



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

BRUNA CAMPOS DE SOUZA PORTO

ARBITRAGEM E O PODER PÚBLICO

**Assis/SP
2017**



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

BRUNA CAMPOS DE SOUZA PORTO

ARBITRAGEM E O PODER PÚBLICO

Projeto de pesquisa apresentado ao curso de Direito do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e a Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA, como requisito parcial à obtenção do Certificado de Conclusão.

**Orientando(a): Bruna Campos de Souza Porto
Orientador(a): Gisele Spera Máximo**

**Assis/SP
2017**

FICHA CATALOGRÁFICA

P853a Porto, Bruna Campos de Souza

Arbitragem e o Poder Público / Bruna Campos de Souza Porto.

47p.

Trabalho de conclusão de curso (Direito) – Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA.

Orientadora: Ms. Gisele Spera Máximo.

1. Arbitragem. 2. Poder Público.

CDD: 341.4618
Biblioteca da FEMA

ARBITRAGEM E O PODER PÚBLICO

BRUNA CAMPOS DE SOUZA PORTO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis, como requisito do Curso de Graduação, avaliado pela seguinte comissão examinadora:

Orientador: _____
Gisele Spera Máximo

Examinador: _____
Sérgio Augusto Frederico

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus pelo dom da vida e por ter me proporcionado chegar até aonde cheguei.

A minha família pelo incentivo e paciência, em especial a minha bisavó e minha tia Antônia.

Agradeço especialmente à minha mãe, Juliana, que sempre acreditou em mim e sempre me incentivou a correr atrás dos meus objetivos.

A minha professora e orientadora Gisele, que me auxiliou na elaboração deste projeto e acreditou no meu potencial e deu todo suporte que precisei.

Aos meus amigos, que acreditaram em mim e que me ajudaram.

RESUMO

A arbitragem é um meio alternativo de solução de conflitos, no qual o árbitro é indicado pelas partes que tem como principal função resolver a questão que está gerando conflito.

Deste modo, a Arbitragem é uma das formas mais indicadas para a solução de conflitos, sobretudo quando envolve o Poder Público.

O presente trabalho não tem como objetivo esgotar o assunto sobre o referido tema, mas sim explorar uma forma adversa para a solução de conflitos, analisando como funciona a Arbitragem no Brasil, as principais novidades trazidas pelo Código de Processo Civil e a possibilidade da utilização por parte da Administração Pública.

Palavras-chave: Arbitragem e o Poder Público; resolução de conflitos, Administração Pública.

ABSTRACT

Arbitration is an alternative means of conflict resolution in which the arbitrator is indicated by the parties whose main function is to resolve the issue that is generating conflict.

In this way, Arbitration is one of the most indicated ways for the solution of conflicts, especially when it involves the Public Power.

The present work does not aim to exhaust the subject on the said topic, but to explore an adverse form for the solution of conflicts, analyzing how Arbitrage works in Brazil, the main novelties brought by the Code of Civil Procedure and the possibility of the use by Part of the Public Administration.

Keywords: Arbitration and Public Power; Conflict resolution, Public Administration.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF - Constituição Federal

CPC – Código de Processo Civil

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

NCPC – Novo Código de Processo Civil

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. HISTÓRICO DA ARBITRAGEM NO BRASIL	11
2.1. DA ARBITRAGEM.....	13
2.2. LEI 9.307/96	15
2.2.1. AUTONOMIA DA VONTADE DAS PARTES	16
2.2.2. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA.....	17
2.2.3. EXTINÇÃO DO COMPROMISSO ARBITRAL	20
2.2.4. DO ÁRBITRO	22
2.2.5. PROCEDIMENTO.....	22
2.2.6. SENTENÇA ARBITRAL	23
3. ARBITRAGEM NO NOVO CPC	25
3.1.1. COMUNICAÇÃO POR MEIO DE CARTAS ARBITRAIS	26
3.1.2. SEGREDO DE JUSTIÇA	28
3.1.3. RECURSOS NA ARBITRAGEM	29
3.1.4. NULIDADE DA SENTENÇA ARBITRAL.....	30
3.1.5. HOMOLOGAÇÃO DA SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA.....	31
3.2. REFORMAS LEGISLATIVAS NA LEI DE ARBITRAGEM (LEI 13.129) ..	31
4. ARBITRAGEM E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	34
4.1. A ARBITRAGEM NAS CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO	37
4.2. PECULIARIDADES QUANTO AO ENVOLVIMENTO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NOS PROCEDIMENTOS ARBITRAIS	41
4.2.1. PUBLICIDADE DOS ATOS	42
4.2.2. ARBITRAGEM DE DIREITO E NÃO DE EQUIDADE	43
4.2.3. CONTRATAÇÃO DE CÂMARAS DE ARBITRAGEM.....	43
4.2.4. EXECUÇÃO DO LAUDO ARBITRAL	44
4.3. CONSIDERAÇÕES FINAIS	44
5. REFERÊNCIAS.....	46

1. INTRODUÇÃO

A partir da Lei 9.307, sancionada em 24 de julho de 1996, a arbitragem ganhou espaço no direito brasileiro. Atualmente, o instituto vem ganhando cada vez mais forças, pois é um meio bastante eficaz para a solução de conflitos e ajuda a não sobrecarregar o Poder Judiciário.

A arbitragem ganhou mais destaque com a reforma do Código de processo Civil de 2015. A Lei 13.129, de 26.5.15, ao alterar a lei de arbitragem (Lei 9.307, de 23.9.96), pôs fim à controvérsia a respeito da possibilidade ou não de utilização de arbitragem pela administração pública. No parágrafo 1º do artigo 1º, estabelece que “a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Antes disso, algumas leis já previam o uso de mecanismos privados de resolução de disputas, suprimindo a omissão da Lei 8.666/93. É o caso do artigo 23-A da Lei 8.987/95, do artigo 11, III, Lei 11.079/04, além de normas contidas nas leis sobre telecomunicações, transportes aquaviários e terrestres, energia elétrica, dentre outras.

A arbitragem é uma alternativa de solução de conflitos. É a técnica mais utilizada fora do Poder Judiciário. Sua tônica está na tentativa de deixar o formalismo da justiça comum de lado, que na maioria das vezes é bastante complexa e exagerada. Procura utilizar-se de um mecanismo menos formal e mais ágil para a resolução de problemas. Essa maneira de interagir pode encontrar soluções mais adequadas e rápidas para as diversas formas concretas de litígios, visto que o árbitro pode ser pessoa de outra área que não seja jurídica, podendo encontrar decisão mais adequada e precisa quando envolver temas técnicos.

Vale ressaltar que a decisão arbitral possui o mesmo efeito da decisão judicial e, portanto, seu cumprimento é obrigatório pelas partes.

O presente trabalho visa demonstrar como surgiu a arbitragem, como ela se desenvolveu ao longo dos anos no Brasil, bem como a maneira como em que ela pode ser aplicada no Poder Público.

2. HISTÓRICO DA ARBITRAGEM NO BRASIL

O instituto da arbitragem sob a ótica jurídica brasileiro monta à época da primeira Constituição Federal Brasileira - A Constituição de 1824 - conhecida como Constituição Imperial, que dispunha, no seu art. 160 que: “nas causas cíveis e nas penais civilmente intentadas, poderão as partes nomear Árbitros. Suas sentenças serão executadas sem recursos, se assim o convencionarem as mesmas partes” (SOUZAS; TORRES, 2008, p. 78)¹.

Traçando-se uma breve evolução constitucional da Arbitragem no Brasil, pode-se dizer que a Constituição Federal de 1891 – a primeira de caráter republicano, pois, promulgada logo após o a proclamação da República – não deu à Arbitragem o tratamento amplo como o dado pela sua antecessora, ou seja, limitou-a a “um meio de evitar guerras e resolver questões envolvendo fronteiras”², suprimindo de sua alçada a viabilidade da vigência entre particulares.

Já a Carta Magna de 1934, trouxe a arbitragem mercantil ao estabelecer no artigo 5º, inciso XIX, alínea A, a competência da União para legislar sobre as normas fundamentais da “*arbitragem comercial*”, cujo teor se transcreve abaixo:

CF/34. Nós, os representantes do povo brasileiro, pondo a nossa confiança em Deus, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para organizar um regime democrático, que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico, decretamos e promulgamos a seguinte

Art 5º - Compete privativamente à União:

(...)

XIX – legislar sobre:

- a) direito penal, comercial, civil, aéreo e processual, registros públicos e juntas comerciais;
- b) divisão judiciária da União, do Distrito Federal e dos Territórios e organização dos Juízos e Tribunais respectivos;
- c) normas fundamentais do direito rural, do regime penitenciário, da arbitragem comercial, da assistência social, da assistência judiciária e das estatísticas de interesse coletivo.³

¹ SOUZAS, Gerson Martins de; TORRES, Hedel de Andrade. Noções e fontes da arbitragem. In: BOMFIM, Ana Paula Rocha do; MENEZES, Hellen Monique Ferreira de (Coord.) MESC's: manual de mediação, conciliação e arbitragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 75-82.

² <https://jus.com.br/artigos/29385/historico-da-arbitragem-no-brasil>. Consulta em 27.03.2017

³ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm>. Consulta em 27.03.2017.

Verifica-se, pois, a diminuição do campo de atuação da arbitragem, que em regra estava vinculada à particulares e passa a restringir-se ao campo comercial.

A Constituição de 1937, por sua vez, foi muito pior com a arbitragem, pois, recuou nessa matéria, deixando extintos os processos até mesmo que envolviam o campo comercial arbitral.

A Constituição federal de 1946, trouxe um conflito considerável para o instituto da arbitragem, pois, como foi a primeira Constituição a fazer menção ao princípio da Inafastabilidade Jurisdicional não demorou para que se levantasse a dúvida acerca da legalidade e validade do instituto arbitral uma vez que, por este princípio, “*a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.*”

As discussões versavam sob o fato de que, ao se submeter à arbitragem, as partes estariam renunciando o Poder Judiciário e, portanto, ferindo o monopólio Estatal de julgador dos litígios.

Porém, havia uma diferença processual na arbitragem da época e a arbitragem atual, que viabilizava e validava juridicamente a arbitragem: o fato de que os laudos arbitrais deveriam ser levados a ratificação ou homologação pelo Poder Judiciário.

Assim, havia a garantia da inafastabilidade pela utilização do judiciário quando a arbitragem era aplicada. Claro que, com essa revalidação ou homologação pelo judiciário, o escopo da arbitragem no sentido da agilidade, acaba por ser ferido, e novamente se atravanca o judiciário com necessidade de sentença judicial homologatória.

As Constituições de 1967 e 1969 também não alteraram o teor da arbitragem. Contudo, José Cretella Neto afirma que nos anos de 1969 e 1973 o Supremo Tribunal Federal se posicionou a favor da arbitragem, aceitando que até o Estado poderia usa-la, vejamos:

*[...] o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que se pronunciou pela **admissão de que o próprio Estado poderia submeter-se à decisão de um tribunal de arbitragem**, desde que não se tratasse de matéria relativa à sua soberania (Decisão publicada em 13.06.1969, vide Revista Trimestral de Jurisprudência nº 52, pp. 168, 171 e segs.; em mais detalhes, publicação de 14.11.1973, vide Revista Trimestral de Jurisprudência nº 68, pp. 382, 384, 391 e segs.). (CRETELLA NETO, 2004, p. 23,).*

Ao contrário das anteriores Constituições, a Constituição Federal de 1988, conhecida como “Constituição Cidadã”, no artigo 114, § 1º, que trata sobre os Tribunais e Juízes do Trabalho, e estabelece que “*Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.*”

Em âmbito infraconstitucional o Código Civil de 1916, foi regulado pelos artigos 1.037 a 1.048 do Código Civil brasileiro, Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. O Código Civil, elaborado pela influência do jurista brasileiro Clóvis Bevilacqua, submetia a solução de pendências judiciais ou extrajudiciais por arbitragem. O antigo Código de Processo Civil brasileiro, Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939, e o código de 1973, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, consignaram também dispositivos referentes à arbitragem. O Código de Processo Civil previa, em seus artigos 1.072 a 1.102, a solução de pendências por juízo arbitral e condicionava à homologação do laudo arbitral ao juiz originariamente competente para o julgamento da causa. Esses artigos foram revogados pela Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, Lei da Arbitragem.

O novo e atual Código de Processo Civil de 2015 regido pela Lei Nº 13.105, de 16 de março de 2015, trouxe a arbitragem em seu artigo 3º “*Não se exclui da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito, § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.*”

Atualmente a Lei 13.129, de 26 de Maio, de 2015, alterou a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revogou dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

2.1. DA ARBITRAGEM

Segundo José Cretella Neto:

“arbitragem é, portanto, um mecanismo ou técnica de solução de controvérsias instaurada pelas próprias partes, mediante a intervenção de terceiro ou terceiros, expressamente autorizado ou autorizados pelos litigantes”.⁴

⁴ CRETELLA NETO, José. Curso de arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.11.

Carlos Alberto Carmona define a arbitragem como:

“a arbitragem é uma técnica para a solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial”.⁵

Rozane da Rosa Cachapuz ao conceituar a arbitragem ressalta:

“é importante ressaltar que a Arbitragem é o meio de resolução de conflitos mais simples e objetiva, e os julgadores, além de imparciais, são técnicos especializados na área científica sobre a qual recai o objeto litigioso, e, via de regra, do mais alto quilate científico e respeitabilidade. Esses atributos conferem às partes um julgamento seguro e rápido, sobretudo se confrontando com os atropelos verificados na jurisdição pública, que se forma por um exército de juízes com acúmulo de serviço, sem poder operacionalizar o direito dentro de um prazo razoável. Pode-se verificar na Arbitragem a rapidez na prestação da tutela jurisdicional privada perseguida, devido a irrecorribilidade das decisões arbitrais e inexistência de homologação da sentença nacional pelo órgão do Poder Judiciário”⁶

A arbitragem é um dos métodos alternativos a solução de conflitos que mais se aproxima da jurisdição estatal de um juiz togado, e é responsável por não sobrecarregar com processos o Poder Judiciário.

Vale ressaltar que a arbitragem é um método facultativo à solução de litígios, onde as partes de comum acordo vão optar ou não por usar deste método. A arbitragem possui muitas características favoráveis se comparada com a jurisdição estatal.

O que percebemos é que a arbitragem é um dos meios mais céleres e eficazes para a solução de controvérsias, visto que o árbitro será uma pessoa técnica e especializada no assunto do litígio, o que pode trazer maior segurança para as partes.

Outro aspecto é a autonomia das partes, pois as partes de comum acordo podem escolher as regras a serem aplicadas durante este procedimento, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. Com isto, se preserva o bom relacionamento das partes, já que elas decidem todo o desenvolver do litígio de comum acordo.

Para a doutrina privatista, a arbitragem tem origem contratual, pelo fato de as partes firmarem a decisão de submeter seus conflitos à arbitragem em uma cláusula

⁵ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96. São Paulo: Atlas, 2009, p. 15.

⁶ CACHAPUZ, Rozane da Rosa. Arbitragem: alguns aspectos do processo e do procedimento na Lei nº 9.307/96. São Paulo: LED, 2000, p.22.

contratual. Segundo este entendimento a sentença arbitral não é provida de jurisdicionalidade, pois esta prerrogativa pertence única e exclusivamente ao Estado. Ademais, o árbitro atua no cumprimento da vontade das partes, possuindo caráter de atividade privativa.

Este posicionamento não é lógico com a legislação que versa sobre a arbitragem, visto que o artigo 31 da Lei 9307/96 estabelece que a sentença arbitral produz entre as partes, os mesmos efeitos da sentença judicial.

A doutrina publicista defende a tese de que a arbitragem tem caráter jurisdicional, pelo fato de o árbitro ser investido de prerrogativas para julgar e decidir o conflito, dentro dos parâmetros estabelecidos pela lei, exercendo função de interesse estatal.

Além dessas duas correntes, existe ainda uma terceira, chamada de híbrida, que sustenta que tal instituto possui caráter contratual e jurisdicional, pelo fato de a arbitragem surgir através de uma cláusula contratual e se desenvolver com as mesmas garantias do processo legal e terminar com uma sentença arbitral que possui a mesma função de uma sentença judicial. No primeiro momento ela é estabelecida por particulares que determinam o juízo arbitral e os procedimentos utilizados. E posteriormente, é pública pelo por se verificar o Estado, por meio da lei, que atribui certa autonomia ao árbitro e suas decisões, surgindo então um caráter jurisdicional.

A Lei de Arbitragem, no entanto, comprova que a arbitragem tem caráter privado, porém eleva sua ótica jurisdicional ao renunciar ratificação do Poder Judiciário para as sentenças arbitrais.

2.2. LEI 9.307/96

A Lei sobre a arbitragem no Brasil compõe-se de 7 capítulos e 44 artigos.

Capítulo I: “Disposições Gerais”

Capítulo II: “Da Convenção de Arbitragem e seus efeitos”

Capítulo III: “Dos Árbitros”

Capítulo IV: “Do Procedimento Arbitral”

Capítulo IV: “Da Sentença Arbitral”

Capítulo VI: “Do Reconhecimento e Execução das Sentenças Arbitrais Estrangeiras”

Capítulo VII: “Disposições Finais”

2.2.1. AUTONOMIA DA VONTADE DAS PARTES

Para que se possam valer deste meio alternativo para solução de conflitos, o artigo 1º prevê que: “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.”

O que se estabelece através dele é que desde que as pessoas sejam civilmente capazes para contratar, poderão se valer da arbitragem para dirimir seus conflitos relativos a direitos patrimoniais quando estes forem disponíveis. Esta capacidade civil está disposta no artigo 5º do Código Civil, que estabelece que “a menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.”

Segundo o CEMAPE – Centro de Mediação e Arbitragem de Pernambuco, direitos patrimoniais disponíveis:

O direito patrimonial é disponível quando ele pode ser livremente exercido pelo seu titular. Assim, são disponíveis aqueles bens que podem ser livremente alienados ou negociados por encontrarem-se desembaraçados, envolvendo pessoas civilmente capazes.⁷

O Código Civil nos seus artigos 851 e 852 reforça esta ideia, ou seja, de que “é admitido compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que podem contratar” (artigo 851) e também estabelece que “é vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial” (artigo 852).

As partes podem decidir livremente se a arbitragem será de direito ou de equidade, segundo o art. 2º, aqui vale ressaltar de que essas regras poderão ser regras de direito material, bem como de direito processual. O que se percebe é que a lei dá liberdade para as partes escolherem as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

⁷ <http://www.cemape.org.br/arbitragem.htm>

2.2.2. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

Segundo Carmona, a cláusula compromissória: “é o pacto por meio do qual os contratantes avençam, por escrito, submeter-se à arbitragem a solução de eventual litígio que possa decorrer de uma determinada relação jurídica.” (Carmona, Carlos Alberto, 2008, p. 16).

A Lei dispõe no art. 3º que “as partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.”

A cláusula não precisa necessariamente estar inserida no corpo de um contrato, visto que o art. 5º indica que as partes podem estabelecer na própria cláusula, ou em outro documento, a forma convencionada para a instituição da arbitragem.

Quando não há acordo prévio sobre esta forma de instituição, a parte interessada deverá manifestar a sua intenção de dar início à arbitragem por via postal ou por qualquer outro meio de comunicação que comprove o recebimento que convocou a outra parte para, em dia, hora e local certos, firmarem compromisso arbitral.

Vale ressaltar de que a cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserida, e em caso de eventual nulidade deste não implica, necessariamente a nulidade da cláusula compromissória.

2.2.2.1. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA CHEIA

A Cláusula Compromissória Cheia é aquela que faz de forma expressa referências das regras que serão utilizadas em eventual procedimento arbitral surgido do contrato, e poderão constar nesta cláusula quem serão os árbitros, em qual câmara arbitral será resolvido o conflito e até mesmo as regras que serão utilizadas.

2.2.2.2. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA VAZIA

Cláusula Compromissória Vazia é aquela que somente faz referência que em caso de eventual disputa surgida em razão do contrato, estas serão resolvidas pela arbitragem. Este tipo de cláusula não faz referências específicas quanto ao lugar, as regras ou até

mesmo os árbitros, ou seja, deixa uma lacuna a ser preenchida no momento em que for estipulado o compromisso arbitral.

2.2.2.3. COMPROMISSO ARBITRAL

O compromisso arbitral segundo o art. 9º “é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial. “

Para Figueira Júnior (1999, p. 193), “trata-se de um verdadeiro negócio jurídico de direito material que expressa a renúncia à atividade jurisdicional do Estado”.

O §1º estabelece o caso do compromisso arbitral judicial e diz que este celebrar-se-á por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda. E o 2º estabelece compromisso arbitral extrajudicial que será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público.

2.2.2.4. DO COMPROMISSO ARBITRAL JUDICIAL

Conforme a Lei de Arbitragem há duas hipóteses de arbitragem judicial.

A primeira delas ocorre quando a cláusula compromissória já existe. São os casos em que a arbitragem já estava pré-estabelecida entre as partes caso surgisse algum conflito, entretanto uma das partes se recusa resolvê-lo através do compromisso arbitral, fazendo com que a outra parte interessada ingresse com um processo judicial para que seja cumprida a declaração de vontade instaurada no contrato, ou seja, a de submeter o conflito à apreciação de um árbitro.

A outra hipótese acontece quando as partes, submetem seu litígio na justiça comum, mas optam pela arbitragem, mesmo não tendo decido pelo compromisso arbitral ulteriormente. De comum acordo, as partes, manifestam suas vontades de solucionar o conflito por meio da arbitragem e desistem do processo judicial e este deverá ser extinto.

2.2.2.5. DO COMPROMISSO ARBITRAL EXTRAJUDICIAL

O compromisso arbitral extrajudicial é lavrado em casos em que ainda não foi instituída a cláusula compromissória e ainda não existe qualquer demanda ajuizada. As partes voluntariamente, lavram o compromisso arbitral e submetem seus conflitos à decisão de um árbitro. A Lei estabelece que este compromisso poderá ser lavrado por escritura pública ou através de documento particular, que deverá obrigatoriamente ser assinado por duas testemunhas.

2.2.2.6. ELEMENTOS INDISPENSÁVEIS PARA O COMPROMISSO ARBITRAL

Indispensavelmente se exige o nome, profissão, estado civil e domicílio das partes; o nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros; a matéria que será objeto da arbitragem; e o lugar em que será proferida a sentença arbitral. (Artigo 10)

2.2.2.7. ELEMENTOS FACULTATIVOS PARA O COMPROMISSO ARBITRAL

Fica a critério das partes estipularem no compromisso arbitral, o local onde a arbitragem será desenvolvida, podendo a fixação ficar a critério do árbitro ou do tribunal arbitral. Isto não impede que a arbitragem se desenvolva em locais diferentes.

Outa faculdade das partes é a autorização para que o árbitro ou os árbitros julguem por equidade, ou seja, que julguem além das normas postas, porém devem observar as normas jurídicas de ordem pública.

Cabe as partes estipularem o prazo para a apresentação da sentença arbitral (art. 11, III), não o fixando, o prazo para a apresentação da sentença é de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro, segundo o art. 23.

As partes, devem ainda convencionarem a indicação da lei nacional ou das regras corporativas aplicáveis à arbitragem.

E por fim, a declaração da responsabilidade pelo pagamento dos honorários e das despesas com a arbitragem; e a fixação dos honorários do árbitro, ou dos árbitros (art. 11 incisos V e VI). As partes poderão fixar como serão pagos os honorários e as despesas

da arbitragem, podendo as despesas serem divididas entre ambas as partes, ou paga integralmente por este ou aquele contratante, enfim, o que vale ressaltar é que os contratantes poderão ser responsáveis solidários, já que são responsáveis pela contratação do árbitro.

O parágrafo único, estipula que “fixando as partes os honorários do árbitro, ou dos árbitros, no compromisso arbitral, este constituirá título executivo extrajudicial; não havendo tal estipulação, o árbitro requererá ao órgão do Poder Judiciário que seria competente para julgar, originariamente, a causa que os fixe por sentença”.

2.2.2.8. PRIVACIDADE E CONFIDENCIALIDADE

Em regra, os atos arbitrais têm uma condição maior de privacidade e confidencialidade. Esta confidencialidade está diretamente ligada aos fatos, aos documentos trazidos aos autos, as alegações das partes e das decisões do tribunal arbitral, principalmente no que se refere a sentença.

Nos dizeres de Selma Lemes:

“A privacidade está relacionada com o local em que a arbitragem é processada e quanto à matéria discutida, no sentido de não permitir a presença de pessoas estranhas nas audiências. Por sua vez, o sigilo (confidencialidade), refere-se à sentença arbitral e aos documentos apresentados no processo, vinculando as pessoas que gerenciaram o processo, os árbitros, procuradores e até as partes” (LEMES, Selma. *Arbitragem na Concessão de Serviços Públicos – Arbitrabilidade Objetiva. Confidencialidade ou Publicidade Processual?* In RDM 134:148/163, abr./jun., 2004).

2.2.3. EXTINÇÃO DO COMPROMISSO ARBITRAL

O artigo 12 menciona três hipóteses para esta extinção:

I- escusando-se qualquer dos árbitros, antes de aceitar a nomeação, desde que as partes tenham declarado, expressamente, não aceitar substituto;

II - falecendo ou ficando impossibilitado de dar seu voto algum dos árbitros, desde que as partes declarem, expressamente, não aceitar substituto; e

III - tendo expirado o prazo a que se refere o art. 11, inciso III, desde que a parte interessada tenha notificado o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, concedendo-lhe o prazo de dez dias para a prolação e apresentação da sentença arbitral.

Visto que a escolha do árbitro é muitas vezes um fator determinante na escolha da arbitragem para a solução de conflitos, caracterizando então seu caráter personalíssimo, desse modo, se o árbitro escolhido escusar-se da nomeação e, tendo as partes declarado não aceitar substituto, não há então motivos para continuar com o compromisso. Neste caso, as partes poderão nomear outro árbitro de comum acordo, ou em caso de escolha personalíssima, o compromisso facilmente poderá ser extinto.

Segundo Carmona:

“Como regra, instituída a arbitragem, deverá o árbitro proferir a sentença terminativa quando constar a impossibilidade de continuar a desempenhar sua função; somente em casos extremos (morte, incapacitação absoluta, ausência) é que se concebe a extinção do compromisso sem expressa declaração.” (CARMONA, Carlos Alberto, 2009, página 221)

Ementa: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FALECIMENTO E RECUSA DOS ÁRBITROS. **NOMEAÇÃO PERSONALÍSSIMA**. DISSOLUÇÃO DA COMISSÃO DE ARBITRAGEM. ARGÜ IÇÃO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ADMISSIBILIDADE. ÔNUS DA PROVA. FATO EXTINTIVO. ENCARGO DO DEMANDADO. SOLIDARIEDADE ATIVA. CREDOR QUE RECEBE A DÍVIDA. DEVER DE RESPONDER PERANTES OS OUTROS PELA PARTE QUE LHES CABIA. 1. O falecimento de um dos árbitros e a recusa da participação dos demais constitui fato superveniente (CPC , art. 462) que invalida a cláusula compromissória em razão do caráter **personalíssimo** da **nomeação**. A alteração de situação de fato prevista no art. 462 do CPC pode ser arguida em embargos de declaração. 2. A não efetivação da cessão do crédito do ICMS a ensejar a desobrigação ao pagamento constitui fato extintivo do direito do autor cujo ônus da prova pertence ao demandado, ora Embargado. 3. Na inteligência do art. 272 do Código Civil , ço credor que tiver remitido a dívida ou recebido o pagamento responderá aos outros pela parte que lhes cabia ç. 4. Embargos declaratórios acolhidos para anular o acórdão embargado e para dar provimento ao recurso de apelação.⁸

No caso acima, os julgadores acolheram os embargos de declaração reconhecendo que os árbitros foram nomeados em caráter personalíssimo, extinguindo assim a cláusula compromissória.

Na última hipótese a parte que se sentir prejudicada pela demora do árbitro para proferir a sentença, deverá notifica-lo para apresentar a sentença arbitral no prazo de 10 dias, sob pena de ser extinto o compromisso arbitral e concede às partes o direito de pleitear perdas e danos contra o árbitro ou tribunal arbitral no órgão Judiciário.

⁸ TJ-ES Embargos de Declaração ap. cível ED 24059014142 , publicado em 28.05.2007

2.2.4. DO ÁRBITRO

O árbitro segundo o art. 13, poderá ser qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes. Este artigo dispõe sobre como os árbitros devem prosseguir em relação a arbitral.

Para Figueira Júnior (1999, p. 197):

O único requisito de caráter subjetivo imposto pelo legislador é que a pessoa, sobre a qual recaíra a indicação e exercerá as funções de árbitro, esteja em gozo de sua plena capacidade civil. Inexiste qualquer outro requisito. A circunstância assinalada no art. 13 de que o árbitro ou árbitros deverão ter a confiança das partes não chega propriamente a ser um requisito, porquanto encontra-se logicamente implícito na opção feita pelos litigantes.

Vale enfatizar o § 6º que dispõe que “no desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição.”

Assim como na jurisdição estatal o juiz deve ser imparcial, aqui também se aplica esta mesma regra. Podendo inclusive segundo o art. 14 o árbitro ser considerado suspeito ou impedido de participar do procedimento arbitral, aplicando-se lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil.

O artigo 18 estipula que a sentença proferida pelo árbitro tem os mesmos efeitos de uma sentença proferida pelo judiciário, constituindo título executivo quando condenatória, e não ficando sujeita a recurso ou a homologação judicial, conforme disposição: *“O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.”*

2.2.5. PROCEDIMENTO

O procedimento arbitral encontra-se descrito no capítulo IV.

É instituído quando aceita a nomeação pelo árbitro, e deverá obedecer ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, ou então reportar-se às regras de um órgão arbitral ou entidade especializada.

A arbitragem pode ser ad hoc ou institucional.

“Ad hoc”, significa “para isto”. Na arbitragem ad hoc as partes devem fixar regras e formas em que o procedimento deve acontecer naquele caso isolado. Nestes casos, não serão seguidas as regras de uma instituição especializada, e sim as disposições convencionadas entre as partes, e na ausência desta, as regras serão determinadas pelo árbitro. As partes isoladamente e de comum acordo nomeiam um árbitro e submetem seus conflitos a ele.

Outra possibilidade é a utilização da arbitragem institucional, ao qual será realizada com auxílio de uma instituição especializada que dispõe de um regulamento próprio e uma lista de árbitros que as partes poderão indicar um ou mais nomes.

Na arbitragem institucional é escolhida uma Câmara de Arbitragem ao qual as partes se sujeitam ao seu regulamento interno e suas regras.

O árbitro ou tribunal arbitral deverá estipular acerca do procedimento quando este não houver sido realizado pelas partes. Devendo estes procedimentos respeitarem os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

É facultado as partes postularem por intermédio de advogado e competirá ao árbitro ou tribunal arbitral, no início do procedimento, tentar conciliar as partes, aplicando-se, no que couber o art. 28 desta Lei.

A instrução processual será de acordo com o que dispõe o art. 22, podendo “o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício. “

2.2.6. SENTENÇA ARBITRAL

Para Carmona, a sentença é o ato mais significativo do árbitro no processo, pois é o *"momento em que o julgador outorga a prestação jurisdicional pretendida pelas partes"*.

9

⁹ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96. São Paulo: Atlas, 2007, p.221.

A sentença arbitral está disposta no capítulo V da Lei de Arbitragem, que estabelece que a sentença arbitral produz entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário, como dito anteriormente.

Esta sentença será proferida no prazo estipulado pelas partes, e caso não haja nenhum prazo estipulado, deverá ser proferida em seis meses.

Assim como na sentença judicial, a sentença arbitral possui requisitos conforme dispõe o artigo 26. Dentre estes requisitos está o relatório, onde conterà o nome das partes e o resumo do litígio; a fundamentação; o dispositivo, onde os árbitros resolverão as questões que lhes foram submetidas e por fim, a data e o lugar em que esta foi proferida.

A sentença arbitral tem força de título executivo, sendo assim, sua efetivação é no mesmo formato do cumprimento de sentença.

O árbitro tem a responsabilidade de reconhecer a obrigação, entretanto não cabe a ele impor, coercitivamente, que o devedor a cumpra. Deste modo, terminada a arbitragem, negando o devedor a cumpri-la, incumbe ao credor intervir através de uma nova relação jurídica processual.

O credor deve distribuir uma petição inicial ao juízo que seria competente para julgar a causa, caso não tivesse sido estipulada a cláusula arbitral.

Se acaso as partes tiverem previsto confidencialidade na arbitragem, na fase de cumprimento de sentença, poderá ser atribuído o segredo de justiça, conforme prevê o artigo 189, IV, do CPC.

Distribuída a petição inicial, o cumprimento da sentença seguirá o rito estabelecido para a execução da sentença judicial, devendo o devedor ser citado para o cumprimento com a obrigação em 15 dias, sob pena de imposição de multa e honorários advocatícios de dez por cento casa, conforme estabelece o artigo 533, § 1º.

No que se refere às sentenças arbitrais estrangeiras, ou seja, aquelas que foram proferidas fora da jurisdição brasileira, a lei estabelece o reconhecimento e execução no Brasil, desde que esteja em conformidade com esta lei e com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno, conforme o artigo 34:

“Art. 34. A sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos desta Lei.”

Constitui título executivo judicial a sentença estrangeira que, aplicado o procedimento disposto na Resolução 9/2005/STJ, foi homologada pelo Superior Tribunal de Justiça (artigo 105, inciso I, alínea i, CF). O cumprimento da sentença estrangeira far-se-á perante o juízo federal competente, conforme estabelecido no artigo 109, inciso X da CF e artigo 965 do novo CPC.

Houve uma inovação significativa em relação as decisões interlocutórias estrangeiras, que após a homologação pelo STJ, serão consideradas títulos executivos judiciais, e deverá obedecer ao procedimento constante no Código de Processo Civil.

3. ARBITRAGEM NO NOVO CPC

O Novo Código de Processo Civil foi sancionado pela presidente Dilma Rousseff, sendo instituído pela Lei 13.105 de 16 de março de 2015, e entrou em vigor no ano de 2016.

Este novo código trouxe inúmeras mudanças para a sociedade brasileira, e principalmente no que tange a Lei de Arbitragem. O novo texto deu ênfase a arbitragem, com o intuito de que ela seja cada vez mais utilizada no cenário brasileiro. O que trará benefícios não só para o judiciário, pois reduz a quantidade de processos que eventualmente seriam resolvidos pela jurisdição estatal, como também traz um grande benefício para as partes, dentre eles a celeridade e um bom relacionamento futuramente.

O novo texto legal reconhece a arbitragem como Instituto Jurisdicional, possibilitando que as partes utilizem da Jurisdição Arbitral para solução de controvérsias.

Esta permissão está disposta logo no artigo 3º, § 1º que traz:

“Art. 3º - Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.
§1º - É permitida a arbitragem, na forma da lei.”

Se discutia bastante a inconstitucionalidade da arbitragem, e os principais argumentos se baseavam em ofensa aos princípios da inafastabilidade jurisdicional e o do

juiz natural, porém agora podemos dizer que esse assunto foi pacificado por decisão do STF e também pelo novo e atual texto do novo Código de Processo Civil.

Ademais, o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, incorpora o Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição no elenco de direitos e garantias fundamentais, que estabelece “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Por este princípio se permite que as partes provoquem o Poder Judiciário para a prestação jurisdicional que visa tutelar e garantir seus direitos. Cabe ressaltar a explicação de Marcus Vinicius Rios Gonçalves sobre o assunto:

“Mas não há ofensa à Constituição, porque a arbitragem não é obrigatória, de sorte que a lei não exclui a questão da apreciação do Poder Judiciário. São as partes que preferem que a solução seja dada pelos árbitros. Além disso, as partes podem recorrer ao Judiciário para obter a declaração de nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos no art. 32, da lei. É o que diz o art. 33, caput: “A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a decretação de nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta lei.” Um segundo fundamento seria a violação ao princípio do Juiz natural, já que a questão seria decidido por um órgão de escolhas dos próprios interessados. Mas isso não ocorre, porque a arbitragem é instituída antes do conflito entre eles. O Supremo Tribunal Federal já decidiu a questão em definitivo, no SE 5.206-7. Em sessão plenária, foi declarada a constitucionalidade da lei por maioria de votos, vencidos os Mins. Sepúlveda Pertence, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves.” (Curso de Direito Processual esquematizado, p. 813, 2011)

Esta garantia ainda é confirmada pelo artigo 42 da nova legislação ao assegurar que: “as causas cíveis serão processadas e decididas pelo órgão jurisdicional nos limites de sua competência, ressaltando às partes o direito de instituir juízo arbitral, na forma da lei.”

Diante do exposto não há que se falar mais de invalidade ou ilegalidade das sentenças arbitrais, visto que este novo código adota definitivamente a utilização deste método e incentiva cada vez mais a utilização dos meios de solução de conflitos, conforme dispõe o artigo 3º, § 3º:

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

3.1.1. COMUNICAÇÃO POR MEIO DE CARTAS ARBITRAIS

Houve uma harmonização entre as jurisdições que se deu através de um instituto trazido pelo Novo CPC que é o instituto da Carta Arbitral. Por meio deste instrumento

jurídico é que se formalizarão as solicitações de cooperação entre os juízes e árbitros. Sua previsão encontra-se no artigo 237, inciso IV:

“Art. 237. Será expedida carta:

IV - arbitral, para que órgão do Poder Judiciário pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato objeto de pedido de cooperação judiciária formulado por juízo arbitral, inclusive os que importem efetivação de tutela provisória.”

No que tange aos pedidos de cooperação jurisdicional elaborado pelo juízo arbitral o artigo 68 determina que “os juízos poderão formular entre si pedido de cooperação para prática de qualquer ato processual.”

Este pedido de cooperação jurisdicional deve ser prontamente atendido e pode ser executado como prestação de informações bem como em atos concertantes entre juízes cooperantes, conforme dispõe o artigo 69, incisos III e IV:

“Art. 69 - O pedido de cooperação jurisdicional deve ser prontamente atendido, prescinde de forma específica e pode ser executado como:

(...)

III – prestação de informações;

IV – atos concertantes entre os juízes cooperantes.”

O inciso VII do § 2º, do referido artigo, aponta os atos concertados:

“§ 2º - Os atos concertados entre os juízes cooperantes poderão consistir, além de outros, no estabelecimento de procedimento para:

(...)

VII – a execução de decisão jurisdicional”.

O Doutrinador Humberto Theodoro Junior ressalta esse novo instrumento legislativo:

“A cooperação preconizada pelo NCPD tem a função de permitir o intercâmbio e o auxílio recíproco entre juízos numa dimensão que vai além dos limites rígidos e solenes das cartas precatórias ou de ordem”¹⁰

A relação estabelecida entre o juiz togado e o árbitro não é hierárquica, e sim de complementação e colaboração. O jurista Pedro Batista Martins resume bem esta relação:

“É preciso assimilar o entendimento de que os órgãos judiciais e privados de realização de justiça têm funções complementares e não concorrentes”¹¹

¹⁰ THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil – vol. 1. 56ª ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 263.

Com isto, o juiz estatal fica vinculado ao cumprimento do ato solicitado pelo árbitro, bem como tem segurança de que a medida concedida pelo tribunal arbitral não poderá ser rejeitada sem motivação pelo magistrado. O juiz togado, entretanto, não tem função de avaliar o mérito das decisões tomadas pelos árbitros.

O artigo 267 do NCPC prevê as hipóteses em que o juiz poderá se recusar de cumprir a carta arbitral:

“Art. 267. O juiz recusará cumprimento a carta precatória ou arbitral, devolvendo-a com decisão motivada quando:
I - a carta não estiver revestida dos requisitos legais;
II - faltar ao juiz competência em razão da matéria ou da hierarquia;
III - o juiz tiver dúvida acerca de sua autenticidade.”

A carta arbitral, assim como as demais cartas, possui requisitos e estes devem ser preenchidos, sendo necessária que venha instruída com a convenção de arbitragem e com as provas da nomeação do árbitro e de sua aceitação da função. (art. 260, § 3º).

Deste modo, o que se pode concluir é que o Novo Código de Processo Civil e a Lei de Arbitragem, trouxeram a figura da Carta Arbitral para garantir que os árbitros, as partes, os juízes, advogados e as demais partes interessadas, atuem em um ambiente mais seguro. Fica evidente o intuito do legislador em destacar a cooperação nacional entre os órgãos judiciais e os tribunais arbitrais, solucionando o litígio dentro de um prazo razoável, com decisões justas e eficazes.

3.1.2. SEGREDO DE JUSTIÇA

Outra inovação do novo código é a estipulação de que os processos que verem sobre arbitragem devem tramitar em segredo de justiça.

O artigo 189, inciso IV, estabelece:

“Art. 189 – Os atos processuais são públicos. Tramitam, todavia, em segredo de justiça os processos:

(...)

IV – que versam sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade seja comprovada perante o juízo. ”

¹¹ MARTINS, Pedro A. Batista, obra conjunta com LEMES, Selma M. Ferreira e CARMONA, Carlos Alberto. “Da ausência de poderes coercitivos e cautelares do árbitro” *In Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem*. 1ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1999.

Obrigatoriamente, correm em sigilo as ações que forem submetidas às Câmaras de Arbitragem, sendo isso, um compromisso dos árbitros com as partes. A novidade trazida pelo novo CPC é que agora esta regra serve para os processos em geral e também para os pedidos que a Câmara de Arbitragem fizer ao Poder Judiciário através das cartas arbitrais.

Os §§ 1º e 2º do referido artigo estabelecem ainda:

§ 1º O direito de consultar os autos de processo que tramite em segredo de justiça e de pedir certidões de seus atos é restrito às partes e aos seus procuradores.

§ 2º O terceiro que demonstrar interesse jurídico pode requerer ao juiz certidão do dispositivo da sentença, bem como de inventário e de partilha resultantes de divórcio ou separação.

Fica claro, o intuito do legislador em proteger as partes contra o uso indevido de informações por terceiros estranhos à relação. Com isto, a arbitragem se torna mais confidencial e passa maior segurança as partes, visto que se esta mesma disputa fosse submetida a jurisdição estatal, ela estaria submetida ao princípio da publicidade, que estabelece que “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou interesse social o exigirem.”

De acordo com o referido princípio, todos os atos processuais são públicos, salvo as exceções previstas em lei.

A arbitragem prioriza bastante a confidencialidade em seus litígios, até mesmo como precaução para que as partes não fiquem expostas à terceiros de má-fé.

3.1.3. RECURSOS NA ARBITRAGEM

Assim como na jurisdição estatal há a possibilidade de interposição de agravo de instrumento, agora é possível utilizar tal recurso na arbitragem.

O artigo 1015, inciso III, dispõe:

“Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

(...)

III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem; “

Vale ressaltar que o agravo de instrumento é em relação à alegação de convenção de arbitragem, na medida em que a rejeição de sua alegação enseja recurso. Este recurso garante a celeridade das discussões e interação com o Judiciário.

Em relação à apelação, ela terá efeito suspensivo e começará a produzir efeitos imediatamente após a sua publicação em relação a sentença que julga procedente o pedido de instituição de arbitragem e a que confirma, concede ou revoga tutela antecipada. Nestes casos o apelante poderá formular o pedido de efeitos suspensivo na petição de interposição do próprio recurso ou por petição autônoma, de acordo com o artigo 1025 do CPC.

3.1.4. NULIDADE DA SENTENÇA ARBITRAL

Vale ressaltar que houve uma mudança no que se refere a nulidade da sentença arbitral. Essa mudança foi trazida pela nova redação do artigo 1061, § 3º do artigo 33, da Lei de Arbitragem, que passou a dispor que “a decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser requerida na impugnação ao cumprimento da sentença, nos termos dos artigos 525 e seguintes do Código de Processo Civil, se houver execução judicial.”

Entretanto a Lei 13.129, aprovada em maio de 2015, que trata da Reforma da Lei de Arbitragem, trouxe uma redação diversa, dispondo que “a declaração de nulidade da sentença arbitral também poderá ser arguida mediante impugnação, conforme o art. 475-L e seguintes da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), se houver execução judicial.”

Houve um conflito entre os textos legais que se deu pelo fato de a tramitação ter ocorrido de maneira paralela entre os projetos de lei do Novo CPC e o projeto da Reforma da Lei de Arbitragem. Todavia, não há dúvidas de que o dispositivo do CPC se refere à impugnação ao cumprimento de sentença.

Em termos práticos, o procedimento de execução da sentença arbitral é combatido por meio da impugnação apresentada pelo executado nos autos, que deve abranger toda a matéria estabelecida pelo artigo 525, § 1º.

3.1.5. HOMOLOGAÇÃO DA SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA

O novo código deu uma atenção especial ao que se refere a homologação das decisões estrangeiras que têm natureza arbitral. Nos termos do artigo 960, a homologação da sentença arbitral estrangeira obedecerá aos dispositivos e tratados internacionais, assim como a Lei de Arbitragem, e em caso de alguma omissão, será adotado o disposto no novo CPC, conforme disposição:

Art. 960. A homologação de decisão estrangeira será requerida por ação de homologação de decisão estrangeira, salvo disposição especial em sentido contrário prevista em tratado.

(...)

§ 3º A homologação de decisão arbitral estrangeira obedecerá ao disposto em tratado e em lei, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições deste Capítulo.

Com a Reforma da Lei de Arbitragem, cumpre destacar que “para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Superior Tribunal de Justiça.” (Artigo 35 da Lei 13.129)

3.2. REFORMAS LEGISLATIVAS NA LEI DE ARBITRAGEM (LEI 13.129)

O projeto da reforma da Lei de Arbitragem foi elaborado no ano de 2013, por uma comissão de juristas e presidida pelo Ministro do STJ, Luís Felipe Salomão. Foi sancionada no ano de 2015 pelo Vice-Presidente na época, Michel Temer.

Esta lei, trouxe em sua essência importantes novidades e modificações, que visam garantir maior eficácia e credibilidade a esse instituto.

Uma das primeiras e notáveis mudanças trazidas pela nova lei é encontrada no artigo 1º, com a inclusão dos parágrafos 1º e 2º que possibilitam que a administração pública direta e indireta se utilizem da arbitragem para dirimir conflitos. Cumpre ressaltar que esta prática já era aceita pela maioria da doutrina. O Poder Judiciário já aceitava procedimentos arbitrais nos quais envolviam entidades públicas. Contudo, trataremos especificamente deste assunto no próximo capítulo.

Outra modificação trazida na lei de Arbitragem diz respeito à lista de árbitros, visto que houve uma alteração no parágrafo 4º do artigo 13 desta lei, que passou a ter a seguinte disposição:

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

Isso privilegia a autonomia das partes para que possam escolher outros árbitros que não sejam credenciados pelo órgão arbitral institucional ou entidade especializada.

Em relação à interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, disposta no artigo 19 da lei 9.307/96, também sofreu modificações. Tal artigo, refere-se ao procedimento arbitral e julga instituída a arbitragem no momento da aceitação da “nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos se forem vários. “

Incluindo assim, os parágrafos 1º e 2º que estabelecem:

“§ 1º Instituída a arbitragem e entendendo o árbitro ou o tribunal arbitral que há necessidade de explicitar questão disposta na convenção de arbitragem, será elaborado, juntamente com as partes, adendo firmado por todos, que passará a fazer parte integrante da convenção de arbitragem.

§ 2º A instituição da arbitragem interrompe a prescrição, retroagindo à data do requerimento de sua instauração, ainda que extinta a arbitragem por ausência de jurisdição.”

Tal inovação, acaba com as diferentes interpretações em relação à interrupção da prescrição, regulamentando que a instituição da arbitragem interrompe a prescrição e retroage à data do requerimento de sua instauração, conforme estabelece o parágrafo 2º.

O parágrafo 4º do artigo 22, no entanto, foi revogado, que expressava:

“§ 4º Ressalvado o disposto no § 2º, havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa”.

Essa revogação se deu pela possibilidade de solicitar a concessão de medida de urgência estabelecidas pelos artigos 22-A e 22-B do Capítulo IV-A. Houve uma complementação, que incluiu os seguintes artigos:

Art. 22-A. Antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência

Parágrafo único. Cessa a eficácia da medida cautelar ou de urgência se a parte interessada não requerer a instituição da arbitragem no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data de efetivação da respectiva decisão.

Art. 22-B. Instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário

Parágrafo único. Estando já instituída a arbitragem, a medida cautelar ou de urgência será requerida diretamente aos árbitros

O procedimento arbitral não proíbe que as partes busquem o Poder Judiciário, visto que sempre que se verem prejudicadas poderão recorrer à justiça estatal para pleitearem medidas coercitivas ou cautelares e de urgência.

O Capítulo IV-B, em seu artigo 22-C, regularizou a Carta Arbitral, que nada mais é do que uma carta expedida pelo árbitro ou tribunal arbitral, com o objetivo de que o órgão jurisdicional nacional pratique ou determine a prática, na área de sua competência o ato solicitado pelo árbitro. É um mecanismo de diálogo entre arbitragem e órgãos judiciário que proporcionará maior efetividade na execução das sentenças arbitrais.

A sentença parcial encontrou amparo legal na lei de Arbitragem. O artigo 23, § 1º permite expressamente a possibilidade de ser proferida a sentença parcial pelos árbitros. Podem também as partes e os árbitros, de comum acordo, prorrogarem o prazo para proferir a sentença final.

Outra novidade trazida pela lei é em relação à extensão de determinados prazos, os quais, podem ser convencionados entre partes. O artigo 30 estabelece esta possibilidade:

“Art. 30. No prazo de 5 (cinco) dias, a contar do recebimento da notificação ou da ciência pessoal da sentença arbitral, salvo se outro prazo for acordado entre as partes, a parte interessada, mediante comunicação à outra parte, poderá solicitar ao árbitro ou ao tribunal arbitral que:

Parágrafo único. O árbitro ou o tribunal arbitral decidirá no prazo de 10 (dez) dias ou em prazo acordado com as partes, aditará a sentença arbitral e notificará as partes na forma do art. 29.”

O artigo 32 foi alterado em seu inciso I, que admite a nulidade da sentença arbitral nos casos em que a convenção de arbitragem for nula.

Houve uma alteração no caput do artigo 33, que modificou a expressão “decretação da nulidade da sentença arbitral” para a “declaração de nulidade da sentença arbitral”. Além disso, alterou o § 3º dispondo que:

“§ 3º A declaração de nulidade da sentença arbitral também poderá ser arguida mediante impugnação, conforme o art. 475-L e seguintes da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), se houver execução judicial. “

O artigo 1.061 do novo CPC no mesmo sentido em relação à redação do caput do artigo 33, dispõe a seguinte redação:

“§ 3º A decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser requerida na impugnação ao cumprimento da sentença, nos termos dos arts. 525 e seguintes do Código de Processo Civil, se houver execução judicial.”

Outra mudança no referido artigo, foi a inclusão do parágrafo 4º, que estabelece:

§ 4º A parte interessada poderá ingressar em juízo para requerer a prolação de sentença arbitral complementar, se o árbitro não decidir todos os pedidos submetidos à arbitragem.”

Por fim, houve ainda alterações no artigo 35 que prevê a competência do STJ para a homologação da sentença arbitral estrangeira, que antes era de competência do STF e consequentemente alterou o artigo 39 substituindo a competência para denegação a homologação para o reconhecimento ou execução da sentença arbitral estrangeira que antes pertencia ao STF para o STJ, passando a ter a seguinte redação:

“Art. 39. A homologação para o reconhecimento ou a execução da sentença arbitral estrangeira também será denegada se o Superior Tribunal de Justiça constatar que:

I - segundo a lei brasileira, o objeto do litígio não é suscetível de ser resolvido por arbitragem;

II - a decisão ofende a ordem pública nacional.”

Com a regulamentação da Lei de Arbitragem e sua consequente reforma, a tendência é que gradativamente sejam utilizados cada vez mais os métodos de resolução extrajudiciais.

4. ARBITRAGEM E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A utilização da arbitragem pela Administração Pública não é um assunto novo e é hoje uma realidade graças aos avanços legislativos e pela superação da inicial resistência doutrinária, que via com maus olhos a utilização da arbitragem envolvendo o Estado e os particulares.

Nos últimos anos no Brasil, a maioria dos contratos de concessão celebrados entre a Administração Pública em parceria com a iniciativa privada possuem a previsão da arbitragem como forma de solução de conflitos.

A arbitragem no Brasil, ficou por muitas décadas sem utilização, segundo Carmona era pelo seguinte motivo:

“Basicamente, eram dois os grandes obstáculos que a lei brasileira criava para a utilização da arbitragem: em primeiro, o legislador simplesmente ignorava a cláusula compromissória (o Código Civil de 1916 e o Código de Processo Civil não exibiam qualquer dispositivo a esse respeito); ao depois, o diploma processual, seguindo a tradição de nosso direito, exigia a homologação judicial do laudo arbitral” (Carlos Alberto Carmona, Arbitragem e processo – Um comentário à Lei n.º 9.307/1996, 2. ed., São Paulo, Atlas, 2004, p. 22).

Esta situação só foi modificada com o surgimento da Lei de Arbitragem, lei 9307/1996, que deu o pontapé inicial no instituto, que no ano de 2001 foi reconhecido plenamente constitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Já era possível encontrar diplomas legais no século XIX onde já se admitiam o emprego da arbitragem como meio de resolução de conflitos havidos entre o Poder Público e os Particulares. O mais importante precedente desta época foi do STF, no julgamento histórico do Caso Lage¹², que no ano de 1973 reconheceu por unanimidade de votos a “legalidade do Juízo Arbitral, que nosso Direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a Fazenda. “

Na segunda metade do século XX, houve uma alteração no modo de o Estado intervir na economia e nos serviços públicos: transformou a intervenção direta em uma intervenção indireta. O Estado deixou de prestar diretamente alguns tipos de serviços e transferiu para a iniciativa privada, criando agências reguladoras.

Diz-se que agências reguladoras são autarquias em regime especial, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“O regime especial vem definido nas respectivas leis instituidoras, dizendo respeito, em regra, à maior autonomia em relação à Administração direta; à estabilidade de seus dirigentes, garantida pelo exercício de mandato fixo, que eles somente podem perder nas hipóteses expressamente previstas, afastada a possibilidade de exoneração ad nutum, ao caráter final de suas decisões, que não são passíveis de apreciação por outros órgãos ou entidade da Administração Pública. “ (Parcerias na Administração Pública. 4 ed., Atlas, 2002, p. 141).

Esta intervenção indireta, se dá pela regulação, fiscalização, incentivo e planejamento da atividade econômica. A Constituição Federal regulamenta sobre o assunto em seu artigo 174, que dispõe:

“Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

¹² AI nº 52.181/GB, rel. Ministro Bilac Pinto, RTJ 68/382

§ 1º A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.

§ 2º A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo.

§ 3º O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros.

§ 4º As cooperativas a que se refere o parágrafo anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o art. 21, XXV, na forma da lei.”

Desse modo que a arbitragem foi reinserida no direito administrativo brasileiro. O Estado buscou investimentos privados para combater a enfermidade da infraestrutura nacional e para que isso acontecesse a solução era dar uma alternativa mais rápida do que o Poder Judiciário caso houvesse alguma controvérsia na execução dos contratos firmados com o Poder Público.

Uma das primeiras legislações a tratar deste assunto foi a Lei 9472/1997, que tratou a respeito da prestação de serviço de telecomunicações, possibilitando que houvesse cláusula prevendo o foro e o modo para a solução extrajudicial de divergências contratuais nos contratos de concessão e a Lei 9478/1997 que tratou da exploração e produção de óleo e gás, possibilitando que fossem estabelecidos nos contratos as regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional.

Vale destacar que embora não normatizada, já era admitida e pacífica a participação da Administração Pública na arbitragem, visto que inúmeras leis ordinárias disciplinavam sobre o assunto, como por exemplo, a lei dos Portos (Lei 12.815/13), vejamos:

“Art. 62. O inadimplemento, pelas concessionárias, arrendatárias, autorizadas e operadoras portuárias no recolhimento de tarifas portuárias e outras obrigações financeiras perante a administração do porto e a Antaq, assim declarado em decisão final, impossibilita a inadimplente de celebrar ou prorrogar contratos de concessão e arrendamento, bem como obter novas autorizações.

§ 1º Para dirimir litígios relativos aos débitos a que se refere o caput, poderá ser utilizada a arbitragem, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.”

O artigo 23-A da Lei 8.987 (Lei das Concessões):

“O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. “

A Lei das Parcerias Público-Privadas (art. 11 § 1º, Lei 11.079/2004), além dos precedentes do Tribunais Superiores, vejamos:

40. Quanto à manutenção ou não da cláusula arbitral nos contratos de concessão alinhamos o nosso entendimento com o exarado na Decisão nº 188/95-TCU/Plenário, considerando válida a possibilidade da utilização do juízo arbitral desde que não se inclua na parte de arbitragem situações (cláusulas) que não observem estritamente o princípio da legalidade e da indisponibilidade do interesse público. Embora essa decisão do Tribunal de Contas seja anterior à publicação da Lei da Arbitragem, revestiu-se de sabedoria ao não anular definitivamente a possibilidade do juízo arbitral, quando porventura existirem nos contratos de concessões situações em que seja possível utilizar-se da arbitragem - notadamente quando a Administração se iguala ao particular, ou no caso de haver uma futura previsão legal nesse sentido.¹³

Nesse sentido, Eduardo Talamini aponta que:

“Cabe a arbitragem sempre que a matéria envolvida possa ser resolvida pelas próprias partes, independentemente de ingresso em Juízo. Se o conflito entre o particular e a Administração Pública é eminentemente patrimonial e se ele versa sobre a matéria que poderia ser solucionada diretamente entre as partes, sem que se fizesse necessária a intervenção jurisdicional, então a arbitragem é cabível.”¹⁴

O autor ainda ressalta que: “O interesse tem caráter patrimonial não apenas quando seu objeto diretamente se reveste de valor econômico. A patrimonialidade também se configura pela aptidão de o inadimplemento compensado ou neutralizado por medidas com conteúdo econômico.”¹⁵

Esse entendimento era majoritário. Carlos Alberto Carmona reitera ainda que se “o Estado pode contratar na órbita privada, a consequência natural é de que pode também firmar um compromisso arbitral para decidir os litígios que possam decorrer da contratação.”¹⁶

4.1. A ARBITRAGEM NAS CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO

O instituto da arbitragem se tornou um elemento fundamental para as questões conflitantes decorrentes dos contratos administrativos, especialmente no que se refere as concessões de serviços públicos.

A professora Fernanda Marinela Souza Santos, conceitua o instituto da concessão:

¹³Acórdão 391/2008 – Plenário, publicado em 14.3.2008

¹⁴ Arbitragem e Parceria Público-Privada (PPP). In: Parcerias Público-Privadas: Um Enfoque Multidisciplinar (coord. Eduardo Talamini e Monica Spezia Justen). São Paulo: RT, 2005, p. 343.

¹⁵ Arbitragem e Parceria Público-Privada (PPP). In: Parcerias Público-Privadas: Um Enfoque Multidisciplinar (coord. Eduardo Talamini e Monica Spezia Justen). São Paulo: RT, 2005, p. 345.

¹⁶ Arbitragem e processo. 2. Ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 62.

“A concessão de serviços públicos está definida no art. 2, II, da Lei nº 8.987/95 e consiste numa forma de transferência de titularidade para a prestação de serviços públicos, denominada delegação. Tal transferência é realizada pelo poder concedente à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta em risco. A formalização faz-se por meio de concorrência, tendo sempre prazo determinado.” (Marinela, Fernanda, 2012, p. 542)

Com base no conceito acima, o que se percebe é que surge um contrato firmado entre a Administração Pública e Particulares, surgindo para as partes às obrigações inerentes a esse instituto.

É de suma importância que os conflitos existentes entre os contratantes, seja solucionada de maneira mais rápida do que o convencional.

Desse modo, cabe ao poder público analisar o caso concreto de acordo com a conveniência e oportunidade, qual é o procedimento mais adequado a ser utilizado.

É mais aconselhável a utilização da cláusula compromissória existente no contrato, para efetivação do procedimento arbitral, pois esta forma de resolução de conflitos beneficia ambas as partes, visto que elas poderão estipular as cláusulas a serem seguidas, bem como o juiz arbitral que decidirá a controvérsia.

A jurisprudência, abaixo, aceita a utilização da cláusula compromissória nos contratos de concessão de serviços públicos:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PERMISSÃO DE ÁREA PORTUÁRIA. CELEBRAÇÃO DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. JUÍZO ARBITRAL. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE. ATENTADO. 1. A sociedade de economia mista, quando engendra vínculo de natureza disponível, encartado no mesmo cláusula compromissória de submissão do litígio ao Juízo Arbitral, não pode pretender exercer poderes de supremacia contratual previsto na Lei 8.666/93. 8.6662. A decisão judicial que confere eficácia à cláusula compromissória e julga extinto o processo pelo "compromisso arbitral", se desrespeitada pela (...) A aplicabilidade do juízo arbitral em litígios administrativos, quando presentes direitos patrimoniais disponíveis do Estado é fomentada pela lei específica, porquanto mais célere, consoante se colhe do artigo 23 da Lei 8987/95, que dispõe acerca de concessões e permissões de serviços e obras públicas, e prevê em seu inciso XV, dentre as cláusulas essenciais do contrato de concessão de serviço público, as relativas ao "foro e ao modo amigável de solução de divergências contratuais". (Precedentes do Supremo Tribunal Federal: SE 5206 AgR / EP, de relatoria do Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, publicado no DJ de 30-04-2004 e AI. 52.191, Pleno, Rel. Min. Bilac Pinto. in RTJ 68/382 - "**Caso Lage**". Cite-se ainda MS 199800200366-9, Conselho Especial, TJDF, J. 18.05.1999, Relatora Desembargadora Nancy Andrighi, DJ 18.08.1999.) 15. A aplicação da Lei 9.307/96 e do artigo 267, inc. VII do CPC à matéria sub judice, afasta a jurisdição estatal, in casu em obediência ao princípio do juiz natural (artigo 5º, LII da Constituição Federal de 1988). 16. É cediço que o juízo arbitral não subtrai a garantia constitucional do juiz natural, ao contrário, implica realizá-la, porquanto somente cabível por mútua concessão entre as partes, inaplicável, por isso, de forma coercitiva, tendo em vista que ambas as partes assumem o "risco" de serem derrotadas na arbitragem. (Precedente: Resp nº 450881 de relatoria do Ministro Castro Filho, publicado no DJ 26.05.2003) 17.

Destarte, uma vez convencionado pelas partes cláusula arbitral, o árbitro vira juiz de fato e de direito da causa, e a decisão que então proferir não ficará sujeita a recurso ou à homologação judicial, segundo dispõe o artigo 18 da Lei 9.307/96, o que significa categorizá-lo como equivalente jurisdicional, (...) **A arbitragem se revela, portanto, como o mecanismo adequado para a solução da presente controvérsia, haja vista, tratar-se de relação contratual de natureza disponível**, conforme dispõe o artigo 1º, da Lei 9.307/96: "as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis." (fls. 472/473) 22. Ex positus, concedo a segurança, para confirmar o teor da liminar dantes deferida, em que se determinava a conservação do statu quo ante, face a sentença proferida pelo Juízo da 42ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro, porquanto o presente litígio deverá ser conhecido e solucionado por juízo arbitral competente, eleito pelas partes 8018.66680118.6669.307173§ 1º II Constituição Federal 238987: SE 5206 9.307267VIICPC5º LII Constituição Federal: Resp nº 450881 de 189.307879CPC1º 9.307

(11308 DF 2005/0212763-0, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 08/04/2008, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJ 19.05.2008 p. 1)

No caso em questão que fora examinado pelo STJ, tratava-se de dar eficácia a cláusula compromissória presente em contrato para aquisição de potência e energia elétrica pactuado entre uma sociedade de economia mista estadual e uma empresa provada, fornecedora de energia.

Um dos argumentos mais persuasivos em relação da possibilidade da arbitragem nos contratos de concessão é no que se refere ao princípio da eficiência, que é um dos princípios norteadores do direito administrativo, e segundo Hely Lopes Meireles tem grande importância, vejamos:

"é o mais moderno princípio da função administrativa, que já não contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e seus membros". (Meirelles, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 37ª Edição, Malheiros Editores, pag. 98).

O próprio autor ainda afirma que:

"a partir da Emenda Constitucional 45/2004 a eficiência passou a ser um direito com sede constitucional, pois, no título II, Dos Direitos e Garantias fundamentais, inseriu no artigo 5º, o inciso LXXVIII, que assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação". (Meirelles, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 37ª Edição, Malheiros Editores, pag. 98/99).

Entretanto, existe uma opinião adversa quanto aplicação deste instituto, no que se refere ao interesse público, sendo este o motivo que não poderia ser aplicada a arbitragem.

No Direito Administrativo, há a ideia de interesse público primário e secundário, e para ilustrar melhor isto, podemos rerepresentar a ideia de Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

“Certos interesses, porém, são considerados de tal forma relevantes para a segurança e para o bem-estar da sociedade que o ordenamento jurídico os destaca, os define e comete ao Estado satisfazê-lo sob regime próprio: são os interesses públicos.

Destarte, ao definir esses interesses públicos a lei os coloca fora do mercado, submetendo-os distintamente dos demais, ao princípio da indisponibilidade, em regra, absoluta e, por vezes, relativa.

A indisponibilidade absoluta é regra, pois os interesses públicos, referidos à sociedade como um todo, não podem ser negociados senão pelas vias política de estrita previsão constitucional. A indisponibilidade relativa é a exceção, recaindo sobre interesses públicos derivados, referidos às pessoas jurídicas que os administram e que por esse motivo, necessitam de autorização constitucional genérica e, por vezes, autorização legal.

É que, mesmo para executar as tarefas que lhes são próprias sob o regime exclusivamente público, o Estado não prescinde do acesso aos mais diversos bens e serviços produzidos pelo mercado, o que o obriga a atuar também sob o regime privado para obtê-los sem recorrer à imperatividade, expediente que nem sempre é jurídica ou politicamente possível.

Em outros termos e sinteticamente: está-se diante de duas categorias de interesse públicos, os primários e os secundários (ou derivados), sendo que os primeiros são indisponíveis e o regime público é indisponível, ao passo que os segundos têm natureza instrumental, existindo para que os primeiros sejam satisfeitos, e resolvem-se em relações patrimoniais e, por isso, tornam-se disponíveis na forma da lei, não importando sob o regime.”

Os interesses primários representam os interesses da coletividade, que são indisponíveis. Já os interesses secundários, se referem aos interesses patrimoniais do Estado, que conseqüentemente são disponíveis e por sua vez podem se valer do instituto da arbitragem como meio de solução de conflitos.

Hely Lopes Meirelles também dispõe sobre o assunto:

“Para dirimir a questão é importante distinguir o interesse público primário do interesse público secundário. O primeiro é a meta, o objetivo a ser atingido pela Administração no atendimento das necessidades sociais. O segundo é instrumental, ou seja, é a utilização de meio capazes de permitir a consecução do primeiro. Ao alugar uma casa para instalar um centro de saúde, o interesse público primário está na implantação daquela unidade, consistindo a locação um interesse público secundário, ou derivado do primeiro, já que não existiria sem aquele.

A satisfação de interesses públicos secundários concretiza-se geralmente sob a égide do Direito Privado e se resolve em relações patrimoniais. Relações patrimoniais que, por estarem no campo da liberdade contratual da Administração, são direitos disponíveis. “¹⁷

¹⁷ Direito administrativo brasileiro, Malheiros, 28. Ed., 2003, p. 245/246.

No entanto esse assunto já foi pacificado, visto que a própria lei estipulou que as partes só poderão se valer da arbitragem para discutir direitos disponíveis, ou seja, aqueles que podem ser livremente transacionados e no caso da Administração Pública os direitos disponíveis são os de interesses secundários, que se referem aos interesses patrimoniais do Estado.

4.2. PECULIARIDADES QUANTO AO ENVOLVIMENTO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NOS PROCEDIMENTOS ARBITRAIS

O fato de a Administração Pública figurar como parte na arbitragem demanda observação de certas peculiaridades. Essas peculiaridades visam garantir a fiscalização das condutas do Poder Público pelos órgãos de controle e até mesmo pela sociedade. Sua legitimidade depende de observâncias normativas e principiológicas das partes diretamente e indiretamente envolvidas. Cabe aos árbitros, os prepostos e os procuradores das partes, a adequação da utilização desse instituto por parte da Administração Pública.

É indispensável que em qualquer ato, a Administração Pública deverá obedecer aos princípios básicos da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, conforme estabelecidos no art. 37 da Constituição Federal.

Os conflitos submetidos à arbitragem, devem de fato debater à direitos patrimoniais disponíveis, devendo a convenção arbitral garantir isto, sob pena de o Poder Judiciário decretar a nulidade da sentença, conforme estipula o art. 32 da 9.307 (Lei de Arbitragem).

Alex S. Hatanaka sustenta que o direito patrimonial disponível seria aquele que envolve interesse público secundário e atos de gestão decorrentes de contratos administrativos e contratos da Administração Pública.¹⁸

Por outro lado, Gustavo H. C. Schiefler, defende que:

“quando o litígio versar sobre cláusula contratual que representa uma prerrogativa legal da Administração Pública, que deva constar no contrato por determinação de lei, mas que exista independentemente de sua previsão, então o conflito não poderá ser solucionado por arbitragem. As prerrogativas legais plenas da Administração Pública representam poderes-deveres que obrigatoriamente deverão ser observados pelos agentes públicos, independentemente de previsão contratual (embora, como regra, a lei determine que sejam registradas no

¹⁸ HATANAKA, Alex S. O poder público e a arbitragem após a reforma da Lei 9.307/1996. *Revista brasileira de arbitragem*, nº 49, pp. 7-35.

contrato) e, nessa condição, essas prerrogativas, embora se qualifiquem como direitos, não constituem direitos patrimoniais disponíveis”.¹⁹

Esta disponibilidade deve ser demonstrada expressamente no contrato ou até mesmo pelas partes ou pelos árbitros durante o processo arbitral.

4.2.1. PUBLICIDADE DOS ATOS

Havia um grande debate em torno deste tema, visto que em regra os atos que envolvem a Administração Pública devem prevalecer o princípio da publicidade e transparência, exceto os casos em que a lei expressamente admite sigilo e a arbitragem é marcada por sua confidencialidade.

Entretanto a Lei 13.129/2015, acrescentou o § 3º ao artigo 2º e estipulou que “a arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.” Cabe aos árbitros a responsabilidade de dar publicidade aos procedimentos que envolvam os agentes públicos.

Vale ressaltar que a confidencialidade dependerá do regime jurídico aplicável as informações da Administração Pública com observância à Lei de Acesso à Informação (Lei Federal 12.527/2011) que dispõe sobre o assunto nos seguintes artigos:

“Art. 22. O disposto nesta Lei não exclui as demais hipóteses legais de sigilo e de segredo de justiça nem as hipóteses de segredo industrial decorrentes da exploração direta de atividade econômica pelo Estado ou por pessoa física ou entidade privada que tenha qualquer vínculo com o poder público.

(...)

Art. 23. São consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado e, portanto, passíveis de classificação as informações cuja divulgação ou acesso irrestrito possam:

I - pôr em risco a defesa e a soberania nacionais ou a integridade do território nacional;

II - prejudicar ou pôr em risco a condução de negociações ou as relações internacionais do País, ou as que tenham sido fornecidas em caráter sigiloso por outros Estados e organismos internacionais;

III - pôr em risco a vida, a segurança ou a saúde da população;

IV - oferecer elevado risco à estabilidade financeira, econômica ou monetária do País;

¹⁹ SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. Arbitragem nos contratos administrativos e o critério para identificação dos litígios que envolvem direitos patrimoniais disponíveis. *Revista Zênite – Informativo de licitações e contratos (ILC)*, nº 272, pp. 989-995.

V - prejudicar ou causar risco a planos ou operações estratégicos das Forças Armadas;

VI - prejudicar ou causar risco a projetos de pesquisa e desenvolvimento científico ou tecnológico, assim como a sistemas, bens, instalações ou áreas de interesse estratégico nacional;

VII - pôr em risco a segurança de instituições ou de altas autoridades nacionais ou estrangeiras e seus familiares; ou

VIII - comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações.²⁰

Só serão submetidas ao princípio da máxima divulgação somente as informações consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou Estado.

4.2.2. ARBITRAGEM DE DIREITO E NÃO DE EQUIDADE

A arbitragem que envolve a Administração Pública se resolverá sempre por matéria de direito, e não por equidade. É o que estipula o artigo 2º, § 3º da Lei 9.307/96.

A equidade consiste em uma aplicação justa do Direito, ela é a adaptação de uma regra imposta.

Entretanto quando se envolve a Administração Pública o princípio que deve ser seguido é o princípio da legalidade, não podendo o Poder Público se escusar de seguir a norma jurídica.

4.2.3. CONTRATAÇÃO DE CÂMARAS DE ARBITRAGEM

A Lei 8.666/96 estipula em seu artigo 25, inciso II e § 1º a licitação pode ser inexigível quando houver inviabilidade de competição, em especial quando se tratar de contratação de serviços técnicos, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização. O §1º define o que é considerado como notória especialização, vejamos:

§ 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.²¹

²⁰ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm

²¹ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm

Deste modo, a Administração Pública em processo administrativo, deverá comprovar a notória especialização da Câmara escolhida, a reputação íntegra e o bom conhecimento jurídico dos árbitros. Outra opção é que a Administração credencie as câmaras de arbitragem. Estabelecendo assim critérios de qualificação.

Além disso, a Lei 13.019/2014 admite a realização de parcerias com diversas câmaras arbitragem, desde que a câmara firme um sistema de parceria público-privada.

4.2.4. EXECUÇÃO DO LAUDO ARBITRAL

Conforme estabelece o artigo 100 da CF, o meio de execução do laudo arbitral é o precatório.

Todavia a Lei de Parcerias-Públicas-Privadas (Lei 11.079/2004) relata uma alternativa diversa ao sistema de precatório para o particular. No artigo 16 da referida lei, é disposto sobre o funcionamento do FGP (Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privada), que tem como objetivo a prestação de pagamento de obrigações pecuniárias firmadas por seus parceiros em âmbito federal, distrital, estadual ou até mesmo municipal. Esses pagamentos cuja Administração recebe um laudo desvantajoso poderá ser realizado através das garantias disponíveis no fundo.

Outra forma de pagamento por parte da Administração Pública é o recurso vinculado a rubricas orçamentárias, podendo em casos de eventual indenização aos particulares contratados, que o pagamento seja efetuado diretamente pela Administração Pública.

4.3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após este breve estudo acerca do histórico da arbitragem no Brasil no primeiro capítulo, verifica-se que houve diversas modificações na legislação brasileira até conseguir a lei que temos atualmente, podendo concluir que a atual legislação, após variadas reformas, demonstra uma grande conquista pelo nosso país em relação a este instituto que já é reconhecido e adotado por muitos outros países.

Fora analisado também as importantes mudanças trazidas pelo Novo Código de Processo Civil em relação ao instituto da Arbitragem, desde a possibilidade de

comunicação por meio das cartas arbitrais, o segredo de justiça e até mesmo algumas reformas trazidas pelo advento da Lei 13.129.

Por fim, no último capítulo foi abordado o tema do presente trabalho sobre a utilização da arbitragem pelo Poder Público, como é realizada a arbitragem nos contratos de concessão de serviços públicos, além das peculiaridades em relação ao seu uso quando envolve a Administração Pública. Analisando, até mesmo casos concretos e ilustrando em que sentido vem sendo o posicionamento dos Tribunais Superiores a respeito do tema, e o que se percebe é que tal instituto se justifica pela constatação de que em diversos casos ela se apresenta como um mecanismo mais adequado para a solução desses conflitos. Principalmente em conflitos com maior complexidade oriundos de contratos importantes, a solução arbitral se sobressai à solução judicial em razão de alguns aspectos inerentes a ela, tais como a celeridade e a possibilidade de escolher árbitros especializados em questões técnicas específicas pertinentes ao litígio.

5. REFERÊNCIAS

TAVARES, Paulo Vitor de Sousa. Arbitragem no Brasil. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVII, n. 121, fev 2014. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14424>. Acesso em mar 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. As possibilidades de arbitragem em contratos administrativos. In: Revista **Consultor Jurídico**, 24 de setembro de 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-24/interesse-publico-possibilidades-arbitragem-contratos-administrativos2>>. Acesso em mar 2017.

Pedro Augusto. **Evolução Histórica da Arbitragem e sua Aplicação no Brasil**. Disponível em: https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=12294 >

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. **Evolução Histórica da Arbitragem**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6842/evolucao-historica-da-arbitragem>>

MIRANDA, Maria Bernadete. Disponível em: <http://www.direitobrasil.adv.br/arquivospdf/revista/revistav62/artigos/be1.pdf>> Acesso em 21/05/2017

SANDOVAL, Ana Flávia Magno. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI234968,21048-A+clausula+arbitral+e+as+normas+do+novo+CPC>

COELHO, Marcus Filipe Freitas. Disponível em: https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=16172>

NETO, Elias Marques de Medeiros, et al. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI224595,51045-Alteracoes+advindas+da+reforma+da+lei+de+Arbitragem+lei+1312915>>

VILAÇA, Marcos Vinícios. Ministro-Relator. Disponível em: https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/*/KEY%3AACORDA%20O-COMPLETO-38806/DTRELEVANCIA%20desc/false/1> TCU, Sala das Sessões, em 12 de março de 2008.

OLIVEIRA, Gustavo Justino. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/49/edicao-1/especificidades-do-processo-arbitral-envolvendo-a-administracao-publica>> Tomo Direito Administrativo e Constitucional, Edição 1, Abril de 2017.

BRASIL, **LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>

BRASIL, **LEI Nº 13.129, DE 26 DE MAIO DE 2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm>

<http://www.cemape.org.br/arbitragem.htm>

BRASIL, **LEI Nº 9.307, DE 23 DE SETEMBRO DE 1996**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

CRETELLA NETTO, José. **Curso de Arbitragem**. 1ª ed., Rio de Janeiro, Ed.Forense, 2004.

CRETELLA NETO, José. **Curso de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.11.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 27.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96**. São Paulo: Atlas, 2009.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil – vol. 1**. 56ª ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 263.