) não existia, até então, previsão em lei federal permitindo a sua utilização pelo Poder Público, o que levou o Tribunal de Contas da União (TCU) a declarar ilegal a sua previsão em edital, por conta da análise de uma concessão de rodovias pelo Ministério da Infraestrutura (processos nºs 016.936/2020-5 e 018.901/2020-4).

Diante disso, a partir de agora o legislador deixa claro que não só permite a utilização desses métodos pela Administração Pública, como fomenta-os, pois incorpora capítulo específico na Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos. É um marco importante.

Neste breve estudo, far-se-á uma análise sobre a previsão da arbitragem como método de solução de conflitos na Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos e algumas peculiaridades sobre a sua utilização pela Administração Pública.

## **I. Os meios alternativos de solução de conflitos na Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**

A utilização dos meios alternativos de solução de conflitos surge como necessidade para ajudar a equacionar a crise da Justiça e de justiça. Por conta disso, é possível afirmar que a Administração Pública não só pode, como deve, buscar solução dos conflitos também de forma alternativa ao processo judicial no Poder Judiciário.

Isso porque para determinados tipos de conflitos outros meios são mais adequados para solucioná-los do que o Judiciário, devendo o administrador público estar atento à possibilidade de utilizar a negociação, a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas (*dispute board*) ou a arbitragem. O que importa é a solução adequada das controvérsias.

Compreender que há meios mais ou menos adequados a determinados tipos de conflitos parece ser o caminho certo da implantação de um sistema multiportas – ou de múltiplas portas –, que permite àqueles que estão em conflito escolher, dentre uma gama tão variada quanto possível, o método mais ajustado ao caso concreto (CARMONA, 2011, p. 200).

Neste contexto, a garantia de acesso à justiça não está restrita à possibilidade de ingresso com uma demanda no Poder Judiciário. O acesso à justiça abrange também os demais métodos de solução de conflitos, mais adequados que o processo para muitos casos, permitindo a pacificação social.

Um sistema multiportas de resolução de disputas (*Multidoor Courthouse*) oferece aos litigantes diversos métodos, sendo necessário que o operador saiba identificar aquele mais adequado ao caso concreto. Isso porque não adianta abrir portas aleatoriamente, sem critérios, sem saber se este é o melhor caminho para alcançar o objetivo almejado.

Esta tarefa se realiza a partir da análise do caso: as partes interessadas, os valores envolvidos, a legislação aplicável, as questões a serem eventualmente provadas em juízo, os custos de transação e as preferências de risco do interessado (MNOOKIN; PEPPET; TULUMELLO, 2009, p. 142).

Por outro lado, a enorme quantidade de processos judiciais envolvendo a Fazenda Pública, registrada ano após ano pelos dados do CNJ, evidencia uma injustificável postura de inércia dos entes públicos em relação a este problema. Tudo vai parar no Judiciário, indistintamente. O que se verifica, em muitos casos, é o aproveitamento proposital da

morosidade da Justiça para protelar o cumprimento das obrigações pelo Poder Público.<sup>2</sup>

Atento a essa realidade, o legislador inseriu na Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos um Capítulo específico sobre resolução de conflitos. Trata-se do Capítulo XII – Dos Meios Alternativos de Resolução de Controvérsias, contendo 4 (quatro) artigos dispondo expressamente sobre a

---

<sup>2</sup> Sobre essa questão, vale a leitura do acórdão do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 579431 (TEMA 96 da repercussão geral), no trecho em que os Ministros Luís Roberto Barroso, Carmen Lúcia, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski (então presidente) discutem a posição da Fazenda Pública em relação aos processos em curso na Justiça (págs. 17-19). Confira-se trecho do voto do Ministro Barroso: “(...) o Poder Público vai ter que mudar o modo como ele litiga, o Poder Público terá que mudar o modo como ele compõe litígios, porque a cultura que existe, também da parte do Poder Público, é a da judicialização de todas as questões. E nós vamos ter que partir, no Brasil, em curto prazo, para mecanismos de desjudicialização da vida. O Judiciário não é capaz da ter estrutura que possa prestar serviços adequados a tempo e a hora nesse volume. De modo que a Advocacia Pública terá que se recondicionar para a solução administrativa de boa parte do que hoje é judicializado E eu verifiquei, e faz parte da estrutura de como funciona o Poder Público. Às vezes, Presidente, há um acidente, em que a responsabilidade do Poder Público é inequívoca, e, portanto, a forma adequada de se resolver aquilo é administrativamente, por uma composição amigável, em bases razoáveis, proposta pelo Poder Público. Mas, ainda assim, a cultura vigente é a de se litigar por anos a fio, mesmo quando a responsabilidade seja inequívoca. E, além do litígio, quando poderia ser evitado mediante transação, existe na Advocacia Pública uma cultura de se recorrer de tudo em todas as instâncias. Eu fui advogado público, é mais difícil obter dispensa do recurso do que recorrer - Ministra Cármen confirmará isso. Portanto, a gente recorre. (...) Portanto, para evitar que processos iniciados em 2002 terminem em 2015, nós teremos de mudar um pouco a cultura de como o Poder Público litiga, como o Poder Público comparece a juízo, seja desjudicializando o que possa ser desjudicializado, seja compondo administrativamente o que possa ser composto administrativamente, seja deixando de recorrer quando manifestamente as teses já estejam pacificadas. Penso que, em algum lugar do futuro, talvez até por iniciativa do CNJ, devemos pensar em medidas de incentivo para mudar o modo como o Poder Público litiga, que hoje ocupa um terço das demandas na Justiça brasileira.” Inteiro teor do acórdão: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13127051>, acesso em 04/03/2022.

utilização dos meios alternativos de resolução de controvérsias nas contratações públicas. Confira-se:

**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.

**Art. 152.** A arbitragem será sempre de direito e observará o princípio da publicidade.

**Art. 153.** Os contratos poderão ser editados para permitir a adoção dos meios alternativos de resolução de controvérsia.

**Art. 154.** O processo de escolha dos árbitros, dos colegiados arbitrais e dos comitês de resolução de disputas observará critérios isonômicos, técnicos e transparentes.

Verifica-se que a Lei dispõe a possibilidade de serem utilizados meios alternativos ao processo judicial de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas (Dispute Board) e a arbitragem.

A despeito de alguma celeuma em torno da expressão "meios alternativos" (alguns preferem "meios adequados"), essa foi a escolha do legislador. Tem origem na expressão em inglês *alternative dispute resolution* - ADR e é bastante conhecida no Brasil.<sup>3</sup>

A respeito dos métodos elencados expressamente na lei, a conciliação e a mediação são, na realidade, o mesmo método, regulado pela Lei nº 13.140/2015. O Código de Processo Civil distingue-as no art. 165, §§ 2º e 3º, pelos casos que preferencialmente serão utilizadas e pela possibilidade, na conciliação, de o conciliador sugerir soluções para o litígio. Contudo, trata-se na essência de um mesmo método de solução de conflitos, pelo qual um terceiro imparcial (conciliador ou mediador) auxilia as partes a buscarem o consenso (autocomposição).

O *dispute board* (ou comitê de resolução de disputas) passa a ser previsto em lei federal com eficácia nacional, permitindo todos os entes federativos a utilizarem esse relevante método de prevenção e resolução de litígios, comum em contratos de construção. Não avançou o legislador na regulamentação da utilização do instituto, apenas citando-o no rol de métodos no caput do art. 151. Registre-se que existem 2 (dois) projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional que tratam do *dispute board* de forma mais detalhada.<sup>4</sup>

De outra parte, em relação à arbitragem já existe legislação específica para o Poder Público há algum tempo - como a Lei de Concessões, a Lei de PPP e a própria Lei de Arbitragem, desde 2015 -, mas é evidente que a inserção de previsão na Nova Lei de Licitações e Contratos

---

<sup>3</sup> A esse respeito, confira análise sobre a utilização das expressões "alternativos" e "adequados" na nossa obra TONIN, Mauricio Morais. *Arbitragem, Mediação e Outros Métodos de Solução de Conflitos Envolvendo o Poder Público*. São Paulo: Almedina, 2019, pp. 63-67.

<sup>4</sup> O PLS 206/2018, aprovado no Senado, encontra-se na Câmara sob nº 2421/2021.

Administrativos fortalece o instituto e respalda o administrador público que o adota para os casos adequados.

A nova lei também prevê, no art. 138, a utilização desses métodos para a extinção do contrato. *In verbis*:

**Art. 138.** A extinção do contrato poderá ser:

I – determinada por ato unilateral e escrito da Administração, exceto no caso de descumprimento decorrente de sua própria conduta;

II – consensual, por acordo entre as partes, por conciliação, por mediação ou por comitê de resolução de disputas, desde que haja interesse da Administração;

III – determinada por decisão arbitral, em decorrência de cláusula compromissória ou compromisso arbitral, ou por decisão judicial.

*(...) omissis*

Essa importante inovação legislativa, somada às previsões constantes da Lei de Mediação (Lei Federal nº 13.140/2015) - que possui um capítulo específico sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública -, do Código de Processo Civil (especialmente o art. 3º, §§ 2º e 3º<sup>5</sup>; os arts. 165 e seguintes, que dispõem sobre a conciliação e mediação judicial; e o art. 334, que prevê a audiência de conciliação ou de mediação como ato processual posterior ao recebimento da petição inicial pelo juiz e determinação de citação do réu) e de outras leis

---

<sup>5</sup> Art. 3º. (...) § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.



esparsas (como o art. 26 da LINDB<sup>6</sup>; o art. 10, parágrafo único da Lei nº 10.259/2001<sup>7</sup>; o art. 8º da Lei nº 12.153/2009<sup>8</sup>; e o art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/92, com a redação da Lei nº 13.964/2019<sup>9</sup>), cria uma legislação robusta para orientar e respaldar o administrador público, conferindo-lhe a segurança jurídica necessária para a utilização desses métodos. Em outras palavras, há uma sólida base jurídica a sustentar a utilização dos meios alternativos ao processo judicial.

Repita-se: o processo, que é um instrumento de solução de conflitos, é adequado para a solução de vários conflitos<sup>10</sup>. Mas não deve ser utilizado para tudo, como única porta de saída, ainda mais diante dessa absurda quantidade de processos no País. Em regra, os órgãos judiciais não conseguem realizar justiça em tempo razoável, possuem custo elevado e atendem apenas aqueles que conseguem afastar os obstáculos ao seu acesso.

Ressalte-se que o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) avançou na busca do processo civil de

---

<sup>6</sup> Dispõe sobre o compromisso administrativo para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença.

<sup>7</sup> Dispõe sobre a autorização aos advogados públicos para conciliar, transigir ou desistir nos processos de competência dos Juizados Especiais Federais.

<sup>8</sup> Dispõe sobre a autorização aos advogados públicos para conciliar, transigir ou desistir nos processos de competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, nos termos e nas hipóteses previstas na lei do respectivo ente da Federação.

<sup>9</sup> Dispõe sobre a possibilidade de celebração de acordo de não persecução cível nas ações de improbidade administrativa.

<sup>10</sup> Como método de trabalho, o processo é o resultado da soma de todas as disposições constitucionais e legais que delimitam e descrevem os atos que cada um dos sujeitos processuais realiza no exercício de seus poderes fundamentais, ou seja: a jurisdição pelo juiz, a ação pelo demandante e a defesa pelo réu (DINAMARCO, 2016, p. 441).

resultados. A valorização dos precedentes pelo Código<sup>11</sup> <sup>12</sup>, por exemplo, torna o resultado do processo mais previsível, permitindo ao interessado avaliar com maior segurança acerca do prosseguimento pela via judicial ou pela composição com a outra parte, a depender da constatação das chances de êxito.

Portanto, o processo civil é um importante método de solução de conflitos que deve ser utilizado pela Administração Pública para resolver muitos conflitos. Mas o processo deve ser considerado em conjunto com outros mecanismos, autocompositivos e heterocompositivos, ou seja, inserido no sistema multiportas, sendo imprescindível a elaboração de um sistema de solução de disputas.<sup>13</sup>

## II. Arbitragem com a Administração Pública

---

<sup>11</sup> Os arts. 926 a 928 do CPC dispõem sobre o dever dos tribunais de uniformar sua jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente; sobre a obrigatoriedade de observação pelos juízes das decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade, dos enunciados de súmula vinculante, dos acórdãos em IRDR, IAC e recursos extraordinário e especial repetitivos, enunciados de súmulas do STF e do STJ e a orientação do plenário ou órgão especial dos tribunais aos quais estiverem vinculados.

<sup>12</sup> Cândido Rangel Dinamarco, acerca das fontes do direito no ordenamento jurídico brasileiro, afirma que essa desenganada aproximação entre a jurisprudência e a lei autoriza o reconhecimento de que, nos limites estabelecidos na Constituição Federal e no Código de Processo Civil, a jurisprudência é realmente uma fonte do direito. Afirma o autor: "*Na prática diuturna do exercício da jurisdição essa maior intensidade de aderência aos precedentes e repetição de julgamentos a eles atrelados, com o repúdio a decisões discrepantes, mostra que os juízes e tribunais acatam a jurisprudência como um verdadeiro repositório de normas jurídicas a serem observadas em suas decisões, tanto quanto aquelas constantes do direito positivo (Constituição, leis complementares, leis ordinárias etc.)*" (*Op cit*, p. 161).

<sup>13</sup> A respeito do desenho de sistema de solução de disputas pela Administração Pública, confira: TONIN, Mauricio Moraes. *O Desenho de Sistema de Solução de Disputas (DSD) pela Administração Pública: a utilização adequada dos meios de solução de conflitos*. In OLIVEIRA FILHO, Gilberto Bernardino; MARCO, Nathalia Leone (Org.), *A Boa Gestão Pública e o Novo Direito Administrativo: dos conflitos às melhores soluções práticas*, 1ª ed., São Paulo: SGP – Soluções em Gestão Pública, 2021, pp. 398-427.

Arbitragem, segundo Carlos Alberto Carmona, é meio de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial. É colocada à disposição de quem quer que seja, para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor (CARMONA, 2009, p. 31).

A arbitragem garante ao setor público e a seus parceiros privados maior segurança jurídica, bem como a tecnicidade das decisões e a celeridade exigida pelos mercados regulados. Isso porque os processos judiciais demoram muito tempo para serem finalmente julgados no Judiciário, sem que haja uma garantia da qualidade da análise que será realizada pelos magistrados que irão se debruçar sobre o litígio.

Na arbitragem, os árbitros escolhidos pelas partes possuem a sua confiança, pois são especialistas na matéria em litígio e possuem mais tempo para se dedicar ao caso do que os juízes, submetidos a um volume muito grande de trabalho e que possuem, em regra, uma formação mais generalista, considerando a ampla gama de matérias que são levadas para solução judicial.

A discussão acerca da possibilidade ou não de a Administração Pública se valer da arbitragem não é recente na doutrina e na jurisprudência pátria. Desde o início do século XX, juristas como Mendes Pimentel e Rui Barbosa afirmaram a competência da Administração Pública brasileira para firmar cláusula compromissória. Ademais, a eleição da arbitragem nos contratos administrativos firmados entre a Administração e os particulares acompanha as concessões de obras e serviços públicos desde a sua origem nos idos de 1850 (LEMES, 2007, p. 63-70).

Ressalte-se que o Superior Tribunal de Justiça - STJ, por diversas vezes, firmou entendimento pela admissibilidade da arbitragem com a Administração Pública, sendo pacífico em sua jurisprudência atual.<sup>14</sup>

Apesar de várias leis específicas preverem essa possibilidade há décadas – como a Lei de Concessões<sup>15</sup>, em seu art. 23-A, introduzido pela Lei nº 11.196/2005 –, foi com a alteração na Lei de Arbitragem (Lei Federal nº 9.307/96), promovida pela Lei nº 13.129/2015, que o número de casos realmente aumentou. Nesta ocasião, o legislador entendeu por bem incluir os §§ 1º e 2º ao artigo 1º da Lei<sup>16</sup>, tornando

---

<sup>14</sup> No julgamento do Recurso Especial 606.345-RS (Rel. Min. João Otávio de Noronha, 2ª Turma, v.u., DJ 17.05.2007) e dos Embargos de Declaração no REsp 612.439-RS (caso AES Uruguaiana x CEEE - Rel. Min. João Otávio de Noronha, 2ª Turma, v.u., DJ 17.05.2007), do REsp 904.813-PR (caso Compagás - Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, v.u., DJ 20.10.2011), bem como do Agravo Regimental no Mandado de Segurança 11.308-DF (caso TMC - Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Seção, v.u., DJ 09.04.2008), o tribunal examinou de modo aprofundado os principais aspectos da polêmica envolvendo o tema e reafirmou a posição a favor da autonomia contratual da Administração e a possibilidade de utilização da arbitragem. Mais recentemente, no julgamento do Conflito de Competência 139.519-RJ, o STJ enfrentou uma série de questões jurídicas envolvendo a arbitragem com a Administração Pública, sendo uma delas a análise dos direitos patrimoniais disponíveis envolvidos no litígio (Rel. p/ acórdão Min. Regina Helena Costa, 1ª seção, por maioria, DJ 11/10/2017).

<sup>15</sup> A Constituição Federal dispõe que incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos (art. 175). Entende-se por concessão de serviço público uma relação jurídica complexa através da qual o Estado atribui a alguém o exercício de um serviço público e este aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta, risco e perigos, sob condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Estado, remunerando-se disto pela exploração do serviço, geralmente mediante cobrança de tarifas diretamente dos usuários, e tendo garantida em seu favor a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro estabelecido nos termos da estipulação inicial (BANDEIRA DE MELLO, 2017, p. 96).

<sup>16</sup> Art. 1º. As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.  
§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

explícito aquilo que já era implícito. A lei ainda previu que a arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade (art. 2º, § 3º, LA), o que foi repetido no art. 152 da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, acima transcrito.

Nos últimos anos, houve uma expansão da previsão de cláusulas compromissórias em contratos de grandes obras públicas, concessões e permissões da prestação de serviços públicos e parcerias público-privadas – também impulsionada pelo crescimento do investimento no setor de infraestrutura no País –, cujos conflitos normalmente complexos e de grande repercussão econômica são adequados à solução pela arbitragem.

Embora a escolha pela arbitragem não seja a primeira opção administrativa, investidores nacionais e estrangeiros condicionam sua participação em projetos de infraestrutura à previsão de cláusula compromissória nos contratos decorrentes dos certames licitatórios, sendo este o principal motivo de sua inserção na modelagem contratual. Como consequência disso, o número de arbitragens envolvendo a Administração Pública tem crescido cada vez mais, ao ponto de já terem sido criados núcleos especializados em arbitragem nos maiores órgãos de advocacia pública.<sup>17</sup>

Com o surgimento das disputas e a atuação com arbitragem na prática, diversas questões vêm demandando regulamentação no âmbito administrativo.<sup>18</sup> Em geral,

---

§ 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações.

<sup>17</sup> A Advocacia Geral da União criou o Núcleo Especializado em Arbitragem – NEA e a Procuradoria Geral do Estado de São Paulo criou por lei a Assistência de Arbitragens.

<sup>18</sup> Citem-se: Lei Estadual de Minas Gerais nº 19.477, de 12/01/2011; Lei Estadual de Pernambuco nº 15.627, de 28/10/15; Decreto Estadual do Rio de Janeiro nº 46.425, de 20/02/2018; Decreto Estadual de São Paulo nº 64.356, de 31/07/2019; e o Decreto Federal nº 10.025, de 23/09/19 (dispõe sobre a arbitragem para dirimir litígios que envolvam a administração pública federal

andaram bem os entes que editaram os regulamentos, podendo-se afirmar que houve muito mais acertos do que erros, gerando maior segurança jurídica aos *players* da arbitragem, nacionais e internacionais.<sup>19</sup> Citem-se, por exemplo, o Decreto Federal nº 10.025/2019 e o Decreto do Estado de São Paulo nº 64.356/2019, que regulamentaram a utilização da arbitragem pelos respectivos entes públicos. O Município de São Paulo, por sua vez, editou o Decreto Municipal nº 59.963/2020 regulamentando o assunto.<sup>20</sup>

Segundo pesquisas realizadas por Selma Ferreira Lemes sobre arbitragem em números e valores em oito câmaras<sup>21</sup>, em 2018 houve a participação da Administração Pública Direta e Indireta em 29 novos procedimentos arbitrais e, em 2019, em 48 novos procedimentos (em sete das oito câmaras analisadas). Considerando que o número total de arbitragens processadas nessas sete câmaras foi de 292 casos novos em 2018 e de 277 em 2019, pode-se dizer que 9,93% dos casos em 2018 e 16,66% dos casos em 2019 eram arbitragens novas com a Administração Pública Direta e Indireta.<sup>22</sup> O aumento de quase 7 pontos percentuais de 2018 para 2019 (que representa, proporcionalmente, aumento de 70%) indica uma tendência clara de crescimento.

---

nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário).

<sup>19</sup> A respeito dos regulamentos e uma análise sobre as questões polêmicas, confira: TONIN, 2020, pp. 215-235.

<sup>20</sup> O texto pode ser encontrado no link <<http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/decreto-59963-de-7-de-dezembro-de-2020>>, acesso em 04/03/2022.

<sup>21</sup> AMCHAM, CAM-CCBC, CAM-CIESP/FIESP, CAM-MERCADO (BOVESPA), CCI, CAM-FGV, CBMA e CAMARB.

<sup>22</sup> LEMES, Selma Ferreira. Pesquisa Arbitragem em Números e Valores – 2017-2018 – Data: 2019, disponível em <<http://selmalemes.adv.br/artigos/PesquisaArbitragens2019.pdf>>; Pesquisa Arbitragem em Números e Valores – 2018-2019 – Data: 2020, disponível em <<http://selmalemes.adv.br/artigos/Analise-Pesquisa-ArbitragensNseValores-2020.pdf>>, acesso em 22/10/2021.

Nos tópicos a seguir, serão analisados os arts. 151 a 154 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos relativamente à arbitragem, cotejados com as demais previsões legais aplicáveis ao caso.

### **III. Arbitrabilidade objetiva dos conflitos com a Administração Pública**

Considerando que só podem ser objeto de arbitragem os conflitos envolvendo direitos patrimoniais disponíveis (arbitrabilidade objetiva), há bastante discussão doutrinária e jurisprudencial sobre o alcance dessa previsão em relação à Administração Pública. Afinal, o que são direitos patrimoniais disponíveis da Administração Pública?<sup>23</sup>

Esta provavelmente é a questão mais relevante envolvendo as arbitragens com a Administração Pública, já que os limites da jurisdição arbitral ainda estão em discussão e construção pela comunidade acadêmica, pelos profissionais que estão atuando nessas arbitragens e pela jurisprudência (arbitral e estatal).<sup>24</sup>

É comum que as cláusulas compromissórias mais modernas sejam específicas sobre as matérias que podem ser levadas para a arbitragem e aquelas que estão excluídas da jurisdição dos árbitros.

---

<sup>23</sup> A esse respeito, confira: TONIN, 2019, pp. 135-144.

<sup>24</sup> Para Mauricio Portugal Ribeiro, há dois limites para a utilização da arbitragem nos contratos de concessão. O primeiro seria a supremacia da Administração Pública em relação às questões regulatórias e relativas ao poder de polícia. Como titular – e responsável, em última análise, pela prestação do serviço – cabe à Administração determinar as características do serviço, seus níveis de qualidade e de segurança. Cabe-lhe também zelar pela manutenção de condições de continuidade. Descaberia, por isso, segundo o autor, a utilização da arbitragem em controvérsias sobre as assim chamadas “cláusulas regulamentares” do contrato. A utilização da arbitragem não deve resultar em restrição ou limitação do poder da Administração de adequar os contratos administrativos ao cumprimento do interesse público envolvido (RIBEIRO, 2011).

Alguns atos legislativos dispuseram a esse respeito. O art. 2º, parágrafo único, do Decreto Federal nº 10.025/2019 prevê em rol exemplificativo três controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis que podem ser resolvidas na arbitragem, quais sejam: (i) as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos; (ii) o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de parceria; e (iii) o inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes, incluídas a incidência das suas penalidades e o seu cálculo.

Tal previsão é muito semelhante à do art. 31, § 4º, da Lei Federal nº 13.448/2017 (Lei de Relicitação), que dispõe acerca das regras para prorrogação e Relicitação dos contratos de parcerias firmados nos termos do Programa de Parcerias de Investimentos (PPI) nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário.

Por sua vez, o parágrafo único do art. 151 da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, acima transcrito, na mesma linha, cita exemplificativamente 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.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Conflito de Competência 139.519-RJ, enfrentou uma série de questões jurídicas envolvendo a arbitragem com a Administração Pública, sendo uma delas a análise dos direitos patrimoniais disponíveis envolvidos no litígio<sup>25</sup>. Naquela oportunidade, constou do acórdão que “sempre que a Administração contrata há disponibilidade do direito patrimonial, podendo, desse modo, ser objeto de cláusula

---

<sup>25</sup> Rel. p/ acórdão Min. Regina Helena Costa, 1ª seção, por maioria, DJ 11/10/2017.



arbitral, sem que isso importe em disponibilidade do interesse público” e que “conclui-se que a Administração Pública, ao recorrer à arbitragem para solucionar litígios que tenham por objeto direitos patrimoniais disponíveis, não desatende ao interesse público, nem renuncia ao seu atendimento”.

Por outro lado, questiona-se se poderiam os árbitros declarar a invalidade de um ato administrativo, como a decretação de caducidade da concessão pelo Poder Público, ou mesmo decretar a invalidade de um processo administrativo que teve por objeto a aplicação de penalidade.

Pois foi o que aconteceu na Arbitragem nº 611 da Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP, entre a Sagua – Soluções Ambientais de Guarulhos S/A (Requerente) e o Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Guarulhos – SAAE e o Município de Guarulhos (Requeridos), relativa a um contrato de prestação de serviço de saneamento básico no Município de Guarulhos.

Na sentença parcial proferida em 19 de fevereiro de 2021, o Tribunal Arbitral<sup>26</sup> entendeu por bem declarar, entre outras coisas, a invalidade do ato que decretou a caducidade do Contrato de PPP, bem como de processos administrativos que culminaram com aplicação de sanções à contratada.<sup>27</sup>

Por um lado, parece inevitável que o Tribunal Arbitral tenha que enfrentar a discussão de legalidade de atos praticados pela Administração Pública em relação ao contrato objeto de disputa em arbitragem, quando o julgamento sobre os pedidos que envolvem direitos patrimoniais disponíveis dependa dessa solução incidental. Vale dizer, a requerente terá direito a uma indenização ou a

---

<sup>26</sup> Constituído por Lauro da Gama e Souza Jr., Fernando de Oliveira Marques e Selma Maria Ferreira Lemes.

<sup>27</sup> Sentença parcial disponível no link [https://www.guarulhos.sp.gov.br/sites/default/files/CMA611-19-JCA\\_20210219\\_Sentenc%CC%A7a\\_Arbitral\\_Parcial\\_0.pdf](https://www.guarulhos.sp.gov.br/sites/default/files/CMA611-19-JCA_20210219_Sentenc%CC%A7a_Arbitral_Parcial_0.pdf), acesso em 26/10/2021.

devolução do valor retido a título de multa contratual caso se reconheça a contrariedade à lei ou ao próprio contrato nos atos do contratante estatal. Neste contexto, o julgamento é incidental ao pedido principal que constará no dispositivo, caso seja procedente: condenação ao pagamento de indenização ou de liberação do valor da multa.

Todavia, no caso de Guarulhos a declaração de invalidade da caducidade e de processos administrativos não foi incidental, mas constou do dispositivo da sentença parcial arbitral, fazendo coisa julgada entre as partes. Esta solução é questionável, pois extrapola o julgamento de disputa envolvendo direitos patrimoniais disponíveis das partes e avança para o controle de legalidade de atos administrativos e de processos administrativos como objeto principal da arbitragem. A causa de pedir não pode se confundir com o pedido.

Para evitar situações como essa, é possível incluir na convenção de arbitragem previsão de que o controle de legalidade de atos administrativos, quando constituir o pedido principal da contratada, somente poderá ser realizado pelo Poder Judiciário.

Por fim, ainda sobre os limites da arbitragem, a sentença arbitral não poderia determinar ao Poder Público que retomasse o contrato extinto, por considerar ilegal a rescisão. Este tipo de tutela jurisdicional está fora da jurisdição dos árbitros. O que a Lei permite ao tribunal arbitral é determinar a extinção do contrato, conforme previsto no art. 138, inc. III, da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, acima transcrito.

#### **IV. Arbitragem de direito e a observância da publicidade**

Pelo artigo 152 da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos - que repete o disposto no art. 2º, § 3º, da Lei de Arbitragem, incluído pela Lei nº 13.129/2015 -, a

arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.

Com isso, inicialmente, o legislador vedou a possibilidade de o árbitro julgar por equidade caso envolvendo o Poder Público, a qual é construída com base em critérios subjetivos, levando em conta a noção de justiça e de equilíbrio que o julgador venha a adotar.

Embora seja um fundamento válido em decisões entre particulares<sup>28</sup>, esse critério não pode ser eleito para temas envolvendo entes estatais. Neste sentido, a norma introduzida em 2015 e repetida em 2021, na verdade, apenas tornou explícito aquilo que já era implícito e, portanto, aplicável às arbitragens envolvendo Poder Público. Por força do princípio constitucional da legalidade (art. 37, caput, CF/88), a Administração só pode se submeter a uma decisão que seja tomada com base em critérios rigorosamente jurídicos, oriundos de normas postas formalmente na lei.

Não fosse assim, a arbitragem poderia ser uma fuga, uma porta dos fundos aberta ao administrador público em relação ao cumprimento da lei. Ele, sozinho, não poderia praticar um ato ilegal, sob pena de responder perante os órgãos de controle e ser punido, até por improbidade. Porém, através da arbitragem e um julgamento por equidade, poderia realizar um ato ilegal, de acordo com a sentença arbitral.

De outra parte, a arbitragem observará o princípio da publicidade. A esse respeito, é importante notar que a publicidade prevista no art. 2º, § 3º da Lei de Arbitragem (repetida no art. 152 da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos) não é a publicidade dos arts. 5º, incisos XIV e XXXIII, e 37, caput, da Constituição Federal, que denotam a transparência inerente à Administração Pública<sup>29</sup>. Trata-se,

---

<sup>28</sup> O art. 2º, caput, da Lei de Arbitragem prevê que a arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

<sup>29</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a

isto sim, da publicidade do processo, prevista nos arts. 5º, inc. LX<sup>30</sup>, e 93, inc. IX<sup>31</sup>, da CF/88.

Portanto, diferentemente do que alguns autores e algumas câmaras de arbitragem têm defendido e praticado, a publicidade é do processo arbitral e não da atuação estatal na arbitragem. Não cabe à parte dar publicidade do processo arbitral do qual participa, até porque o processo não tramita no âmbito da Administração Pública. A arbitragem não é um processo administrativo, evidentemente, mas um processo de caráter jurisdicional que existe fora do Poder Público. Quem possui todos os atos processuais e a compilação (física ou eletrônica) desses atos, constituindo os autos do processo arbitral, é a câmara de arbitragem, ou o tribunal arbitral nos casos *ad hoc*.

Isto posto, cabe à câmara ou ao tribunal arbitral nos casos *ad hoc* – assim como cabe ao Poder Judiciário no caso

---

inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

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: (...)

<sup>30</sup> Art. 5º (...)

LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

<sup>31</sup> Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

dos processos judiciais, inclusive entre particulares –, e não à parte estatal, dar publicidade do procedimento arbitral e dos atos processuais praticados pelas partes, reservado o sigilo de documentos e informações decorrente de previsão legal.<sup>32</sup>

O Decreto Federal nº 10.025/2019 seguiu essa linha ao prever que, exceto se houver convenção entre as partes, caberá à câmara arbitral fornecer o acesso às informações sobre o processo de arbitragem (art. 3º, inc. IV e p.ú.). No mesmo sentido foi o Decreto do Município de São Paulo nº 59.963/2020 (art. 16, § 1º).

Por outro lado, não se espera que uma arbitragem, por ser procedimento conduzido perante instituição privada, possua o mesmo grau de publicidade de um processo judicial. A privacidade não se confunde com confidencialidade, razão pela qual não se deve imaginar que qualquer pessoa poderia comparecer à instituição, a qualquer momento, para tirar cópia dos autos. Não obstante, ao menos as informações essenciais da arbitragem deverão estar disponíveis na página da instituição na internet, podendo cópias de documentos, peças e atos processuais não sigilosos serem disponibilizadas mediante requerimento dos interessados, devidamente identificados.

## **V. Possibilidade de aditamento aos contratos para inclusão de cláusula compromissória**

É fato que a imensa maioria dos contratos públicos ainda não possui cláusula de solução de disputas elegendo a mediação e/ou a arbitragem como métodos a serem utilizados no caso de surgimento de controvérsias entre as partes.

---

<sup>32</sup> Este também parece ser o entendimento de Francisco José Cahali: “*temos para nós, como referido, que a publicidade deve ser ampla, tal qual se tem no Judiciário, com total transparência, e acesso de qualquer pessoa ao conteúdo do procedimento. E assim, caberá também à Instituição, disponibilizar estas informações aos interessados*” (CAHALI, 2017, p. 433).

Na esteira do que foi mencionado anteriormente, nem todos os contratos devem ter essas cláusulas, mas apenas aqueles em que as controvérsias sejam adequadas de serem resolvidas por esses mecanismos alternativos. Nada impede que esses contratos sejam aditados com a finalidade de inclusão de cláusula de mediação, de cláusula compromissória ou mesmo de cláusula escalonada med-arb. Poder-se-ia, também, prever um escalonamento med-db-arb, como nos contratos do Programa de Desestatização da Prefeitura de São Paulo<sup>33</sup>.

A Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos admite expressamente o aditamento com essa finalidade no art. 153, acima transcrito. Neste sentido, é possível interpretar essa norma legal abrangendo também os contratos celebrados sob a égide da Lei nº 8.666/93, e não apenas os contratos celebrados com base na Lei nº 14.133/2021. Isso porque a redação do dispositivo não restringe a sua eficácia apenas às contratações regidas por esta Lei, mas abrange os contratos em geral.

Faz-se ressalva apenas à possibilidade de aditamento para inclusão de cláusula de *dispute board* nos contratos assinados pela Administração Pública do Município de São Paulo. Tal se justifica pelo fato de a Lei Municipal nº 16.873/2018, que regulamenta o comitê de prevenção e solução de disputas em contratos administrativos continuados celebrados pela Administração direta e indireta do Município de São Paulo, exigir previsão no edital e no contrato (art. 1º).<sup>34</sup> Neste caso, prevalece a previsão da lei especial em face da lei geral.

---

<sup>33</sup> Citem-se, exemplificativamente, os contratos de concessão do estádio do Pacaembu e do Parque do Ibirapuera, que preveem o escalonamento entre mediação, *dispute board* e arbitragem.

<sup>34</sup> Art. 1º Os Comitês de Prevenção e Solução de Disputas para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis em contratos continuados da Administração Direta e Indireta do Município de São Paulo

Da mesma forma, nada impede que, diante de um conflito concreto já existente e ausente a cláusula compromissória no contrato, as partes celebrem compromisso arbitral, elegendo este método privado – e jurisdicional – de solução de controvérsias.

## **VI. O processo de escolha dos árbitros**

Uma das grandes vantagens da arbitragem é a escolha pelas partes daqueles que irão decidir o mérito do conflito e dizer quem tem razão.

As regras para nomeação dos árbitros estão definidas nos arts. 13 e seguintes da Lei de Arbitragem, bem como no art. 154 da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

Pela Lei de Arbitragem, deve o árbitro ser pessoa capaz e que tenha confiança das partes. Ter a confiança não implica em atuar como representante da parte no tribunal arbitral. A única expectativa que a parte pode ter em relação ao árbitro que nomeou se relaciona à condução da arbitragem com competência, imparcialidade e independência, dedicando-se à avaliação minuciosa das provas e argumentos das partes, decidindo de acordo com a lei.<sup>35</sup>

---

observarão as disposições desta lei e deverão, quando aplicáveis, estar previstos, respectivamente, no edital e contrato.

<sup>35</sup> A Lei de Arbitragem prevê que o árbitro, no desempenho de sua função, deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição (art. 13, § 6º). A lei impede de atuar como árbitros as pessoas que, segundo a regência do processo civil comum, estariam em situação de suspeição ou impedimento (art. 14). De modo muito similar ao que está no Código de Processo Civil, abre também caminho para a recusa do árbitro pela parte e para a abstenção a ser declarada por ele próprio, sendo esse um dever do profissional nomeado para atuar como tal. O dever de revelação é exaltado pela doutrina sempre em nome da boa-fé, indispensável na arbitragem, de forma que, na dúvida, é melhor que o árbitro revele tudo e qualquer contato que tenha tido com o caso ou com as partes. Tal conduta também gera segurança para o árbitro, que afastará a

Os regulamentos das câmaras de arbitragem normalmente dispõem que, após iniciado o procedimento com o requerimento de arbitragem, cada uma das partes indicará um árbitro, cabendo aos indicados, ou à câmara, eleger o terceiro árbitro, que presidirá o tribunal arbitral.<sup>36</sup>

Já pela Lei nº 14.133/2021, o art. 154 inovou ao prever que a escolha dos árbitros, dos colegiados arbitrais e dos comitês de resolução de disputas observará critérios isonômicos, técnicos e transparentes.

Inicialmente, é importante ressaltar que, em nosso sentir, esse dispositivo é aplicável apenas à indicação de árbitro ou árbitra pela Administração Pública, pois não é possível realizar o controle de discricionariedade da indicação de árbitro pela parte privada, nem pelos coárbitros que elegem o terceiro árbitro presidente, ou pela câmara que indica o terceiro árbitro presidente, quando for o caso.

Em outras palavras, não se pode exigir que a escolha de árbitros pelo litigante privado, pelos coárbitros e pela câmara seja com a observância dos critérios isonômicos, técnicos e transparentes, mas tão-somente que se observe a necessária imparcialidade dos indicados, nos termos da Lei de Arbitragem. O mesmo raciocínio se aplica à escolha dos membros do comitê de resolução de disputas (*dispute board*). Daí que não se compreende da expressão “*colegiados arbitrais*”<sup>37</sup> que tais critérios se apliquem a todos os árbitros

---

possibilidade de ser responsabilizado em razão de ter julgado processo em que era parcial ou dependente.

<sup>36</sup> Os itens 4.4 e 4.9 do regulamento de arbitragem do CAM-CCBC (Câmara de Comércio Brasil-Canadá) e o art. 12 do regulamento de arbitragem da CCI (Câmara de Comércio Internacional), por exemplo, assim dispõem, sendo que no caso da CCBC a indicação do terceiro árbitro, em regra, será pelos árbitros indicados pelas partes, enquanto no caso da CCI a indicação do terceiro árbitro, em regra, será pela Corte.

<sup>37</sup> Questiona-se se o legislador quis se referir aos órgãos arbitrais, ou seja, às câmaras de arbitragem, quanto utilizou a expressão “colegiados arbitrais”. Faria muito mais sentido que a escolha das câmaras deva seguir os critérios isonômicos, técnicos e transparentes. Ademais, a expressão normalmente



que compõem o tribunal arbitral, sob pena de se suprimir a autonomia da vontade das partes que é um princípio fundamental da arbitragem.

Por outro lado, fica evidente que não se aplica a licitação pública ou o cadastramento de árbitros para atuarem nas arbitragens, quando indicados pela Administração Pública. A escolha é discricionária, desde que amparada nos critérios isonômicos, técnicos e transparentes. A dificuldade para interpretação desse dispositivo legal é, justamente, o de definir o que são critérios isonômicos, técnicos e transparentes.

Considerando que devem ser indicados profissionais com expertise na matéria que será discutida na arbitragem, os critérios técnicos devem ser compreendidos como aqueles relativos à qualificação do potencial árbitro ou árbitra, isto é, sua formação acadêmica, sua especialização em determinada área do Direito, sua experiência em determinado mercado de trabalho ou setor da economia etc., que sejam convergentes com a natureza do litígio.

Já a observância de critérios isonômicos gera maior dúvida, pois a escolha de um indicado exige que se faça uma comparação entre os possíveis profissionais que se adequem à atuação como árbitro a partir dos critérios técnicos, devendo-se dar preferência àquele que pareça ser mais favorável à(s) tese(s) defendida(s) pela Administração Pública na arbitragem. Afinal, trata-se de decisão crucial e estratégica, sobretudo considerando o profissional indicado pela contraparte.

Garantir a igualdade entre os possíveis indicados não é uma tarefa simples, na medida em que podem existir muitas variáveis e diferenças entre os profissionais pré-selecionados para serem indicados: mais ou menos tempo de

---

utilizada é “tribunal arbitral” e não “colegiado arbitral”. Contudo, a melhor interpretação da expressão “colegiado arbitral” é de referência ao tribunal arbitral.

experiência na área de atuação; maior ou menor titulação acadêmica; maior ou menor número de arbitragens que tenha atuado como árbitro; maior ou menor produção acadêmica, com publicação de livros e artigos sobre o tema; maior ou menor disponibilidade etc. Isso sem falar em outras questões, como gênero, raça, idade e nacionalidade.

Dessa forma, a observância da isonomia no caso concreto será concretizada quanto mais objetivos forem os critérios utilizados para seleção, em detrimento de critérios subjetivos. Por exemplo, entre dois profissionais igualmente qualificados em determinada área de conhecimento, aquele que tiver título de doutorado terá preferência àquele que tiver apenas nível superior completo. No caso de dois ou mais profissionais com igual nível de qualificação acadêmica, passa-se a outro critério objetivo de seleção, como quantidade de publicações sobre o tema. E assim por diante. Não poderá ser utilizado como critério de seleção características subjetivas dos candidatos, sob pena de se violar a isonomia.

Ressalva-se, como já dito acima, que a maior convergência do indicado com a posição da Administração Pública defendida no litígio – quando isso for possível de ser verificado de forma antecipada, de acordo com manifestações públicas do profissional em artigos e palestras, por exemplo <sup>38</sup> – é essencial para uma maior probabilidade de sucesso na disputa. Assim, este critério subjetivo será importante na seleção.

Por fim, a transparência é inerente à Administração Pública, nos termos do art. 37, caput, da Constituição. Não se admite que os critérios utilizados pelo Poder Público para indicar árbitros sejam sigilosos, obstando-se o controle dos

---

<sup>38</sup> Em alguns casos não será possível fazer essa análise, pois o resultado do processo dependerá da produção de provas cujo conteúdo não é possível prever no início do procedimento arbitral.

atos administrativos. Por isso, a Lei dispõe que os critérios de escolha dos árbitros deverão ser transparentes.

Analisando-se as leis e decretos que regulamentaram a utilização da arbitragem pelos respectivos entes públicos, nenhum deles prevê o procedimento para indicação do árbitro pela administração, nem a quem cabe esta decisão. A melhor prática sugere que a decisão pela escolha do profissional deve se dar em processo administrativo perante o órgão de advocacia pública, devidamente motivada com base nos critérios acima mencionados. O ideal é que vários nomes sejam considerados e, se possível, também justificado por que não foram indicados, ao final, para o caso concreto, diante dos critérios de isonomia e especialização.<sup>39</sup>

## **Conclusão**

A utilização da arbitragem pela Administração Pública vem crescendo nos últimos anos a ponto de ser um caminho sem volta. Os gestores e advogados públicos precisam estudar e se capacitar cada vez mais em arbitragem, pois o número de casos tende a aumentar, assim como o montante de recursos em disputa.

A Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, atenta à essa realidade, prevê um capítulo sobre os métodos alternativos de resolução de controvérsias, entre os quais está a arbitragem. O estímulo da Lei à utilização de diferentes mecanismos de solução de disputas é convergente com outros diplomas legais e com a ideia de um sistema multiportas à disposição dos litigantes que procuram o tratamento adequado das controvérsias.

---

<sup>39</sup> Não é prática incomum a realização de entrevistas com candidatos a árbitros. O que se espera dos entrevistadores – do setor público e do privado – e dos entrevistados é a adoção de condutas éticas, sendo defeso tratar especificamente do caso concreto e o adiantamento de possível entendimento do candidato sobre o desfecho da arbitragem.

Neste estudo, buscou-se analisar brevemente as disposições contidas nos artigos 151 a 154 da Lei, especialmente em relação à arbitragem, sendo certo que a doutrina ainda precisará se debruçar sobre o tema para obter a melhor interpretação da norma.

## REFERÊNCIAS

CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem: mediação: conciliação: resolução** CNJ 125/2010. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 3ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Atlas, 2009.

\_\_\_\_\_. A Arbitragem como Meio Adequado de Resolução de Litígios, *In* RICHA, Morgana de Almeida; PELUSO, Antonio Cezar (coord.), **Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional**, Rio de Janeiro: Forense, 2011, pp. 199-210.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**: vol. I. 8ª ed., São Paulo: Malheiros, 2016.

LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública**, São Paulo: Quartier Latin, 2007.

\_\_\_\_\_. **Pesquisa Arbitragem em Números e Valores - 2017-2018 - Data: 2019**, disponível em <<http://selmalemes.adv.br/artigos/PesquisaArbitragens2019.pdf>>, acesso em 25/01/2021.

\_\_\_\_\_. **Pesquisa Arbitragem em Números e Valores - 2018-2019 - Data: 2020**, disponível em <<http://selmalemes.adv.br/artigos/Analise-Pesquisa-ArbitragensNseValores-2020.pdf>>, acesso em 25/01/2021.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Serviço Público e Concessão de Serviço Público**. São Paulo: Malheiros, 2017.

MNOOKIN, Robert H.; PEPPET, Scott R.; TULUMELLO, Andrew S. **Mais que vencer**: negociando para criar valor em negócios e disputas. Tradução: Mauro Gama. Rio de Janeiro: BestSeller, 2009.

RIBEIRO, Mauricio Portugal. *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Atlas, 2011.

TONIN, Mauricio Morais. **Arbitragem, Mediação e Outros Métodos de Solução de Conflitos Envolvendo o Poder Público**. São Paulo: Almedina, 2019.

\_\_\_\_\_. A regulamentação da utilização da arbitragem pela Administração Pública no Brasil: questões polêmicas. *In* TONIN, Mauricio Morais; BEYRODT, Christiana; NASCIMBENI, Asdrubal Franco; MOREIRA, Antônio Júdice (Coord.), **Mediação e arbitragem na administração pública: Brasil e Portugal**. São Paulo: Almedina, 2020, pp. 215-235.

\_\_\_\_\_. O Desenho de Sistema de Solução de Disputas (DSD) pela Administração Pública: a utilização adequada dos meios de solução de conflitos. *In* OLIVEIRA FILHO, Gilberto Bernardino; MARCO, Nathalia Leone (Org.), **A Boa Gestão Pública e o Novo Direito Administrativo: dos conflitos às melhores soluções práticas**, 1ª ed., São Paulo: SGP – Soluções em Gestão Pública, 2021, pp. 398-427.