

# Alguns aspectos fundamentais da arbitragem envolvendo a Administração Pública<sup>1</sup>

Carlos Alberto de Salles<sup>2</sup>

---

**Sumário:** 1 – Vantagens da arbitragem; 2 – Quando o Estado deve se valer da arbitragem? 3 – Qual o equacionamento jurídico válido e necessário? 4 – Quais características deve ter uma arbitragem em que o Poder Público está envolvido?

---

Nesta palestra procurarei dar um panorama, algumas questões que me parecem fundamentais sobre o tema tratado. Usarei como estratégia a formulação de algumas indagações que me parecem básicas nessa matéria.

Inicialmente discuto algumas vantagens da arbitragem em relação aos mecanismos judiciais de solução de controvérsias. Discuto se elas realmente existem em relação ao Estado. Então procurarei responder durante minha exposição: quais são as situações nas quais o Estado deve se valer da arbitragem? Qual o equacionamento jurídico válido e necessário para que o Estado possa participar de uma arbitragem e como juridicamente o Poder Público pode se valer dela? Quais características deve ter uma arbitragem na qual o Poder Público está envolvido?

---

1 Palestra proferida no 49º Curso de Atualização Jurídica – Encontro Estadual de Procuradores do Estado, promovido pelo Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, no dia 19 de setembro de 2013, no Guarujá, São Paulo. Para bibliografia e maior desenvolvimento sobre o tema, v. SALLES, Carlos Alberto de. A arbitragem em contratos administrativos. Rio de Janeiro: Forense; Método: São Paulo, 2011.

2 Professor Associado do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Livre-docente, Mestre e Doutor pela USP. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

## 1. Vantagens da arbitragem

Cabe em primeiro lugar indagar, por que a arbitragem? Que vantagem a arbitragem traz?

Normalmente, costuma-se apontar dois fatores: custo e celeridade. Contudo, são dois fatores muito relativos. A arbitragem é mais barata? É mais cara? É mais célere ou menos célere? Depende do que compararmos.

A comparação de celeridade com o Judiciário brasileiro, notadamente o paulista, que é bastante assoberbado, evidentemente, favorece a arbitragem. Agora, se é mais custosa ou não, isso é uma questão de difícil matemática financeira. Talvez se pensarmos nos valores exigidos por uma arbitragem, em uma das boas câmaras arbitrais que hoje existem no Brasil, os valores absolutos, iniciais, sejam muito maiores do que aqueles do processo judicial. No entanto, esse cálculo financeiro é muito difícil, pois processo judicial projeta-se no tempo, por muitos anos. Então essa conta será sempre muito complicada.

Parece-me, na verdade, que a par dessa discussão sobre custo e duração do processo, a arbitragem, entre outras vantagens, pode trazer duas bastante sensíveis e importantes: eficiência procedimental e qualidade da decisão. A eficiência procedimental se coloca diante da possibilidade de as partes moldarem o procedimento de arbitragem, ou seja, convencionalmente moldarem como a arbitragem desenvolver-se-á, como será a coleta de prova, a participação dos Procuradores, como eles atuarão na arbitragem e qual será o “iter” a ser perseguido pelo painel arbitral até chegar a uma decisão. Esse aspecto parece-me um destaque realmente sensível da arbitragem, que, hoje, infelizmente, nós não conseguimos no processo judicial.

Em segundo lugar, a qualidade da decisão. Acho muito sério o que Procurador do Estado Marcelo Bonicio, na introdução do painel, falou acerca de nosso juiz estatal ser um generalista. Isso começa vagarosamente a mudar, mas fundamentalmente o juiz é um generalista. Muitas vezes o mesmo juiz que decide dezenas e dezenas de casos de locação irá proferir uma sentença sobre um importante contrato empresarial envolvendo uma relação continuada entre empresas, de vários anos. Ou na área pública, poderíamos dizer que o mesmo juiz que decide centenas

de casos de funcionários públicos irá se debruçar sobre alguns contratos milionários envolvendo o Estado e mecanismos jurídicos e contratuais altamente complexos.

Claro, na arbitragem temos a possibilidade de formar um painel arbitral, no qual a especialidade permite uma decisão mais qualificada, ou seja, uma decisão dada por quem tem uma maior especialidade, vivência e experiência em uma determinada área. Assim, essas vantagens não me parecem tão desprezíveis.

## **2. Quando o Estado deve se valer da arbitragem?**

Em relação ao Estado, de maneira muito especial, a arbitragem insere-se em um contexto que tem a ver com o próprio Estado contemporâneo e com o perfil que esse Estado tem ou que caminha para ter. Esse perfil pode ser resumido no que se convencionou chamar de “Estado regulador”. Este não é mais aquele Estado no qual predominam aquelas características liberais, de um Estado abstencionista, do *laissez faire laissez passer*. E também não é mais um Estado Social intervencionista, nos moldes que tivemos até provavelmente meados do final dos anos 80, no Brasil. O perfil que se busca do Estado, hoje, é de um ente mais gerenciador, que prima por gerenciar recursos e produzir resultados a partir dos agentes privados que passam a assumir muitas de suas antigas funções.

É nesse quadro, do Estado regulador, que surge a arbitragem como alternativa para o Poder Público. Não significa dizer que teremos o Estado na sociedade, mas que teremos um Estado em um papel diferente. O Estado não vai mais chamar para si a realização de um grande número de funções, tanto econômicas (como na produção e distribuição de energia elétrica, gás, água, transporte, etc). quanto em muitas de suas funções fins, como saúde e educação. Diversamente, o Estado criará mecanismos de incentivo e de contrato que permitam ao particular exercer essas tarefas.

Com isso, surge uma necessidade muito grande de se ampliar e não de reduzir um poder de controle do Estado. A partir dessas características do Estado contemporâneo, parece-me, surge a alternativa da arbitragem para solução de controvérsias envolvendo a Administração. Um Estado que,

para atrair o interesse e o capital privado, precisa oferecer condições atrativas para que esse capital contrate com o Estado. Entre essas condições, estão aquelas ligadas à solução de eventuais controvérsias, que surjam nesses negócios. A arbitragem surge, dessa maneira, como uma perspectiva positiva para o particular contratante com o Estado.

É nesse contexto que me parece caber falar da arbitragem em matéria de contratos administrativos. Agora, é preciso superar algumas barreiras que são culturais, jurídicas, muito ligadas, sobretudo, a alguns conceitos tradicionais, diria tradicionalistas, do próprio direito administrativo.

Nosso direito administrativo, hoje, da forma como muitas vezes é concebido, não enxerga o Estado em conflito. Existe um dogma da supremacia da Administração Pública, no qual à Administração Pública cabe dizer a última palavra, inclusive em matéria contratual, e ao dizer essa última palavra, em tese, o conflito estará resolvido. Isso é bastante complicado num Estado como nosso e em uma Constituição como a nossa, que tem o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional. Com isso, a tal supremacia, torna-se, antes de mais nada, a inevitabilidade de que todos os litígios com o Estado acabem resolvidos pelo Poder Judiciário.

### **3. Qual o equacionamento jurídico válido e necessário?**

É verdade que o Estado pode criar soluções de consenso. Ou baseadas num consenso inicial, como é o caso da arbitragem, ou da negociação mesmo. O Estado brasileiro, notadamente o Estado paulista, precisar admitir essa perspectiva de o Estado criar medidas negociais. Essa me parece uma primeira barreira a se superar em relação ao Estado na arbitragem.

Por outro lado, não se pode deixar de entender que o Estado, como entidade pública, compra no mercado. E o Estado brasileiro paga muito caro pelos custos jurídicos impostos pela regulamentação legal de suas compras. Não quer dizer que se possa comprar de qualquer jeito, sem nenhum controle, abrindo mão de qualquer *accountability*, de qualquer responsabilidade. Mas precisamos pensar que essas compras que o Estado realiza no mercado, no fundo, acabam tendo um componente de custo muito alto por causa dos procedimentos e dos riscos implicados com a contratação com o Estado.

Nesse aspecto, a arbitragem pode ser vista, também, como um mecanismo de redução de riscos e de custos que acabam sendo pagos pelo Estado nos seus próprios contratos. Pouparei até críticas à Lei de Licitações (8.666/93) na qual precisa ser muito seriamente repensada. Tenho impressão que é uma lei que permite deixar de lado, escondidos atrás de formalidades, os grandes responsáveis por desvios de verbas públicas, para condenar apenas aquele pequeno ordenador de despesa que, muitas vezes, apresentou uma nota rasurada. Precisa-se repensar isso, talvez um sistema de contratação pública mais baseada na transparência, levantamentos de preços, responsabilidade, maneiras específicas de realizar cada modalidade de compras estatais. É uma coisa que no Brasil precisávamos pensar mais seriamente.

Nesse quadro se insere a questão da arbitragem. O Estado, de alguma forma renovado, permite-se negociar com um contratante privado em um nível de horizontalidade, sendo necessário trazer para o contratante privado, também, algumas vantagens, garantias de solução das eventuais controvérsias surgidas nesse relacionamento.

#### Qual equacionamento jurídico?

Nesse quadro pouco animador, de nossas compras estatais, é que se deve pensar o equacionamento jurídico para a arbitragem.

O Brasil viveu muito tempo sem uma regulamentação legal efetiva acerca do tema. O Código de Processo Civil de 1973 até tinha disposições sobre arbitragem, mas absolutamente inefetivas. O Brasil passou mesmo a conviver com a arbitragem a partir de 1996, com a Lei 9.307/96. Essa lei criou condições jurídicas para duas coisas fundamentais. Primeiro, a vinculatividade das convenções de arbitragem e, em segundo lugar, a impositividade dos laudos ou sentenças arbitrais. Essa lei, em seu artigo 1º, diz quanto à possibilidade de resolução, pela arbitragem, daqueles litígios relativos a direitos patrimoniais e disponíveis.

De alguma forma, essa questão da disponibilidade/indisponibilidade tem pautado o debate quanto à possibilidade de o Poder Público se valer desse mecanismo de solução de controvérsias. Em relação a essa lei, em especial ao dispositivo citado, podemos separar três posturas básicas:

Primeira, que haveria uma aplicação ilimitada da Lei de Arbitragem, quer dizer, existe a previsão de arbitragem no ordenamento jurídico e, então, ela vale para todos, vale também para o Poder Público. Segunda, uma postura de simplesmente não a aplicar à Administração Pública, bem de acordo com o que vem decidindo o TCU, na maioria dos casos, e como já decidiu algumas vezes o Tribunal de Contas do Estado. Segundo essa posição, “não se aplica ao Poder Público, pois há uma indisponibilidade envolvida e o Estado não tem nada o que fazer nesse âmbito, que é um âmbito de direitos patrimoniais e disponíveis”. Uma terceira posição vê a possibilidade de aplicação de arbitragem ao Estado, mas de forma condicionada, mediante a autorização em uma lei específica.

Essas posições nos coloca o desafio, primeiramente, de tentarmos, de alguma forma, entender um pouco a questão da indisponibilidade. Será que o Estado estaria amarrado realmente a um vínculo de indisponibilidade? Seria possível compreendermos isso de maneira diferente para concluir pela possibilidade de o Estado participar de uma arbitragem?

Para tanto, é preciso trabalhar esse conceito de indisponibilidade que é, para nós juristas, aquilo que poderíamos chamar de um conceito tópico, um *topus*, lugar comum ou senso comum. Até porque, se formos procurar na nossa literatura jurídica, ouvimos muito sobre disponibilidade/indisponibilidade, mas se desenvolve muito pouco sobre o sentido, o significado desse *topus* jurídico.

Possível entender esse conceito discernindo elementos próximos a essa tal indisponibilidade.

Em primeiro lugar, se confunde indisponibilidade com reserva de jurisdição. Indisponibilidade é uma coisa. Reserva de jurisdição está relacionada à reserva legal; situações em que a produção de efeitos jurídicos tem de ser necessariamente a partir da jurisdição. É o que ocorre, sobretudo, na chamada jurisdição voluntária. Se, por exemplo, quisermos vender um bem de incapaz, ou declarar a incapacidade de alguém, necessariamente temos de buscar a jurisdição. Exemplo maior da reserva de jurisdição é a esfera penal. Não podemos condenar ninguém sem um processo judicial. Temos aqui aquela ideia de “um processo necessário”, como muitas vezes se coloca. Nessas situações temos uma reserva de jurisdição. A propósito, há uma reserva de juris-

dição para todas aquelas causas envolvendo o Estado. Há possibilidade, como o Estado inúmeras vezes faz, de se solucionar problemas, seja no âmbito estritamente administrativo, seja a partir de acordos feitos com os interessados.

Essa reserva de jurisdição existe em relação ao Estado na desapropriação. Caso o Estado não chegue a uma solução amigável com o particular, necessariamente terá de levar a fixação da indenização para resolução por um juiz. Outro dia até vi um anteprojeto em discussão no Senado, para utilizar arbitragem nas desapropriações. Havendo litígio, e o Estado e o particular concordando em indicar um árbitro para solucionar a pendência, uma arbitragem poderia ser instaurada. Certamente, com o quadro legislativo atual, não seria possível fazer isso.

Um segundo ponto a destacar é que indisponibilidade e reserva de jurisdição são coisas diferentes. Nas soluções de conflito em que o Estado está envolvido, não há reserva de jurisdição. O Estado pode resolver por outra maneira. Por outro lado, essa questão se confunde entre o que seja disponibilidade do bem jurídico e disponibilidade da jurisdição.

Quando o particular, mesmo o Estado, convencionou uma cláusula de jurisdição, está dispondo do bem jurídico? Não, está excluindo a jurisdição estatal para a solução daquela causa. Então, quando o particular ou o Estado pactuam uma convenção arbitral, seja por cláusula, seja por compromisso, não existe propriamente uma indisponibilidade em relação ao bem jurídico envolvido. Até porque, tanto o Estado quanto o particular podem ganhar essa arbitragem. Então, é uma coisa diferenciada. Na arbitragem, não se dispõe nada. O que se dispõe com a arbitragem é apenas a jurisdição estatal, para que se resolva aquela controvérsia pelo mecanismo arbitral.

Em terceiro lugar, ainda se confunde indisponibilidade e cogência normativa. Aquelas normas que estão submetidas a um campo de disponibilidade pelos vários sujeitos, e aquelas normas cogentes, que devem necessariamente ser aplicadas pelo particular ou pelo Estado. Algumas vezes se confunde a indisponibilidade com essa cogência normativa. O Estado, muitas vezes, vai ter de sair de situações onde há uma cogência, mas não há propriamente uma indisponibilidade; por exemplo, a necessidade de licitar para realizar determinados negócios públicos está

vinculada, sobretudo, a uma cogência normativa, não necessariamente à natureza do bem envolvido.

Por outro lado, existe também uma confusão do que seria a indisponibilidade material e aquela chamada indisponibilidade do interesse público. Indisponibilidade material é relativa àqueles bens que, efetivamente, o Estado não pode dispor. É o caso, por exemplo, do meio ambiente. Esses bens, até por sua natureza coletiva, são bens que não estão sujeitos à disponibilidade estatal. Há muitos outros bens que não são disponíveis, a princípio, mas podem ser desafetados e submetidos a uma venda. Se é assim, então, não existe propriamente uma indisponibilidade. Existe uma disponibilidade condicionada.

A indisponibilidade do interesse público significa uma vinculação do agente àquele interesse do Estado. O agente não poderá praticar qualquer ato fora do interesse do Estado. O que não significa dizer que todos os bens públicos sejam indisponíveis. Aqui nós poderíamos entrar em uma longa discussão, mas faltará tempo pra isso. Por exemplo, um benefício social, o Bolsa Família. É um dinheiro que o Estado dá para o particular, dinheiro que o Estado dispõe em favor de um particular. É um bem estatal. A ideia de que todo bem estatal é um bem indisponível é algo que se precisa tratar com mais cuidado.

Existe uma diferença entre o que seria propriamente uma indisponibilidade e aquelas situações nas quais a disposição de bens estatais é condicionada. No contrato que o Estado estabelece com esses particulares, evidentemente, existe uma parcela do lucro da empresa. Essa parcela do lucro da empresa é uma parcela que o Estado está dispondo. Não vamos querer que o particular preste serviço, venda bens, sem ter uma contrapartida. O que existe é a disponibilidade dos bens estatais, inclusive o numerário, as receitas públicas, de uso, é claro, condicionados.

A indisponibilidade é confundida com a necessidade de haver uma autorização administrativa, a partir de um procedimento determinado, para que se possa dispor de determinados bens estatais. Por tudo isso, a questão da indisponibilidade, como em geral se coloca quando lemos um acórdão do TCU, é colocada, genericamente, significando uma coisa que efetivamente não se aplica à Administração Pública, e não serviria ou cairia naquela mencionada barreira do artigo 1º da Lei 9.307/96.

#### **4. Quais características deve ter uma arbitragem em que o Poder Público está envolvido?**

Para pensar a arbitragem na qual Estado participe, é fundamental colocar as coisas em termos de arbitrabilidade. Esse é um conceito que tem se desenvolvido nos estudos sobre arbitragem, como forma de indicar se uma determinada controvérsia pode ou não ser submetida à arbitragem. Quais seriam os requisitos para o Poder Público participar de uma arbitragem? Quais seriam as condições de arbitrabilidade que o Poder Público estaria envolvido?

O artigo 1º da Lei de Arbitragem indica duas modalidades de arbitrabilidade que são em geral repassadas pela nossa doutrina. Uma subjetiva e outra objetiva, ou seja, a capacidade contratual e a patrimonialidade/disponibilidade dos bens envolvidos. Deve-se, entretanto, perguntar se a arbitrabilidade se resume a isso. A esse respeito, tenho proposto considerar pelo menos dois novos sentidos de arbitrabilidade, para que tenhamos instrumentos para analisar a arbitragem em relação ao Poder Público.

Em primeiro lugar, a arbitrabilidade como possibilidade jurídica *lato sensu* e, em segundo, a arbitrabilidade como alcance convencional.

Essa arbitrabilidade como possibilidade jurídica *lato sensu* existe não só em relação ao Estado, também em relação à arbitragem de maneira geral. Consideremos, por exemplo, a questão do objeto lícito. É uma condição de arbitrabilidade que vem sendo pouco considerada. Decorre de uma possibilidade jurídica *lato sensu*. Imaginemos, por exemplo, que dois traficantes estabelecessem um contrato e colocassem uma cláusula arbitral. Seria válida uma sentença arbitral decorrente desse acordo? Parece-me, evidentemente, que não, por falta de um requisito de arbitrabilidade que não diz respeito nem àquele aspecto subjetivo, nem àquele aspecto objetivo colocado pela lei de arbitragem. Uma dívida de jogo. Um carteadado no qual se firma um compromisso arbitral para dirimir eventuais litígios decorrentes do jogo. Será que com isso poderíamos contornar a disciplina civil quanto à inexigibilidade das dívidas de jogo? Certamente não. Então, existe algo mais a ser considerado, além daqueles limites estabelecidos que decorrem da Lei de Arbitragem.

Gostaria ainda de falar de outro conceito de arbitrabilidade, o de arbitrabilidade convencional. Nos EUA, quanto se fala em *arbitrability*, o sentido é o de saber se um determinado problema está ou não incluído dentro da força da cláusula arbitral. É uma coisa difícil para entendermos, pois no Brasil, em geral, estamos acostumados com cláusulas arbitrais gerais. Em geral, se diz algo mais ou menos do gênero: “os litígios desse contrato serão submetidos à arbitragem mediante a câmara tal”.

Nos EUA, até pela maior difusão das práticas arbitrais, as partes escolhem um âmbito específico de incidência da arbitragem. Por exemplo, no contrato entre o fornecedor de farinha de soja para a produção de biscoito. Os empresários podem chegar à seguinte convenção: as questões de qualidade da farinha fornecida serão resolvidas em uma arbitragem, por meio de um painel técnico. Agora, as questões de remuneração do contrato não serão submetidas à arbitragem. Acha-se mais adequado deixar para o Judiciário. Aí surge uma noção de arbitrabilidade como alcance da convenção arbitral.

Essa limitação da incidência da arbitragem pode ser usada, também, em contratos públicos. O Estado pode, por exemplo, em uma concessão de Rodovia, aceitar a arbitragem para discutir questões relativas ao organograma de obras. Mas não querer a arbitragem em outras matérias, como em matéria de reequacionamento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Para fins de modelagem da utilização da arbitragem pelo Estado, esse conceito de arbitrabilidade convencional me parece importante.

Como se poderia utilizar essa arbitragem de uma maneira diferenciada? A noção de arbitrabilidade como alcance convencional aponta algumas possibilidades. Nos EUA, por exemplo, a arbitragem no Poder Público tem um teto de alçada. O árbitro pode decidir, proferindo sentenças, até um determinado valor. Ou a arbitragem pode ser de ofertas finais. Uma ideia interessante para obrigar as partes a negociarem. Estabelece-se o seguinte: cada parte será obrigada a fazer uma oferta final. O árbitro decidirá apenas baseado na oferta, escolhendo aquela que entenda a mais correta ou a mais jurídica.

Na arbitragem administrativa, o que deveríamos considerar, além da capacidade contratual que, evidentemente, a administração tem? O que se deveria exigir necessariamente? Coloca-se aqui uma questão bas-

tante polêmica. Essa decisão de se utilizar a arbitragem: é do administrador ou do legislador? É preciso haver autorização legislativa para que o Estado possa utilizar a arbitragem? Sem dúvida, por um princípio básico da Administração, a legalidade, que está hoje muito controvertido, aquelas opções fundamentais da República devem ser feitas, primeiramente, pelo legislador. Parece-me que deva haver essa opção pelo legislador.

Agora, sem dúvida nenhuma, essa autorização legislativa existe e temos diversos diplomas legais da seara administrativa que albergam essa possibilidade para a Administração. Em termos de leis gerais, por exemplo, a Lei de Concessões, a Lei de PPP's que, na verdade, não deixa de ser uma modalidade de concessão, já preveem expressamente uma possibilidade de autorização administrativa.

Em várias leis setoriais existe autorização para a Administração Pública participar de arbitragens. São inúmeras as leis que autorizam a sua utilização. Deve-se destacar, também, que para empresas públicas e de economia mista que exerçam atividade econômica, o regime dessa atividade será aquele próprio das empresas privadas. Nesse sentido, evidentemente que essas entidades públicas podem livremente estabelecer cláusulas arbitrais com muito maior liberdade que a Administração Pública Direta. A jurisprudência do STJ tem respaldado amplamente essa possibilidade, ou seja, das empresas e sociedades de economia mista poderem estabelecer convenções arbitrais e se submeterem à arbitragem, independentemente de autorização legal.

No âmbito municipal e estadual, também, cabe estabelecer normas autorizadoras da utilização da arbitragem. Primeiramente, vale lembrar que a competência da União é relativa às normas gerais para licitação e contratação. Não havendo em relação a isso, como acontece com a Lei de Licitações (8.666/93), uma vedação, os estados e municípios podem, mesmo naquelas hipóteses em que não estejam autorizadas por lei federal, autorizar a utilização de arbitragem nos respectivos âmbitos legislativos.

Além dessa questão da autorização legislativa, existem outros limites. Existem outras condições de arbitrabilidade enquanto sentido jurídico *lato sensu*. Por exemplo, se nem o juiz estatal pode invadir o mérito do ato administrativo, parece muito razoável que o árbitro também não possa fazê-lo.

A lei de arbitragem expressamente permite opções por decisão por equidade e a escolha de lei aplicável. Essa possibilidade, diante de nosso regime constitucional, não é aberta para a administração.

As questões de polícia administrativa, igualmente, não se submetem à arbitragem. Vamos imaginar que o Estado contrate um hospital, por exemplo, mediante parceria público-privada. Evidentemente, o hospital não poderá submeter à arbitragem aqueles litígios decorrentes da atuação sancionatória do Estado, nas funções de vigilância sanitária. É um campo do poder de polícia que não pode ser alvo de uma arbitragem.

Surgem algumas questões interessantes, como, por exemplo, a necessidade de criação de uma regulamentação específica no campo da Administração Pública ou no campo da legislação estadual ou eventualmente municipal. Havendo autorização administrativa para tanto, a regulamentação não é necessária, embora seja muito bem-vinda. Talvez se deva pensar numa regulamentação, ainda que administrativa, que estabeleça alguns parâmetros da arbitragem envolvendo o Poder Público.

A indicação da arbitragem no instrumento convocatório do procedimento licitatório é necessária ou não? A própria Lei de Arbitragem exige destaque da cláusula arbitral em contratos de adesão. Os contratos administrativos não deixam de ter um perfil de contrato de adesão, ao qual o particular adere e que, por muitas de nossas leis administrativas, deve tal indicação constar do edital de licitação. Então, esse caráter de cláusula de adesão exige que o particular seja devidamente alertado quanto à sua existência, nos termos que exige a própria Lei de Arbitragem.

Quanto à indicação no instrumento convocatório, há uma decisão do STJ que afirma a desnecessidade de constar do edital de licitação a cláusula arbitral, podendo as partes pactuarem posteriormente. Esse julgado, no entanto, diz respeito apenas à empresa pública, que tem uma liberdade muito maior de pactuar a arbitragem. Talvez seja prudente, vamos dizer assim, que a Administração Pública direta, ao pactuar nos seus contratos uma cláusula arbitral, faça desde o instrumento convocatório, até porque a arbitragem irá compor um dos requisitos de uma “cesta de vantagens” que a administração utiliza para atrair investimentos privados.

Destacaria, por final, algumas questões dos pressupostos do próprio processo arbitral. Como deveria ser regulado o processo arbitral a partir do próprio edital de convocação da licitação e do próprio contrato da arbitragem.

Primeiramente, acho que se deve evitar a cláusula compromissória vazia, ou seja, aquela que não estabelece a forma como será instituída a convenção arbitral. As cláusulas devem ser cheias, isto é, devem indicar, ainda que por referência, o regulamento de uma câmara arbitral, e como que a arbitragem será instituída. Em segundo lugar, acho muito importante para a Administração Pública estabelecer, previamente, no próprio regulamento ou no edital, o procedimento de escolha do árbitro. Em geral, no Brasil, faz-se a escolha por painéis arbitrais compostos por três árbitros. Cada uma das partes indica um árbitro e os dois árbitros apontam o terceiro árbitro, que será o presidente do painel arbitral. A CCI, em especial, tem um regulamento um pouco diferente nesse aspecto. Mas isso deve ser previamente estabelecido, não só como resguardo da Administração, mas como resguardo do particular contratante.

Em terceiro lugar, é muito importante estabelecer a forma de contratação e distribuição de honorários e despesas arbitrais. Devemos solucionar como o Estado irá quitar sua cota-parte em determinadas arbitragens. Talvez isso se coloque como um problema quase insolúvel em matéria orçamentária. Como o Estado vai pagar as taxas de uma determinada câmara arbitral ou os honorários de um árbitro? O Estado terá de ter previsão orçamentária, ainda que com base em despesas gerais, da mesma forma que a Procuradoria paga os seus honorários periciais; ter disposição para pagar esses honorários arbitrais e as despesas decorrentes da arbitragem.

Esse é um breve panorama das principais questões que envolvem a arbitragem na Administração Pública. Claro, se exige um maior aprofundamento nessas questões, mas as ideias básicas foram passadas.

