

COLEÇÃO CBAr

ARBITRAGEM
APLICADA - VOLUME 2

AMOSTRA

AMOSTRA

COLEÇÃO CBAr

ARBITRAGEM APLICADA - VOLUME 2

Administração Pública

CBAr Jovem

Direito Digital

Dispute Boards

Organizadores

Guilherme Carneiro Monteiro Nitschke

Lucas de Medeiros Diniz

Isabel Cantidiano

Felipe Moraes

Álvaro Lages

Bruno Hellmeister Lico Canal

Caio Tabet

Carolina Smirnovas

Cesar Pereira

Clarissa Luz

Cristina M. Wagner Mastrobuono

Diogo Albaneze Gomes Ribeiro

Fernanda Levy

Fernando Vinícius Tavares Magalhães Moraes

Giuseppe Giamundo Neto

Guilherme F. Dias Reisdorfer

Gustavo Milaré Almeida

Karina Riccio

Leonardo Maciel Benedete

Lucas de Medeiros Diniz

Luciano Benetti Timm

Luiz Eduardo Altenburg de Assis

Marlon Shigueru Ushiro Ieiri

Maurício Moraes Tonin

Natália Balbino

Nathalia Mazzone

Pedro Silveira Campos Soares

Rafael Wallbach Schwind

Renata Faria Silva Lima

Sílvia Hidal

Tiago Beckert Isfer

Vitória de Mello

Arbitragem Aplicada Volume 2

Copyright © 2025 STARLIN ALTA EDITORA E CONSULTORIA LTDA.

ALMEDINA é uma empresa do Grupo Editorial Alta Books (Starlin Alta Editora e Consultoria LTDA).

Copyright © 2025 Guilherme Carneiro Monteiro Nitschke, Lucas de Medeiros Diniz, Isabel Cantidiano, Felipe Moraes

ISBN: 978-85-8493-8674

Impresso no Brasil – 1ª Edição, 2025 – Edição revisada conforme o Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa de 2009.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

N684

Arbitragem Aplicada Volume 2. Organização: Guilherme Carneiro Monteiro Nitschke, Lucas de Medeiros Diniz, Isabel Cantidiano, Felipe Moraes. 1. ed. – Rio de Janeiro: Almedina Brasil, 2025.

416 p; 16 x 23 cm.

ISBN 978-85-8493-8674

1. Arbitragem. 2. Administração pública. 3. Contratos públicos. 4. Dispute boards. 5. Mediação. 6. Tecnologia jurídica. 7. LGPD. I. Nitschke, Guilherme Carneiro Monteiro. II. Diniz, Lucas de Medeiros. III. Cantidiano, Isabel. IV. Moraes, Felipe. V. Título.

CDU 347.918(81)

Índice para catálogo sistemático:

1. Brasil : Arbitragem : Administração pública : Contratos administrativos : Mediação

Todos os direitos estão reservados e protegidos por Lei. Nenhuma parte deste livro, sem autorização prévia por escrito da editora, poderá ser reproduzida ou transmitida.

A violação dos Direitos Autorais é crime estabelecido na Lei nº 9.610/98 e com punição de acordo com o artigo 184 do Código Penal.

O conteúdo desta obra fora formulado exclusivamente pelo(s) autor(es).

Marcas Registradas: Todos os termos mencionados e reconhecidos como Marca Registrada e/ou Comercial são responsabilidade de seus proprietários. A editora informa não estar associada a nenhum produto e/ou fornecedor apresentado no livro.

Materiais de apoio e erratas: Se parte integrante da obra e/ou por real necessidade, no site da editora o leitor encontrará os materiais de apoio (download), errata e/ou quaisquer outros conteúdos aplicáveis à obra. Acesse o site www.altabooks.com.br e procure pelo título do livro desejado para ter acesso ao conteúdo.

Suporte Técnico: A obra é comercializada na forma em que se está, sem direito a suporte técnico ou orientação pessoal/exclusiva ao leitor.

A editora não se responsabiliza pela manutenção, atualização e idioma dos sites, programas, materiais complementares ou similares referidos pelos autores nesta obra.

Grupo Editorial Alta Books

Produção Editorial: Grupo Editorial Alta Books

Diretor Editorial: Anderson Vieira

Editores-Chefe: Manuella Santos de Castro

Assistente Editorial: Francielle Regina

Vendas Governamentais: Cristiane Mutús

Diagramação: Cumbuca Studio



Rua Viúva Cláudio, 291 – Bairro Industrial do Jacaré
CEP: 20.970-031 – Rio de Janeiro (RJ)
Tels.: (21) 3278-8069 / 3278-8419
www.altabooks.com.br – altabooks@altabooks.com.br
Ouvidoria: ouvidoria@altabooks.com.br



Editora
afiliada à:

ASSOCIADO



APRESENTAÇÃO

Conta-se que, em meio à Segunda Guerra Mundial, duas pessoas passaram uma noite juntas em vigília no telhado da antiga capela do King's College em Cambridge. Elas tomaram essa decisão para proteger o prédio, cuja construção levaria mais de cem anos para ser concluída, de bombas inimigas lançadas por aviões alemães, usando pás para empurrar alguma que caísse no telhado. Essa dupla intrépida era composta por John Maynard Keynes e Friedrich Hayek, dois dos mais famosos economistas do século XX, de pensamentos econômicos radicalmente diversos¹.

Nada une melhor mentes e ideias divergentes do que objetivos maiores ou mais nobres. E são incríveis os resultados que essa união pode produzir. O Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr) tem como uma de suas principais vocações fomentar e catalisar os múltiplos aportes dos estudiosos e profissionais da área em prol do desenvolvimento da arbitragem no Brasil. E entre as inúmeras atividades do CBAr voltadas à consecução desse fim, os grupos de estudos é aquela que promove o mais intenso, estruturado e duradouro debate e intercâmbio de ideias entre os atores da arbitragem.

Em cada grupo temático, os coordenadores têm a oportunidade de organizar e executar com os integrantes, ao longo do ano, um programa de reuniões e ações variadas, voltadas ao estudo e à reflexão sobre questões predefinidas envolvendo a arbitragem ou a mediação e um outro ramo do Direito, setor da indústria ou do campo do conhecimento. Difícil pensar em um segmento em que a arbitragem se faça presente ou seja desafiada e não esteja contemplado em um grupo de estudos. Atualmente, são dezoito grupos em funcionamento, mais o CBAr Jovem, congregando centenas de associados².

Diante de tamanha mobilização para fins acadêmicos, com poucos paralelos em associações congêneres, sempre me pareceu uma grande oportunidade a reunião em um livro de artigos que ecoassem o trabalho desenvolvido no âmbito dos grupos de estudos do CBAr, publicado no seio da parceria com a Editora Almedina. Uma primeira iniciativa nessa direção foi o livro *Direito contratual e Convenção de Viena (CISG)*, produzido pelo grupo sobre arbitragem e a CISG, mas faltava uma publicação que coligisse o conhecimento gerado e refletisse a variedade existente nos múltiplos grupos de estudos. Essa obra verdadeiramente coletiva permite não apenas que o público em geral conheça um pouco mais do trabalho dos grupos de estudos

¹ KISHTAINY, Niall. *A little history of economics*. New Haven: Yale University, 2017. p. 121.

² A lista dos grupos de estudos, com mais informações sobre escopo, composição e funcionamento, está disponível em <https://cbar.org.br/site/grupos-de-estudos/>.

do CBAr, como também que os seus frutos sejam documentados e perenizados e – quem sabe – deitem sementes de futuros novos estudos e pesquisas.

Para viabilizar a consecução dessa ideia, era preciso tempo para que os grupos se dedicassem à pesquisa, discussão e elaboração dos seus artigos. “O cientista pensa como um poeta e trabalha como um contador”, dizia o biólogo e professor emérito de Harvard Edward Wilson. Após dois anos de profícuo trabalho empreendido pelos organizadores, os artigos são agora apresentados à comunidade jurídica. Espera-se que esse volume inaugure uma série de outras coletâneas de artigos gerados pelos nossos grupos de estudos. A julgar pela vitalidade das discussões havidas nas reuniões, bem como pelos sempre novos desafios científicos impostos pelo constante desenvolvimento da arbitragem no Brasil, há poucas dúvidas de que isso se tornará realidade.

André de Albuquerque Cavalcanti Abbud
Presidente do CBAr (07/2021-06/2024)

PREFÁCIO

A presente obra representa a consecução de um dos principais propósitos do Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr)¹: *“o fomento aos estudos jurídicos e interdisciplinares pertinentes à arbitragem e aos outros métodos extrajudiciais de resolução de controvérsias, sua divulgação e aprimoramento”*².

A primeira iniciativa do CBAr para fomentar a arbitragem foi a criação de um grupo de discussões, no qual os seus associados debatiam temas e novidades sobre arbitragem no Brasil. Com a evolução do CBAr, foram criados diversos grupos temáticos de estudos que visam o debate acadêmico e técnico de diversos temas relacionados à arbitragem e aos métodos extrajudiciais de solução de litígios. Nesse sentido, o CBAr conta com 18 grupos de estudos: “Arbitragem e Setor Elétrico”, “Arbitragem, Mediação e Administração Pública”, “Mediação Empresarial Privada – GEMEP | CBAr”, “Arbitragem de Investimento”, “Propriedade Intelectual, Arbitragem e Mediação”, “Convenção sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG)”, “Arbitragem e Direito Societário”, “Arbitragem e Direito Tributário”, “Arbitragem no Agronegócio”, “Arbitragem e Construção”, “Arbitragem nos Contratos de Seguro e Resseguro”, “Arbitragem e Diversidade”, “Perícias de Engenharia em Arbitragens”, “Tecnologia, Direito Digital e Privacidade nas ADRs”, “Arbitragem Internacional”, “Dispute Boards”, “Família e Sucessões” e “Arbitragem e Contratos Empresariais”.

Estes grupos de estudos se reúnem periodicamente ou de maneira contínua para promover debates, discussões e aprofundar os temas relacionados de cada grupo. A presente obra representa parte do resultado destes trabalhos. Além dos trabalhos dos grupos de estudos, este livro também traz também artigos do CBAr Jovem, importante iniciativa do CBAr para que os jovens arbitralistas possam iniciar e desenvolver projetos acadêmicos relacionados a temas de arbitragem e outros meios privados de solução de controvérsias.

A obra é dividida por capítulos dedicados a cada um dos grupos de estudos. Cada capítulo se inicia com uma apresentação do perfil do grupo, no qual indicam os seus coordenadores, o seu objeto ou escopo e as atividades desenvolvidas e em desenvolvimento. É uma excelente oportunidade para conhecer melhor os trabalhos já realizados e os projetos em curso de cada grupo.

¹ Sobre este tema ver Eduardo Damião Gonçalves e João Bosco Lee, “CBAr e seu propósito”, in *Comitê Brasileiro de Arbitragem e a Arbitragem no Brasil – Obra Comemorativa ao 20º Aniversário do CBAr*, sob a coordenação de Giovanni Ettore Nanni, Karina Riccio e Lucas de Medeiros Diniz, São Paulo, Almedina, 2022, p. 37.

² Art. 2 do Estatuto do Comitê Brasileiro de Arbitragem.

Os trabalhos publicados nesta obra se concentram essencialmente sobre a arbitragem e a matéria objeto do respectivo grupo, o que nos permite ter acesso a estudos de reflexão produzidos por especialistas da área.

A publicação desta obra é mais uma prova que o CBAr tem atingido os objetivos que foram concebidos pelos seus idealizadores, contribuindo para o debate do conhecimento jurídico arbitral no Brasil.

João Bosco Lee

NOTA DOS ORGANIZADORES

A primeira das Academias, a de Platão, começou em “uma pequena área e um edifício”, provavelmente congregando poucos interessados que se dispunham a “contribuir para o financiamento das despesas ordinárias”¹. Também um dos mais influentes movimentos da história jurídica brasileira principiou enquanto singelo agrupamento de estudiosos: a “Escola do Recife”, no início tão somente “um grupo constituído pelos diletos de Tobias Barreto”². Nada diverso se processou no campo arbitral, tendo a influente “École de Dijon”, por exemplo, surgido com Berthold Goldmann e sua tríade de orientandos (Jean Stoufflet, Philippe Kahn e Philippe Fouchard), para depois se expandir com a realização de “vários congressos” e a criação, em 1972, de um “grupo de pesquisas”³; ou, ainda no campo arbitral, com a “Operação Arbitrer”, impulsionada por Petrônio Muniz, mas tendo por debaixo o sustentáculo de três juristas e professores que vieram a redigir o Projeto de Lei de Arbitragem, e que, muito antes disso, já atuavam no estudo e na disseminação da arbitragem em reduzidos grupos de pesquisa⁴.

Se há uma constante na história das ideias, portanto, esta é a dos inícios discretos, circunscritos a grupos fechados, para, daí, transbordarem e provocarem tremores, deslocamentos tectônicos, alterações duradouras no relevo jurídico.

Os dezoito Grupos de Estudo oferecidos pelo CBAr a seus associados, a que se soma o CBAr Jovem, têm assim atuado: como “incubadoras” de ideias, territórios do livre pensar, e que, lá e cá, prolongam os seus diálogos para seminários e congressos, ecoam em espargidas publicações e pautam grande parte dos debates travados ano após ano. São dezoito seus temas de concentração: “Arbitragem e Setor Elétrico”, “Arbitragem, Mediação e Administração Pública”, “Mediação Empresarial Privada – GEMEP | CBAr”, “Arbitragem de Investimento”, “Propriedade Intelectual, Arbitragem e Mediação”, “Convenção sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG)”, “Arbitragem e Direito Societário”, “Arbitragem e Direito Tributário”, “Arbitragem no Agronegócio”, “Arbitragem e Construção”, “Arbitragem nos Contratos de Seguro e Resseguro”, “Arbitragem e Diversidade”, “Perícias de Engenharia em Arbitragens”, “Tecnologia, Direito Digital e Privacidade nas ADRs”, “Arbitragem Internacional”, “*Dispute Boards*”, “Família

1 REALE, Giovanni. **História da filosofia grega e romana**. Filosofias helenísticas e epicurismo. Tradução: Marcelo Perine. São Paulo: Loyola, v. V, 2017. p. 75-76.

2 VERÍSSIMO, José. **História da literatura brasileira**. 4. ed. Brasília: UnB, 1963. p. 255-256. Sobre a “Escola do Recife”, consulte-se, também, para um apanhado das três fases do movimento: BEVILÁQUA, Clóvis. **História da Faculdade de Direito do Recife**. 2. ed. Brasília: INL, 1977. p. 348-380; e VENÂNCIO FILHO, Alberto. **Das arcadas ao bacharelismo**. 150 anos de ensino jurídico no Brasil. São Paulo: Perspectiva, 2005. p. 95-112.

3 *I.e.*, o “Centre de Recherche sur le Droit des Marchés et des Investissements Internationaux”. Para essa narrativa, confira-se SCHINAZI, Mikaël. **The Three Ages of International Commercial Arbitration**. Cambridge: Cambridge University Press, 2022. p. 215-219.

4 Confira-se MUNIZ, Petrônio R. G. **Operação Arbitrer**. A história da Lei nº 9.307/1996 sobre a arbitragem comercial no Brasil. Recife: Instituto Tancredo Neves, 2005. *passim*.

e Sucessões” e “Arbitragem e Contratos Empresariais”; mais o “CBAr Jovem”, voltado a “preparar os jovens para lidar com situações próprias do cotidiano de advogados” e “garantir que seus membros tenham o devido amparo para que desenvolvam projetos acadêmicos relacionados aos métodos não judiciais de solução de controvérsias”⁵.

Em preservação ao livre pensar, os encontros dos grupos não são gravados ou registrados por escrito; e, em retribuição aos associados do CBAr, eles são de acesso exclusivo a seus membros. Para que não se repita o lamento sobre Sócrates, de que “nada escreveu”⁶, ou quanto a Tobias Barreto, de que teria sido necessário, “constantemente, um estenógrafo, para apanhar e transmitir, a um círculo mais vasto, as riquezas prodigamente derramadas nas suas palestras diárias”⁷, é que se decidiu organizar esta publicação como um aperitivo do tanto que, naqueles esteios, se discute e se produz. “*Verba volant, scripta manent*” – o dito esvanece, o escrito permanece. O que aqui permanecerá, ao ensejo deste livro, é um pouco do tanto discutido, e que merece frutificar para além dos círculos restritos, pela qualidade de seu conteúdo e o potencial de contribuir à prática jurídica e ao desenvolvimento da arbitragem.

O material aqui apresentado é composto por trabalhos advindos dos Grupos de Estudo, mais o CBAr Jovem, durante os anos de 2021 e 2022, a exemplificar a exuberância do quanto se discute e se produz em cada um desses círculos. Os trabalhos estão organizados por áreas temáticas, e cada agrupamento de textos vem epigrafado por uma Introdução, produzida pelos coordenadores de cada grupo, explicitando suas diretrizes e suas atividades regulares. Os Organizadores desta obra, em nome de toda a Diretoria do CBAr, muito agradecem aos autores que, com dedicação e eficiência, permitiram que esta publicação viesse a público com tamanha qualidade.

Finalize-se por dizer que esta não é a primeira publicação dos Grupos de Estudo do CBAr. Em 2021, a “Coleção CBAr-Almedina” – que tem sido tão profícua e rica na disseminação de dissertações e teses nos temas relacionados a arbitragem, mediação e *dispute boards* – publicou o livro “Direito Contratual e Convenção de Viena (CISG)”, consolidando algumas contribuições advindas do Grupo de Estudos “Convenção sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG)”. Contudo, a obra atual é a primeira publicação efetivamente *coletiva*, no sentido de abranger contribuições não de um, mas de vários Grupos de Estudo; e que – oxalá – se pretende seja a primeira de várias.

Guilherme Carneiro Monteiro Nitschke
Lucas de Medeiros Diniz
Isabel Cantidiano
Felipe Moraes

⁵ Assim sua descrição em: <https://cbar.org.br/site/cbar-jovem/>.

⁶ REALE, Giovanni. **História da filosofia grega e romana**. Sofistas, Sócrates e Socráticos Menores. Tradução: Marcelo Perine. São Paulo: Loyola, v. II, 2017. p. 82.

⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. **História da Faculdade de Direito do Recife**. 2. ed. Brasília: INL, 1977. p. 348-350.

SUMÁRIO

ARBITRAGEM, MEDIAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

1. **IMPACTOS CULTURAIS DO SETOR PÚBLICO NA RESOLUÇÃO
DE SEUS CONFLITOS ARBITRÁVEIS.....** 17
Tiago Beckert Isfer
2. **PLEITOS DE REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO
DOS CONTRATOS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:
PONDERAÇÕES SOBRE A FORMULAÇÃO DOS PEDIDOS
LEVADOS À ARBITRAGEM** 43
Cristina M. Wagner Mastrobuono
Vitória de Mello
3. **ARBITRAGEM COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:
O CONTROLE EXTERNO PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS** 67
Cesar Pereira
4. **ARBITRAGEM NOS SETORES PORTUÁRIO E MARÍTIMO.....** 91
Rafael Wallbach Schwind
5. **CUMPRIMENTO DAS SENTENÇAS ARBITRAIS CONDENATÓRIAS
PROFERIDAS CONTRA O PODER PÚBLICO: HÁ ALTERNATIVA
AO PRECATÓRIO?** 115
Giuseppe Giamundo Neto
Diogo Albaneze Gomes Ribeiro

- 6. HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA
PROFERIDA EM FACE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA..... 127**

Luiz Eduardo Altenburg de Assis

- 7. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA EM
ARBITRAGENS ENVOLVENDO O PODER PÚBLICO..... 151**

Carolina Smirnovas

ARBITRAGEM E DISPUTE BOARDS

- 8. DISPUTE BOARD EM CONTRATO DE CONCESSÃO:
UTILIDADE E ADEQUAÇÃO? 167**

Mauricio Morais Tonin

- 9. COMITÊS DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS EM CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS: PERSPECTIVAS DE REGULAMENTAÇÃO
DA LEI Nº 14.133/2021 E APLICAÇÃO CONCRETA..... 187**

Guilherme F. Dias Reisdorfer

Marlon Shigueru Ushiro Ieiri

- 10. DISPUTE BOARD E TRIBUNAL ARBITRAL – SUAS DECISÕES
PODEM SER CUMPRIDAS, PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA,
FORA DO REGIME DE PRECATÓRIOS? 213**

Fernando Vinícius Tavares Magalhães Moraes

Renata Faria Silva Lima

TECNOLOGIA, DIREITO DIGITAL E PRIVACIDADE NAS ADRS

- 11. RESOLUÇÃO DE CONFLITOS E TECNOLOGIA: UM CAMINHO
PARA IMPLEMENTAÇÃO DA PROMESSA CONSTITUCIONAL DE
DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO..... 237**

Luciano Benetti Timm

Leonardo Maciel Benedete

12. DICAS PRÁTICAS PARA MEDIADORES, PARTES E ADVOGADOS SE PREPARAREM PARA UMA MEDIAÇÃO POR VÍDEO.....	255
Gustavo Milaré Almeida	
13. JEJUM DE PALAVRAS – A COMUNICAÇÃO NÃO-VERBAL NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS: UM ESPECIAL OLHAR PARA A MEDIAÇÃO CONDUZIDA VIRTUALMENTE	269
Nathalia Mazzonetto	
Álvaro Lages	
14. A INTERAÇÃO ENTRE ARBITRAGEM E TECNOLOGIA POR TRÁS DO “BITCOIN”	285
Bruno Hellmeister Lico Canal	
15. ENTRE CONSENTIR E ADERIR – ESTUDO DE HIPÓTESES DE INCIDÊNCIA DA LGPD	299
Clarissa Luz	
Pedro Silveira Campos Soares	
Natália Balbino	
16. MEDIAÇÃO: ACESSIBILIDADE À JUSTIÇA POR MEIO DAS TECNOLOGIAS ASSISTIDAS – MEDIANDO PESSOAS COM DEFICIÊNCIA.....	315
Fernanda Levy	
Sílvia Hidal	

**CBAR JOVEM –
MENTORIAS PARA PESQUISA**

17. A VALIDADE DA CLÁUSULA ARBITRAL NOS CONTRATOS POR ADESÃO REGIDOS PELO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO: UMA ANÁLISE SEGUNDO O ARTIGO 424	333
Fernando Vinícius Tavares Magalhães Moraes	
18. DA EMPREITADA À SUBEMPREITADA: REFLEXÕES SOBRE A EFICÁCIA DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM AO SUBEMPREITEIRO	365
Caio Tabet	

19. A INTERAÇÃO ENTRE TRIBUNAIS ARBITRAIS E AGÊNCIAS REGULADORAS	389
Karina Riccio	
20. ARBITRAGEM, ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E TRANSPARÊNCIA: COMO ASSEGURAR A TÃO ALMEJADA PUBLICIDADE?	399
Lucas de Medeiros Diniz	

ARBITRAGEM, MEDIAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Coordenadores: Gustavo Fernandes de Andrade e Cesar Pereira. **Coordenadores na data de publicação desta obra:** Luísa Quintão e Paula Butti.

O Grupo de Estudos em Arbitragem com a Administração Pública (GEAdm) do CBAr mantém-se ativo há mais de dez anos. Tem aproximadamente 110 integrantes, reunidos de modo permanente por meio de lista específica de discussão por *e-mail* e de um grupo de WhatsApp.

O GEAdm concentra um grupo diverso, composto por 33% de mulheres, 12% de representantes da advocacia pública e 2% de integrantes da magistratura. Muitos de seus membros têm atuação acadêmica, embora a maioria atue na advocacia privada. Há integrantes que não são advogados, mas *experts* ou profissionais de outra natureza. Alguns integrantes são também árbitros em tempo integral, atualmente desvinculados da advocacia. Isso dá ao GEAdm uma visão plural, que impede a prevalência das opiniões de apenas um grupo específico.

Nos últimos anos, o GEAdm vem colaborando de modo efetivo com o aprimoramento do sistema brasileiro de arbitragem com a Administração Pública. Esse sistema vem se desenvolvendo de modo constante desde as primeiras previsões legais de arbitragem, na década de 1990. Regras legais anteriores, como a do Decreto-Lei nº 2.300, de 1986, não chegaram a dar lugar a um uso efetivo da arbitragem pela Administração Pública. Mas as sucessivas previsões legais nos setores regulados, as leis de concessões e PPPs em meados dos anos 2000 e, principalmente, a reforma da Lei nº 9.307, em 2015, produziram uma efetiva revolução no tratamento do tema. Consolidou-se no Brasil um modelo equilibrado de arbitragem envolvendo a Administração Pública, baseado em previsões legais claras, decretos ou leis regulamentares

federais ou locais e convenções arbitrais cada vez mais sofisticadas e seguras para as partes contratantes.

A atuação do GEAdm envolveu, entre outras atividades, a participação na audiência pública da Anac para a discussão da cláusula compromissória da 6ª Rodada de Concessões Aeroportuárias, em março de 2020, e a colaboração na formulação de propostas de enunciados para a II Jornada de Prevenção e Resolução de Disputas do Conselho da Justiça Federal (CJF), em 2021. O GEAdm também vem participando de todos os debates nacionais no setor de resolução de disputas, tais como as discussões sobre a regulamentação de *dispute boards* e em torno da conduta ética dos árbitros e correspondente dever de revelação. O GEAdm instituiu um modelo de reuniões mensais temáticas, com exposição de um relator sobre um tema e discussões complementares de matérias variadas acompanhadas pelo grupo. Os temas e respectivos relatores foram definidos de antemão para vinte diferentes sessões de debates previstas para ocorrer ao longo de 2023 e 2024. Muitos dos temas deram ensejo a trabalhos doutrinários publicados pelos relatores.

1. IMPACTOS CULTURAIS DO SETOR PÚBLICO NA RESOLUÇÃO DE SEUS CONFLITOS ARBITRÁVEIS

Tiago Beckert Isfer

Advogado. Árbitro.

Sócio de Guandalini, Isfer e Oliveira Franco Advogados.

Mestre em Direito Internacional Privado e do Comércio Internacional pela Université Panthéon-Assas, Paris 2. Co-Chair Brazil no Young ITA.

Ex-Procurador-Chefe do Metrô-DF.

Membro do Conselho Administrativo da Arbitac.

Presidente da Comissão de Direito Administrativo da OAB/DF.

Especialista convidado da I Jornada de Direito Administrativo do Conselho da Justiça Federal.

Professor de Direito Administrativo e de Direito Internacional Privado na UNB e

Professor de Direito Internacional Privado no IDP.

INTRODUÇÃO

Visões opostas ocorrem corriqueiramente e afetam diretamente o conceito de certo ou errado. Conforme ditado chinês, quando duas pessoas se encontram em uma ponte, uma delas deve ceder o caminho.

Nos países de *common law* prevalecem as construções jurisprudenciais; nos países de *civil law*, as normas escritas. Na Inglaterra, o direito dos contratos privilegia a interpretação literal do instrumento contratual; no Brasil, busca-se interpretar a real intenção das partes ao firmarem o negócio jurídico (artigo 113 do Código Civil). Em países laicos, o Estado não pode interferir na fé, mas nos religiosos a fé é

essencial à estruturação do Estado. No comércio interno, há regras cogentes que não fazem o menor sentido no comércio internacional, como é a imposição do idioma português para ofertas de produtos a consumidores no Brasil (artigo 31, cabeça, do Código de Defesa do Consumidor).

Normalmente essas dicotomias ocorrem nas relações internacionais. As leis de cada comunidade refletem os seus conceitos, de modo que o choque entre as diversas culturas cria um verdadeiro conflito de leis no espaço. Pode-se considerar que esse tipo de conflito é o principal objeto de estudo do direito internacional privado¹.

Entretanto, esses problemas não se restringem às pessoas bilíngues ou políglotas. Mesmo internamente no Brasil existe uma dicotomia que é fonte recorrente de conflitos e que constitui a razão de ser deste trabalho. Com efeito, de modo generalizado (mas consciente das imperfeições de qualquer generalização), de um lado, a visão histórica do setor público traz o peso da “supremacia” e da “indisponibilidade” do interesse público², bem como do princípio da legalidade, que só permitem ao gestor público fazer o que estiver expressamente autorizado por lei no interesse da coletividade. De outro lado, contraposta, a visão do setor privado, centrada na liberdade e na individualidade, onde tudo se pode em seu próprio benefício, desde que não seja expressamente proibido por lei.

Essa divergência veio à tona nas arbitragens com a Administração Pública, de modo que, para buscar a justiça, seja árbitro, seja parte, faz-se necessário estudar alguns dos principais desentendimentos entre setores público e privado.

Considerando que o ponto de partida da arbitragem comercial no Brasil é eminentemente privado e sem prejuízo de posterior estudo sobre os impactos da arbitragem comercial privada nos contratos administrativos, propõe-se aqui a reflexão sobre os impactos culturais do setor público na arbitragem com a Administração Pública.

Esse exercício acadêmico é importante para o crescimento sustentável desse ramo do Direito no Brasil, já que simplesmente ignorar os legítimos anseios dos gestores públicos fará com que a arbitragem não seja desejável. Enfrentar o problema é o mecanismo de se converter os inevitáveis questionamentos, por vezes injustos e mal-intencionados, em críticas construtivas e indispensáveis à evolução saudável e natural da ciência jurídica.

1 DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado**. Parte geral. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 22.

2 Há controvérsia importante e justificada quanto à adoção da expressão “interesse público”, por sua imprecisão, generalidade e sujeição a uso indevido e abusivo; porém, o termo é utilizado neste artigo por facilidade e falta de outro melhor, ainda que seja necessária a ressalva de que, mesmo havendo valores jurídicos capazes de serem enquadrados como “interesse público”, não se pode aceitar o uso dessa expressão de modo desvirtuado e desassociado do indispensável equilíbrio entre todos os princípios e valores protegidos no nosso ordenamento jurídico.

Como diz o ditado chinês, se duas pessoas vêm andando por uma estrada, cada uma carregando um pão, ao se encontrarem, elas trocam os pães; cada uma vai embora com um. Porém, se duas pessoas vêm andando por uma estrada, cada uma carregando uma ideia, ao se encontrarem, trocam as ideias; cada uma vai embora com duas.

Concretamente, a leitura que se propõe adiante advém da experiência deste autor no Metrô-DF, empresa pública do Distrito Federal, onde se destacaram alguns aspectos culturais que são intrínsecos à resolução de qualquer conflito no setor público, inclusive patrimonial disponível.

Primeiramente, o árbitro deve ter perfil adequado, com capacidade de compreender os problemas que lhe são apresentados, sem preconceitos ou vieses inadequados. A seguir, estuda-se a onnipresença dos princípios que regem a Administração Pública. Depois, aborda-se a concepção de que os atos e contratos administrativos estão diretamente vinculados, em maior ou menor grau, à prestação de serviços públicos essenciais. Em quarto lugar, o peso da responsabilidade do serviço público e a sobrecarga de trabalho do gestor público são fatores que devem ser considerados na atuação do árbitro. Por fim, para o gestor público, há o medo de dormir com o inimigo, pois, de um lado, as empresas privadas sempre buscam maximizar seus ganhos e, de outro lado, nunca se sabe se algum colega de trabalho sucumbiu à corrupção.

Com a ressalva de que não serão compreendidos neste artigo os conflitos inarbitráveis do setor público, cabe passar ao primeiro ponto proposto, já que a escolha do árbitro é um dos pontos mais cruciais do procedimento arbitral.

1. O PERFIL DO ÁRBITRO

Seja a parte pública ou privada, insana é aquela que escolhe árbitro incapaz de compreender o seu ponto de vista. Ou que possua visão diametralmente oposta à sua.

Para a arbitragem, o tema é de extrema relevância, pois é apenas natural que cada parte busque nomear árbitro que compartilhe os seus valores e a sua visão de mundo. A composição do tribunal arbitral é fator relevante para o resultado do conflito, inclusive quanto à nacionalidade e à abertura cultural (ou capacidade superior de compreensão) de seus integrantes³.

3 “A esta justiça privada que é a arbitragem diz respeito tanto a deontologia e a ética pessoal dos árbitros quanto das regras técnicas. Nas arbitragens internacionais, acrescente-se a exigência, mais abrangente, de neutralidade de todos os membros do tribunal arbitral. A composição do tribunal deve preservar seu caráter verdadeiramente internacional. Importa a nacionalidade dos árbitros, mas igualmente importante é a sua abertura em relação a outras culturas.” (FOUCHARD, Philippe. Os desafios da arbitragem internacional. *RBAr*, Porto Alegre, v. 1, p. 57-72, jan./mar. 2004, p. 65).

Os estudos de Daniel Kahneman sobre a tomada de decisão do ser humano, que lhe renderam prêmio Nobel⁴, reforçam a importância de se escolher árbitro que possua experiências similares às das partes interessadas, já que vieses⁵ e ruídos⁶ causam falhas no julgamento humano.

Da mesma maneira, o ato de julgar é influenciado pelos sentimentos, pelas características e pelas experiências pessoais do juiz ou árbitro, por mais imparcial se que busque ser⁷. Por esse motivo, não se escolhe juiz de futebol brasileiro para apitar jogo da seleção canarinho. Nem se escolhe judeus ou palestinos para julgarem casos envolvendo uns aos outros.

Ocorre que, se ninguém faria uma escolha ruim em sã consciência, há situações que podem dificultar o exercício adequado da vantagem de se poder escolher a dedo as pessoas mais capacitadas para resolver um determinado conflito.

Atualmente, a Administração Pública brasileira não está diante de uma tarefa fácil quando se propõe a escolher árbitro. Isso se dá pela característica dos profissionais disponíveis e pela falta de estudos e de compreensão mais aprofundada da dicotomia cultural entre setores público e privado, que apenas começa a ser debatida com maior profundidade em função do recente crescimento das arbitragens com a Administração Pública.

Em geral, há cinco tipos de profissionais tecnicamente capacitados: o professor de direito administrativo, o advogado público ou procurador público, o advogado privado especializado em direito administrativo, o advogado privado especializado em arbitragem e o juiz aposentado.

Todos esses profissionais sofrem com algum senão para serem escolhidos como árbitro pela Administração Pública. O professor de direito administrativo tem muito conhecimento teórico; porém, se não advoga ou tem pouca prática, pode não ser a escolha ideal. O advogado público ou procurador público compreende os aspectos culturais, mas, quando não está impedido, pode ter pouca disponibilidade de tempo por conta de sua rotina intensa de trabalho em seu órgão de vinculação. O advogado privado especializado em direito administrativo tem visão oposta e, se for muito capacitado, provavelmente terá muitos casos contra a Administração Pública e estará impedido. O advogado especializado em arbitragem raramente trabalhou do lado de

4 Disponível em: <https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/2002/kahneman/facts/>. Acesso em: 22 ago. 2023.

5 KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011.

6 KAHNEMAN, Daniel; SIBONY, Olivier; SUNSTEIN, Cass R. **Ruído**: uma falha no julgamento humano. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2021.

7 CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por um advogado**. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1995. Ver, também: PRADO, Lúcia Reis de Almeida. **O juiz e a emoção**: aspectos da lógica da decisão judicial. 6. ed. São Paulo: LTr, 2013.

dentro do balcão para prestar serviço público, tendo uma visão eminentemente privatista e processualista do direito. O juiz aposentado é extremamente capaz; porém, tende a conduzir o processo arbitral com as praxes judiciais, o que reduz drasticamente os benefícios da escolha da arbitragem.

O perfil ideal para Administração Pública é o árbitro que tem grande conhecimento jurídico e vasta experiência na advocacia pública, assim como disponibilidade de tempo para assumir essa responsabilidade.

Por outro lado, o perfil ideal de árbitro presidente para uma arbitragem com a Administração Pública é aquele que, além das qualidades indicadas *supra*, também tenha grande experiência na advocacia privada, pois é o que melhor saberá conjugar os anseios públicos e privados.

Se a composição geral do tribunal pender excessivamente para qualquer lado, público ou privado, aos poucos as partes perderão a confiança no próprio instituto da arbitragem. Não se pode repetir os erros do Judiciário de proteger mais fortemente uma parte em detrimento da outra. Ainda que justificável pelo aspecto dos vieses cognitivos e dos ruídos na tomada de decisão, não há justiça na tendência do magistrado local em proteger ou privilegiar excessivamente o Erário público.

A arbitragem deve ser a solução, e não o problema, pois não é coincidência que parte relevante dos investidores estrangeiros passaram a exigir esse meio de resolução de conflitos⁸. É claramente uma demonstração de que não confiam no Judiciário para resolver os seus problemas com a Administração Pública local.

Anote-se que, mesmo sem aderir às arbitragens de investimento internacional, a Administração Pública brasileira adotou política de optar pela arbitragem comercial para atrair mais investidores privados. Desde a edição da Lei Brasileira de Arbitragem em 1996, diversas outras leis e decretos foram promulgados nesse sentido⁹.

8 Culminando na Convenção de Washington de 1965, não aderida pelo Brasil.

9 Lei nº 13.129/2015 (que alterou a Lei nº 9.307/1996); artigo 93, inciso XV, da Lei nº 9.472/1997; artigo 43, inciso X, da Lei nº 9.478/1997; artigos 35, inciso XVI, e 39, inciso XI, da Lei nº 10.233/2001; artigo 11, inciso III, da Lei nº 11.079/2004; artigo 4º, §§ 5º e 6º, da Lei nº 10.848/2004; artigo 20 da Lei nº 11.196/2005 (que incluiu o artigo 23-A da Lei nº 8.987/1995); artigo 21, inciso XI, da Lei nº 11.909/2009; Lei nº 19.477/2011 do Estado de Minas Gerais; artigos 37 e 62, § 1º, da Lei nº 12.815/2013; artigo 1º da Lei nº 13.190, de 2015 (que incluiu o artigo 44-A da Lei nº 12.462/2001); Lei estadual nº 15.627/2015 do Estado de Pernambuco; artigo 12, parágrafo único, da Lei nº 13.303/16; artigos 15, inciso III, e 31 da Lei nº 13.448/2017; artigo 1º da Lei nº 13.867/2019 (que incluiu o artigo 10-B do Decreto-Lei nº 3.365/1941); artigo 151 da Lei nº 14.133/2021; artigo 31, § 6º, da Lei nº 14.134/2021; Decreto nº 46.245/2018 do Estado do Rio de Janeiro; Decreto nº 64.356/2019 do Estado de São Paulo; Decreto federal nº 10.025/2019; Decreto nº 9.929/2021 do Estado de Goiás; Decreto nº 55.996/2021 do Estado do Rio Grande do Sul; Decreto nº 10.086/2022 do Estado do Paraná; Decreto nº 2.241/2022 do Estado de Santa Catarina; Decreto nº 16.246/2023 do Estado de Mato Grosso do Sul; Decreto nº 3.042/2021 do Município de Paranaguá/PR; entre outros.

Essa proliferação normativa é símbolo do crescimento exponencial da arbitragem com a Administração Pública, donde exsurge a necessidade ainda maior de árbitros com perfil adequado.

Naturalmente, a escolha pela arbitragem envolve riscos, positivos e negativos, sendo um dos principais riscos negativos a escolha de árbitro que desconheça, ou que conheça pouco, ou que possua pré-conceito equivocado do funcionamento do setor público brasileiro.

Esse risco é real. Logo após a edição da Lei nº 13.303/2016, enquanto este autor liderava a equipe multidisciplinar para propor minuta de regulamento interno de licitações e contratos do Metrô-DF, era comum ilustres advogados sem qualquer experiência na advocacia pública manifestarem absoluta incompreensão quanto à necessidade de cada Administração Pública editar a sua própria norma sobre a possibilidade de escolha da arbitragem. A bem da verdade, até hoje há quem fique inconformado com a proliferação de normas, por considerá-las completamente desnecessárias.

Independentemente de qualquer conclusão sobre esse ponto específico, o fato é que muitos juristas não conseguem se colocar no lugar do gestor público e, por isso, tornam-se uma escolha questionável para julgarem conflitos decorrentes de contratos administrativos.

Nos próximos tópicos deste estudo, busca-se elucidar alguns dos pontos mais cruciais e contribuir para que os árbitros consigam captar melhor a cultura do setor público, de modo a desenvolver as suas aptidões para compor tribunais arbitrais quando a Administração Pública estiver envolvida.

2. OMNIPRESENÇA DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Qualquer que seja o assunto ou a novidade envolvendo a Administração Pública, os princípios do direito administrativo se fazem sentir. Isso não ocorre sem motivo, já que a organização e o funcionamento do Estado são capítulo crucial da Constituição Federal de 1988, para fazer reinar os objetivos de harmonia social e de ordem interna do Estado Democrático de Direito, escancarados no preâmbulo da nossa Carta Magna.

Nunca é demais relembrar que os princípios são numerosos. No artigo 37, cabeça, da CF/1988, estão expressamente previstos os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Relativamente a contratos administrativos, o artigo 37, inciso XXI, da CF/1988 traz o princípio da licitação, isonomia e competitividade.

Além desses, o artigo 5º da Lei nº 14.133/2021, que normatiza os processos licitatórios, traz igualmente os princípios do interesse público, probidade administrativa, igualdade, planejamento, transparência, eficácia, segregação de funções, motivação, vinculação ao edital, julgamento objetivo, segurança jurídica, razoabilidade, competitividade, proporcionalidade, celeridade, economicidade e desenvolvimento nacional sustentável.

Note-se que até mesmo quando o legislador omite, como ocorre com a legalidade, que está ausente no artigo 31, cabeça, da Lei nº 13.303/2016, o princípio continua a incidir sobre a Administração Pública, direta ou indireta¹⁰, observados os seus limites específicos¹¹. A doutrina também reconhece outros princípios não expressos¹².

Estando a Administração Pública – e, por conseguinte, os agentes públicos que a compõem – infalivelmente submissa aos diversos princípios que a regem, não há novidade ou criação jurídica que consiga fazê-los ignorar os efeitos do regime jurídico administrativo quando o Estado é parte da relação.

Exemplo disso é a tese que o Metrô-DF passou a sustentar, a partir de 2016, de que, a despeito de ser pessoa jurídica de direito privado, estaria submisso ao regime de precatórios (artigo 100 da CF/1988) por se tratar de empresa pública prestadora de serviço essencial em regime de monopólio, dependente do Erário público e com proibição legal expressa de distribuição de lucros aos seus acionistas (artigo 8º da Lei distrital nº 513/1993). Essa tese foi validada pelo Supremo Tribunal Federal, na ADPF 524¹³, por razões de interesse público.

10 PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; HEINEN, Juliano; DOTTL, Marinês Restelatto; MAFFINI, Raffini. **Comentários à Lei das Empresas Estatais**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 230.

11 “Ou seja, fora a criação da própria estatal, do seu objeto social e da participação em outras empresas, para o que é exigida base legal, o princípio da legalidade se aplica às estatais de forma negativa: desde que dentro da autorização legal para sua criação e atuação, não precisam ter autorizações legais específicas para atuar, mas não podem, como qualquer particular, atuar contra o Direito.” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Empresas estatais**. São Paulo: Forense, 2017. p. 185)

12 MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 16. ed. São Paulo: RT, 2012. p. 134.

13 “EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. REGIME JURÍDICO DAS EMPRESAS ESTATAIS. PAGAMENTO DE DÉBITOS VIA SISTEMA DE PRECATÓRIOS. METRÔ-DF. MONOPÓLIO NATURAL. SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL. PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DOS SERVIÇOS PÚBLICOS. IMPOSSIBILIDADE DE BLOQUEIO, PENHORA OU ARRESTO DE VALORES FINANCEIROS EM DISPONIBILIDADE DA EMPRESA. ARGUIÇÃO JULGADA PROCEDENTE. 1. O transporte público coletivo de passageiros sobre trilhos é um serviço público essencial que não concorre com os demais modais de transporte coletivo, ao contrário, atua de forma complementar, no contexto de uma política pública de mobilidade urbana. 2. Segundo compreensão majoritária do Tribunal, não caracteriza o intuito lucrativo a mera menção, em plano de negócios editado por empresa estatal, da busca por um resultado operacional positivo. 3. Afastado o intuito lucrativo, o Metrô-DF, que é sociedade de economia mista prestadora de serviço público essencial e desenvolve atividade em regime de exclusividade (não