

Eugenia Cristina Cleto Marolla

A Arbitragem e os contratos da Administração Pública

EDITORA LUMEN JURIS
RIO DE JANEIRO
2016

Editores

João de Almeida
João Luiz da Silva Almeida

Conselho Editorial

Adriano Pilatti	Geraldo L. M. Prado	Lúcio Antônio Chamon Junior
Alexandre Bernardino Costa	Gina Vidal Marcilio Pompeu	Luigi Bonizzato
Alexandre Moraes da Rosa	Gisele Cittadino	Luis Carlos Alcoforado
Ana Alice De Carli	Gustavo Noronha de Ávila	Luiz Henrique Sormani Barbugiani
Beatriz Souza Costa	Gustavo Sénéchal de Goffredo	Manoel Messias Peixinho
Bleine Queiroz Caúla	Helena Elias Pinto	Marcellus Polastri Lima
Caroline Regina dos Santos	Jean Carlos Fernandes	Marcelo Ribeiro Uchôa
Daniele Maghelly Menezes Moreira	Jerson Carneiro Gonçalves Junior	Marcio Ricardo Staffen
Diego Araujo Campos	João Carlos Souto	Marco Aurélio Bezerra de Melo
Emerson Garcia	João Marcelo de Lima Assafim	Ricardo Lodi Ribeiro
Firly Nascimento Filho	João Theotonio Mendes de Almeida Jr.	Roberto C. Vale Ferreira
Flávio Ahmed	José Emílio Medauar	Sérgio André Rocha
Frederico Antonio Lima de Oliveira	Josiane Rose Petry Veronese	Victor Gameiro Drummond
Frederico Price Grechi	Leonardo El-Arime Souza e Silva da Cunha	Sidney Guerra

Conselheiro benemérito: Marcos Juruena Villela Souto (*in memoriam*)

Conselho Consultivo

Andreya Mendes de Almeida Scherer Navarro	Caio de Oliveira Lima
Antonio Carlos Martins Soares	Francisco de Assis M. Tavares
Artur de Brito Gueiros Souza	Ricardo Máximo Gomes Ferraz

Filiais

Sede: Rio de Janeiro
Av. Presidente Vargas - nº 446 -
7º andar - Sala 705
CEP: 20071-000
Centro - Rio de Janeiro - RJ
Tel. (21) 3933-4004 / (21) 3249-2898

São Paulo (Distribuidor)
Rua Sousa Lima, 75 -
CEP: 01153-020
Barra Funda - São Paulo - SP
Telefax (11) 5908-0240

Minas Gerais (Divulgação)
Sergio Ricardo de Souza
sergio@lumenjuris.com.br
Belo Horizonte - MG
Tel. (31) 9296-1764

Santa Catarina (Divulgação)
Cristiano Alfama Mabilia
cristiano@lumenjuris.com.br
Florianópolis - SC
Tel. (48) 9981-9353

Sumário

Prefácio	1
1.Introdução	5
2. A Arbitragem	9
2.1. A arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro	16
2.2. A constitucionalidade da utilização da arbitragem no Brasil	22
3. A Arbitragem e a Administração Pública: “Contratualização” e Solução Arbitral	29
3.1. A arbitragem e os investimentos em obras de infraestrutura.....	32
3.2. A arbitragem e a Administração Pública no direito estrangeiro.....	36
3.2.1. A arbitragem e a Administração Pública na Suíça.....	37
3.2.2. A arbitragem e a Administração Pública na França	38
3.2.3. A arbitragem e a Administração Pública na Bélgica.....	43
3.2.4. A arbitragem e a Administração Pública na Itália	45
3.2.5. A arbitragem e a Administração Pública em Portugal	48
3.2.6. A arbitragem e a Administração Pública na Espanha.....	50
3.2.7. A arbitragem e a Administração Pública nos EUA.....	51

3.2.8. A arbitragem e a Administração Pública na Inglaterra.....	52
3.3. A arbitragem e a Administração Pública no Brasil	55
3.3.1. A Lei da Arbitragem e sua utilização pela Administração Pública	57
4. Arbitrabilidade Subjetiva. Capacidade de Contratar	59
4.1. A arbitrabilidade subjetiva e as empresas estatais	60
4.2. A arbitrabilidade subjetiva e as pessoas jurídicas de direito público.....	65
4.3. Arbitrabilidade subjetiva e lei específica para permitir a utilização da arbitragem pela Administração Pública. Desnecessidade	66
4.4. Arbitrabilidade subjetiva e lei específica para permitir a utilização da arbitragem pela Administração Pública. Necessidade	68
4.5. O entendimento do Tribunal de Contas da União acerca da arbitrabilidade subjetiva.....	70
4.6. Arbitrabilidade subjetiva. A jurisprudência dos Tribunais	77
4.7. Arbitrabilidade subjetiva e a necessidade de autorização legal expressa para o emprego da arbitragem pela Administração Pública	78
4.8. A utilização da arbitragem nos contratos da Administração Pública.....	80
4.9. A Lei 8.666/93 e a possibilidade de utilização da arbitragem em contratos que contem com financiamentos concedidos por organismo financeiro internacional de que o Brasil faça parte, ou por agência estrangeira de cooperação	81

5. Arbitrabilidade Objetiva: Direito Patrimonial	
Disponível	87
5.1. A patrimonialidade	87
5.2. A disponibilidade	89
5.2.1. Da impossibilidade de utilização da arbitragem pelo Poder Público: a indisponibilidade do interesse público e sua incompatibilidade com a Lei 9.307/96	91
5.2.1.1. A posição do Tribunal de Contas da União	94
5.2.1.2. O princípio da indisponibilidade do interesse público	99
5.2.1.3. A inexistência de óbices constitucionais à utilização da arbitragem pela Administração Pública	104
5.2.2. Possibilidade de utilização da arbitragem	106
5.2.2.1. Arbitrabilidade objetiva na visão dos Tribunais.....	111
5.3. O cabimento da arbitragem para a solução de conflitos da Administração Pública: Critérios para a definição da disponibilidade	113
5.3.1. Interesses públicos primários e secundários	117
5.3.2. Atos de império e atos de gestão	118
5.3.3. Ordem pública	120
5.3.4. Dos direitos passíveis de transação	122
5.3.5. Disponibilidade como direito que pode ser alienado ou renunciado	125
5.3.6. Direitos em relação aos quais não há proibição a que se reconheça, de maneira espontânea, que não se tem razão, sem o recurso à jurisdição	127
5.3.7. Análise dos critérios para verificação da disponibilidade no âmbito do direito público	128
5.4. As matérias contratuais passíveis de submissão à arbitragem.....	130

5.5. As particularidades do regime contratual estatuído na Lei 8.666/93	138
5.6. As questões técnicas e a arbitragem	140
5.7. Questões que podem ser submetidas à arbitragem	144
6. Julgamento por Equidade, Sigilo e Execução da Sentença Arbitral. Necessária Compatibilização com o Regime Jurídico de Direito Público	147
6.1. Julgamento por regras de direito	148
6.2. O princípio da publicidade e a questão do sigilo da arbitragem.....	150
6.2.1. Arbitragem e o princípio da publicidade: dever de transparência	159
6.3. O regime de precatórios e a arbitragem.....	162
7. A Arbitragem e o Regime Jurídico de Direito Público....	171
7.1. A convenção de arbitragem: contrato de direito privado	172
7.2. O direito administrativo e o uso de institutos de direito privado	176
7.3. A incompatibilidade das cláusulas exorbitantes às convenções de arbitragem	177
7.4. Limitações impostas à convenção de arbitragem em razão das normas de ordem pública	179
7.5. A possibilidade de celebração de convenção de arbitragem. Discricionariedade da Administração.....	180
7.6. A convenção de arbitragem e o direito administrativo. Competência	186
7.6.1. Convenção de arbitragem celebrada por pessoa incompetente. Consequências.....	191
7.6.2. Impossibilidade de revogação da convenção de arbitragem por exaurimento da competência da autoridade administrativa.....	192

7.7. A convenção de arbitragem e o direito administrativo. Finalidade.....	193
7.7.1. Vício de finalidade. Nulidade da convenção de arbitragem	194
7.8. A convenção de arbitragem e o direito administrativo. Objeto	195
7.9. A forma e o procedimento como requisitos de validade da convenção de arbitragem.....	198
7.9.1. Arbitragem realizada no Brasil em língua portuguesa.....	199
7.9.1.1. O emprego obrigatório da língua portuguesa na arbitragem não exclui a utilização de outra(s) língua(s).....	201
7.9.2. Cláusula compromissória e compromisso arbitral nas concessões comuns de serviços públicos e nas parcerias público-privadas.....	202
7.9.3. Formalidade específica para os contratos de adesão.....	206
7.9.4. O processo de licitação e de contratação da convenção de arbitragem.....	207
7.9.5. A Lei 8.666/93 e a contratação dos árbitros ou da câmara arbitral	211
7.9.6. A questão do pagamento das despesas com a arbitragem	216
7.10. O artigo 8º da Lei de Arbitragem e o regime jurídico de direito público.....	219
8. Conclusão.....	229
Referências	257