

SUMÁRIO

1

A EVOLUÇÃO DA ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA (2015–2025)..... 27

Cristiana Fortini e Yara Pena Godoy

1. Introdução 27
2. Da Lei 13.129/2015 à Lei 14.133/2021 30
3. A arbitragem envolvendo entidades da Administração Pública - dados empíricos e exemplos práticos 40
4. Conclusão 44
- Referências Bibliográficas 46

2

A DISPONIBILIDADE DE DIREITOS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E OS MÉTODOS EXTRAJUDICIAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS 49

Eugenia Cristina Cleto Marolla

1. Introdução 50
2. O problema: a confusão entre as duas perguntas e seus custos práticos..... 52
 - 2.1. A disponibilidade como resposta única a perguntas distintas 52
 - 2.2. Os erros opostos da confusão 53
3. Estágio zero: as categorias normativo-funcionais e a delimitação do universo dos MASC..... 53
 - 3.1. O excluído do universo dos MASC: finalidades públicas e poderes-função 54
 - 3.1.1. Finalidades públicas: indisponibilidade absoluta 55
 - 3.1.2. Poderes-função: intransferibilidade estrutural 55

3.2. O campo legítimo: relações jurídicas concretas orientadas à finalidade pública.....	58
3.2.1. Relações jurídicas bilaterais: o âmbito ordinário dos MASC...	58
3.2.2. Relações jurídicas decorrentes de poder-função exercido: os efeitos patrimoniais como objeto	59
3.3. Os direitos instrumentais da Administração como conteúdo das relações jurídicas e o gradiente de disponibilidade funcional.....	60
3.4. O princípio geral de submissibilidade a MASC	62
4. O primeiro estágio: a legitimidade da escolha do método como ato de gestão.....	63
4.1. O paradigma anterior: autorização legal expressa como condição de legitimidade.....	64
4.2. A mudança de paradigma: eficiência e proporcionalidade como critérios, e sua confirmação jurisprudencial pelo TCU	65
4.3. A consolidação pela LINDB/2018: o controle consequencialista	68
4.4. Os limites do primeiro estágio: o que não resolve	69
5. O segundo estágio: a admissibilidade objetiva do objeto	71
5.1. Da barreira categórica ao juízo contextual: a desambiguação progressiva das categorias	71
5.2. A disponibilidade material como objeto do segundo estágio.....	74
5.3. Os limiares diferenciados por método.....	75
5.4. Os limites do modelo: hipóteses de tensão	78
5.5. A operação da arquitetura por sujeitos, em momentos e com amplitude distintos	80
6. A consolidação sistêmica: a Lei 14.133/2021	81
7. Conclusão	83
Referências	84

3

O DESAFIO DA PUBLICIDADE NAS ARBITRAGENS PÚBLICO-PRIVADAS 87

Aristhéa Totti Silva Castelo Branco de Alencar

Introdução	87
1. A arbitragem como jurisdição e a publicidade processual.....	90
2. A concretude do princípio da publicidade em cada fase da arbitragem.....	95
2.1. A instauração da arbitragem.....	95
2.2. A fase de indicação de árbitro	96
2.3. A celebração do termo de arbitragem	98

2.4. A fase postulatória	99
2.4.1. A publicação das manifestações das partes	99
2.5. A fase instrutória	101
2.5.1. A publicação do laudo pericial.....	101
2.5.2. A publicidade da audiência arbitral	102
2.6. A fase decisória.....	104
2.6.1. A publicidade das ordens processuais.....	104
2.6.2. A publicidade da sentença arbitral.....	105
Conclusão	107
Referências	109

4

ARBITRAGEM INSTITUCIONAL E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL: A ESCOLHA DA INSTITUIÇÃO ARBITRAL E O CREDENCIAMENTO COMO TÉCNICA DE QUALIFICAÇÃO PRÉVIA

111

Priscila Cunha do Nascimento

1. Introdução	111
2. Arbitragem institucional e natureza jurídica da relação entre as partes e a instituição arbitral	114
3. O modelo jurídico adequado para escolha da instituição arbitral pela Administração Pública	117
4. Os modelos adotados pela Administração Pública Federal	121
4.1. Designação direta da instituição arbitral na cláusula arbitral.....	122
4.2. Escolha consensual entre as partes sem prévio credenciamento....	123
4.3. Modelo do credenciamento	124
5. Conclusão	126
Bibliografia.....	128

5

A ARBITRAGEM ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O DEVER DE PLANEJAMENTO: PROPOSTA DA OBRIGATORIEDADE DO “ESTUDO TÉCNICO PRELIMINAR ARBITRAL – ETPA”

131

Alberto Shinji Higa

1. Introdução	131
2. Arbitragem e Administração Pública Brasileira: o estado da arte.....	132
3. O ETP e o ETPA como instrumentos de planejamento da ação estatal.....	137
Referências bibliográficas	152

6

DEVER DE REVELAÇÃO DO ÁRBITRO NA ARBITRAGEM ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA 157

Cesar Pereira C.Arb FCIArb e Lorenzo Galan

I. Introdução	158
II. Panorama das regras aplicáveis ao árbitro no Brasil	159
II.1. Relevância das práticas e diretrizes internacionais	164
III. Dever de revelação do árbitro na jurisprudência e prática da arbitragem brasileira	166
III.1. Violação do dever de revelação e anulação da sentença arbitral	166
III.2. Relação do árbitro com uma das partes	167
III.2.1. Dever de investigação das partes e o papel da curiosidade ..	167
III.2.2. Necessidade de aferição da relevância do fato omitido	171
III.2.3. Situações que caracterizaram conflito de interesses	172
III.3. Relação do árbitro com procuradores	174
III.3.1. Indicações recíprocas como árbitro e atuação em arbitragens em capacidades distintas	174
III.3.2. Vínculos acadêmicos e institucionais em comum	176
III.4. Relação do árbitro com outros árbitros.....	178
III.5. Distanciamento temporal em relação ao fato	179
IV. Conflito de interesses em arbitragens envolvendo a Administração Pública	180
V. Critérios para a escolha de árbitros segundo a Lei nº 14.133	181
V.1. Critérios informativos do processo de escolha do árbitro segundo a Lei nº 14.133.....	182
V.2. A Lei nº 9.307 e os regulamentos administrativos	182
V.2.1. Incorporação de diretrizes internacionais pelos regulamentos administrativos	184
V.2.2. Incorporação dos regulamentos administrativos pelas convenções de arbitragem	185
VI. “ <i>Issue conflicts</i> ” e o processo de escolha de árbitros	187
VI.1. Definição de “ <i>issue conflict</i> ”.....	188
VI.2. O estado da matéria em arbitragens de investimento	189
VI.3. Os “ <i>issue conflicts</i> ” nas arbitragens com a Administração Pública no Brasil.....	191
VI.4. Revelação de situações análogas aos “ <i>issue conflicts</i> ” nos regulamentos administrativos	194
VII. Conclusão	197
Referências	198

7

INTERVENÇÃO ANÔMALA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA ARBITRAGEM: LIMITES E DESAFIOS 203*Cristina Leitão*

1. Introdução	203
2. A intervenção de terceiros e a intervenção anômala da Administração Pública.....	205
3. Fundamentos normativos da intervenção anômala na arbitragem	207
4. Quando se pode intervir? O interesse econômico como requisito de admissibilidade.....	208
5. Quais os poderes do interveniente anômalo na arbitragem? Quem os define?.....	210
6. Quais os efeitos da intervenção?	211
7. Conclusão	212
Referências	213

8

LIMITES E VANTAGENS DAS DISCUSSÕES SOBRE REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NAS ARBITRAGENS QUE ENVOLVEM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA 215*Edgar Guimarães e Paulo Kammers*

1. Introdução	215
2. O reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos.....	216
3. Arbitragem em demandas envolvendo a Administração Pública.....	220
4. A arbitralidade objetiva do reequilíbrio econômico-financeiro	224
5. Conclusões	230
Referências	231

9

A CONSENSUALIDADE ADMINISTRATIVA COMO FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DAS DECISÕES SATISFACIENTES: REPERCUSSÕES NOS INSTRUMENTOS DE CONTROLE CONSENSUAL E SANCIONATÓRIO NOS TRIBUNAIS DE CONTAS NACIONAIS 233*Luciano Ferraz e Gustavo Silva Gusmão dos Santos*

1. Introdução: a melodia do diálogo no deserto das formas	234
2. Desenvolvimento.....	234

2.1. O Sincretismo Metodológico e a Superação da Utopia Taylorista....	234
2.2. A Função Controle e o Devido Processo Consensual.....	235
2.3. O Imperativo da Consensualidade como Norma de Sobrevivência .	235
2.4. Experiências práticas com a consensualidade administrativa no direito positivo brasileiro	236
3. Termos de ajustamento de gestão e outras soluções consensuais nos Tribunais de Contas: mais a ver do que não	238
4. As decisões do TCU nos acordos celebrados no âmbito da Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos (Secex-Consenso): um olhar sistemático além do óbvio	240
5. Considerações finais	242
Referências Bibliográficas	243

10

CONTRATOS FIDIC E DIREITOS ADMINISTRATIVOS NACIONAIS: A BUSCA DA TRANSNACIONALIDADE PELA INVERSÃO DO VETOR DE INFLUÊNCIA NORMATIVA..... 247

Augusto Barros de Figueiredo e Silva Neto

Introdução	247
I) A autoridade epistêmica dos contratos FIDIC como repertório de boas práticas internacionalmente consolidadas	250
A. Da reputação à maturidade normativa: a construção histórica dos modelos FIDIC como padrão técnico transnacional.....	250
B. O FIDIC no quadro do Direito Administrativo Global: padrões técnicos transnacionais como vetores de evolução institucional	253
II) O vetor invertido em movimento: entre convergência possível e resistência institucional	256
A. Panorama comparado: três graus de convergência.....	256
B. O caso brasileiro: avanços legislativos e lacunas estruturais.....	260
Conclusão	264
Bibliografia.....	265

11

SENTENÇAS ARBITRAIS, PRECATÓRIOS E CONTRATOS PÚBLICOS DE INFRAESTRUTURA: POR QUE A EQUIPARAÇÃO ENTRE SENTENÇA ARBITRAL E SENTENÇA JUDICIAL NÃO ESGOTA O PROBLEMA 269

Laura Mello de Almeida e Yara Pena Godoy

Introdução	269
1. Precatórios, orçamento público e execução da despesa: a racionalidade constitucional do art. 100	273

2. A consolidação da arbitragem com a Administração Pública e o problema específico de sua execução	280
3. Sentença arbitral contra a Administração Pública: equiparação necessária, mas insuficiente.....	283
4. As correntes interpretativas sobre a incidência do regime de precatórios em sentenças arbitrais contra a Administração Pública	288
5. Critérios para a definição do regime de cumprimento da sentença arbitral contra a Administração Pública	295
6. Considerações finais	301
Referências bibliográficas	303

12

ARBITRAGEM NO SETOR PORTUÁRIO 307

Rafael Wallbach Schwind

1. Introdução	308
2. Breves considerações sobre o setor portuário	309
2.1. A dualidade regulatória entre terminais portuários.....	309
2.1.1. Os arrendamentos portuários	309
2.1.2. As autorizações de terminais portuários.....	310
2.1.3. Critério para definição do regime aplicável: a poligonal do porto	311
2.2. As concessões de portos organizados	311
2.2.1. Compreensão da concessão de portos organizados	312
2.2.2. Maleabilidade do modelo de concessões de portos.....	313
2.2.3. As arbitragens no setor portuário.....	314
3. Arbitragens nos conflitos entre poder concedente e titulares de instalações portuárias	315
3.1. Os primórdios da arbitragem no setor portuário no Brasil	315
3.2. As previsões da Lei 8.630	316
3.3. As previsões da Lei 12.815	317
3.4. As previsões do Decreto 8.465.....	318
3.5. As previsões da Lei 13.129	319
3.6. A previsão da Lei 10.233.....	319
3.7. O advento do Decreto 10.025	320
3.8. Destaques do Decreto 10.025	320
3.8.1. Âmbito da regulamentação.....	321
3.8.2. Objeto da arbitragem	321
3.8.3. Arbitragem exclusivamente de direito.....	322
3.8.4. Regras de direito material – legislação brasileira.....	322
3.8.5. Local de realização das arbitragens e idioma.....	323

3.8.6. Informações públicas, segredos e situações sigilosas	323
3.8.7. Preferência pela arbitragem institucional e credenciamento de câmara	323
3.8.8. Definitividade da decisão administrativa contestada	324
3.8.9. A preferência pela arbitragem como meio eficiente de resolução de conflitos.....	324
3.8.10. Desnecessidade de termo aditivo prévio	324
3.8.11. Custos da arbitragem.....	325
3.9. Arbitragem entre exploradores de instalações portuárias e concessionários de portos.....	325
4. Arbitragem entre arrendatários de terminais portuários e concessionários de portos	327
4.1. Colocação da questão: a conversão de contratos públicos em privados e o novo regime de exploração de instalações portuárias	327
4.2. A possibilidade de surgimento de conflitos de ordem concorrencial	328
4.3. As previsões da minuta de edital para a concessão do Porto de Santos.....	329
4.4. Arbitragem sobre questões concorrenciais nos portos	330
5. Encerramento	332

13

MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM REGULATÓRIA POR AGÊNCIAS REGULADORAS: DIFERENÇAS EM RELAÇÃO À ARBITRAGEM COMERCIAL E O CASO DA ANTAQ

333

Rafael Wallbach Schwind

1. Introdução	334
2. Arbitragem regulatória versus arbitragem comercial	335
2.1. Conceituação de arbitragem regulatória	335
2.2. Desnecessidade de concordância mútua dos sujeitos em conflito..	335
2.3. Desnecessidade de compromisso arbitral.....	336
2.4. Decisão sem caráter de definitividade típico das sentenças arbitrais e possibilidade de questionamento judicial.....	336
2.5. Precedente do STJ sobre possibilidade de questionamento judicial	337
2.6. Origem da distinção: a distinção entre função jurisdicional e função judicante do direito norte-americano	338
2.7. A mediação pela agência	339
2.8. Conclusão do tópico.....	339
3. Mediação e arbitragem regulatória pela ANTAQ: questões gerais.....	340
3.1. Competência legal para arbitragem regulatória.....	340

3.2.	Competência para mediação.....	340
3.3.	Previsões do Decreto 8.033.....	341
3.4.	Previsões do Regimento Interno da ANTAQ	342
3.5.	Função dos procedimentos de resolução de conflitos	343
3.6.	Ressalva das competências de outros entes.....	343
3.7.	Instauração do procedimento de resolução de conflitos, autocon- tensão e liberdade de concorrência.....	344
3.8.	Requisitos para a instauração do procedimento de resolução de conflitos	345
3.9.	Tipos de conflitos que podem ser objeto de arbitragem regulatória ou mediação.....	345
3.9.1.	Aplicação de regras contratuais.....	346
3.9.2.	Preços de serviços portuários em regime de liberdade de preços	346
3.9.3.	Fornecimento de serviços portuários e de transporte aquavi- ário	347
3.9.4.	Instalação de infraestrutura dentro ou fora do porto organi- zado.....	347
3.9.5.	Compartilhamento de embarcação na navegação interior.....	347
3.9.6.	Horários e compartilhamento de infraestrutura na navegação interior	348
3.9.7.	Afretamento de embarcações nacionais	348
3.9.8.	Recolhimento de tarifas portuárias e outras obrigações finan- ceiras perante a administração do porto	348
3.10.	Juízo de admissibilidade	349
3.11.	Possibilidade de adequação do requerimento	349
3.12.	Possibilidade de medida cautelar.....	350
4.	Procedimento de mediação em serviços portuários e de navegação.....	351
4.1.	Conceituação de mediação.....	351
4.2.	Necessidade de concordância das partes em conflito.....	351
4.3.	Ausência de custos	352
4.4.	Possibilidade de escolha de mediador sem relação com a ANTAQ .	352
4.5.	Utilização de meios eletrônicos	352
4.6.	Princípios da mediação.....	352
4.7.	Início do procedimento de mediação.....	353
4.8.	Nomeação de mediador e questões subjacentes	354
4.9.	O termo de mediação	354
4.10.	O mediador	354
4.11.	Confidencialidade da mediação.....	355
4.12.	Encerramento da mediação	355
5.	Procedimento de mediação no afretamento de embarcações	356
5.1.	Objeto da mediação	356

5.2. Sistemas utilizados	356
5.3. Aplicação das regras gerais sobre mediação e procedimento	356
6. Procedimento de arbitragem regulatória	357
6.1. Arbitragem regulatória como processo administrativo	357
6.2. Competência da Diretoria Colegiada para decidir a arbitragem	357
6.3. Objetos possíveis	357
6.4. Procedimento	357
6.5. Vedação à participação do mediador na arbitragem	358
6.6. Vedação à utilização de documentos e informações obtidos na mediação	359
7. Considerações críticas e conclusões finais	359
7.1. A relevância da consensualidade	359
7.2. A relevância da processualização	359
7.3. A harmonização de conflitos como regulação	360
7.4. A relevância da especialização técnica para a resolução de conflitos	360
7.5. Pontos de aprimoramento	360
Referências bibliográficas	361

14

CONTRATOS RELACIONAIS E RESOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS NAS CONCESSÕES FEDERAIS DE TRANSPORTES TERRESTRES: A ARTICULAÇÃO ENTRE SECEXCONSENSO E ARBITRAGEM 363

Roberta Negrão Costa Wachholz

Introdução	363
1. Contratos de concessão de rodovias e ferrovias como contratos relacionais	367
2. A arbitragem como instrumento de governança dos contratos de concessão de transportes terrestres	370
3. A SecexConsenso como instrumento de governança dos contratos de concessão de transportes terrestres	372
4. Contratos de Concessão de Ferrovias em âmbito federal: a articulação das disposições contratuais, arbitragem e SecexConsenso	374
5. Contratos de Concessão de Rodovias em âmbito federal: a articulação das disposições contratuais, arbitragem e SecexConsenso	379
6. A articulação entre SecexConsenso e arbitragens em contratos de concessão de transportes terrestres	386
Conclusão	389
Referências	389

15

REGRAS GERAIS PARA DISPUTE BOARDS NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA: O QUE O PROJETO DE LEI Nº 2.421/2021 ACRESCENTA?..... 391

Renata Vaz Marques Costa Rainho e Túlio César Pereira Machado-Martins

1. Introdução	392
2. Os Dispute Boards: origem, evolução internacional e tipologia.....	393
2.1. Gênese e difusão	393
2.2. Tipologia e a distinção em relação aos demais meios adequados ..	394
3. Consensualidade e meios adequados em contratos administrativos: do dogma à juridicidade.....	395
4. O Projeto de Lei 2.421/2021: análise crítica	397
4.1. Origem, facultatividade e objeto	397
4.2. Natureza das deliberações, não jurisdição e revisibilidade.....	397
4.3. Fundamentação, transparência e função de compliance	398
4.4. Composição, impedimentos, suspeição e remuneração	399
5. Os regulamentos de Câmaras (CAM-CCBC, CAMARB e CCI) em diálogo com o projeto	401
6. Segurança jurídica por meio de regras gerais? Uma resposta calibrada	402
7. Considerações finais	403
Referências	404