

**1ª Seção –
Direito da Infraestrutura**

***Section 1 –
Infrastructure Law***

ARBITRAGEM EM CONTRATOS DE INFRAESTRUTURA CELEBRADOS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: DESENVOLVIMENTO E ENERGIA

ARBITRAGE IN INFRASTRUCTURE CONTRACTS CONCLUDED WITH THE PUBLIC ADMINISTRATION: DEVELOPMENT AND ENERGY

IRENE PATRÍCIA NOHARA

Livre-docente em Direito Administrativo pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre e Doutora em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da USP. Bacharel em Direito pela mesma instituição. Advogada parecerista na área de Direito Administrativo. Professora da Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie.
irene.nohara@uol.com.br

DANILO VIEIRA VILELA

Doutor em Direito Político e Econômico na Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor na Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG). Secretário de Administração do Grupo Caraiúve de Relações Internacionais e Políticas Públicas e Membro do Centro Brasileiro de Litígios Econômicos (CBLE). Membro do grupo de pesquisa "Estado e Economia no Brasil".
dvvilela@hotmail.com

Recebido em: 03.09.2018

Aprovado em: 26.03.2019

ÁREAS DO DIREITO: Arbitragem; Administrativo

RESUMO: O presente artigo aborda a utilização da arbitragem em contratos celebrados com a Administração Pública, sobretudo nos setores de infraestrutura e energia. Para tanto, a partir de uma revisão bibliográfica, parte-se da evolução do instituto da arbitragem no Brasil, reconhecendo importantes transformações na perspectiva legislativa e jurisprudencial, com marco no ressurgimento do instituto com o advento da Lei 13.129/2015, que afastou as dúvidas que pairavam sobre a possibilidade de sua aplicação aos contratos envolvendo o Poder Público. Ao final são compulsadas as vantagens na utilização da

ABSTRACT: This article discusses the use of arbitration in public contracts, especially in infrastructure and energy sectors. In order to do so, based on a bibliographical review, it focuses on the evolution of the arbitration institute in Brazil, recognizing important changes in the legislative and jurisprudential perspective, due to the resurgence of the institute with the advent of Law 13,129/2015, which gave permission about the possibility of its application to contracts involving the Public Power. In the end, the advantages in the use of arbitration are verified, especially with regard to celerity and specialization aspects, in addition

arbitragem, sobretudo no tocante aos aspectos de celeridade e especialização, além dos menores custos de transação, sendo problematizados alguns aspectos no tocante ao direito público. Objetiva associar-se o instituto num contexto de inadiável retomada do desenvolvimento.

PALAVRAS-CHAVE: Poder público – Arbitragem – Contratos administrativos – Infraestrutura – Energia.

to the lower transaction costs, with some aspects being discussed with regard to public law. It hopes to associate the institute in a context of an urgent resumption of development in Brazil.

KEYWORDS: Public power – Arbitration – Administrative contracts – Infrastructure – Energy.

SUMÁRIO: Considerações introdutórias. 1. Transformações legais no emprego da arbitragem. 2. Limites e possibilidades cambiantes na visão dos órgãos de controle. 3. Renascimento da arbitragem e expansão do uso a partir de 2015. 4. Conceito jurídico indeterminado: direito patrimonial disponível como condição de arbitrabilidade objetiva. 5. Vantagens do uso da arbitragem: complexidades do setor elétrico. 6. Problematizações do impacto do uso da arbitragem do ponto de vista publicístico. Conclusões. Referências bibliográficas.

CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

A arbitragem representa um mecanismo alternativo, que promove o acesso à Justiça, num sentido mais amplo do que o acesso ao Poder Judiciário. No caso dos contratos de infraestrutura, área sensível para que os países alcancem condições para o desenvolvimento, é muito relevante que os conflitos existentes sejam dirimidos de forma célere e especializada.

Segundo dados da Pesquisa Anual da Indústria da Construção (PAIC), divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a participação das obras de infraestrutura na construção civil teve uma queda bastante acentuada entre 2017 e 2016, passando de 41,3% para 29,5% do valor adicionado, reflexo direto da retração de 3,6% no Produto Interno Bruto de 2016, decorrente de problemas de ordem política e econômica¹ que resultaram em menos financiamento público no setor. Esses dados evidenciam a urgência de se restabelecer condições favoráveis à retomada de investimentos nesse e em outros setores do País.

Assim, o aprimoramento das regras jurídicas que possibilitem um maior investimento em infraestrutura caracteriza-se como um importante passo no

1. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). *Obras de infraestrutura perdem participação no setor em dez anos*. Disponível em: [<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/21373-obras-de-infraestrutura-perdem-participacao-no-setor-em-dez-anos.html>]. Acesso em: 24.06.2018.

redirecionamento do País rumo ao desenvolvimento, entendido como “condição necessária para a realização do bem-estar social”².

Cumprido ao Estado, através do planejamento, promover um modelo de desenvolvimento vinculado aos fins enunciados no texto constitucional, abrangendo tanto a esfera social quanto a política e a econômica. É relevante que, nos dizeres de Gilberto Bercovici, haja um crescimento aliado ao desenvolvimento, apto, verdadeiramente, a transformar as estruturas econômicas e sociais³.

Roberto Mangabeira Unger enfatiza, ainda, que a infraestrutura pode ser vista como uma das várias vertentes de um verdadeiro desenvolvimento, porquanto “a política de infraestrutura, mesmo quando alcança dimensão gigantesca, não produz o desenvolvimento por si só. No máximo eleva o emprego e cria condições para uma estratégia de desenvolvimento”⁴.

Dessa forma, o autor propõe uma revolução na cultura jurídica brasileira, reconhecendo um papel fundamental dos juristas, que devem se comprometer com a inovação institucional voltada àquilo que ele denomina “Produtivismo Includente”, caracterizado como uma nova estratégia de desenvolvimento que incorpora dois novos modelos: (1) a parceria do Estado com o capital privado, com a participação do Estado a favor do aprofundamento do mercado; e (2) “a concessão sem exclusividade, em regime de concorrência, em áreas em que a realidade econômica não exige o monopólio natural”, além dos modelos tradicionais do investimento público e da concessão ao capital privado com exclusividade, em regime de monopólio⁵.

Nessa perspectiva, o presente artigo enfatiza as transformações dos órgãos de controle, com foco no Tribunal de Contas da União, acerca da legitimidade do uso da arbitragem nos contratos administrativos, sendo enfocado um caminho em que, da rejeição, houve uma progressiva aceitação do instrumento.

Assim, a abordagem parte da premissa da impostergável necessidade de se pensar o desenvolvimento nacional, inclusivo, duradouro e compatível com os

-
2. BERCOVICI, *Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 51.
 3. BERCOVICI, *Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 53.
 4. UNGER, Roberto Mangabeira. A alternativa nacional e o setor de infraestrutura. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*. v. 1, abr.-jun. 2017. p. 3 (documento on-line).
 5. UNGER, Roberto Mangabeira. A alternativa nacional e o setor de infraestrutura. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*. v. 1, abr.-jun., 2017. p. 6-8 (documento on-line).



Contudo, a Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, ao afastar a obrigatoria homologação dos laudos arbitrais pelo Poder Judiciário, facilitou significativamente a adoção da arbitragem no Brasil, cujas vantagens não tardaram a aparecer, tais como a especialização dos árbitros, a celeridade, os custos de transação e, até mesmo, a própria legitimidade da tomada de decisão.

Apesar dos avanços, que hoje colocam o Brasil entre os países que mais se utilizam da arbitragem, perante à lacuna da lei, diferentes eram as interpretações acerca da possibilidade de uso da arbitragem pela Administração Pública, sendo possível observar, de um lado, aqueles que há muito admitem tal possibilidade, vendo na Administração um agente capaz e detentor de direitos patrimoniais disponíveis e, de outro, críticos dessa via ser utilizada em conflitos envolvendo o Poder Público, pautados, sobretudo, pelo argumento da indisponibilidade do interesse público.

Não obstante a celeuma doutrinária e jurisprudencial, aos poucos normas de Direito Administrativo, quer de setores específicos (como infraestrutura e energia), quer gerais, começaram a introduzir, de maneira expressa, a possibilidade de adoção da arbitragem como meio de solução de litígios envolvendo a Administração Pública, ainda que com ressalvas, sejam elas referentes ao local de solução do conflito, sejam referentes ao idioma adotado, por exemplo.

Mais recentemente, em 2015, a própria lei de Arbitragem (Lei 9.307/96) foi alterada para inserir, de maneira genérica, a possibilidade de que a Administração Pública direta e indireta se utilize da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, abrindo-se claramente novas possibilidades para as diversas formas de contratos administrativos.

Busca-se, com isso, incentivar e oportunizar a segurança jurídica necessária para a captação de investimentos privados na medida em que, há muito, o Direito Administrativo e a Administração Pública vêm se entrosando melhor para oferecer soluções que garantam o estímulo ao desenvolvimento, em suas mais variadas vertentes.

O momento da aprovação da Lei 13.129/15 coincide com o auge de uma crise política, econômica e social possivelmente sem precedentes na história nacional. Entretanto, mesmo nesse ambiente conturbado e instável, a arbitragem vem sendo, se não efetivamente utilizada, pelo menos reconhecida como uma alternativa viável e imprescindível para garantir a estabilidade e segurança nos contratos envolvendo a Administração Pública, mormente em setores como infraestrutura e energia, alicerces da almejada e esperada retomada do crescimento e desenvolvimento nacionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BERCOVICI, *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CASSI, Guilherme Helfenberger Galino; GONÇALVES, Oksandro O. A adoção da cláusula compromissória arbitral como incentivo à diminuição dos custos de transação nos contratos. *Revista de Direito Empresarial – RDEmp*, Belo Horizonte, ano 12, n. 3, p. 181-200, set.-dez. 2015.
- DAVID, Solange Mendes Geraldo Ragasi. *Geração de energia elétrica no Brasil*. São Paulo: Dissertação (Mestrado) da Escola Politécnica da Universidade de São Paulo, 2013.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- FREITAS, Juarez; JOBIM, Marco Félix. Resolução alternativa de disputas: cláusula inovadora do CPC. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 23, n. 91, p. 97-112, jul.-set. 2015.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Obras de infraestrutura perdem participação no setor em dez anos*. Disponível em: [https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/21373-obras-de-infraestrutura-perdem-participacao-no-setor-em-dez-anos.html]. Acesso em: 24.06.2018.
- JUNQUEIRA, André Rodrigues. A previsão de arbitragem na Lei Federal 13.448/2017. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 54, p. 65-76, jul.-set. 2017.
- MALHEIRO, Emerson Penha; BENATTO, Pedro Henrique Abreu. Arbitragem no poder Público do Brasil. *Direitos fundamentais e justiça*. Belo Horizonte, ano 11, n. 36, p. 131-144, jan.-jun. 2017.
- MAXIMIANO, Antonio Cesar Amaru; NOHARA, Irene Patrícia. *Gestão pública: abordagem integrada da administração e do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2017.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Método, 2018.
- PARADA, André Luis Nascimento. Análise crítica das decisões do Tribunal de Contas da União. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 273, p. 165-198, set.-dez. 2016.
- RIBEIRO, Diogo Albaneze Gomes. *Arbitragem no setor de energia elétrica*. São Paulo: Almedina, 2012.
- SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. São Paulo: Método, 2011.

- SOMBRA, Thiago Luís. Mitos, crenças e a mudança de paradigma da arbitragem com a administração pública. *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. XIV, n. 54, p. 54-72, 2017.
- TALAMINI, Eduardo; FRANZONI, Diego. Arbitragem e empresas estatais. *Inte-resse Público*. Belo Horizonte, ano 19, n. 105, p. 15-45, set.-out. 2017.
- TIMM, Luciano Benetti; SILVA, Thiago Tavares da. *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. VIII, n. 29, p. 43-59, 2011.
- UNGER, Roberto Mangabeira. A alternativa nacional e o setor de infraestrutura. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*. v. 1, p. 23-37, abr.-jun. 2017 (documento *on-line*).

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrinas

- Arbitragem e administração pública: nova disciplina normativa após a Lei 13.129/2015, de Caio Cesar Vieira Rocha – *RArb* 49/103-126 (DTR\2016\20517);
- Arbitragem na Lei 13.448 e os contratos com a administração pública nos setores de rodovias, ferrovias e aeroportos, de Cesar A. Guimarães Pereira – *RArb* 55/111-133 (DTR\2017\6783); e
- Breves notas sobre arbitragem e administração pública no Brasil, de Luísa Quintão – *RArb* 59/121-146 (DTR\2018\22473).

Veja também Legislação

- Lei 13129, de 26 de maio de 2015 (LGL\2015\3780); e
- Lei 9307, de 23 de setembro de 1996 (LGL\1996\72).

