

Felipe Faiwichow Estefam

**CLÁUSULA  
ARBITRAL E  
ADMINISTRAÇÃO  
PÚBLICA**

EDITORA LUMEN JURIS  
RIO DE JANEIRO  
2019

Copyright © 2019 by Felipe Faiwichow Estefam

Categoria: Direito Administrativo

PRODUÇÃO EDITORIAL  
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Diagramação: Rômulo Lentini

A LIVRARIA E EDITORA LUMEN JURIS LTDA.  
não se responsabiliza pelas opiniões  
emitidas nesta obra por seu Autor.

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer  
meio ou processo, inclusive quanto às características  
gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais  
constitui crime (Código Penal, art. 184 e §§, e Lei nº 6.895,  
de 17/12/1980), sujeitando-se a busca e apreensão e  
indenizações diversas (Lei nº 9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à  
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Impresso no Brasil  
*Printed in Brazil*

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE

---

ES79c

Estefam, Felipe Faiwichow  
Cláusula arbitral e administração pública / Felipe Faiwichow Estefam. –  
Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2019.  
292 p. ; 23 cm.

Bibliografia : p. 217-245.

ISBN 978-85-519-1475-5

1. Direito administrativo. 2. Administração pública. 3. Arbitragem.  
4. Solução de problemas. I. Título.

CDD 342

Ficha catalográfica elaborada por Ellen Tuzi CRB-7: 6927

## Sumário

Introdução .....	1
1. A Arbitragem no Contexto da Administração Pública Brasileira .....	5
1.1 A Administração Pública Consensual .....	5
1.1.1 A consensualidade .....	5
1.1.1.1 A consensualidade como soma de esforços entre o setor público e setor privado.....	5
1.1.1.2 A consensualidade nas licitações .....	9
1.1.1.3 A consensualidade como medida substitutiva de sanção administrativa .....	10
1.1.1.4 A consensualidade para a substituição do litígio.....	13
1.1.2 Consensualidade e legalidade .....	16
1.1.3 Consensualidade e discricionariedade .....	19
1.1.4 Consensualidade e arbitragem .....	20
1.2 A evolução da arbitragem na esfera da Administração Pública .....	21
1.2.1 A arbitragem no ordenamento jurídico e o seu avanço ao direito administrativo.....	21
1.2.2 A jurisprudência do TCU quanto à arbitragem.....	28
1.2.3 A jurisprudência do STJ em matéria de arbitragem .....	32
1.3 O instituto da arbitragem e os delineamentos do Direito Administrativo .....	35
1.3.1 O conceito de arbitragem e de convenção de arbitragem .....	35

1.3.2 Os contornos da Ciência do Direito Administrativo.....	39
1.3.2.1 O regime jurídico-administrativo .....	39
1.3.2.2 A supremacia e indisponibilidade do interesse público e a arbitragem .....	42
2. Peculiaridades da Arbitragem Envolvendo a Administração Pública.....	49
2.1 A natureza jurídica da convenção de arbitragem .....	50
2.2 A previsão da arbitragem no edital .....	51
2.3 As formalidades quanto à concordância do particular.....	55
2.4 A sede da arbitragem e o idioma .....	56
2.5 A publicidade .....	58
2.6 O critério de julgamento .....	61
2.7 O direito aplicável .....	62
2.8 O caráter discricionário da arbitragem.....	64
2.9 A escolha de árbitros e câmaras arbitrais e a licitação.....	66
2.10 O regime dos precatórios e os pagamentos na arbitragem .....	71
2.11 As prerrogativas processuais da Administração .....	74
3. A Arbitrabilidade Objetiva.....	77
3.1 Os contributos do direito estrangeiro ao estudo da arbitrabilidade objetiva .....	77
3.1.1 A arbitrabilidade e a Administração nos Estados Unidos.....	78
3.1.2 As matérias arbitráveis no direito administrativo francês.....	81
3.1.3 A arbitrabilidade no direito administrativo espanhol .....	85
3.1.4 Balanço geral .....	87
3.2 A arbitrabilidade objetiva do direito administrativo .....	91

3.2.1 Os parâmetros da arbitrabilidade conforme a Lei Brasileira de Arbitragem.....	92
3.2.2 Critérios para a definição da disponibilidade .....	95
3.2.2.1 Interesse público primário e secundário .....	96
3.2.2.2 Atos de império e de gestão.....	98
3.2.2.3 A ordem pública .....	100
3.2.2.4 O reconhecimento espontâneo pela Administração de que não tem razão.....	102
3.2.2.5 Direitos transacionáveis e renunciáveis .....	103
3.2.2.6 Direitos alienáveis .....	105
3.2.3 A disponibilidade no direito administrativo.....	108
3.2.4 A disponibilidade e a arbitrabilidade objetiva .....	110
3.3 A arbitrabilidade e o contrato administrativo.....	114
3.3.1 O contrato administrativo .....	114
3.3.2 A distinção entre cláusulas regulamentares e econômicas .....	116
3.3.3 Os temas legais do contrato administrativo passíveis de arbitragem ...	119
3.3.4 O que pode ser analisado pela arbitragem .....	126
3.4 O conteúdo da cláusula arbitral e a arbitrabilidade.....	132
3.4.1 As teorias sobre a concreção da arbitrabilidade pela cláusula arbitral .....	132
3.4.2 Requisitos da cláusula arbitral .....	133
3.4.2.1 A licitude do conteúdo .....	136
3.4.2.2 A possibilidade jurídica .....	139

3.4.2.3 A determinabilidade .....	141
3.4.2.3.1 A determinabilidade a partir do constructivismo lógico-semântico .....	143
3.4.3 A definição da arbitrabilidade na cláusula arbitral: balanço final ....	146
3.5 O princípio da especificação material da arbitragem .....	149
3.5.1 O sentido do princípio .....	149
3.5.2 Vantagens do princípio .....	152
3.5.2.1 Segurança jurídica .....	152
3.5.2.2 Blindagem contra abusos administrativos .....	156
3.5.3 Arbitrando a arbitrabilidade ante o princípio construído.....	160
4. A Concretização do Regime Jurídico-Administrativo pela Cláusula Arbitral .....	165
4.1 Preceitos necessários .....	165
4.1.1 Preceitos indispensáveis gerais à cláusula arbitral para a operacionalização da arbitragem.....	165
4.1.1.1 Cláusulas cheias e cláusulas vazias .....	166
4.1.1.2 Cláusulas patológicas.....	168
4.1.1.3 Cláusulas escalonadas .....	169
4.1.2 Preceitos necessários da cláusula arbitral para a arbitragem envolvendo a Administração.....	171
4.1.2.1 Preceitos advindos das peculiaridades .....	171
4.1.2.2 Preceitos sucedidos do princípio da especificação material da arbitragem.....	176
4.2 Análise prática de cláusulas arbitrais quanto aos seus preceitos necessários.....	178

4.2.1 O método.....	178
4.2.2 Avaliação sobre os preceitos advindos das peculiaridades.....	180
4.2.2.1 Os contratos da Copa do Mundo de 2014 .....	181
4.2.2.2 As PPPs do Estado de São Paulo .....	183
4.2.3 Avaliação sobre os preceitos sucedidos do princípio da especificação material da arbitragem.....	186
4.2.3.1 Os contratos da Copa do Mundo de 2014 .....	186
4.2.3.2 As PPPs do Estado de São Paulo .....	191
Conclusão.....	195
Referências .....	217
Anexo I – Relatório oficial sobre os procedimentos arbitrais envolvendo o Estado de São Paulo .....	247
Anexo II – Reprodução do objeto e da cláusula compromissória dos contratos avaliados.....	249