CARLOS ARI SUNDFELD

(Organizador)

CONTRATAÇÕES PÚBLICAS
E SEU CONTROLE

ANDRE ROSILHO
FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO
HENRIQUE MOTTA PINTO
JACINTHO AURORA CÁMARA
RODOLFO PAGANI DE SOUZA
RODRIGO PINTO DE CAMPOS
# CONTRATAÇÕES PÚBLICAS E SEU CONTROLE

Organizador: CARLOS ARI SUNDFELD

© sbdp – Sociedade Brasileira de Direito Público – 2013


---

**SUMÁRIO**

<table>
<thead>
<tr>
<th>Capítulo</th>
<th>Título</th>
<th>Página</th>
</tr>
</thead>
<tbody>
<tr>
<td></td>
<td>Apresentação</td>
<td>9</td>
</tr>
<tr>
<td></td>
<td>- CARLOS ARI SUNDFELD</td>
<td></td>
</tr>
<tr>
<td><strong>PARTE I – CONTRATOS PÚBLICOS E SEUS MECANISMOS DE FORMAÇÃO</strong></td>
<td></td>
<td></td>
</tr>
<tr>
<td></td>
<td>Capítulo 1 – Contratações Públicas e o Princípio da Concorrência</td>
<td>15</td>
</tr>
<tr>
<td></td>
<td>- CARLOS ARI SUNDFELD</td>
<td></td>
</tr>
<tr>
<td></td>
<td>Capítulo 2 – As Modernas Parcerias com o Terceiro Setor</td>
<td>42</td>
</tr>
<tr>
<td></td>
<td>- CARLOS ARI SUNDFELD e RODRIGO PAGANI DE SOUZA</td>
<td></td>
</tr>
<tr>
<td></td>
<td>Capítulo 3 – Licitações nas Estatais: Levando a Natureza Empresarial a Sério</td>
<td>79</td>
</tr>
<tr>
<td></td>
<td>- CARLOS ARI SUNDFELD e RODRIGO PAGANI DE SOUZA</td>
<td></td>
</tr>
<tr>
<td></td>
<td>Capítulo 4 – Empresas Semiestatais e sua Contratação sem Licitação</td>
<td>102</td>
</tr>
<tr>
<td></td>
<td>- CARLOS ARI SUNDFELD, RODRIGO PAGANI DE SOUZA e HENRIQUE MOTTA PINTO</td>
<td></td>
</tr>
<tr>
<td></td>
<td>Capítulo 5 – Contratação de Obras por Emergência e seu Controle</td>
<td>130</td>
</tr>
<tr>
<td></td>
<td>- CARLOS ARI SUNDFELD e RODRIGO PINTO DE CAMPOS</td>
<td></td>
</tr>
<tr>
<td></td>
<td>Capítulo 6 – O Regime Diferenciado de Contratações/RDC e seu Controle</td>
<td>143</td>
</tr>
<tr>
<td></td>
<td>- ANDRÉ ROSILHO</td>
<td></td>
</tr>
<tr>
<td><strong>PARTE II – CONTROLE DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS</strong></td>
<td></td>
<td></td>
</tr>
<tr>
<td></td>
<td>Capítulo 7 – Competências de Controle dos Tribunais de Contas</td>
<td>177</td>
</tr>
<tr>
<td></td>
<td>- Possibilidades eLimites</td>
<td></td>
</tr>
<tr>
<td></td>
<td>- CARLOS ARI SUNDFELD e JACINTHO ARRUDA CÂMARA</td>
<td></td>
</tr>
</tbody>
</table>
Capítulo 10

O CABIMENTO DA ARBITRAGEM NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

CARLOS ARI SUNDFELD
JACINTHO ARRUDA CÂMARA

1. Introdução
2. Argumentos contrários à arbitragem
3. É possível haver juízo arbitral envolvendo a Administração Pública?
3.1 Arbitragem e indisponibilidade do interesse público: a lei limitou a aplicação do procedimento arbitral às questões referentes ao direito (ou interesse) passível de contratação – 3.2 Arbitragem e transação: a Administração, ao aderir à arbitragem, não "abre mão" de seus direitos – 3.3 Arbitragem e autorização legislativa: o fato de não haver autorização expressa para a Administração usar a arbitragem não a impede de utilizá-la – 3.4 Arbitragem e acesso à jurisdicção: o Direito não impede que questões abrangidas pelo compromisso arbitral sejam levadas a juízo – 3.5 Arbitragem e impugnação judicial do contrato por terceiros: a pendência de discussão judicial não afasta, por si só, a eficácia do pronunciamento arbitral – 3.6 Arbitragem sobre temas relacionados a serviços públicos: nem tudo o que é relacionado envolve direito indisponível. 4. Por força do princípio da legalidade, a Administração Pública não pode ser julgada por equidade.

---

*Resumo: Não existe norma jurídica (princípio ou regra) que impeça as entidades da Administração Pública de firmar compromisso arbitral. A Lei de Arbitragem, ao definir a capacidade de contratar como condição da arbitragem, inclui no seu regime as entidades estatais. Palavras-chave: Arbitragem, Contratações públicas, Contratos administrativos, Indisponibilidade do interesse público, Mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos.

entidade integrante da Administração seria indisponível e, por isso, insuscetível de ser discutido em procedimento arbitral.

Outro argumento empregado contra a adoção desse mecanismo pela Administração o refuta por considerá-lo espécie de transação a respeito do cumprimento da lei. Ao aderir à arbitragem a Administração estaria, inerentemente, abrindo mão de parte de seus direitos ou da obediência à lei – comportamento que, por força do princípio da legalidade estrita, seria incompatível com sua figura. Em resumo, por não poder transigir com o cumprimento da lei, a Administração supostamente estaria impedida de levar seus litígios a juízo arbitral.

A arbitragem também seria inaplicável a entes estatais por, supostamente, afastar do Judiciário o exame das matérias que fossem por ela tratadas. Seguindo essa premissa, tal efeito seria incompatível com o regime jurídico aplicável aos entes estatais, que permite o questionamento dos atos por eles produzidos por intermédio de diversos instrumentos processuais, como a ação popular (que legítima qualquer cidadão a questionar judicialmente atos lesivos ao Érario) e a ação civil pública (instrumento à disposição do Ministério Público para a defesa de interesses difusos e coletivos).

A ausência de previsão expressa na Lei Geral de Licitações e Contratos (Lei 8.666/1993) do sistema de arbitragem como mecanismo de solução extrajudicial de conflitos é mais um argumento contrário ao uso dessa ferramenta por entes estatais. Mais uma vez invocando o princípio da legalidade estrita, sustenta-se que a ausência de norma legal que autorize expressamente a utilização desse instrumento tornaria inacessível à Administração Pública. A Lei 8.666/1993 também vedaria a instauração de arbitragem por prever, em seu art. 55, § 2º, como cláusula obrigatória a fixação do foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual. Essa previsão de foro impediria tacitamente que a Administração aderisse ao sistema de arbitragem.

Há, ainda, objeções específicas, que atingem a arbitragem que tome por objeto determinado tema, como, por exemplo, a prestação de serviços públicos. Por envolver a prestação de serviço público, estaria desatendendo o requisito da disponibilidade do direito.

2. O argumento, naturalmente, não se aplica aos contratos de concessão de serviço público, sejam os tradicionais, sejam os caracterizados como parcerias público-privadas, visto que em tal caso há previsão legislativa expressa anumando a utilização de arbitragem (art. 23-A da Lei 8.987/1995 e art. 11, III, da Lei 11.073/2004).

O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos

Defende-se também que, sempre que o contrato no qual se prevê a arbitragem tenha sido alvo de impugnação judicial autônoma, incidiria um óbice intransponível ao prosseguimento da arbitragem. Por essa linha, a discussão judicial dos contratos (numa ação popular, por exemplo) teria o condão de inviabilizar a solução do litígio por meio de arbitragem.

São esses, em resumo, os argumentos lançados em desfavor da arbitragem. Como já adiantamos, não consideramos que eles sejam procedentes. Passaremos, a seguir, a demonstrar por que, apesar dessas impugnações, não vislumbramos impedimento jurídico à realização de arbitragem que tenha como objeto a discussão de contratos administrativos.

3. É possível haver juízo arbitral envolvendo a Administração Pública

3.1 Arbitragem e indisponibilidade do interesse público: a lei limitou a aplicação do procedimento arbitral às questões referentes a direito (ou interesse) passível de contratação

Quando se fala em arbitragem envolvendo entidade integrante da Administração Pública, a primeira questão a enfrentar diz respeito ao suposto obstáculo decorrente da aplicação do princípio da indisponibilidade do interesse público. Como já foi referido no tópico anterior, para alguns o princípio constituiria limite intransponível à adoção do procedimento arbitral pela Administração Pública. A linha de argumentação desenvolvida para fundamentar essa ideia é bastante simplista: como a arbitragem só teria cabimento sobre direitos disponíveis, ela estaria invariavelmente afastada dos direitos relativos à Administração, uma vez que estes seriam, todos, por força do aludido princípio, indisponíveis.

O raciocínio é linear, fácil de ser assimilado, e talvez por isso acabe exercendo efeito sedutor em alguns intérpretes. No entanto, a aplicação do princípio da indisponibilidade do interesse público ao presente tema mostra-se completamente fora de contexto e, consequentemente, inadequada.

O princípio da indisponibilidade do interesse público não estabelece propriamente um dever ou proibição. Não configura o que a dou-
trina costuma denominar de princípio-regra. Trata-se de princípio-valor, que encara uma ideia comum a todo o sistema normativo que compõe o direito administrativo. Sua função não é a de prescrever condutas, mas, sim, apontar um traço característico daquele conjunto de normas, contribuindo para sua compreensão e posterior interpretação.

O princípio da indisponibilidade do interesse público, nessa linha, reflete importante característica do direito administrativo: a de que as autoridades não agem por vontade própria, como se dispusessem livremente dos interesses que guardam. Elas lidam com coisa alheia, pública, sobre a qual não dispõem. Noutros termos: o princípio em tela reforça a noção segundo a qual o administrador deve obediência à lei, na medida em que atua na gestão de interesses cujo titular (a coletividade) se expressa mediante decisões do Legislativo.

Não foi esse o sentido que a legislação empregou ao estabelecer que a arbitragem só se destina a “dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Com essa demarcação, a Lei de Arbitragem afastou de seu âmbito de aplicação apenas os temas que não admitam contratação pelas partes. Numa palavra: a lei limitou a aplicação do procedimento arbitral às questões referentes a direito (ou interesse) passível de contratação. Para evitar confusão terminológica,

5. Como é o caso do princípio da legalidade, que impõe à Administração o dever de agir mediante prévia autorização legislativa.

4. CL, nesse sentido, as palavras do professor Celso Antônio Bandeira de Mello, um dos doutrinadores que mais divulgam esse princípio no Direito brasileiro:

“A indisponibilidade dos interesses públicos significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público –, não se encontrem à livre disposição de quem que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbem apenas curar-los – ou que é também um dever – na estrita conformidade do que nascem de a intento legis.

(...)"

Em suma, o necessário – parece-nos – é encarar que na Administração os bens e os interesses não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador. Antes, para este, coloca-se a obrigação, o dever de curar-los nos termos da finalidade a que estão adstritos. É o ordenamento que dispõe sobre ela” (Curso de Direito Administrativo, 29ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2012, pp. 76-77).

5. A confusão conceitual em referência é devida pela lição do professor Eros Grau:

“Assim, é evidente que quando se afirma que a arbitragem se presta a ‘dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis’ isso não significa que não possa, a Administração, socorrer-se dessa via visando ao mesmo fim. Pois não há qualquer correlação entre disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público.

ca – que propicie falso embate em face do princípio da indisponibilidade do interesse público –, passaremos a designar este requisito como a existência de um direito negociável.

A casuística do direito privado torna mais fácil a percepção do que a lei pretende afastar de sua abrangência. O direito a alimentos, por exemplo, constitui, indiscriminavelmente, tema de caráter patrimonial, mas que não é passível de contratação pelos envolvidos. Isso é: não se pode contratualmente decidir como eles serão prestados, ou mesmo deles dispor, sem pronunciamento judicial. Por isso, conflitos dessa natureza não podem ser resolvidos por intermédio de arbitragem, mesmo que os interessados estivessem dispostos a assim proceder. Direitos não patrimoniais, como o direito à liberdade, à vida, à saúde, entre outros, também são insuscetíveis de discussão em procedimento arbitral.

A mesma lógica se aplica quando se tratar de direitos e interesses de entidade estatal. Aqueles interesses (direitos) que podem ser contratados também poderão ser objeto de cláusula de arbitragem. Quando firmar um contrato qualquer, a Administração está assumindo determinado ônus, com a perspectiva de receber uma contrapartida estipulada. Nesse caso, algum direito de caráter patrimonial daquela entidade está sendo negociado, por isso há de ser considerado, para efeito de aplicação da Lei de Arbitragem, um direito disponível, ou seja, um direito negociável.

É tradicional no direito administrativo a distinção entre atos de império e atos de gestão. Os primeiros dizem respeito a matérias inegáveis.

“Dispõe de direitos patrimoniais é transferí-los a terceiros. Disponíveis são os direitos patrimoniais que podem ser alienados.

“A Administração, para realização do interesse público, pratica atos, da mais variada ordem, dispondo de determinados direitos patrimoniais, ainda que não possa fazê-lo em relação a outros deles. Por exemplo, não pode dispor dos direitos patrimoniais que detêm sobre os bens públicos de uso comum.

“Mas é certo que inúmeras vezes deve dispor de direitos patrimoniais, sem que com isso esteja a dispor do interesse público, porque a realização deste último é alcançada mediante a disposição daquelas.

“(…)"

“Daí que, sempre que puder contratar, o que importa disponibilidade de direitos patrimoniais, poderá a Administração, sem que isso importe disposição do interesse público, convencionar cláusula de arbitragem. (…)” (“Arbitragem e contrato administrativo”, RTDP 32/20, São Paulo, Malheiros Editores, 2000).

6. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, atos de império são “os que a Administração praticava no gozo de prerrogativas de autoridade”, como, por
rentes ao Estado, que corresponderiam ao plexo de interesses "indisponíveis" do Poder Público. Os outros envolvem os atos de mera administração. São atos despidos de prerrogativas especiais, cujo objetivo é fixar relações jurídicas normais (de direito comum) entre a Administração e outras pessoas jurídicas. Aproveitando dessa vetusta classificação, seria possível afirmar que a intenção da Lei de Arbitragem foi reservar para seu escopo as matérias objeto de atos de gestão. Estariam excluídos de sua abrangência aqueles temas que são objeto de atos de império.

3.2 Arbitragem e transação: a Administração,
ão aderir à arbitragem, não "abre mão" de seus direitos

É importante ressaltar que, ao submeter uma discussão à arbitragem, as partes não estão abrindo mão de seus direitos ou, mesmo, transigindo (isto é, aceitando perder parte do seu direito). Ao se valerem da arbitragem as partes, na verdade, escolhem um juízo privado para pôr termo ao litígio. A arbitragem apontará quem tem razão na disputa. Cada parte terá oportunidade de expor seus argumentos, defendê-los, produzir provas; enfim, terá oportunidade de influenciar na decisão a ser tomada, de modo a proteger seus interesses. Não se confunda com um mero acordo, com a aceitação passiva da redução de seu patrimônio ou com algo semelhante. É improcedente, portanto, o argumento segundo o qual a Administração não poderia aderir à arbitragem por não poder "abrir mão" de seus direitos, ou "transigir" na aplicação da lei. O argumento é falacioso, pois a arbitragem não implica quaisquer dessas práticas.

3.3 Arbitragem e autorização legislativa: o fato
de não haver autorização expressa para a Administração
usar a arbitragem não a impede de utilizá-la

Outra suposta barreira, de caráter geral, à participação de entes estaduais em arbitragens seria a ausência de autorização legislativa.

Exemplo, "a ordem de interdição de um estabelecimento". Atos de gestão seriam "os que a Administração praticava sem o uso de poderes comandantes". Como seria o caso da "venda de um bem" ou "os relativos à gestão de um serviço público" (Curso de Direito Administrativo, cit., 29ª ed., p. 433).

O fato de não existir previsão expressa na Lei 8.666/1993 nem na Lei de Arbitragem a respeito da utilização do procedimento arbitral por entes estaduais, haveria uma proibição tácita dessa prática. Agrega-se a esse raciocínio a previsão contida na Lei 8.666/1993 (art. 55, § 2º) que obriga, nos contratos celebrados pela Administração, a inclusão de cláusula estipulando como foro competente para solução de qualquer litígio o da sede da Administração. A Lei 8.666/1993, com esse dispositivo, teria determinado que a solução de qualquer litígio seria judicial – o que excluira a arbitragem.

Esses argumentos provem demais. A legislação sobre contratações públicas não é exaustiva quanto à instituição de modelos contratuais que podem ser empregados pela Administração. Muito pelo contrário. As contratações públicas foram disciplinadas de maneira genérica, prevendo-se cláusulas gerais que deveriam constar em qualquer tipo de pacto, mas sem excluir outras previsões. Qualquer modelo contratual previsto em lei, desde que não contrarie as previsões específicas da Lei 8.666/1993, pode ser empregado pelas entidades integrantes da Administração Públhca.

Assim ocorre com a arbitragem. Trata-se de sistema de jurisdição privada, a ser aplicado mediante acordo entre as partes envolvidas. É, portanto, um tipo de contrato (ou de cláusula) que está à disposição das pessoas em geral, inclusive aquelas integrantes da Administração Pública. Na Lei de Arbitragem não há referência expressa aos entes estaduais, como também não há em relação a qualquer outra espécie de...
pessoa. A lei foi dirigida a todas as pessoas, genericamente. Não houve qualquer discriminação em relação a pessoas físicas ou jurídicas, a pessoas de direito público ou de direito privado, a pessoas estatais ou não estatais. A única exigência feita foi a de que a pessoa seja capaz de contratar. Sendo pessoa com capacidade jurídica para firmar contrato, ela poderá também se valer da arbitragem. Essa é a regra imposta por lei. Como não se discute a capacidade de contratação das entidades estatais, não há como negar que tais figuras estão incluídas entre as pessoas aptas a fazer uso do procedimento arbitral.

A previsão de uma cláusula elegendo o foro da sede da Administração como competente para a solução de litígios não afasta, de modo algum, a possibilidade de arbitragem em contratos administrativos. A previsão legal de foro, por óbvio, diz respeito apenas ao local de processamento de demandas judiciais. A lei restringiu apenas a liberdade de as partes contratantes estabelecerem o local onde se processarão as demandas judiciais envolvendo o contrato. Em suma, a Lei 8.666/1993 definiu que em contratos da Administração não cabe a previsão de outro foro que não o de sua sede. Porém, tal restrição não impede que os conflitos sejam decididos sem recurso ao Judiciário. Ela não impede, por exemplo, a celebração de acordos entre Administração e empresa contratada, para resolver possíveis conflitos. Do mesmo modo, a fixação legal de foro não afeta a eventual previsão de arbitragem para solucionar determinados conflitos surgidos no âmbito dos contratos firmados pela Administração. A arbitragem, como procedimento extrajudicial, não afeta a regra que estabelece o foro que deve ser previsto nos contratos administrativos. A lei determina apenas que, se houver conflito judicial, o foro deve ser o da sede da Administração.

3.4 Arbitragem e acesso à jurisdição:

O direito não impede que questões abrangidas pelo compromisso arbitral sejam levadas a juízo

Existe ainda a alegação de que a arbitragem impediria o exame judicial das questões nela decididas, contrariando, com isso, dispositivos constitucionais que asseguram o controle judicial das práticas ad-
o julgamento arbitral. O ajuizamento de ação sobre questões objeto do procedimento arbitral não altera a natureza dos direitos e interesses envolvidos. Se, porventura, a sentença judicial modificar algumas das decisões tomadas na arbitragem, ocorrerá pura e simples substituição da ordem proferida pelo juízo arbitral por aquela editada judicialmente. Trata-se de contingência inafastável das controvérsias submetidas à arbitragem, uma vez que, nos termos da própria Lei de Arbitragem, uma sentença arbitral pode vir a ser anulada judicialmente caso descumpra qualquer dos requisitos impostos à sua validade.

A arbitragem não é prejudicada pelo surgimento de demanda judicial sobre matéria correlata. A Lei de Arbitragem foi bem clara (art. 25): a suspensão só será necessária se a discussão envolver matéria de outra natureza (viver a tratar de direito indisponível — vale dizer, inegociável).

Nesses casos, como em qualquer outro, o resultado da sentença arbitral vinculará imediatamente as partes envolvidas, constituindo título executivo (art. 31 da Lei de Arbitragem). A pendência de discussão judicial sobre matéria abrangida nessa decisão não afasta, por si só, a eficácia do pronunciamento arbitral. Até que sobrevenha decisão judicial em sentido contrário, o resultado da arbitragem prevalecerá, podendo, inclusive, ser objeto de execução judicial.

3.6 Arbitragem sobre temas relacionados a serviços públicos: nem tudo a eles relacionado envolve direito indisponível

Outro argumento levantado para impugnar a arbitragem envolve especificamente seu emprego em matéria afeta à prestação de serviço público. Sempre que o contrato envolvesse tal objeto a avença não poderia se submeter ao procedimento arbitral. O argumento recai sobre o já debatido princípio da indisponibilidade do interesse público. A arbitragem, reservada a direitos disponíveis, não seria aplicável a contrato que versasse sobre serviço público.

Como se sabe, a titularidade do serviço público é irrenunciável. Este aspecto de seu regime jurídico está, realmente, fora do plexo de direitos negociáveis do Estado. Isso, porém, não significa dizer que tudo o mais que seja relacionado à prestação de serviços públicos não possa vir a ser objeto de contratação e, consequentemente, de compromisso arbitral.

Ninguém discute que a prestação de serviços públicos pode ser objeto de delegação a particulares, o que se faz mediante contratação. Logo, os direitos oriundos da exploração do referido serviço por terceiros são, indiscutivelmente, passíveis de negociação. Preços, condições de pagamento, cronograma de investimento, financiamentos, enfim, tudo o que estiver relacionado à exploração econômica do serviço pode ser objeto de contratação e, nesta condição, ter seus conflitos dirimidos por arbitragem, se as partes assim pactuarem.

As condições de exploração são objeto de negociação desde um primeiro momento, quando o poder concedente delega o serviço do qual é titular para ser explorado por terceiros. As condições econômicas de prestação do serviço são determinadas contratualmente entre o poder concedente e as empresas. Depois, no relacionamento de tais empresas com outros agentes do mercado, mais uma vez, o que se tem é a livre disposição sobre condições econômicas. Nesses casos não há qualquer tratativa sobre questões de império, ou seja, sobre temas insuscetíveis de negociação. As partes envolvidas definem, fazendo uso de seu respectivo poder de autotutela, quais as condições econômicas do relacionamento. A duração do contrato, a remuneração do contratado e as condições de pagamento, multas pecuniárias e, assim dispostas, a sujeição do contrato à arbitragem são exemplos de temas que, embora digam respeito à prestação de um serviço público, podem perfeitamente ser objeto de negociação entre as partes envolvidas. Trata-se do que, na terminologia empregada na Lei de Arbitragem, é denominado de “direito disponível”, isto é, direito negociável, passível de estipulação em contrato e, consequentemente, de ser objeto de procedimento arbitral.
A sujeição desse tipo de pacto a uma decisão arbitral não interfere minimamente em questões de império (fora do comércio) relativas ao serviço público. Deveras, nenhum aspecto da titularidade do serviço é posto em xeque com a sujeição desses contratos a um juízo arbitral.

4. Por força do princípio da legalidade, a Administração Pública não pode ser julgada por equidade

Como se vê, não há princípio ou regra jurídica que proíba, de modo geral, a adoção da arbitragem pela Administração Pública. Isso, porém, não significa dizer que sobre todo e qualquer assunto envolvido interesses da Administração seja possível aplicar esse sistema de solução de conflitos ou, mesmo, que ele seja aplicável sem qualquer adaptação ou cuidado especial. Não é isso que se está afirmando.

É imprescindível estabelecer limites à aplicação da Lei de Arbitragem às disputas envolvendo a Administração Pública.

Uma condição para a aplicação do procedimento arbitral em litígios envolvendo a Administração Pública refere-se ao critério de julgamento. A legislação prevê que a arbitragem tanto pode ser de direito como de equidade (art. 2º da Lei de Arbitragem). Essa variação, todavia, não é aplicável aos procedimentos que envolvem a Administração Pública. Por força do princípio da legalidade, a Administração só pode se submeter a uma decisão que seja tomada com base em critérios rigorosamente jurídicos, oriundos de normas estabelecidas formalmente (em lei, regulamento, contrato ou ato administrativo). A decisão por equidade é construída com base em critérios subjetivos, levando em conta a noção de justiça e de equilíbrio que o julgador venha a adotar. Embora seja um fundamento válido em decisões entre particulares (inclusive para fundamentar sentenças judiciais, como expressamente prevê a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), esse critério não se presta para temas envolvendo interesses de entes estatais, pois estes, por definição, não prescindem de disciplina em normas de Direito (princípio da legalidade).