

## **ARBITRABILIDADE OBJETIVA EM CONTRATOS ADMINISTRATIVOS COMPLEXOS**

### **OBJECTIVE ARBITRABILITY IN COMPLEX ADMINISTRATIVE CONTRACTS**

*Bárbara Bianca Sena<sup>1</sup>*

#### **Resumo**

O artigo avalia o escopo da arbitragem em contratos de concessão e os limites dos poderes dos tribunais arbitrais consideradas as competências atribuídas às Agências Reguladoras, com enfoque na indústria elétrica brasileira. Trata-se da avaliação da arbitrabilidade objetiva em sentidos amplo e estrito nos contratos firmados no âmbito do Setor Elétrico Brasileiro. Consideram-se as propostas de teorias econômicas, a análise consequencialista do direito fundada em evidências e o novo paradigma da Administração consensual. Aplica-se o método qualitativo na coleta e análise de informações a partir da revisão da literatura, de diplomas normativos pertinentes ao tema, e de sua aplicação aos contratos de infraestrutura de energia. Como resultado, tem-se que a arbitragem, na sua origem, é meio consensual para solução de conflitos derivados dos contratos de concessão. Aplicá-la em conflitos envolvendo a Administração Pública reflete o novo paradigma da Administração consensual segundo a racionalidade econômica e consequencialista proposta no âmbito das teorias da incompletude e dos custos de transação. Caracteriza-se como mecanismo de governança contratual. A análise da arbitrabilidade objetiva em sentido estrito pressupõe avaliação empírica, relacionada ao dever de motivação do administrador público e ao princípio da eficiência administrativa. Uma vez que o litígio seja levado à arbitragem, o tribunal arbitral terá suas competências limitadas pelo escopo da cláusula arbitral e pelo direito positivo brasileiro, inclusive a regulação discricionária das Agências Reguladoras.

**Palavras-chave:** Administração consensual. Custos de transação. Contratos incompletos. Arbitrabilidade objetiva.

---

<sup>1</sup> Mestre em Administração Pública no IDP. Pós-graduada em Direito Público pela UnB. Pós-graduada em Direito Constitucional e em Direito Ambiental. Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (2003). Procuradora Federal em exercício na Agência Nacional de Energia Elétrica-ANEEL.

### **Abstract**

*The study analyses the scope of arbitration related to concession contracts and the limits of the jurisdiction of an arbitral tribunal considering the powers attributed to the Regulatory Agencies, focusing on the Brazilian electric industry. This is the assessment of objective arbitrability in broad and strict senses in contracts signed within the scope of the Brazilian Electricity Sector. It considers the proposals of economic theories, the consequentialist analysis of law based on evidence and the new paradigm of consensual administration. The qualitative method is applied in the collection and analysis of information from the literature review, normative diplomas relevant to the subject, and its application to energy infrastructure contracts. As a result, arbitration, at its origin, is a consensual means for solving conflicts arising from concession contracts. Applying it in conflicts involving Public Administration reflects the new paradigm of consensual Administration according to the economic and consequentialist rationality proposed in the scope of incompleteness and transaction costs theories. It is characterized as a contractual governance mechanism. The analysis of objective arbitrability in the strict sense presupposes an empirical assessment, related to the public administrator's duty to motivate and the principle of administrative efficiency. Once the dispute is brought to arbitration, the arbitral tribunal will have its powers limited by the scope of the arbitration clause and Brazilian positive law, including the discretionary regulation of the Regulatory Agencies.*

**Keywords:** *Consensual Administration. Transaction costs. Incomplete contracts. Objective arbitration.*

## **1. INTRODUÇÃO**

Este artigo volta-se ao estudo da arbitragem, com foco na sua aplicação nas relações jurídicas geridas pelas Agências Reguladoras, em especial, no Setor Elétrico Brasileiro (SEB), sob a perspectiva do Direito Econômico e da prática de atos administrativos fundamentados em evidências. Considera-se que as teorias da incompletude contratual e dos custos de transação estão entre os temas relevantes relacionados às instituições e à governança dos contratos de concessão de infraestrutura, contribuindo para a construção e manutenção dessas relações contratuais complexas.

A ideia de incompletude representa um avanço do contexto institucional, conferindo instrumentalidade ao contrato para alocação eficiente de riscos com maior economia e

planejamento dos custos de transação. A sua funcionalidade consiste em possibilitar a compensação gradativa, pelas partes, dos problemas de assimetria de informações, desconhecimento ou indiferença inicial a certos riscos e inacabamento original de salvaguardas estipuladas.

Ademais, os contratos e suas repercussões para segurança jurídica, a exemplo dos custos de seu adimplemento, são aspectos relevantes para a economia. Existe o risco de que agentes oportunistas se sintam incentivados à quebra dos acordos, sendo necessárias políticas para reforçar o poder de barganha das partes e valorizar a sua manutenção, permitindo acesso a meios expeditos de solução das pendências.

Esses fatores demandam constante evolução do Direito Administrativo para o enfrentamento dos problemas conjunturais surgidos ao longo da execução dos contratos de infraestrutura de grande porte. O paradigma da Administração consensual apresenta-se mais adequado para lidar com os problemas enfrentados por contratos complexos, cujos investimentos demandam longa maturação.

Considera-se que a arbitragem seja útil para garantir a regularidade da execução dos serviços públicos concedidos, enquanto mecanismo de *enforcement*, para atração de investimentos em infraestrutura, inserindo-se no escopo das melhores práticas regulatórias.

A arbitragem, prevista na Lei 9.607/96 (Lei Brasileira de Arbitragem – LBA), é meio alternativo ao Judiciário, utilizado em função da escolha autônoma das partes envolvidas num litígio, com vínculo negocial entre si, que endereçam seu conflito ao julgamento do tribunal arbitral. Cuida-se de mecanismo de jurisdição privada, com adequabilidade para solução adjudicatória de conflitos (cf. art. 31, LBA e art. 515, VII, Código de Processo Civil de 2015), que pode ser utilizado por pessoas em geral, inclusive as que integram a Administração, quando houver contrato ou cláusula determinando sua aplicação.

Por meio do mecanismo heterocompositivo, o sujeito privado exerce o poder jurídico de compor uma controvérsia, proferindo decisão com efeitos jurisdicionais, nos limites da lei e da convenção de arbitragem, mas com natureza autônoma e definitiva. A decisão das partes tem consequências práticas. Convencionada a atribuição do tribunal arbitral para dirimir conflitos, a convenção assume caráter obrigatório – não mais se pode dispor dos efeitos dessa escolha; não se admite denúncia ou renúncia unilateral. Promove-se a derrogação da jurisdição estatal, exceto para decisões cautelares anteriores ao início da arbitragem quando as partes não autorizam a atuação do árbitro de emergência. Todavia, como os demais meios

alternativos ou adequados para solução de conflitos (MASC), a arbitragem não concorre ou desprestigia a jurisdição estatal; são meios igualmente relevantes de acesso à justiça, mas aquela pode, em determinadas circunstâncias, reduzir os custos de transação.

Passa-se, assim, à análise dos parâmetros de arbitrabilidade com a Administração.

## **2. Teorias econômicas e o paradigma da Administração Pública consensual**

As teorias da incompletude e dos custos de transação são inseridas no contexto de transição dos ideais econômicos sobre o comportamento dos agentes de mercado, substituindo-se a ideia de que estariam a coordenar as suas ações pelo sistema de preços, segundo um modelo contratual clássico, pela ideia de transações e pela busca de redução das ineficiências do sistema e dos custos da judicialização. Intensifica-se a abordagem microanalítica referente à estrutura organizacional, aos incentivos e ao controle, considerada sua dimensão intertemporal e sistêmica.

A promoção dos segmentos de infraestrutura, intensivos em capital, demanda investimentos em ativos específicos, com elevada produtividade. Por suas próprias peculiaridades, há alto potencial de conflito e previsão imperfeita das contingências e intercorrências futuras. As instituições tornam-se imprescindíveis à viabilização das negociações, como regra, complexas, que produzem os custos de transação. Avaliam-se os limites racionais das partes na busca por seus interesses comuns, de suas informações incompletas ou assimetricamente repartidas, e as dificuldades em lidar com um frágil apoio institucional (a repercutir na segurança jurídica das relações e no incremento dos custos de transação), construído num contexto de racionalidade limitada. Os mercados não conseguiriam promover um equilíbrio eficiente entre os seus agentes, exigindo-se a adoção de novos arranjos. É preciso que as partes instituam estruturas de governo contratual que apresentem métodos preventivos e de autopreparação para que as intervenções de terceiros na solução de conflitos de suas relações sejam as menores possíveis.

Entretanto, não é viável que os contratos, principalmente os evolutivos, sejam exaustivamente detalhados. Outrossim, o alto grau de detalhamento produziria incentivos às repactuações para adequá-los às sucessivas alterações nas realidades fáticas. Conquanto as partes busquem estabilidade e segurança jurídica, a mutação é essencial e inerente aos contratos de concessões. Assim, a incompletude contratual não é propriamente uma escolha das partes contratantes, mas uma decorrência lógica das peculiaridades de contratos complexos, evolutivos, relacionais e em rede. Mesmo que não existissem os custos de

transação, não seria possível informar todas as possíveis contingências futuras. Embora instrumental, a incompletude também propicia assimetria de informações, posturas oportunistas e exposição das partes às relações de agência. De toda forma, quanto mais heterogêneo, maior será a instrumentalidade do contrato, a permitir, simultaneamente, rigidez, ductibilidade e flexibilidade – elementos essenciais quando se referem a infraestrutura de grande porte. Reconhecer que a mutabilidade, a incompletude e as incertezas são inerentes a tais contratos desobriga as partes da minuciosa definição de condições, deixa de impor ao intérprete uma atividade criativa totalmente original e possibilita a redução de custos.

Nos projetos de infraestrutura, a consumação do contrato exerce papel relevante e demanda investimentos específicos. Uma vez firmado o contrato, as partes se tornam aprisionadas num contexto de monopólio bilateral, o que põe em destaque a importância dos ativos de infraestrutura, com especificidade de localização (devido à imobilidade) e das características físicas e especialização para uma determinada atividade, com caráter dedicado. São altos os custos de saída para colocar fim nas transações. Isso deixa as partes contratantes com poucas opções externas ao contrato e baixo poder de barganha. A única forma de encerrar o contrato sem grandes prejuízos seria por meio do endereçamento do conflito a soluções heterocompositivas, como a judicialização ou a arbitragem. Esses fatos reforçam a funcionalidade do caráter incompleto, flexível e mutável dos contratos de concessão de infraestrutura.

Deve-se reconhecer que as peculiaridades desses contratos demandam a abertura para práticas concertadas e consensuais no âmbito da Administração e mecanismos internos de governança contratual, com soluções indicadas no seu desenho regulatório, internalizando a ideia de sistema multiportas, que comporta, além do acesso ao Judiciário, a possibilidade de uso de institutos consensuais heterocompositivos ou não, como a arbitragem, a mediação, a conciliação, os *dispute boards*. Eles permitem reduzir ou excluir o risco judicial desses contratos, privilegiando a especialização e a celeridade na solução de conflitos.

A governança contratual que incorpora o uso de MASC é condizente com a proposta do novo paradigma de Administração consensual. Por esse modelo, superam-se antigos dogmas, como a supremacia e a indisponibilidade do interesse público, o exercício incondicional e unilateral de poderes administrativos e a ideia de que os interesses públicos abrangeriam unicamente noções publicistas, não abarcariam direitos privados e individuais e

poderiam ser definidos e estabelecidos de forma apriorística. Adota-se um critério mais amplo de legalidade para incluir normas constitucionais. A legalidade é substituída pelo conceito de juridicidade e engloba a ideia de eficiência administrativa e de proporcionalidade. Com isso, a avaliação do interesse público deve ser realizada de modo empírico, na perspectiva da situação ou das circunstâncias concretas, referindo-se à análise da vantajosidade e da funcionalidade de determinadas práticas administrativas para o alcance da política pública informada em lei.

A proposta moderna de atuação administrativa, sobretudo de Agências Reguladoras, é realizada sobre novas bases, procurando reduzir o escopo daqueles antigos dogmas metodológicos. Busca-se o alcance de resultados e atuação integrada e concertada das capacidades estatais. Na Administração por resultados, a reserva da lei deve se coadunar com as premissas consequencialistas do Direito Econômico numa ponderação de interesses entre eficiência e legalidade, que sobreleva a margem de discricionariedade administrativa e abre grande espaço para a técnica.

Como consequência, os reiterados conflitos, nos quais a Administração se envolve, devem ser dissipados, observados os postulados de mínima processualização e duração razoável dos processos, prioritariamente, no âmbito administrativo. Adotar posturas concertadas e mais consensuais não requer que a Administração renuncie a suas prerrogativas construídas a partir do princípio da supremacia do interesse público (imperatividade e exorbitância). Significa apenas que o alcance da ideia de interesse público será ressignificado.

Admitem-se posturas consensuais e, portanto, a prática de atividades originariamente privadas no âmbito da Administração, desde que conformadas com o princípio da eficiência, expressamente mencionado no art. 37, *caput*, CF/88, sob bases empíricas. A Administração realizará uma análise de custo/benefício, para cada atividade que desempenha, entre privilegiar o uso das suas prerrogativas imperativas e/ou exorbitantes e praticar atos administrativos consensuais alinhados em processo que permita a concertação de interesses.

O uso do poder de império não será o único meio hábil ao atingimento do interesse público. Posturas consensuais serão justificáveis na medida em que atendam interesses endereçados pela lei – o desenho da política pública a ser executada sob o prisma da eficiência –, algo mais específico do que a vaga ideia de interesse público. E a conformação desse interesse se dará a partir de uma governança pública que possibilite a geração de valor público ou de resultados. O consensualismo em sede de contratos pode ser bastante útil para

manter os negócios jurídicos, sobretudo em contratos de concessão com obras de infraestrutura. A funcionalidade dos acordos administrativos enquanto práticas consensuais quanto à implementação de políticas públicas, isto é, a avaliação das suas vantagens e desvantagens será o aspecto fundamental que assegurará a sua juridicidade.

As práticas consensuais também permitem que a solução de conflitos seja mais célere, o que é relevante, principalmente, quando se discute a equação econômico-financeira (EqEF) desses contratos, prevenindo a ruína do projeto concessionário, já que o decurso de tempo incrementa a acumulação de custos e torna mais difícil a sua recuperação, seja pela delonga na solução, seja pela inexistência de alternativas no mercado. Assim, a disciplina que integra a ordem jurídica contratual é importante para manutenção do bem-estar dos *stakeholders* por meio de incentivos à celeridade das negociações e ao cumprimento das obrigações contratuais. Quanto mais rápido o desfecho do conflito a garantir a manutenção ou a continuidade dos serviços públicos em condições adequadas, menores serão os impactos para a sociedade.

Como nem sempre as partes conseguem encontrar soluções autodisciplinadas, torna-se importante ambientar, na regulação por contratos, os MASC *ex post*, tais como aqueles inseridos no sistema multiportas – que inclui a conciliação, a mediação (Lei 12.140/2015) e a arbitragem (Lei 9.307/96) –, e os *dispute boards*. Assim, avaliaremos a arbitrabilidade objetiva e os limites dos poderes do tribunal arbitral em conflitos derivados de contratos administrativos complexos com enfoque no SEB.

### **3. Arbitrabilidade subjetiva e sua utilidade como mecanismo de governança contratual**

Na seara das Agências Reguladoras, em 2017, a Agência Nacional do Petróleo (ANP) – com fundamento na sua Lei de Criação (art. 43, X, Lei 9.478/97) e, posteriormente, na Lei 11.909/2009, no art. 21, XI – foi pioneira na utilização da arbitragem. Após acirrado debate (mesmo depois de 2005, quando a Lei 11.196 incluiu o art. 23-A na LGC) sobre a necessidade ou não de lei autorizativa específica ou sobre a natureza dos direitos envolvidos, nos campos doutrinário, jurisprudencial e dos órgãos de controle, a arbitragem em conflitos derivados de contratos administrativos complexos ganha fôlego com a edição da Lei 13.129/2015. Essa lei pôs fim ao imbróglio da suposta ofensa ao princípio da legalidade e da incidência de dogmas metodológicos como os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público. A lei gerou incentivos positivos para as partes, propiciando maior

segurança jurídica para a inserção de cláusula arbitral nos contratos de concessão de serviços públicos.

A convenção da arbitragem em contratos administrativos reflete, portanto, a gradativa superação daqueles dogmas que eram de pouca funcionalidade, pois não eliminavam eventuais conflitos de interesse entre o administrador público e a Administração nem criavam incentivos apropriados ao investimento privado em setores de infraestrutura. A previsão, embora de cunho genérico, é suficiente para abarcar qualquer ente da Administração, inclusive as Agências, e reflete tendência moderna nos contratos administrativos em geral, mas, designadamente, naqueles complexos.

São importantes características do instituto a autonomia das partes (origem contratual e voluntária), a existência de um terceiro imparcial com poderes de decisão, a confiança no julgador privado (neutralidade), a competência para julgamento fundada numa convenção, a formação de coisa julgada material, conferindo-lhe natureza jurisdicional, a especialidade, a flexibilidade (ao menos quanto à escolha de regras procedimentais quando se trata de litígios envolvendo a Administração), a celeridade do foro e a eficácia transnacional da sentença.

Na Administração Pública, a arbitrabilidade subjetiva relaciona-se, precipuamente, à competência administrativa (art.1º, §2º, LBA), referindo-se à atribuição, conferida por lei, para a prática do ato. Nessa seara, aponta-se como vantagem adicional para o uso do instituto a horizontalidade do procedimento em face dos privados. Pode-se dizer que a convenção de arbitragem nos contratos administrativos reduz os custos de transação porque transforma o contrato em meio mais adequado para otimização de recursos ao torná-lo mais dúctil e flexível; trabalha com a racionalidade limitada e desestimula o oportunismo; gera incentivos para o seu cumprimento; permite maior celeridade na composição dos conflitos; incrementa as possibilidades de atingir uma situação *second best* de eficiência.

Consideradas as características econômicas das concessões e técnicas da arbitragem, a convenção, se prevista no edital, refletirá na configuração da matriz dos contratos ao reduzir os riscos de inadimplemento e o risco judicial. A cláusula arbitral integraria a EqEF do contrato de concessão ao permitir que o terceiro imparcial, equidistante das partes, venha integrar e suprir as lacunas inerentes à incompletude desses contratos.

Quando os contratos de concessão não trazem previsão expressa sobre a possibilidade de endereçar conflitos à arbitragem, entende-se que não há empecilho para que se faça essa opção. A Lei 13.129/2015 não deixou dúvidas sobre o uso da arbitragem em litígios



envolvendo a Administração, enquanto a LBA já possibilitava que a opção pela arbitragem fosse realizada *ex ante* (cláusula compromissória) ou *ex post* (compromisso arbitral). Ademais, é provável que a Administração melhor realize o seu múnus convidando o concessionário a solucionar suas pendências fáticas e jurídicas perante o juízo arbitral em vez de prolongar o processo administrativo. Recentemente, a Lei 13.448/2017 (art. 31) e o Decreto 10.025/2019 (art. 6º) trouxeram maior segurança jurídica para que o gestor público opte pela firma do compromisso arbitral. Esses atos normativos também trouxeram elenco exemplificativo de temas que podem ser endereçados à arbitragem.

Os princípios da juridicidade e da eficiência (art. 37, *caput*, CF/88) e da proporcionalidade (art. 2º, Lei 9.784/99), aplicados ao caso concreto, podem motivar a convenção arbitral *ex post*, competindo ao gestor público o dever de verificar, diante do caso, qual a medida mais adequada para se alcançar a finalidade legal ou a política pública endereçada pelo legislador. É ônus da Administração atuar e se posicionar ante os problemas a ela submetidos. Ao apreciar as circunstâncias presentes, indica a melhor providência a ser tomada: a negociação pelo consenso, o compromisso arbitral ou a litigância estatal sob o prisma da funcionalidade de cada medida para a implementação da política. Não mais haveria um problema atrelado à legalidade da escolha, mas a sua juridicidade, sob a perspectiva do atendimento do princípio da eficiência, aferindo-se a adequação entre meios e fins.

#### **4. Arbitrabilidade objetiva com a Administração Pública**

Os poderes dos árbitros derivam, em abstrato, da lei, mas, empiricamente, de um acordo privado, e não das autoridades do Estado. Esse acordo estabelece as competências dos árbitros e, desse modo, vincula a atuação e o poder decisório do tribunal arbitral, que será limitado pelo alcance do quadro temático indicado pelas partes. A definição dos contornos materiais da lide refere-se à arbitrabilidade objetiva em sentido estrito. Por outro lado, a lei limita os poderes privados e autônomos dos árbitros referindo-se a direitos patrimoniais disponíveis como requisitos cumulativos à arbitrabilidade objetiva em sentido amplo, conferindo condição de validade à convenção de arbitragem. Cuida-se de aspecto externo ao procedimento arbitral relacionado à escolha política do Estado, conforme os seus valores políticos, econômicos, sociais e morais. A delimitação da arbitrabilidade objetiva do conflito em sentido amplo deverá balizar a autonomia da vontade das partes contratantes, na escolha da jurisdição privada, quanto ao escopo da convenção de arbitragem.

No Direito brasileiro, o critério de arbitrabilidade está definido na LBA (art. 1º) e no Código Civil de 2002 (art. 852). Pela LBA, são arbitráveis os direitos patrimoniais disponíveis. O Código Civil se apega apenas ao critério da patrimonialidade. A maior polêmica gira em torno da caracterização da indisponibilidade dos direitos.

Portanto, ao tratar do objeto da arbitragem, a lei trouxe cláusula normativa geral e aberta à integração do intérprete. Persistiriam dúvidas sobre os limites da arbitrabilidade de questões que afetam interesses públicos geridos, de alguma forma, pela Administração. A ideia de arbitrabilidade traz consigo um componente público, e a dificuldade está em estabelecer os limites estampados nas regras que a definem. Em termos de matéria arbitrável, a definição do que sejam *direitos patrimoniais disponíveis* ficou a cargo da doutrina e da jurisprudência, quando não existir norma expressa acerca da natureza do direito ou da sua disponibilidade.

Para uma gama de matérias, a definição da arbitrabilidade objetiva não encontra limites claros. Isso ocorre, por exemplo, no Direito Societário, no Direito Concorrencial, no Direito do Consumidor, no Direito Ambiental etc. Há, de fato, certa dificuldade para estabelecer, de forma precisa, o espectro da disponibilidade de certos direitos e interesses, designadamente quando o conflito se relaciona à Administração e sua múltipla e heterogênea gama de relações jurídicas. Em todo caso, a definição da abrangência objetiva da arbitragem não se furta à análise sistêmica do ordenamento jurídico no âmbito do qual o conflito é endereçado. Apesar desses fatores, o objeto da arbitragem é sempre determinável, porque está relacionado ao contrato a que se refere a convenção arbitral.

Assim, apresentaremos, de forma sucinta, a visão da doutrina sobre a arbitrabilidade objetiva de conflitos com a Administração, o conceito de patrimonialidade e de disponibilidade segundo a doutrina e a nossa interpretação do comando legal que disciplina a arbitrabilidade objetiva com a Administração.

Sobre a patrimonialidade, são diversas as correntes doutrinárias. Defendem-se as seguintes teses: (i) só caberia a arbitragem para conflitos derivados de atos negociais do Estado (excluídos os contratos de natureza administrativa), quando a Administração assumiria posição isonômica com o contratado numa relação de direito privado; (ii) a definição de patrimonialidade deve ser trazida de empréstimo da legislação civilista, que divide os direitos subjetivos em patrimoniais (decorrem de negócios jurídicos com natureza obrigacional, podendo ter origem em contratos, em atos ilícitos e nas declarações de vontade, e têm valor

econômico) e extrapatrimoniais; (iii) mais do que matérias que se revestem de valor econômico, a patrimonialidade, na arbitragem, é ampla e flexível, abrangente da aptidão para que se converta o descumprimento de obrigações em perdas e danos, podendo incluir aquelas sem expressão econômica direta, mas com repercussões patrimoniais. Portanto, não se limita aos direitos patrimoniais, pois inclui as repercussões econômicas de direitos extrapatrimoniais, que não se circunscrevem apenas ao âmbito das atividades econômicas.

Quanto à avaliação da disponibilidade do direito, as divergências doutrinárias são mais evidentes: o conceito de disponibilidade é atrelado (i) a concepções civilistas, como a ideia de alienabilidade, a noção de pecuniaridade do direito, seu caráter extrapatrimonial, a possibilidade de transacionar, dispor ou ceder, ou a simples ideia de contratualização; (ii) à instrumentalização e à implementação de políticas públicas; (iii) ao conceito de ordem pública, alegando-se que, quando o procedimento arbitral envolve matéria de ordem pública, estaria relacionado a interesses públicos e direitos indisponíveis, não passíveis de arbitragem; (iv) aos direitos metaindividuais, excluindo os direitos difusos e coletivos da arbitrabilidade, mas permitindo o uso do mecanismo para direitos individuais homogêneos. Alguns apontam que os direitos podem ter graus de indisponibilidade, sendo que todo e qualquer direito poderia ter aspectos patrimoniais sujeitos à arbitragem. Hoje se reconhece que direitos indisponíveis podem ser transacionáveis; (v) à avaliação empírica, no momento da formação do contrato, considerando o que determina a ordem jurídica e, concretamente, a prática administrativa e a jurisprudência brasileira; (vi) à possibilidade de contratação daquilo que seria objeto da arbitragem; (vii) ao direito processual (a pretensão de tutela judicial), e não material, porque a arbitragem é modo de composição do conflito; inegociável seria o interesse público, mas não o modo de realizá-lo com maior eficiência; (viii) à dispensa de apreciação judicial da matéria para composição do conflito; (ix) à distinção entre interesses públicos primários e secundários (teoria do Fisco); (x) à separação entre atos de império e atos de gestão (teoria dos fins).

Estas duas últimas teorias são comumente utilizadas para definir a arbitrabilidade objetiva em sentido amplo quando os conflitos envolvem a Administração. Há, ainda, a ideia de que os interesses públicos seriam assim qualificados a partir de princípios e valores constitucionais. Sob essa perspectiva, os motivos suscitados para considerar os direitos tutelados pela Administração como indisponíveis são metodológicos ou hermenêuticos, e não necessariamente fundada em regra de direito positivo. São teorias imprecisas, que não

permitem afirmar, com segurança, diante da situação concreta, a disponibilidade do direito controvertido.

Observa-se a existência de uma corrente doutrinária que sustenta que o verdadeiro critério de arbitrabilidade é a expressão patrimonial do direito, sendo a ideia de indisponibilidade, segundo parâmetros civilistas, obsoleta. De fato, as inovações na legislação brasileira, com destaque para o art. 26, LINDB, têm engrandecido a seara da consensualidade administrativa, o que confere protagonismo ao critério da patrimonialidade em termos de avaliação abstrata.

Ademais, existem diplomas normativos que enumeram, de forma exemplificativa, matérias que seriam arbitráveis em determinados contratos. Pode-se citar a Lei 13.448/2017 (art. 31, §4º) e o Decreto nº 10.025/2019 (art. 2º, par. ún.). Este último diploma repisa as matérias consideradas arbitráveis pela lei, regulamentando a abrangência da arbitrabilidade das discussões em torno do inadimplemento das obrigações contratuais, da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro das concessões e de matérias atinentes às cláusulas financeiras e econômicas desses contratos. O Decreto também acrescenta “o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato” e a incidência e o cálculo de penalidades por inadimplemento daquelas obrigações.

Alguns julgados apontam, de forma específica, questões que poderiam ser consideradas arbitráveis, tais como: a) controvérsias relativas à atividade econômica em sentido estrito, como a produção ou comercialização de bens ou prestações de serviços, e a contratos, excluindo-se “a possibilidade de arbitragem para assuntos relativos a serviços públicos ou atividade de polícia executadas por estatais” (STJ, 2006); b) o arrendamento de instalações portuárias (STJ, 2008), cuja atividade é outorgada por contrato de arrendamento, abarcando a concessão do uso do bem público e a autorização para exercício da atividade de movimentação portuária, isto é, atividades relacionadas à gestão do bem público, à área portuária.

São relevantes os julgados do Tribunal Regional da 2ª Região – TRF2 (2015) sobre a delimitação de campos de petróleo. O TRF2 considerou que esse tema está inserido no poder regulatório, no âmbito da discricionariedade técnica típica da ANP, o que tornaria a matéria indisponível. O conflito seria arbitrável se convertido em pretensão pecuniária, enquanto o ato administrativo da ANP seria de natureza normativa e não poderia ser anulado pelo juízo arbitral. A questão foi levada ao STJ (2017), que afirmou o respeito ao princípio da

*Kompetenz-Kompetenz*, devendo a jurisdição arbitral preceder à jurisdição estatal (arts. 8º e 20, LBA). Ao reconhecer esse princípio, a Corte Superior não avaliou a arbitrabilidade da matéria, restando assentado no acórdão que o conflito de competência não deve ser confundido com os pedidos e causa de pedir da ação originária, cuja pretensão é declarar a indisponibilidade do direito objeto da arbitragem e consequente inaplicabilidade da cláusula arbitral. Não houve, assim, posicionamento direto da Corte sobre a arbitrabilidade do ato administrativo de delimitação de campos de petróleo e os seus reflexos na discricionariedade técnica da ANP. Com efeito, a matéria será arbitrável caso o próprio árbitro não exclua a sua competência, podendo a Agência Reguladora, se restar inconformada com o *decisum*, aviar a ação anulatória *a posteriori*, hipótese em que o Poder Judiciário poderá entender de forma diferente.

De todo modo, a partir da reforma de 2015, seria incontroverso que a arbitragem abarcaria a solução de uma ampla gama de conflitos. Importa que se avaliem, empiricamente, as vantagens e desvantagens, para a implementação da política pública endereçada pela lei, de se levar a controvérsia à arbitragem. A indisponibilidade do interesse público é relativizada diante do reconhecimento do seu caráter multifacetado – ele não pode mais ser considerado uno e indivisível. Tem-se sustentado a inexistência de uma ideia unitária de interesse público, não havendo propriamente uma supremacia deste, visto que compreende as diversas dimensões do interesse privado, exigindo do administrador público um juízo de ponderação.

Assim, a nossa proposta segue no sentido de que o critério de arbitrabilidade objetiva quanto à natureza disponível do direito não pode ser avaliado de forma apriorística. O princípio da indisponibilidade do interesse público e, por decorrência lógica, o critério que distingue interesse primário de interesse secundário não pode ser oponíveis, de forma abstrata e *a priori*, para impedir o uso do mecanismo da arbitragem pela Administração. Essa avaliação deve se dar de forma empírica seguindo o critério de ponderação de interesses, independentemente de serem classificados como primários ou secundários. Desse modo, a verificação da disponibilidade do direito se daria segundo critérios de razoabilidade e proporcionalidade e com busca da eficiência administrativa para execução de determinada política pública. É preciso considerar os aspectos consequencialistas que propõem a avaliação de dados empíricos e que demandam a aplicação do direito em concreto fundamentada em evidências. O axioma da supremacia do interesse público curva-se à ponderação de interesses,

e, nessa análise, consideram-se princípios e valores constitucionais (princípio da juridicidade), para, então, redefinir, no caso avaliado, a noção de interesse público.

A despeito de ser comum que a doutrina relacione os conceitos de disponibilidade e de patrimonialidade com as regras civilistas que tratam sobre os negócios jurídicos em geral, pondera-se que referidos conceitos no âmbito da arbitragem são peculiares e mais amplos do que aqueles ali previstos. Essas regras não seriam condizentes com a racionalidade do critério do que seria arbitrável. A escolha do juízo arbitral também não transfigura, por si só, a natureza do interesse, já que o interesse público seria sempre indisponível.

Assim, a noção de prerrogativas exorbitantes e a racionalidade da supremacia do interesse público sucumbem à relativização da ideia da sua indisponibilidade em prol da eficiência que pressupõe a ponderação de interesses, valores, meios e fins. Esse entendimento torna dispensável a autorização legislativa específica para práticas consensuais pela Administração, inclusive a eleição da arbitragem.

Por essa lógica, o critério da patrimonialidade seria verificável em abstrato, mas a disponibilidade do interesse público é avaliada em concreto, sendo um dos requisitos para a decisão administrativa a motivação voltada para resultados eficientes.

Nesse sentido, para ponderação de interesses e justificação da medida administrativa a ser adotada, a exemplo da escolha da arbitragem como mecanismo de solução adjudicatória de conflitos, o processo torna-se um instrumento central da atuação administrativa, e nele se deve fazer constar a motivação que tenha considerado a ponderação e o peso específico dos interesses em jogo. O controle sobre o resultado dessa ponderação somente será possível se da decisão administrativa constar fundamentação adequada. Deverão compor essa avaliação as vantagens de utilização da arbitragem.

Costumeiramente, a importância da arbitragem é destacada para reduzir o risco (especialmente o judicial) e o nível de incertezas nos contratos de longo prazo, sendo também considerada o meio mais adequado de composição de conflitos em situações complexas, que demandam que se adentre em matérias específicas e exigem tratamento técnico especializado, o que dificilmente ocorreria no Poder Judiciário por suas características e volume de trabalho. A opção pelo uso da arbitragem deve ser estratégica, atendendo a necessidades concretas e peculiares do caso. Para avaliação, no plano concreto, quanto à escolha da jurisdição privada em detrimento da jurisdição estatal, devem-se levar em consideração questões como

complexidade técnica, vulto econômico e duração do processo em face da necessidade de soluções céleres.

A arbitragem deve prevalecer nas hipóteses em que: (i) “a divergência esteja fundamentada em aspectos eminentemente técnicos”; (ii) “a demora na solução definitiva do litígio possa: (a) gerar prejuízo à prestação adequada do serviço ou à operação da infraestrutura; ou (b) inibir investimentos considerados prioritários” (art. 6º, §1º, Dec. 10.025/2019).

Outros balizamentos podem ser apontados, embora de maneira não exaustiva, para definir a arbitrabilidade objetiva em concreto, a saber: “a máxima realização dos interesses em jogo, o menor sacrifício possível de cada um deles, a adequação dos interesses manifestados para o alcance dos objetivos pretendidos e a prevalência dos direitos fundamentais”. Por outro lado, integrariam a “margem de certeza negativa”, isto é, aquilo que sequer pode ser objeto de ponderação: “os interesses não reconhecidos pelo ordenamento jurídico, os manifestamente insignificantes para o contexto decisório, os interesses ilícitos e os interesses pessoais” do administrador ou de terceiros (BAPTISTA, 2018, p. 151).

Podem ser motivos para não aplicar o método alternativo questões como a conveniência de definição de precedente judicial sobre a matéria controvertida, o fato de a pretensão resistida se relacionar a aspectos estruturais de política pública relevante, a probabilidade de que a prática crie discrepâncias relativamente a outros casos de mesma natureza, o fato de a matéria atingir, de forma significativa, terceiros que não estejam envolvidos na disputa, ou se trate de questão que deva ser decidida pela autoridade administrativa, sob pena de mitigar a sua autoridade. Quanto a este último aspecto, a Lei 13.448/2017 e o Decreto 10.025/2019 expressamente estabeleceram que a questão controvertida somente poderá ser levada à arbitragem quando exaurida a instância administrativa.

Delineados os critérios de arbitrabilidade objetiva, cumpre, por fim, distinguir arbitrabilidade e escopo da arbitragem. O escopo da arbitragem será aquele definido, na cláusula compromissória ou no compromisso arbitral, como resultado da ponderação de interesses supracitada. Relaciona-se à pretensão resistida de uma das partes ou ao conflito propriamente dito referente à matéria abrangida pela cláusula compromissória ou pelo compromisso arbitral.

## **5. Arbitrabilidade objetiva e limites aos poderes dos árbitros**

Para lides com a Administração e quanto ao escopo da arbitragem, é importante distinguir as limitações aos poderes dos árbitros relativamente ao critério de julgamento. Assim, a matéria pode ser arbitrável em abstrato, estar dentro dos limites da convenção arbitral, mas o tribunal arbitral terá poderes limitados para julgamento da pretensão resistida relacionados ao direito material aplicável. Geralmente, esses limites podem ser estabelecidos pelas próprias partes, dada a flexibilidade inerente ao instituto, mas, nos casos que envolvem a Administração, eles estão necessariamente determinados pelo princípio da legalidade e, em termos mais amplos, pela juridicidade.

Na arbitragem com a Administração, não poderia haver julgamento por equidade (art. 2º, §3º, LBA), sobretudo em se tratando de regulação de serviços públicos. Os tribunais arbitrais ficariam submetidos ao direito nacional, inclusive às normas-princípios (instrumentalizadas a partir de regras positivadas de cunho mais concreto), à jurisprudência (os precedentes, sem prejuízo da possibilidade de *distinguishing*, são fonte de direito considerada fundamental – pela LINDB – para a manutenção da segurança jurídica), à observância das questões de ordem pública e à regulação discricionária das Agências (trata-se da necessidade de observância dos atos normativos de caráter geral editados antes do surgimento do conflito) e, também, estariam limitados pela impossibilidade de substituição das legítimas escolhas da Administração no exercício do poder discricionário, o que é algo caro à autonomia técnica das Agências Reguladoras (art. 3º, Lei das Agências Reguladoras – LAR). Sublinha-se que o Decreto 10.025/2020 (art. 3º) estabelece as condições em que serão arbitrados os litígios envolvendo a Administração, reduzindo, nesse aspecto, a autonomia da vontade das partes pelo consenso, o que se justifica pelas peculiaridades do regime dos contratos de concessão.

Como consequência, a sentença arbitral deverá respeitar a LAR (art. 3º), que confere autonomia decisória para as Agências Reguladoras. Ademais, considerando que alguns contratos de concessão envolvem relações jurídicas em rede, como é comum no SEB, o tribunal arbitral precisa atentar-se para que suas decisões não interfiram nas políticas públicas referentes à definição de política tarifária e dos direitos dos usuários dos serviços (art. 175, par. ún., II e III, CF/88).

Abstrata e genericamente, as questões serão arbitráveis porque derivadas de um contrato; bastaria o conteúdo patrimonial do litígio para avaliação abstrata do critério da



arbitrabilidade, mas, no procedimento, será preciso respeitar a competência autônoma decorrente da sua natureza especial e da qual deriva a sua independência técnica, que é característica assegurada à Agência Reguladora por lei.

Prevista no art. 3º, LAR e, no específico caso da ANEEL, nos arts. 1º, 2º, 3º e 3º-A, Lei de Criação da ANEEL – LCA (Lei 9.427/96), a competência regulatória e decisória quanto às matérias indicadas na lei, especificamente no SEB, para a regulação e a fiscalização da produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica é exercida em regime colegiado (art. 4º, LCA; art. 7º, LAR) de forma técnica e independente. A criação das Agências Reguladoras e a racionalidade da regulação que lhes é inerente trazem, ínsitas ao seu contexto, a especialização e a técnica relativas ao setor regulado. Ao lado de institutos como a arbitragem, a independência das Agências também é fator significativo para conferir segurança jurídica para os contratos e atrair capital privado em setores de infraestrutura.

Portanto, o árbitro estaria impedido de entrar no mérito das questões regulatórias e das decisões de cunho técnico das Agências, por força da sua obrigação de decidir o conflito segundo o direito positivo brasileiro. A abertura para decisão sobre a pretensão resistida também está definida na lei. A LAR (art. 4º) determina que a Agência Reguladora observe, na sua atuação, a adequabilidade entre meios e fins, vedada a exigência de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquela necessária ao atendimento do interesse público. Com efeito, ao tribunal arbitral competirá avaliar o cumprimento das cláusulas dos contratos de concessão e a adequação, segundo o princípio da proporcionalidade, das decisões que a Agência tomou, contra a qual houve impugnação no procedimento arbitral, mas não poderá fazer as vezes da Agência e substituí-la na sua missão regulatória.

Nessa linha, a arbitragem não poderá ser motivo para que o árbitro se imiscua em matéria afeta ao poder de polícia porque atrelado ao exercício das competências técnicas, fiscalizatórias e regulatórias, exercidas de forma autônoma nos termos da LAR. Atuação em sentido contrário significaria julgar em desrespeito ao direito positivo. Dessa forma, o árbitro, ao decidir sobre o litígio, deverá exarar a sentença observada a necessidade de preservação dos atos regulatórios de caráter geral exercidos no bojo da competência independente das Agências.

No campo da energia, isso significa que o árbitro não poderia, por exemplo, alterar ou desconsiderar normas que estabelecem os procedimentos de rede, a qualificação das funções de transmissão (FTs), os parâmetros e a definição dos montantes de uso de ultrapassagem

(MUST) para cálculo da tarifa de transmissão ou de distribuição, os limites superior e inferior de volume de energia e receita assegurados aos geradores na comercialização, os montantes comercializados em leilão no ambiente de comercialização (ou contratação) regulada (ACR) etc.

Também não poderia anular ou suspender a eficácia de contratos bilaterais de caráter sistêmico e natureza híbrida (contratos privados fortemente regulados). O exemplo mais evidente, inclusive com previsão legal (art. 4º, §§5º e 6º, Lei 10.848/2004), é o da comercialização de energia. Os contratos firmados no ACR, como os são os Contratos de Comercialização de Energia no Ambiente Regulado (CCEAR), decorrem diretamente da venda de energia em leilões, e suas cláusulas são definidas *ex ante* em regulação setorial e nos editais. São contratos de caráter sistêmico, firmados para suprir o mercado cativo, conforme a necessidade declarada pelas concessionárias de distribuição, e estão no âmbito do planejamento da política pública setorial realizado pelo Ministério de Minas e Energia com o apoio da Empresa de Pesquisa Energética. Assim, a lei foi expressa ao limitar a eficácia da arbitragem “a direitos relativos a créditos e débitos decorrentes das operações realizadas no âmbito da CCEE” (art. 4º, § 7º, Lei 10.848/2004).

No segmento da transmissão, são exemplos de negócios jurídicos privados relacionais e sistêmicos: (i) os contratos de prestação dos serviços públicos de transmissão firmados entre a transmissora e o Operador Nacional do Sistema (ONS), em que estão estabelecidas as condições para que as concessionárias disponibilizem o serviço para o sistema; (ii) os contratos de uso do sistema de transmissão firmados entre o ONS e os usuários da Rede Básica (RB), por meio dos quais se estabelecem as condições para o uso da RB e a obrigação de pagamento da tarifa pelos usuários desses serviços; (iii) os contratos de conexão firmados, com a intervenção do ONS, que disciplinam a relação técnica, operacional e administrativa existente entre o acessante e a transmissora. Nesse campo, eventuais discussões sobre créditos e débitos decorrentes desses contratos celebrados entre privados poderiam ocorrer na arbitragem, mas o árbitro não teria atribuição para suspender os efeitos e as obrigações desses negócios jurídicos porque eles se prestam a instrumentalizar políticas públicas executadas a partir dos leilões de transmissão.

Por esses mesmos motivos, não poderia o árbitro anular um contrato de transmissão ou suspender o dever de cumprimento das obrigações ali estabelecidas. Na linha do que já dispõe a Lei 10.848/2004 (art. 4º, §7º) para os CCEAR, a arbitrabilidade objetiva nos contratos de

concessão de transmissão também estaria limitada à discussão de créditos e débitos derivados da relação contratual, à eventual desproporcionalidade, por qualquer motivo, da EqEF do contrato e à faculdade ou não de o concessionário ou a própria Administração Pública ter saneada essa questão.

Observa-se, ainda, que a inexecução total ou parcial do contrato poderá acarretar, a critério do Poder Concedente, a caducidade da concessão (art. 38, LGC). Não poderia, assim, o tribunal arbitral fazer as vezes do Poder Concedente e declarar a extinção da concessão por caducidade. Ademais, a rescisão do contrato de concessão, por iniciativa da concessionária, somente pode se dar pela via da ação judicial, não podendo a concessionária paralisar os serviços até o trânsito em julgado dessa ação (art. 39, par. ún., LGC). Portanto, nesse caso, é a própria LGC que exclui a competência do árbitro, e, caso venha a deliberar sobre essas questões, o tribunal arbitral atuará em ofensa à LBA (art. 2º, §3º).

Então, o árbitro não pode declarar a caducidade da concessão, extinguir ou suspender a eficácia dos contratos. Isso poderia trazer efeitos sistêmicos não permitidos pelas regras de direito positivo, contrariando o critério de julgamento na arbitragem. Uma vez declarada a caducidade, a questão (legalidade ou razoabilidade da medida) pode ser arbitrável. Como em qualquer ato administrativo, essa decisão comporta análise de legalidade, relacionada ao preenchimento dos seus requisitos de legitimidade (competência, finalidade, objeto lícito, forma prescrita em lei e motivo adequado e legítimo, conforme o contexto fático e a prova carreada nos autos), e análise quanto à observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e dos demais princípios estampados na Lei 9.784/99 (art. 2º, *caput*).

A arbitragem também comportaria discussões referentes a questões patrimoniais, como indenizações devidas ao concessionário ou à Administração Pública, em virtude da extinção precoce da concessão ou da eventual necessidade de reversão de bens e suas consequências pecuniárias. Todas as concessões de serviço público têm, em alguma medida, caráter relacional e, muitas vezes, formam relações jurídicas em rede. Por vezes, a caducidade, se confirmada, pode gerar prejuízos sistêmicos e difusos, e competiria ao Poder Concedente representar a comunidade de *stakeholders* prejudicada pelo descumprimento do contrato. Nesse caso, estar-se-ia a discutir os efeitos patrimoniais das repercussões difusas do ato ilícito praticado por uma das partes contratantes, o que, a nosso ver, também seria matéria arbitrável.

Nesse contexto, também poderia ser objeto da arbitragem, por exemplo, a incidência ou não de multas contratuais. Assim, o tribunal arbitral poderá avaliar, com base nas provas dos autos, se existem ou não questões excludentes de responsabilidade da inexecução contratual, se a declaração de caducidade está em conformidade com a matriz de risco definida no contrato, a ocorrência de eventuais prejuízos para o concessionário ou para o Poder Concedente e nexo de causalidade com atos praticados por qualquer das partes contratantes, a metodologia de cálculo para avaliação de prejuízos, indenizações e aplicação de multas.

Assim, deve-se respeitar o caráter jurisdicional da arbitragem enquanto método de garantir o acesso à jurisdição (art. 5º, XXXV, CF/88). Decorre daí que os contratos de concessão no setor de energia podem prever a convenção de arbitragem, mas o objeto desses contratos terá sempre caráter sistêmico e relacional. Por isso, o que afasta a competência do tribunal arbitral para deliberar sobre o litígio derivado do contrato não diz respeito à possibilidade de decidir sobre determinadas matérias ou à disponibilidade ou não do direito; ao contrário, refere-se às limitações legais para exercício das suas atribuições relativas ao critério de julgamento, jungido que está ao direito positivo brasileiro e às normas de ordem pública, sobretudo diante da autonomia e independência das Agências Reguladoras.

## **6. CONCLUSÃO**

A arbitragem, em sua formação, é meio consensual para solução de conflitos derivados dos contratos de concessão. A sua aplicação em conflitos envolvendo a Administração Pública é condizente com o novo paradigma da Administração consensual; também se coaduna com as análises econômicas e consequencialistas propostas no âmbito das teorias da incompletude e dos custos de transação, podendo possibilitar a redução desses custos, principalmente, quando prevista *ex ante* nos editais de licitação. É, portanto, mecanismo de governança contratual que permite mitigar problemas de poder de barganha e posturas oportunistas das partes contratantes.

Serão arbitráveis as pretensões resistidas sobre direitos patrimoniais disponíveis. Esses conceitos abertos, especialmente a ideia de disponibilidade, devem ser interpretados enquanto conceitos próprios do direito de arbitragem não limitados por concepções civilistas.

O critério da patrimonialidade poderá ser avaliado de forma apriorística e abstrata, mas o critério da disponibilidade não deve ser vinculado às concepções tradicionais do direito

privado. Como tal, entendemos que se relaciona ao dever de motivação da escolha da arbitragem em detrimento da autocomposição ou da heterocomposição estatal segundo critérios de eficiência que considerem as características do projeto concessionário, como, por exemplo, o fato de ser intensivo em capital e demandar a realização de custos afundados.

Portanto, em termos de matéria arbitrável ou de definição de competência do tribunal arbitral em razão da matéria em litígio, o verdadeiro critério limitador em abstrato da arbitrabilidade seria a patrimonialidade, estando a disponibilidade atrelada ao dever de motivação do ato administrativo, consoante critérios de proporcionalidade e eficiência esmerados em razões técnicas, econômicas etc. e fundamentados em evidências. O racional de que todo interesse público seria indisponível passa a ser invertido, preponderando a presunção relativa de disponibilidade dos direitos e interesses estatais, que será confirmada de acordo com um juízo de ponderação no caso concreto.

Feita a opção pela arbitragem, o tribunal arbitral terá suas competências limitadas pelo escopo da cláusula arbitral e pelo direito positivo brasileiro, inclusive a regulação discricionária das Agências Reguladoras.

## **7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ACCIOLY, João Pedro. **Arbitragem em Conflitos com a Administração Pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O Princípio da Eficiência. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**. Belo Horizonte, v. 2, n. 4, jan./mar. 2004.

\_\_\_\_\_. Arbitragem e regulação. *Revista de Arbitragem e Mediação*. Vol. 27, p.70-102, out/dez., 2010.

ARAUJO, Fernando. **Teoria económica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007.

ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: **Revista Diálogo Jurídico**. Ano I. vol. I. n.7. Salvador: CAJ, outubro/2001.

BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**: mediação, conciliação, tribunal multiportas. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

CARAMELO, António Sampaio. Critérios de arbitrabilidade dos litígios: revisitando o tema. **Revista de arbitragem e Mediação**. São Paulo, v. 7, n. 27, p. 129-161, out./dez. 2010.

DALLARI, Adilson Abreu. Arbitragem na concessão de serviço público. **Revista de informação legislativa**. Brasília: Senado Federal, v. 32, n. 128, out./dez. 1995.

FERRAZ, Raffaella. **Arbitragem em litígios comerciais com a Administração Pública**: exame a partir da principalização do Direito Administrativo. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

FIANI, Ronaldo. Arranjos institucionais e custos de transação em parcerias público-privadas. *In*: GOMIDE, A. A.; PEREIRA, A. K. **Governança da Política de Infraestrutura**: condicionantes institucionais ao investimento. Rio de Janeiro: IPEA, 2018, p. 113-136.

FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; NONTEIRO, André Luís. **Teoria Geral da Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. **International commercial arbitration**. The Hague: Kluwer, 1999.

GALVANI, Leonardo. Análise econômica do contrato e eficiência contratual. **EALR**, v. 9, n. 2, p. 194-211, maio/ago. 2018.

GARCIA, Flávio Amaral. **Concessões, parcerias e regulação**. São Paulo: Malheiros, 2019.  
\_\_\_\_\_. Mutabilidade nos contratos concessionais: aspectos endocontratuais e procedimentais. *In*: WALD, Arnoldo; *et al.* **O direito administrativo na atualidade**: estudos

em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017). São Paulo: Malheiros, 2017, p. 426-441.

GONÇALVES, Eduardo Damião. **Arbitrabilidade objetiva**. Tese (doutorado) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

GRAU, Eros Roberto. Da arbitrabilidade de litígios envolvendo sociedade de economia mista e interpretação da cláusula compromissória. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, v. 5, n. 18, p. 395-406, out./dez. 2002.

JUNQUEIRA, André Rodrigues. **Arbitragem nas parcerias público-privadas**: um estudo de caso. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

KROETZ, Tarcísio Araújo. **Arbitragem**: conceito e pressupostos de validade de acordo com a Lei 9.307/96. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

MARRARA, Thiago; PINTO, João Otávio Torelli. Arbitragem e Administração Pública. In: MUNIZ, J.P. *et al.* **Arbitragem e Administração Pública: Temas polêmicos**. Ribeirão Preto: Migalhas, 2018, p. 341-369.

MAZZOLA, Marcelo. Temas contemporâneos na arbitragem: do clássico ao circuito alternativo e alguns “curtas-metragens”. **Revista de Processo**. Vol. 291/2019. Maio/2019, p.427-466.

MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do Rêgo. Administração Pública consensual e a arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: RT, vol. 35, p. 107 - 133, Out - Dez/2012.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público**: inteligência da Lei 8.987/1995: parte geral. São Paulo: Malheiros, 2010.

NÓBREGA, Marcos. **Direito de infraestrutura**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor. **Revista Direito GV**, v. 4, n. 1, p. 15–27, 2008.

RICHTER, Rudolf. The new institutional economics: its start, its meaning, its prospects. **The European Business Organization Law Review** (EBOR), n. 2, p. 161-200, 2005.

SILVEIRA, Bruna Alcino Marcondes da. A arbitragem dos conflitos envolvendo as agências reguladoras. In: MUNIZ, J.P.*et al.* **Arbitragem e administração pública: temas polêmicos**. Ribeirão Preto: Migalhas, 2018. p. 35-61.

SOUZA JUNIOR, Lauro da Gama e. Sinal verde para a arbitragem nas parcerias público-privadas (a construção de um novo paradigma para os contratos entre o estado e o investidor privado). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 241, p. 121-157, jul./set. 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos. **Revista de direito administrativo: RDA**, n. 248, p. 117-126, maio/ago. 2008.

TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composição em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória). **Revista de processo**, v. 30, n. 128, p. 59-77, out. 2005.

TIMM, Luciano Benetti; SILVA, Thiago Tavares; RICHTER, Marcelo de Souza. Os contratos administrativos e a arbitragem: aspectos jurídicos e econômicos. In: MUNIZ,



Joaquim de Paiva; *et al* (coord.). **Arbitragem e administração pública: temas polêmicos**.  
Ribeirão Preto: Migalhas, 2018. p. 13-34.

ZIMMERMANN, Dennys. Alguns aspectos sobre a arbitragem nos contratos administrativos  
à luz dos princípios da eficiência e do acesso à justiça. *Revista de Arbitragem e Mediação*.  
São Paulo, RT, ano 6, v. 12, jan.-mar. 2007, p.69-93.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (orgs.). **Direito & economia: análise econômica**  
do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.