



FACULDADE NACIONAL DE DIREITO



UFRJ

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

**COMENTÁRIOS A RESPEITO DA ARBITRAGEM E A ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA**

ISABELA VASCONCELOS VENTURA

RIO DE JANEIRO

2022

ISABELA VASCONCELOS VENTURA

**COMENTÁRIOS A RESPEITO DA ARBITRAGEM E A ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Doutora Carolina Azevedo Pizoeiro Gerolimich.**

RIO DE JANEIRO

2022

ISABELA VASCONCELOS VENTURA

**COMENTÁRIOS A RESPEITO DA ARBITRAGEM E A ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Doutora Carolina Azevedo Pizoeiro Gerolimich.**

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Orientadora

Membro da Banca

RIO DE JANEIRO

2022

RESUMO

VENTURA, Isabela Vasconcelos. Comentários a respeito da arbitragem e a Administração Pública. Trabalho de conclusão de curso para obtenção do grau de Bacharela em Direito. Universidade Federal do Rio de Janeiro.

O presente trabalho busca investigar as possibilidades da submissão de litígios decorrentes de contratos firmados pela Administração Pública à jurisdição privada – com efeito, ao procedimento arbitral. Serão abordadas as características primordiais do instituto da arbitragem no Brasil, os principais elementos da Administração Pública brasileira e, enfim, de que maneira e a partir de quais limites ela pode ser parte em procedimentos arbitrais.

Palavras-chave: arbitragem, administração pública, arbitralidade objetiva, arbitralidade subjetiva, cláusula compromissória, contratos administrativos.

ABSTRACT

VENTURA, Isabela Vasconcelos. Comments on arbitration procedures and public administration. Course completion work for the degree of Bachelor of Law. Universidade Federal do Rio de Janeiro.

This paper seeks to investigate the possibilities of submitting disputes arising from contracts signed by the public administration to private jurisdiction – in effect, to the arbitration procedure. We will address the main characteristics of the institute of arbitration in Brazil, the main elements of the Brazilian public administration and, finally, how and from what limits it can be part in arbitration procedures.

Keywords: arbitration, public administration, objective arbitration, subjective arbitration, arbitration clause, administrative contracts.

GRATIDÕES

Com o coração tomado da certeza de que este trabalho foi escrito a incontáveis mãos e colos que me acompanharam durante esta longa trajetória, penso ser necessário rememorar alguns de meus maiores parceiros de vida.

À minha família, que representa o ponto comum entre todas as coisas: lugar seguro, conforto, calor e amor incondicional. A minha mãe, Filó, flor de Macapá que em tudo me ensina; meu pai, Nelsinho, espelho constante e sempre presente; meus irmãos Caio e Lucas, os melhores amigos e referências que alguém como eu poderia ter; e ao nosso Fred (“vai te pegar!”). Este núcleo é a certeza de que tudo permanece.

A todas as amigas, amigos, amores que tanto me acolhem e se doam diariamente em meio aos furacões e também às alegrias dos dias. Ô, sorte! Com menção honrosa a Vitória, anjo de muitas vidas, e a Manu, fiel de fechar que tem me erguido por todos estes anos de FND – e seguirá por todos os outros a partir daqui.

Por fim, agradeço a todos os mestres da cultura nacional sem os quais seria impossível chegar ao fim deste ciclo em meio a tantas incertezas e obscuridades que têm pairado sobre os que sonham. Eles são muitos, mas não podem voar. Nós voltaremos.

SUMÁRIO

Introdução	08
1. A arbitragem no Brasil	
1.1 Breve conceituação do instituto da arbitragem	11
1.2 Os princípios norteadores da arbitragem	13
1.2.1 A autonomia da vontade	14
1.2.2 O devido processo legal	14
1.2.3 <i>Kompetenz-kompetenz</i> (competência-competência)	15
1.3 Evolução histórica da arbitragem no brasil	17
1.4 A nova lei de arbitragem e a administração pública	21
2. A Administração Pública	
2.1. Administração Pública e a função administrativa.....	24
2.2 Princípios norteadores da Administração Pública	27
2.2.1 Publicidade	27
2.2.2 Eficiência	28
2.2.3 Supremacia do interesse público	29
2.2.4 Indisponibilidade	30
3. A Administração Pública como parte em procedimentos arbitrais	
3.1 Considerações preliminares.....	32
3.2 Arbitralidade subjetiva	34
3.3 Arbitralidade objetiva	35
3.4 Princípio da publicidade aplicado à arbitragem.....	38
Conclusão	42
Referências bibliográficas	44

INTRODUÇÃO

Após muitos anos de evolução do instituto, cuja investigação aparenta ser inesgotável, afirma-se com segurança que a arbitragem já não pode ser considerada novidade no ordenamento pátrio. Com a devida cautela e observância às premissas essenciais à proteção dos direitos indisponíveis, os procedimentos arbitrais caminham para deixar de revestir-se de caráter alternativo para se apresentarem, em muitas ocasiões, como a via mais adequada à solução de determinadas controvérsias, cuja complexidade pode não ser suportada pelo poder decisório do Estado.

Em razão das já conhecidas motivações para a adoção, nos contratos das mais diversas naturezas, de cláusulas compromissórias de arbitragem, como a celeridade do procedimento e expertise e imparcialidade daqueles que compõem os Tribunais Arbitrais, é crescente o número de procedimentos arbitrais oriundos de contratos que envolvem entes da Administração Pública, sobretudo para matérias de considerável relevância para a ordem econômica.

Entretanto, por terem em seu escopo a tutela de matérias de natureza pública e direitos coletivos indisponíveis pode-se ter a ideia, a priori, de que os conflitos nascidos das relações firmadas por pessoas de naturezas jurídicas pública e privada não podem ser submetidos à jurisdição privada. O que se pretende demonstrar é que esta premissa não pode ser considerada verdadeira.

Em que pese o inquestionável interesse público de que são imbuídos determinados contratos celebrados pela Administração Pública, não se pode negar, por outro lado, a existência de elementos estritamente patrimoniais nos referidos contratos. A submissão de litígios relacionados a estas matérias à análise por colegiado autônomo, independente e de sabido estudo dedicado especialmente à matéria em discussão no caso concreto é potencialmente mais satisfatória não só sob o ponto de vista técnico-jurídico, mas, principalmente, pelo oferecimento de resposta especializada, capaz de atender melhor aos tão caros interesses coletivos.

Mostraremos, assim, que não deve haver óbice à integração da Administração Pública em procedimentos arbitrais, garantindo-se sua a regência pelas Leis nº 9.307/1996¹ e 13.129/2015,

¹ BRASIL. Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm>

em homenagem o princípio da especialidade, sem jamais olvidar-se as premissas estabelecidas pela Lei nº 8.666/1993, sempre que aplicáveis.

Para tanto, daremos início ao estudo a partir de uma análise histórica da arbitragem no Brasil, traçando uma linha temporal desde sua primeira previsão no ordenamento pátrio até a efetivação do instituto como mecanismo de solução de conflitos, em 1996, com a promulgação da Lei de Arbitragem e demais fontes legais e constitucionais. Serão abordados os requisitos gerais para a submissão à tutela arbitral, bem como as limitações do instituto, tanto subjetivas quanto objetivas.

Passaremos, então, à análise dos elementos constitucionais e infraconstitucionais que regem a Administração Pública e conferem caráter coletivo aos interesses presentes nos contratos por ela firmados, justificando a cautela no trato de sua tutela, especificamente para os fins do presente estudo. A partir desta investigação, poderemos debruçar-nos sobre o estudo acerca das premissas a serem observadas para a garantia da licitude dos procedimentos arbitrais envolvendo a Administração Pública.

Finalmente, estudaremos os procedimentos de convocação às licitações e sua especial importância na delimitação das matérias autorizadas a serem submetidas à análise da jurisdição privada. Por fim, faremos uso de todos os dados obtidos a partir da pesquisa para tecer nossas considerações relacionadas à viabilidade da utilização da arbitragem como instrumento de solução de conflitos oriundos de contratos de concessão.

1. A ARBITRAGEM NO BRASIL

1.1 BREVE CONCEITUAÇÃO DO INSTITUTO DA ARBITRAGEM

A arbitragem é método alternativo de solução de controvérsias previsto no ordenamento brasileiro pela Lei nº 9.307/1996, que se dá através da intervenção de uma pessoa privada, ou um grupo, a quem se concede poderes a partir da adoção de uma convenção *inter partes* para decidir sobre determinado conflito sem qualquer intervenção estatal. A decisão proferida pelo indivíduo ou grupo eleito para tanto tem os mesmos fins jurídicos e eficácia da sentença judicial².

Cuida-se, assim, de uma ferramenta privada de solução de litígios classificado por CARMONA (2009) como heterocompositivo, em oposição aos meios autocompositivos de solução – por exemplo, a conciliação e a mediação. Na arbitragem, a decisão prolatada pelos árbitros tem caráter impositivo às partes vinculadas à cláusula compromissória, enquanto na autocomposição as figuras do mediador e do conciliador não passam de direcionadoras³.

Deste modo, as semelhanças entre a arbitragem e os métodos autocompositivos de dirimir controvérsias se esgotam na alternatividade à judicialização de litígios, posto que são ferramentas que se apresentam em esfera necessariamente não estatal. Se em um lado a figura do terceiro eleito apresenta sugestões com base em informações trazidos pelas partes na seara dialética, no outro, é tomada decisão pelo terceiro privado de acordo com o que este compreendeu a partir dos elementos probatórios apresentados ao tribunal.

Portanto, as partes envolvidas em uma arbitragem não possuem qualquer influência no teor da sentença proferida pelo árbitro ou árbitros, que são, por sua vez, sujeitos imparciais, independentes, competentes, diligentes e discretos⁴ que devem se declarar impedidos de atuar no processo arbitral quando não seja possível desempenhar sua função sob a ótica de qualquer destes atributos.

² CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96, p. 165. Ed. Atlas. 2009.

³ CARMONA, Carlos Alberto, *op cit*, p. 31.

⁴ CARMONA, Carlos Alberto, *op cit*, p. 200.

Os árbitros, inclusive, têm a prerrogativa fundamental de decidir a respeito de questões relacionadas à existência, validade e eficácia da cláusula compromissória de arbitragem e do contrato a que se refere, em uma manifestação do princípio da competência-competência.

A relevância deste princípio (*kompetenz-kompetenz*) para a atribuição de legitimidade aos árbitros é amplamente homenageada tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência pátria⁵, e, finalmente, contemplada pela legislação através do art. 8º da Lei de Arbitragem. Pela tradição, o princípio possui o condão de garantir a inafastabilidade da jurisdição arbitral frente à jurisdição estatal.

Com isso, o árbitro é revestido de competência para decidir sobre sua própria competência. Não há, assim, lugar para decisão de juízo estatal capaz de invalidar a competência arbitral decorrente de ato de vontade das partes.

A respeito de tal ato, importa mencionar que ele pode se dar de duas maneiras: a partir da adoção de cláusula compromissória na redação do próprio contrato; ou, alternativamente, por meio de celebração de compromisso arbitral, instrumento autônomo firmado pelas partes em momento posterior à ocorrência da conduta litigiosa, cujo objeto é a vinculação da disputa ao juízo arbitral.

Assim dispõe o art. 3º da Lei de Arbitragem: “As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral”.⁶

Elemento fundamental à consolidação do instituto da arbitragem como se conhece atualmente, a cláusula compromissória ou compromisso arbitral são os instrumentos que vinculam as partes contratantes à adoção da jurisdição arbitral, afastando de maneira absoluta a possibilidade de submissão ao Poder Judiciário do conflito originado a partir do contrato em que está inserida. Nos conceitos de PIRES (2010):

⁵O Superior Tribunal de Justiça chegou a incluir o item 3, que trata especificamente do princípio, em seu compilado Jurisprudência em teses (2019): “A previsão contratual de convenção de arbitragem enseja o reconhecimento da competência do Juízo arbitral para decidir com primazia sobre Poder Judiciário, de ofício ou por provocação das partes, as questões relativas à existência, à validade e à eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.”

⁶ BRASIL. Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996. *Op cit.*

“A cláusula compromissória é uma convenção incluída em um contrato principal ou em documento em separado que se refira a ele, pela qual as partes se comprometem em sujeitar um futuro litígio decorrente de tal contrato à jurisdição da arbitragem. À cláusula compromissória tem caráter acessório, ou seja, a ela é atribuída plena autonomia frente ao contrato, isso significa que, mesmo havendo a nulidade do contrato, tal fato não implicará necessariamente a invalidade da cláusula compromissória.”⁷

A diferença primordial entre a cláusula compromissória e o compromisso arbitral consiste no tempo de constituição de cada um deles. Conforme determina o artigo 4º da Lei de Arbitragem, “a cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato”.⁸

O compromisso legal, por sua vez, encontra previsão no artigo 9º do mencionado diploma legal, que o define como “a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial”. Um litígio, portanto, já existente.

A Lei de Arbitragem, em seus artigos 10 e 11, estabelece os requisitos necessários à validade do compromisso arbitral. Conforme leciona PIRES (2010):

“Para que tenha validade, deve contemplar: nome, profissão, estado civil e domicílio das partes; nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros; a matéria que será objeto da arbitragem; e o lugar onde será proferida a sentença arbitral.”⁹

O instituto ora apresentado, guiado pelas regras de direito, tem hoje amplo respaldo na legislação brasileira. Entretanto, não se pode olvidar alguns dos principais princípios que lhe conferem corpo e robustez.

1.2 OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA ARBITRAGEM

⁷ PIRES, Eduardo. Autonomia da vontade: um princípio fundamental do direito privado como base para instauração e funcionamento da arbitragem. 2010. XIX Encontro Nacional do CONPEDI.

⁸ BRASIL. Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996. *Op cit.*

⁹ Idem.

Além dos princípios gerais do direito, a arbitragem enquanto instituto jurídico privado de atividade propriamente jurisdicional¹⁰ é regida por princípios específicos¹¹ que balizam a adoção da cláusula arbitral, a atuação do árbitro (ou dos árbitros) e os demais elementos subjetivos e objetivos da arbitragem.

Adiante, trataremos de alguns dos principais deles, quais sejam, os da autonomia da vontade, do devido processo legal e o da competência-competência. Em razão do enfoque principal deste trabalho, o princípio da confidencialidade também será abordado, entretanto, apenas na Seção 3, em razão da necessidade de sua ponderação em relação ao princípio da publicidade na arbitragem envolvendo a Administração Pública.

1.2.1 A AUTONOMIA DA VONTADE

Fundamental para a atribuição de validade ao procedimento arbitral, a autonomia da vontade é um dos principais pilares do direito. Na verdade, considerando que a negação à prerrogativa das pessoas de direito de se conduzir autonomamente as decisões que regem o curso de sua realidade impossibilita a própria realização existencial, a autonomia privada “está indissociavelmente relacionada à proteção da dignidade da pessoa humana”¹².

Para o presente trabalho, porém, importa uma análise mais atenta à autonomia em sua dimensão econômica e patrimonial¹³. Tal face do princípio encontra amplo respaldo no ordenamento pátrio, sobretudo na seara constitucional, como se extrai da Constituição Federal em seus artigos 1º, IV e 170, que homenageiam o princípio da livre iniciativa, e artigo 5º, caput e XXII, que garante o direito à propriedade¹⁴.

Do apreço à livre iniciativa e ao direito à propriedade, a liberdade contratual se apresenta como manifestação do princípio da autonomia da vontade.

¹⁰ BERALDO, Leonardo de Faria. Curso de Arbitragem nos Termos da Lei nº 9.307/96. Ed. 1, p. 5, São Paulo. Atlas. 2014.

¹¹ CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2012.

¹² SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas, p. 237. Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2006.

¹³ Idem.

¹⁴ BRASIL. Constituição. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília. 1998.

Na arbitragem, este princípio diz respeito à liberdade de eleição do foro arbitral para a resolução dos litígios decorrentes do negócio jurídico, mas não só. Como os elementos essenciais do procedimento – desde que submetidos às regras de forma e fundo do direito¹⁵ – são também eleitos pelas partes, a dimensão contratual da autonomia da vontade é especialmente basilar à arbitragem. Em verdade, o instituto é integralmente moldado, instituído e movimentado pela força criadora da vontade¹⁶.

De certa forma, pode-se afirmar que o exercício a autonomia da vontade no âmbito da atividade jurisdicional arbitral tem o condão de criar verdadeiro “processo negocial”, viabilizando a criação de normas e ritos processuais a partir da liberdade de contratar.

1.2.2 O DEVIDO PROCESSO LEGAL

Em muitos trabalhos acadêmicos, não é rara a ausência de menção a este princípio como elemento fundamental à arbitragem. Entretanto, este estudo pretende defender que sua observância é requisito essencial à atribuição de validade ao procedimento arbitral.

Como mencionado anteriormente, em que pesem os elementos do procedimento arbitral serem amplamente negociáveis entre as partes, este deve ser regido de acordo com as regras de forma e de fundo do direito. Desta forma, em razão de sua natureza jurisdicional, a arbitragem deve se submeter ao princípio do devido processo legal.

O processo pode ser definido como um conjunto de atos sucessivos, praticados ordenadamente, a fim de se alcançar um resultado¹⁷. Destarte, em homenagem ao princípio da igualdade, extraído do artigo 5º, caput da Constituição Federal, há de ser assegurado aos sujeitos litigantes a isonomia em todas as fases de um procedimento de resolução de conflitos, para que o resultado, ao fim, reflita o princípio da igualdade.

No que diz respeito ao sistema jurisdicional estatal, o devido processo legal oferece a garantia do tratamento isonômico a todas as partes envolvidas. Tendo sido amplamente reconhecida como atividade de jurisdição a prática desenvolvida nos procedimentos arbitrais,

¹⁵ CARMONA, Carlos Alberto. *Op cit*, p. 278.

¹⁶ ALMEIDA SANTOS, Carlos Francisco de. Os princípios fundamentais da arbitragem, p. 15. Brasília. 1998.

¹⁷ BERMUDES, Sergio. Introdução ao Processo Civil, p. 54. Ed. Forense. Rio de Janeiro. 2010.

não haveria razão para estes se excepcionarem aos regramentos de direito e garantias processuais aos quais se submete o poder estatal.

Desta forma, o procedimento arbitral e as partes nele envolvidas devem atentar-se intimamente a todas as garantias do devido processo legal observadas pela jurisdição estatal. São eles a igualdade, prevista pelo art. 5º, caput e I, da Constituição Federal, o contraditório e a ampla defesa, previstos pelo art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, a imparcialidade e a independência jurídica dos árbitros, previstos pelo art. 5º, incisos XXXVII e LIII, da Constituição Federal, e arts. 144 e 147 do Código de Processo Civil, e o livre convencimento, tutelado pelo art. 371 do Código de Processo Civil e pelos parágrafos 1º e 2º da Lei da Arbitragem.

1.2.3 *KOMPETENZ-KOMPETENZ* (COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA)

O último princípio sobre o qual se discorrerá nesta seção é o da *kompetenz-kompetenz*, ou competência-competência. Presente no ordenamento pátrio por meio da Lei da Arbitragem em seu artigo 8º, parágrafo único, o princípio cuida de mais um dos ditames estendidos da jurisdição estatal à jurisdição arbitral.

A conceituação de tal preceito em sua dimensão tradicional, isto é, aplicável à atividade jurisdicional do estado, pode ser a que se transcreve a seguir:

“De acordo com essa regra (chamada pelos alemães de *kompetenz-kompetenz*), todo juiz tem competência para apreciar sua própria competência para examinar determinada causa. Trata-se de decorrência inevitável da cláusula que outorga ao magistrado da causa o poder de verificar a satisfação dos pressupostos processuais (ou mais propriamente, os requisitos para concessão da tutela jurisdicional do direito). Se a competência é um desses pressupostos, é natural que o juiz da causa tenha o poder de decidir (ao menos em uma primeira análise) sobre sua competência.”

¹⁸(MARINONI, 2020)

Assim, pode-se afirmar que nenhum juiz, arbitral ou estatal, é inteiramente incompetente, visto que lhe é garantido o poder de decidir sobre sua própria competência.

No âmbito da arbitragem, o *kompetenz-kompetenz* atribui ao juízo arbitral o condão de decidir sobre a validade do próprio ato jurídico que lhe conferiu poderes arbitrais. Assim,

¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, p. 147. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2020.

garante-se que a alegação de suposta nulidade da cláusula arbitral, ou mesmo do contrato de que faz parte, deva ser apreciada pelo próprio juízo arbitral – e não submetida ao poder judiciário.

De acordo com a Ministra do Superior Tribunal de Justiça Nancy Andrichi no julgamento da Medida Cautelar 14.295-SP (2008/0122928-4):

“A *kompetenz-kompetenz* (competência-competência) é um dos princípios basilares da arbitragem, que confere ao árbitro o poder de decidir sobre a sua própria competência, sendo condenável qualquer tentativa, das partes ou do juiz estatal, no sentido de alterar essa realidade. Em outras palavras, no embate com as autoridades judiciais, deterá o árbitro preferência na análise da questão, sendo dele o benefício da dúvida”.

Sendo do árbitro a prerrogativa de deliberar sobre sua própria competência e jurisdição, afasta-se a ideia de submissão da arbitragem à jurisdição estatal. Desta forma, o princípio *kompetenz-kompetenz* consagra o caráter jurisdicional autônomo da arbitragem.

1.3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA ARBITRAGEM NO BRASIL

Engana-se aquele que imagina ter sido a Lei nº 9.307/1996 o diploma a inaugurar a regulação da arbitragem no Brasil. É certo que a promulgação da lei traz uma nova roupagem a este método de solução de conflitos no país, elevando-o a um novo patamar. Entretanto, a nomeação de um terceiro particular para dirimir determinado problema pode manifestar-se como um movimento tão natural ao comportamento humano, a ponto de poder-se considerar inestimável a primeira ocorrência informal do fenômeno no país.

Entretanto, o registro da primeira previsão legislativa e institucional da arbitragem no ordenamento pátrio remonta aos tempos em que o Brasil ainda se encontrava sob colonização portuguesa. Por meio das Ordenações Filipinas, compilação de normas organizadas de maneira desorganizada quando comparada aos códigos modernos, a arbitragem teve sua primeira previsão no país no século XVII.

Já em um contexto de soberania no Brasil, a Constituição do Império de 1824 trouxe a primeira previsão plenamente brasileira a este ordenamento jurídico. O artigo 160 da carta determinava que as partes em demandas de natureza cível poderiam nomear “Juízes Árbitros”

para decidir sobre estes litígios. Ainda de acordo com o dispositivo, as sentenças arbitrais poderiam ser executadas sem recurso caso as partes convencionassem desta forma. Não tratou, portanto, de impor limitações subjetivas ou objetivas ao procedimento arbitral.

Em ambiente republicano, a emenda constitucional nº 3 de 1926 inseriu na Constituição Federal de 1891 a previsão de solução de litígios por meio do “recurso do arbitramento” entre o Brasil e outros estados soberanos. Entretanto, a primeira carta republicana não dispõe sobre a adoção da arbitragem como método de dirimir conflitos entre entes privados. Se trata, assim, da primeira limitação subjetiva ao instituto em sua trajetória histórica no país.

Antes disso, porém, o Código de Processo Civil promulgado em 1916, previa que todos aqueles com capacidade para contratar poderiam, “mediante compromisso escrito”, solucionar pendências judiciais e extrajudiciais. Note-se que este regulamento não determinava a vinculação dos efeitos da celebração do mencionado compromisso escrito.

Ainda, o artigo 1.045 do Código de 1916 determinava a necessidade de homologação da sentença arbitral por juízo de primeira ou segunda instância para que lhe fosse atribuído caráter executório. Naquele momento, poder-se-ia dizer que a arbitragem ainda se encontrava em patamar inferior ao da jurisdição estatal.

Similarmente, a Constituição Federal de 1934, já em seu artigo 4º, mencionava o “recurso do arbitramento” como método de resolução de conflitos entre o Brasil e outros países, em alternativa à declaração de guerra. No entanto, também cuidou de inserir na ordem constitucional a previsão da arbitragem comercial, cuja competência privativa para legislar seria da União, de acordo com o artigo 5º, XIX, “c” do diploma.

As Constituições subsequentes, promulgadas em 1937 e 1967, representaram certo retrocesso a respeito do desenvolvimento do instituto. Nenhuma das cartas se dedicou a inserir na ordem constitucional a previsão de solução de litígios a partir da arbitragem – sejam eles de natureza exclusivamente pública, como a Constituição Federal de 1891, ou de natureza privada, como os demais diplomas.

Na seara infraconstitucional, a arbitragem teve sua primeira previsão em resolução datada de 26 de julho de 1831, que restringia o objeto das disputas ao direito securitário. Já a

Lei nº 108 de 11 de outubro de 1837 passou a prever a possibilidade de arbitramento em dissídios referentes à locação de serviços¹⁹.

Em 1850, a Lei nº 556/1850, o Código Comercial vigente à época, por meio do Decreto nº 737 daquele ano, regulou a aplicação da arbitragem para os conflitos entre comerciantes, como esclarece MARTINS:

“Ainda nesse mesmo ano, o Código Comercial traz em seu bojo a figura do juízo arbitral e, seguindo a tendência já delineada no passado, prescreve-o de modo obrigatório às questões (i) resultantes de contratos de locação mercantil, (ii) suscitadas pelos sócios, entre si, ou com relação à sociedade, inclusive quanto à liquidação ou partilha, (iii) de direito marítimo, no que toca a pagamento de salvados e sobre avarias, repartição ou rateio das avarias grossas e (iv) relacionadas à quebra”.²⁰

O Código Civil de 1916, por sua vez, previa a solução de conflitos por meio da arbitragem de maneira ainda tímida: só seriam submetidos à jurisdição arbitral os litígios já iniciados, ou seja, os litígios presentes, por meio de celebração de compromisso arbitral.

Não havia, até então, no ordenamento brasileiro, previsão de adoção de cláusula compromissória no ato da celebração dos contratos de modo a garantir, em momento anterior à instauração de eventual litígio, o afastamento da jurisdição estatal para vinculação do direito à submissão da lide à arbitragem.

Posteriormente, a arbitragem foi regulada pelos Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973, mas ainda não encontrava espaço para que fosse amplamente utilizada como método de solução de conflitos. De acordo com DELGADO (2004):

“A arbitragem foi regulada no Código de Processo Civil de 1939, com reprodução no atual Código de 1973. Tomou uma nova feição com a Lei nº 9.307/96, a denominada Lei Marco Maciel, por ter permitido que desenvolvesse a solução dos litígios fora do âmbito do Poder Judiciário. A atuação deste Poder ficou limitada, apenas, a situações determinadas para garantir o êxito da arbitragem como solução pacífica dos conflitos, por meio da mediação, da conciliação e do pronunciamento dos árbitros, tudo na área privada.”²¹

¹⁹ MARTINS, Pedro A. Batista. Arbitragem através dos tempos: obstáculos e preconceitos à sua implementação no Brasil. 1999.

²⁰ Idem.

²¹ DELGADO, José Augusto. A arbitragem no Brasil: evolução histórica e conceitual. Revista Forense, v. 100, n. 374, p. 127-142, 2004.

Assim, importa destacar a relevância da promulgação da Lei 9.307/1996, que revogou uma série de dispositivos do Código de Processo Civil de 1973 para conferir autonomia e eficácia ao procedimento arbitral.

Com a entrada em vigor da referida lei, por exemplo, a cláusula compromissória de arbitragem adquiriu força vinculante perante o poder Judiciário e dispensou a necessidade de homologação da sentença arbitral pelo Poder Judiciário (BRASIL, 1996).

No mesmo ano, foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal o Agravo de Instrumento 52.181/GB, por meio do qual o tribunal reconheceu a possibilidade de que o montante de indenização devida pela União fosse definido por árbitro²². O caso ficou conhecido como Caso Lage e é considerado passo importante na sedimentação do entendimento de que a Administração Pública pode se submeter à arbitragem.

Também foi de grande importância à consolidação do instituto a promulgação da Lei nº 13.105/2015, o Novo Código de Processo Civil. O artigo terceiro da lei dá fim às discussões travadas contra a legitimidade da substituição da jurisdição estatal pelo juízo arbitral, a partir do exercício da autonomia da vontade. De acordo com THEODORO JR (2017):

“Tem-se como legítima a substituição voluntária da justiça estatal pelo juízo arbitral, na forma da lei (art. 3º, § 1º). Questionada a constitucionalidade da Lei nº 9.307/1996, no tocante à força de excluir do Poder Judiciário o conhecimento do litígio contratualmente submetido à arbitragem, decidiu o Supremo Tribunal Federal que a garantia da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV) não resta ofendida quando o afastamento decorre de vontade negocial livremente manifestada em contrato sobre bens e direitos disponíveis.”²³

O Novo Código de Processo Civil, além disso, prevê a regulação de uma série de aspectos relevantes ao processo arbitral, conferindo ao procedimento eficácia e materialidade. Conforme destacado por DIDIER (2019), algumas das principais contribuições do diploma são as seguintes:

“Além disso, trouxe *normas jurídicas novas* para a disciplina da arbitragem no Brasil: *i*) previsão expressa da carta arbitral (arts. 189, IV, e 260, §3º; logo após o CPC, a carta arbitral foi incorporada expressamente na Lei n. 9.307/1996, art. 22-C, por força da Lei n. 13.129 /2015); *ti*) proibiu que o órgão julgador reconhecesse *ex officio* a existência de convenção de arbitragem (art. 337, § 5º, CPC); *iii*) presumiu a renúncia

²² Brasil. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº AI 52.181/GB. Brasília. 14 de novembro de 1973. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=22084>>.

²³ THEODORO JR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, p. 92. Editora Forense, 58ª edição. 2017.

à jurisdição arbitral, caso o réu não alegue a existência de convenção de arbitragem em sua contestação (art. 337, §6º, CPC); *iv*) consagrou expressamente a competência-competência do juízo arbitral para definir a extensão da sua jurisdição (art. 485, *VII, fine*, CPC); *v*) deixou claro que a sentença arbitral se submete ao procedimento do *cumprimento da sentença*, com citação do executado (art. 515, §1º, CPC); *vi*) também esclareceu que o executado, na execução de sentença arbitral, pode defender-se por *impugnação* (art. 1.061, CPC).”²⁴

Desde então, o instituto vem se desenvolvendo e adquirindo maior relevância no cenário litigioso nacional, sobretudo nos conflitos que envolvem discussões de alta complexidade. Após tantos anos de consolidação do instituto, a necessidade de positivação das novas práticas culminou na edição da Lei nº 13.129/2015, a Nova Lei de Arbitragem, que alterou o diploma anterior.

1.4 A NOVA LEI DE ARBITRAGEM E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Lei nº 13.129/2015 não promoveu alterações substanciais ao núcleo do regime vigente, mas positivou práticas e tendências que já vinham sendo adotadas pela jurisprudência das câmaras arbitrais no Brasil e por outras legislações específicas.

Apenas a título exemplificativo, cite-se a Lei nº 8.987/1995, que regula as concessões e permissões de serviços públicos. Reformado pela Lei nº 11.196/2005, tal diploma autoriza expressamente o “emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem”²⁵.

²⁴ DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil: *Introdução ao Direito Processual Civil Parte Geral e Processo do Conhecimento*, p. 71. 21ª edição. Editora Juspodivm. 2019.

²⁵ BRASIL. Lei nº 11.196 de 21 de novembro de 2005. Institui o Regime Especial de Tributação para a Plataforma de Exportação de Serviços de Tecnologia da Informação - REPES, o Regime Especial de Aquisição de Bens de Capital para Empresas Exportadoras - RECAP e o Programa de Inclusão Digital; dispõe sobre incentivos fiscais para a inovação tecnológica; altera o Decreto-Lei nº 288, de 28 de fevereiro de 1967, o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, o Decreto-Lei nº 2.287, de 23 de julho de 1986, as Leis nºs 4.502, de 30 de novembro de 1964, 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.245, de 18 de outubro de 1991, 8.387, de 30 de dezembro de 1991, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.981, de 20 de janeiro de 1995, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, 8.989, de 24 de fevereiro de 1995, 9.249, de 26 de dezembro de 1995, 9.250, de 26 de dezembro de 1995, 9.311, de 24 de outubro de 1996, 9.317, de 5 de dezembro de 1996, 9.430, de 27 de dezembro de 1996, 9.718, de 27 de novembro de 1998, 10.336, de 19 de dezembro de 2001, 10.438, de 26 de abril de 2002, 10.485, de 3 de julho de 2002, 10.637, de 30 de dezembro de 2002, 10.755, de 3 de novembro de 2003, 10.833, de 29 de dezembro de 2003, 10.865, de 30 de abril de 2004, 10.925, de 23 de julho de 2004, 10.931, de 2 de agosto de 2004, 11.033, de 21 de dezembro de 2004, 11.051, de 29 de dezembro de 2004, 11.053, de 29 de dezembro de 2004, 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 11.128, de 28 de junho de 2005, e a Medida Provisória nº 2.199-14, de 24 de agosto de 2001; revoga a Lei nº 8.661, de 2 de junho de 1993, e dispositivos das Leis nºs 8.668, de 25 de junho de 1993, 8.981, de 20 de janeiro de 1995, 10.637, de 30 de dezembro de 2002, 10.755, de 3 de novembro de 2003, 10.865, de 30 de abril de 2004, 10.931, de 2 de agosto de 2004, e da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências.

Carecia, entretanto, de dispositivos que autorizassem a administração à utilização do instituto na própria Lei de Arbitragem. A nova lei foi responsável por promover alteração relevante neste sentido. Logo em seu artigo primeiro, a nova lei introduz os seguintes parágrafos ao artigo primeiro da Lei nº 9.307/1996:

“Art. 1º

§ 1º A Administração Pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 2º A autoridade ou o órgão competente da Administração Pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações.”

“Art. 2º

§ 3º A arbitragem que envolva a Administração Pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.”²⁶

Na verdade, esta disposição não inova, mas apenas reitera e solidifica o que determina o *caput* do artigo primeiro da lei original, que determinava que “pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”²⁷. Enquanto pessoas capazes de contratar, não deve haver óbice à adesão de procedimentos arbitrais por entes da Administração. Neste sentido, (Lemes, 2007) orienta que:

“Sempre foi tradição do Direito brasileiro [...] adotar a técnica legislativa de vincular a capacidade para solucionar controvérsias por arbitragem referindo-se às pessoas capazes de contratar e não de estipulava nenhuma forma de restrição. O conceito sempre foi entendido e estendido a todas as pessoas capazes de contratar, aplicando-lhes no mais largo espectro para abarcar todos os que, segundo a lei civil, tenham capacidade de contratar.”²⁸

Assim, com o advento da Nova Lei da Arbitragem, a arbitralidade subjetiva da Administração Pública deixa de ser uma questão: é expressa a possibilidade de adesão à jurisdição arbitral por entes administrativos.

Por outro lado, as discussões se voltaram à investigação das limitações objetivas da arbitralidade da Administração Pública. Conforme se extrai do primeiro dispositivo da Nova

²⁶ BRASIL. Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113129.htm#:~:text=Institu%C3%ADda%20a%20arbitragem%2C%20caber%C3%A1%20aos,ser%C3%A1%20requerida%20diretamente%20aos%20%C3%A1rbitros.%E2%80%9D>.

²⁷ BRASIL. Lei nº 9.307, *op cit*.

²⁸ LEMES, Selma Maria Ferreira. Arbitragem na Administração Pública. *Fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. Editora Quartier Latin. São Paulo. 2007.

Lei de Arbitragem, transcrito acima, a utilização da arbitragem pela Administração Pública deve se restringir à resolução de “conflitos relacionados a direitos patrimoniais disponíveis”²⁹.

As discussões relacionadas à arbitralidade subjetiva e objetiva da Administração e questões relacionadas a ela serão oportunamente abordadas com maior profundidade oportunamente neste trabalho. Antes disso, interessa discorrer a respeito de alguns dos principais conceitos, princípios e funções da Administração Pública.

²⁹ BRASIL. Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015, *op cit.*

2. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

2.1 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A FUNÇÃO ADMINISTRATIVA

De acordo CARVALHO FILHO (2015), o entendimento da expressão “administração pública” pode se dar em dois sentidos: um deles compreende o “número de órgãos e agentes públicos incumbidos de sua execução”, enquanto o outro se refere à “extensa gama de tarefas e atividades que compõem o objetivo do Estado”³⁰. Assim, pode-se dizer que a administração pública se divide em seus sentidos subjetivo e objetivo.

À luz da doutrina de DI PIETRO (2009), a Administração Pública, em seu sentido subjetivo, pode ser definida como o conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado. Não se deve confundir a Administração Pública (aqui, em iniciais maiúsculas) com nenhum dos três poderes que compõem o Estado, posto que em todos eles é exercida a função administrativa. CARVALHO FILHO (2015) esclarece a matéria conforme se segue:

“A Administração Pública, sob o ângulo subjetivo não deve ser confundida com qualquer dos Poderes estruturais do Estado, sobretudo o Poder Executivo, ao qual se atribui usualmente a função administrativa. Para a perfeita noção de sua extensão é necessário pôr em relevo a função administrativa em si, e não o Poder em que é ela exercida.”³¹

Desta forma, a Administração Pública em sentido subjetivo consiste em todas as pessoas jurídicas incumbidas de exercer a função administrativa do Estado – União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquias, empresas e fundações públicas.

O sentido objetivo da administração pública, por sua vez, pode ser conceituado como a atividade administrativa exercida por aqueles entes aos quais o exercício da função administrativa do Estado foi atribuído.³² É, assim, o exercício da própria função administrativa.

³⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 28ª Edição. São Paulo: Atlas, 2015, p. 11.

³¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 28ª Edição. São Paulo: Atlas, 2015, p. 12.

³² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 23ª Edição. São Paulo: Atlas, 2009, p. 56.

Ilustrando tal definição, CARVALHO FILHO (2015) apresenta o sentido objetivo da administração pública a partir do conceito de “ação dinâmica de supervisão”, que se relaciona ao sentido de “coletividade”³³. De acordo com o autor:

“Trata-se da própria gestão dos interesses públicos executada pelo Estado, seja através da prestação de serviços públicos, seja por sua organização interna, ou ainda pela intervenção no campo privado, algumas vezes até de forma restritiva (poder de polícia). Seja qual for a hipótese da administração da coisa pública (res publica), é inafastável a conclusão de que a destinatária última dessa gestão há de ser a própria sociedade, ainda que a atividade beneficie, de forma imediata, o Estado. É que não se pode conceber o destino da função pública que não seja voltado aos indivíduos, com vistas a sua proteção, segurança e bem-estar. Essa a Administração Pública, no sentido objetivo.”³⁴

Assim, pode-se compreender a administração pública como a atividade de gestão da coisa pública. Para efetivação desta atividade, é certo que o Estado, dotado do direito à manifestação da autonomia da vontade, é capaz para celebrar contratos – sejam eles privados (regidos, de maneira geral, pelas normas de Direito Civil), ou cujos objetos sejam essencialmente ligados à função administrativa (regidos por normas específicas de Direito Público). A estes últimos chamamos contratos administrativos.

A prerrogativa de celebrar contratos administrativos atribuída à Administração Pública está presente na ordem constitucional a partir do artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal e é regulada pela Lei nº 8.666/1993. O dispositivo constitucional traz a previsão na seguinte redação:

“XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”³⁵

Desta forma, a Administração Pública tem autorização expressa para recorrer à celebração de contratos com pessoas de direito privado, a fim de assegurar o cumprimento de sua própria função de gestão do interesse coletivo. De acordo com CARVALHO FILHO

³³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 28ª Edição. São Paulo: Atlas, 2015, p. 11.

³⁴ Idem.

³⁵ BRASIL. Constituição, *op cit.*

(2015), tal relação contratual deve buscar o equilíbrio entre a igualdade das partes contratantes e a atenção às especificidades que permeiam os entes da Administração Pública:

“Com a noção mais moderna da personificação do Estado, cristalizou-se a ideia da possibilidade jurídica de serem firmados pactos bilaterais, figurando ele como uma das partes na relação obrigacional. Logicamente, tais compromissos nem deveriam, de um lado, ser desnaturados a ponto de perder sua característica própria, nem deveriam, por outro, ser de tal modo livres que pudessem abstrair-se das condições especiais que cercam a figura do Estado.”³⁶

As contribuições dos entes privados com o exercício da Administração Pública, na maior parte dos casos, se mostram de grande benefício para todos os atores envolvidos. Enquanto o interesse coletivo aproveita-se da expertise na contrapartida de que é obrigada a parte privada da relação, esta termina por cumprir sua função e exercer sua atividade econômica.

Conforme lecionam TIMM et. al. (2016), o acesso a tecnologias de ponta e à inovação dos setores pela coletividade pode ser considerado mais um relevante ponto a favor da relação entre os setores privado e público³⁷:

“O estreitamento da relação entre os setores público e privado justifica-se, outrossim, pela busca contínua e incansável das empresas rumo à inovação e ao desenvolvimento tecnológico num embate darwiniano no mercado em busca de lucro ao qual o setor público não está submetido. Isso gera, em regra, maior eficiência das empresas, e, portanto, uma inexorável necessidade da Administração Pública em aproveitar o *know how* de empresas privadas e, assim, melhor atender os interesses da população (tanto é assim que mesmo o capitalismo de Estado asiático atribui às empresas o papel de inovação).”

Desta forma, a capacidade de contratar da Administração Pública se mostra, além de inequivocamente autorizada pelo ordenamento jurídico pátrio, meio adequado à garantia de acesso à população aos benefícios proporcionados por entes privados, ocasionados pela própria lógica capitalista – com efeito, quando observadas todas as premissas necessárias à validade de negócio jurídico firmado com vistas à preservação do interesse público, sobretudo as garantias e direitos fundamentais.

³⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op cit*, p. 175.

³⁷ TIMM, Luciano Benetti. SILVA, Thiago Tavares da. RICHTER, Marcelo de Souza. Os contratos administrativos e a arbitragem: aspectos jurídicos e econômicos. BRASIL. Revista de Arbitragem e Mediação. 2016, p. 3.

Conclui-se, assim, que à Administração Pública cabe a função de gestão do interesse coletivo e, para tanto, não é rara a celebração de contratos administrativos com entes privados, posto que, sem tais instrumentos, o Estado, por si só, não seria capaz de atender ao fornecimento de todos os serviços e insumos necessários ao abastecimento das demandas sociais.

2.2 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Os chamados princípios administrativos são definidos por CARVALHO FILHO (2015) como “os postulados fundamentais que inspiram todo o modo de agir da Administração Pública. Representam cânones pré-normativos, norteando a conduta do Estado quando no exercício de atividades administrativas”³⁸.

Com o fim de aprofundar a compreensão das premissas que estabelecem os principais ditames da Administração Pública e de que forma eles balizam sua presença em procedimentos arbitrais, adiante adentraremos nos conceitos dos princípios mais caros ao exercício da gestão dos interesses sociais e coletivos.

2.2.1 PUBLICIDADE

O princípio da publicidade pode ser compreendido como grandioso elemento criador de ferramentas de controle dos administrados sobre os atos da administração. De acordo com o preceito, tais atos devem ser publicitados e disponibilizados a todos os indivíduos. Conforme orienta CARVALHO FILHO (2015), o princípio:

“Indica que os atos da administração devem merecer a mais ampla divulgação possível entre os administrados, e isso porque constitui fundamento do princípio propiciar-lhes a possibilidade de controlar a legitimidade da conduta dos agentes administrativos. Só com a transparência dessa conduta é que poderão os indivíduos aquilatar a legalidade ou não dos atos e o grau de eficiência de que se revestem.”³⁹

No direito positivo brasileiro, o princípio encontra fundamento, por exemplo, na Constituição Federal⁴⁰ e na Lei de Acesso à Informação⁴¹. O diploma constitucional estabelece,

³⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos, *op cit*, p. 18.

³⁹ *Idem*, p. 26.

⁴⁰ CONSTITUIÇÃO, *op cit*.

⁴¹ BRASIL. Lei nº 12.527, de 18.11.2011. Regula o acesso a informações públicas. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>.

em seu artigo 5º, inciso XXXIII, que “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”. Por sua vez, a mencionada lei, que regulamenta o comando constitucional, estabelece diretrizes para sua efetiva aplicação nas formas negativa e positiva, conforme orienta CARVALHO FILHO (2015):

“No sistema da Lei de Acesso, foram contempladas duas formas de publicidade. A primeira foi denominada de transparência ativa, marcada pelo fato de que as informações são transmitidas ex officio pela Administração, inclusive pela referência nos respectivos sítios eletrônicos. A segunda chama-se transparência passiva, caracterizando-se pelo procedimento em que o interessado formula sua postulação ao órgão que detém a informação.”⁴²

Assim, ainda segundo o autor:

“Negado o exercício de tais direitos, ou ainda não veiculada a informação, ou veiculada incorretamente, evidenciada estará a ofensa a direitos de sede constitucional, rendendo ensejo a que o prejudicado se socorra dos instrumentos constitucionais para garantir a restauração da legalidade.”⁴³

Diante disto, pode-se concluir que o princípio da publicidade dos atos administrativos é basilar aos valores republicanos e democráticos de vigilância das informações relacionadas aos bens e patrimônios públicos.

2.2.2 EFICIÊNCIA

O princípio da eficiência busca provocar à Administração Pública a prestação dos serviços que lhe cabem com maior grau de qualidade. De acordo com CARVALHO FILHO (2015):

“O núcleo do princípio é a procura de produtividade e economicidade e, o que é mais importante, a exigência de reduzir os desperdícios de dinheiro público, o que impõe a execução dos serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional. Há vários aspectos a serem considerados dentro do princípio, como a produtividade e economicidade, qualidade, celeridade e presteza e desburocratização e flexibilização, como acentua estudioso sobre o assunto.”⁴⁴

⁴² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op cit*, p. 27.

⁴³ *Idem*.

⁴⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op cit*, p. 31.

Segundo entende o autor supracitado, tal princípio ingressou à ordem constitucional a partir da Emenda Constitucional 19/1998, e é certo que a reforma introduziu uma série de dispositivos destinados a efetivar as diretrizes da eficiência. Entretanto, como elucida MODESTO (2000), o texto original da Constituição Federal já trazia consigo comandos que preconizavam a eficiência como diretriz geral.⁴⁵

Para exemplificar o entendimento do autor, pode ser mencionado o artigo 144 da carta constitucional, em seu parágrafo 7º, que determina que “a lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades”⁴⁶.

A efetivação do princípio tratado neste título envolve a adoção de todas as medidas constitucional e legalmente cabíveis ao melhor aproveitamento dos recursos públicos e, por conseguinte, à elevação dos interesses coletivos.

2.2.3 SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

De acordo com o princípio da supremacia do interesse público, o fim de toda a atividade da administração deve ser a elevação do interesse público. Embora seja certo o eventual conflito entre os interesses público e privado durante o exercício das atividades administrativas, este princípio determina que deve prevalecer, a todo o tempo, o bem-estar coletivo.

Este princípio não encontra fundamento no texto constitucional. Entretanto, sua aplicação é tão amplamente aceita pela doutrina e jurisprudência, que, segundo CARVALHO FILHO (2015), passou a ser considerado “princípio reconhecido”.

Assim, apesar da ausência de sua previsão e de trazer consigo conceito considerado genérico ou indeterminado, o autor supracitado defende que, no exercício das funções da administração, sua concepção é “determinável”.

⁴⁵ MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência, p. 108. Revista do Serviço Público. Ano 51, Número 2. 2000.

⁴⁶ BRASIL. Constituição, *op cit.*

Nesta seara, importa frisar que o objetivo de tal princípio não é a afirmação do interesse do Estado, mas dos interesses coletivos, que se manifestam na indisponibilidade de determinados direitos de natureza pública. Sobre este ponto, JUSTEN FILHO esclarece que:

"O interesse público não se confunde com o interesse do Estado, com o interesse do aparato administrativo ou do agente público. É imperioso tomar consciência de que um interesse é reconhecido como público porque é indisponível, porque não pode ser colocado em risco, porque suas características exigem a sua promoção de modo imperioso."⁴⁷

Este entendimento é de extrema relevância à compreensão do princípio de que se tratará a seguir, bem como das questões mencionadas na Seção 3 do presente trabalho.

2.2.4 INDISPONIBILIDADE

O princípio da indisponibilidade opera no direito brasileiro como limitador à atividade do aparato público, na medida em que restringe a liberdade do administrador em dispor dos interesses coletivos sem prévia autorização legal expressa.

Neste sentido, leciona GAVIÃO PINTO (2008):

"Insta salientar que os agentes públicos não têm disponibilidade sobre os interesses públicos destinados à sua guarda e realização, até porque os bens, direitos e interesses públicos são confiados ao administrador tão-somente para a sua gestão, e jamais para a sua disposição sem justa causa. Por esse motivo é que o poder de disposição para aliená-los, renunciá-los ou transacioná-los, dependerá sempre de lei."⁴⁸

Pode-se compreender, a este respeito, a lição de MELLO (2015) é a seguinte:

"De acordo com o princípio da indisponibilidade, não é dado à Administração Pública dispor do interesse público, renunciando à sua satisfação, eis que ele não pertence à Administração, mas sim à coletividade. Os agentes administrativos não são livres para decidir se vão ou não atender o interesse público: trata-se de dever, ao qual estão associados os poderes necessários ao seu pleno cumprimento."⁴⁹

A concepção é complementada pela orientação de CARVALHO FILHO (2015):

⁴⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo, p. 39-41. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2005.

⁴⁸ GAVIÃO PINTO, Alexandre Guimarães. Revista da EMERJ, v. 11, nº 42, 2008.

⁴⁹ MELLO, Rafael Munhoz de. Arbitragem e Administração Pública. Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná, Curitiba, n. 6 p. 47-81, 2015.

“Os bens e interesses públicos não pertencem à Administração nem a seus agentes. Cabe-lhes apenas geri-los, conservá-los e por eles velar em prol da coletividade, esta sim a verdadeira titular dos direitos e interesses públicos.

O princípio da indisponibilidade enfatiza tal situação. A Administração não tem a livre disposição dos bens e interesses públicos, porque atua em nome de terceiros. Por essa razão é que os bens públicos só podem ser alienados na forma em que a lei dispuser. Da mesma forma, os contratos administrativos reclamam, como regra, que se realize licitação para encontrar quem possa executar obras e serviços de modo mais vantajoso para a Administração.”⁵⁰

Pode-se dizer que os interesses indisponíveis são aqueles que não estão sujeitos à livre disposição pelos agentes da Administração Pública, a quem cabe apenas a gestão, conservação e zelo, posto que seus verdadeiros titulares são os indivíduos que integram a coletividade. Por isso, os bens públicos indisponíveis só podem ser alienados na forma em que a lei dispuser, e não de acordo com os interesses privados de determinado agente da Administração⁵¹.

Assim, o princípio da indisponibilidade da administração pública é fundamental ao resguardo do interesse coletivo em relação a atos administrativos que possam caracterizar desvio da finalidade primeira da Administração: a proteção e gestão de tais interesses.

Tal princípio é referenciado (e, de certa forma, mitigado para o bem dos próprios interesses coletivos) no artigo e parágrafo 1º da Lei de Arbitragem, que determina que a Administração Pública pode “utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a *direitos patrimoniais disponíveis*” (grifamos). Adiante, serão levantadas considerações a respeito dos elementos que garantem validade à referida norma.

⁵⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 28ª Edição. São Paulo: Atlas, 2015, p. 36.

⁵¹ Idem.

3. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO PARTE EM PROCEDIMENTOS ARBITRAIS

3.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

São vastas as discussões a respeito da sobrecarga enfrentada pela jurisdição estatal – a conhecida “crise do judiciário” – nas últimas décadas. Segundo relatório promovido pelo Conselho Nacional de Justiça, o Poder Judiciário finalizou o ano de 2020 com 75,4 milhões de processos em tramitação. Ainda conforme o estudo, o tempo entre o ajuizamento das ações e a prolação de sentença em primeiro grau é de, em média, 3 anos e 2 meses⁵².

Os órgãos que compõem a Administração Pública no Brasil podem ser considerados os maiores responsáveis pela avassaladora quantidade de processos em trâmite perante o Poder Judiciário no país. De acordo com levantamento realizado pelo Conselho Nacional de Justiça em 2011, dos cem maiores litigantes do Brasil, os seis primeiros da lista são membros da Administração Pública direta ou indireta⁵³.

Não bastasse a contribuição para o agravamento da crise do judiciário, de acordo com TIBURCIO (2016), a excessiva monta de litígios envolvendo a administração provoca impactos ao interesse público para além da demora processual⁵⁴. A autora aponta os riscos de tornar menos competitivo no mercado o Estado brasileiro frente às inseguranças de parceiros privados a respeito dos problemas enfrentados quando da necessidade de resolução de litígios no Brasil:

“Como o excesso de trabalho prejudica a qualidade das decisões proferidas e a própria celeridade da tutela jurisdicional, é evidente que esse problema pesa no “custo Brasil”. A busca do Estado por parceiros privados - que só aumenta no plano mundial - é dificultada, no Brasil, pela percepção de que eventuais ilícitos não serão evitados ou remediados em tempo razoável, tornando menos atrativa (e, assim, mais cara) a ideia de contratar com o Poder Público.”⁵⁵

⁵² CNJ.100 maiores litigantes, 2011.p. 5-14. Disponível em: <www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em 13/07/2022.

⁵³ Idem.

⁵⁴ TIBURCIO, Carmem. Arbitragem envolvendo a Administração Pública: notas sobre as alterações introduzidas pela lei 13.129/2015. *Revista de Processo*. vol. 254. ano 41. p. 431-462. São Paulo: Ed. RT, abr. 2016.

⁵⁵ Idem.

A autora segue, mencionando as prerrogativas especiais de que são titulares os entes do poder público no âmbito da jurisdição estatal como entraves adicionais à imagem geral da resolução de litígios envolvendo a administração:

“Isso se agrava, ainda, com as prerrogativas, processuais e extraprocessuais, de que gozam as entidades públicas brasileiras e que contribuem para a imagem de que as demandas contra a Fazenda Pública, até o remoto pagamento dos precatórios, são verdadeiras vias-crúcis, sem prazo esperado de conclusão.”

Neste cenário, é possível estimar que aqueles parceiros privados que, por fim, acabam se dispondo a contratar com o poder público, incluem em seus preços as exposições decorrentes de eventuais disputas judiciais que poderiam correr por longos anos até sua efetiva conclusão (TIBURCIO, 2016). Este fenômeno ocasiona maior dispêndio de recursos públicos para a contratação dos serviços necessários à coletividade, em movimento diametralmente contrário à efetivação do objetivo primordial da Administração Pública: a defesa dos interesses da coletividade.

Diante disso, a edição da Lei 13.129/2015 foi responsável por inserir no ordenamento jurídico a grata previsão da ampliação do instituto da arbitragem aos entes do poder público. A este respeito, TIBURCIO (2016) destaca que a entrada em vigor da norma:

“Trata-se de um reconhecimento explícito, por parte do Legislativo, de que a opção pela arbitragem não apenas pode ser útil e vantajosa para o Poder Público, mas serve também para desafogar o judiciário e contribuir para a célere resolução de conflitos que dependem do Estado-juiz.”⁵⁶

Como alternativa à morosidade do Poder Judiciário e aos riscos comerciais a que se expõe a administração pública decorrentes dela, acima descritos, se apresenta o juízo arbitral como potencial ferramenta de transformação ao cenário litigioso que envolve o interesse público.

TIMM et. al. (2016) ratificam a ideia de que a adoção de procedimentos arbitrais em detrimento do ajuizamento de ações junto ao Poder Judiciário para dirimir os conflitos que envolvem o interesse público oferece benefícios a todas as partes envolvidas – tanto ao poder privado, quanto ao público:

⁵⁶ TIBURCIO, Carmem. *Op cit*, p. 436.

“Para a iniciativa privada, proporciona a segurança jurídica necessária para a inserção de cláusula arbitral nos acordos firmados com o setor público. Caso surjam conflitos decorrentes desta relação, o investidor contará com um procedimento célere, imparcial, com prazos e atos procedimentais flexibilizados e fixados caso a caso, e, finalmente, cuja decisão proferida será vinculante e livre dos inúmeros recursos previstos na legislação processual.

Já para o setor público, é mais um atrativo a oferecer aos empresários na busca por novos investimentos, com a finalidade de alavancar o crescimento e o aperfeiçoamento dos serviços públicos, considerando o cenário de crise econômica vivido pelo país.”⁵⁷

Neste cenário, a aderência do poder público à busca de solução de litígios por meio do juízo arbitral, garante não só o aproveitamento dos benefícios comumente atribuídos à arbitragem – como a expertise dos árbitros a respeito da matéria em discussão e a celeridade na conclusão das disputas – também contribui para desafogar a produtividade do Poder Judiciário e oferecer maior competitividade à administração pública, garantindo ao interesse público maior aproveitamento econômico sobre os contratos que celebra.

Parece haver um consenso, portanto, com relação aos múltiplos benefícios oferecidos pela arbitragem ao interesse público. Porém, em homenagem a todos os elementos que garantem à administração pública proteção especial em relação aos direitos privados, já mencionados no presente trabalho, há que se adotar cautela na análise da possibilidade de adesão às convenções arbitrais pelos entes públicos. Adiante, trataremos dos limites a serem observados para garantia de validade às arbitragens que envolvem a Administração.

3.2 ARBITRALIDADE SUBJETIVA

A arbitralidade é entendida como a viabilidade jurídica de submeter-se a determinado procedimento arbitral (TIBURCIO, 2016). Em sua esfera subjetiva, a arbitralidade diz respeito à capacidade de se figurar como parte em arbitragem, seja no polo passivo, seja no polo ativo.

De acordo com o artigo 1º da Lei da Arbitragem, só é permitido integrar procedimentos arbitrais às partes que tenham capacidade de contratar. Conforme tentou-se demonstrar ao longo do presente trabalho, a Administração Pública é plenamente dotada da capacidade de contratar, desde que observados os requisitos constitucionais e legais, por seu próprio fim de gestão do interesse público.

⁵⁷ TIMM, Luciano Benetti. SILVA, Thiago Tavares da. RICHTER, Marcelo de Souza. *Op cit.*

A Lei nº 13.159/2015, por sua vez, tratou de autorizar expressamente a utilização da arbitragem por entes da Administração Pública direta e indireta para resolução dos conflitos relacionados a direitos disponíveis.

Como pontua TIBURCIO (2016), de acordo com o texto original da Lei da Arbitragem, o entendimento prevalecente era o “de que, para serem válidas, as convenções arbitrais firmadas por entes da administração dependiam de prévia autorização legislativa”. Com a entrada em vigor da nova lei, portanto, a celebração das convenções arbitrais pela administração encontraram a plena autorização legislativa de que careciam até então.

Ainda conforme TIBURCIO (2016), nenhum dos requisitos que assegurem a arbitralidade

“oferece qualquer dificuldade quanto aos entes da Administração Pública que, sendo plenamente capazes, poderiam, em tese, decidir pela solução arbitral. Em princípio, a mesma competência que autoriza esses entes a firmar contratos para criar, modificar, ceder ou extinguir direitos e obrigações lhes permitiria também firmar uma convenção de arbitragem.”⁵⁸

Desta forma, desde a edição da Nova Lei da Arbitragem, a Administração Pública encontra amplo respaldo legal para afirmar sua capacidade de fazer parte de procedimentos arbitrais, não havendo óbices para o pleno exercício de sua arbitralidade subjetiva.

3.3 ARBITRALIDADE OBJETIVA

A dimensão objetiva da arbitralidade, por sua vez, diz respeito às matérias que podem ser submetidas a determinada arbitragem. Este ponto merece especial atenção quando se trata de procedimentos arbitrais envolvendo a Administração Pública, em razão do princípio da indisponibilidade dos interesses coletivos.

O já mencionado artigo 1º da Lei de Arbitragem é contundente ao delimitar que a arbitralidade objetiva da Administração se estende apenas a conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Significa dizer, em linhas gerais, que a arbitralidade objetiva da Administração é balizada pelo princípio da indisponibilidade do interesse público.

⁵⁸ TIBURCIO, Carmem. *Op cit*, p. 439.

Conforme mencionado ao longo deste trabalho, o princípio da indisponibilidade baliza a atuação do administrador para que este seja impedido de transacionar elementos que recaiam sobre o interesse público. Com relação a isto, TIBURCIO (2016) esclarece o seguinte:

“Embora a regra, no direito privado, seja a disponibilidade dos direitos e, com isso, a arbitrabilidade das lides, não é assim, porém, no direito público, em que vigora a *indisponibilidade do interesse público*: por não serem titulares dos direitos em jogo, os administradores públicos não têm poder de disposição direta sobre eles.”⁵⁹

Assim, é correto afirmar que o interesse da coletividade não é passível de transação pelos entes da Administração Pública. A partir disto, o desafio parece residir na busca pela delimitação de quais direitos seriam, enfim, passíveis de submissão à arbitragem, sem que sejam feridos os princípios fundamentais da administração pública.

Diante do entendimento de que coexistem os direitos disponíveis e indisponíveis, MELLO (2015) se dedicou a delimitar alguns dos direitos passíveis de arbitramento:

“(…) as discussões a respeito de (in)adimplemento de obrigações contratuais, manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, efeitos patrimoniais do exercício dos poderes de que dispõe a Administração no âmbito da relação contratual ou da extinção do vínculo podem ser solucionadas na via arbitral, pois qualquer uma delas também admite composição por acordo.”⁶⁰

Para iluminar tal busca, CARVALHO FILHO (2015) indica serem indisponíveis os atos decorrentes do exercício do poder de império ou de autoridade pública da Administração. Isto é, os atos administrativos que exprimem a soberania da Administração Pública sobre os interesses privados não podem ser submetidos a procedimentos arbitrais.⁶¹ É o caso, por exemplo, de atos de desapropriação de imóveis e interdição de atividades.

Desta forma, dispor-se de atos praticados em homenagem ao interesse público vai de encontro ao próprio sentido do aparato administrativo, qual seja, a tutela da primazia da coletividade. Apesar de caber à administração a gestão dos direitos coletivos, a impossibilidade de transacioná-los se justifica pelo imperioso princípio da indisponibilidade do interesse público.

⁵⁹ Idem.

⁶⁰ MELLO, Rafael Munhoz de. Arbitragem e Administração Pública, *op cit*.

⁶¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. cit*, p. 1036.

Por outro lado, de acordo com CARVALHO FILHO (2015), a arbitragem pode ser adotada em situações nas quais predominem elementos e ativos de característica estritamente patrimonial. A relativização do princípio da indisponibilidade em relação a eles se justifica em razão de sua natureza essencialmente comercial, de modo a não oferecer qualquer risco ao interesse coletivo. Podem ser consideradas disponíveis, por exemplo, as cláusulas que regem as condições financeiras dos contratos celebrados pela Administração.⁶²

Assim, não se pode negligenciar a existência de direitos essencialmente patrimoniais de titularidade indireta da Administração Pública (e direta do interesse coletivo). Tais direitos têm sido, inclusive, amplamente tutelados por contratos firmados com entes privados. Ora, diante do fortalecimento da tendência do acesso à justiça multiportas pela sociedade geral, não se deve criar óbices à utilização deste recurso pela Administração Pública⁶³. Tal movimento representaria, a *contrario sensu*, prejuízos ao interesse coletivo.

A respeito da possibilidade de a administração submeter direitos patrimoniais à jurisdição arbitral em razão da capacidade de contratar do poder público, as palavras JUSTEN FILHO (2015) são assertivas:

“O argumento de que a arbitragem nos contratos administrativos é inadmissível porque o interesse público é indisponível conduz a um impasse insuperável. Se o interesse público é indisponível ao ponto de excluir a arbitragem, então seria indisponível igualmente para o efeito de produzir contratação administrativa. Assim como a Administração Pública não disporia de competência para criar a obrigação vinculante relativamente ao modo de composição do litígio, também não seria investida do poder para criar qualquer obrigação vinculante por meio contratual. Ou seja, seriam inválidas não apenas as cláusulas de arbitragem, mas também e igualmente todos os contratos administrativos.”⁶⁴

É incontroverso, portanto, que a arbitralidade objetiva da Administração Pública é não só uma possibilidade jurídica, mas também ferramenta à manutenção dos interesses coletivos. São vastas as possibilidades de submissão de conflitos relacionados a contratos firmados pela Administração Pública à jurisdição arbitral. Observados todos os princípios constitucionais e

⁶² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. cit.*, p. 1035-1036.

⁶³ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Administração Pública- primeiras reflexões sobre a arbitragem envolvendo a Administração Pública. *Revista brasileira de arbitragem*, nº 51. 2016.

⁶⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo, 11. ed., São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 2015, p. 824-825).

reconhecidos que determinam a primazia do interesse coletivo, tal prática pode representar significativos benefícios à coisa pública.

3.4 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE APLICADO À ARBITRAGEM

Há, ainda, aspecto adicional que merece a devida atenção nos procedimentos arbitrais envolvendo entes da Administração Pública. Conforme se buscou elucidar ao longo deste trabalho, é princípio basilar à Administração Pública o da publicidade. Negligenciadas as diretrizes de publicidade dos atos administrativos, é impossível a subsistência do sistema republicano.

Embora inexista lei que vincule as partes de uma arbitragem à manutenção de sigilo em relação aos procedimentos arbitrais, algumas das principais câmaras arbitrais do Brasil possuem regramento específico com relação ao assunto. Os regulamentos do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem⁶⁵ e da Câmara de Comércio Brasil-Canadá⁶⁶, por exemplo, estabelecem que, salvo estabelecido em contrário pelas partes, a regra dos procedimentos é a do sigilo perante terceiros.

De acordo com José Emílio Nunes Pinto, a adoção de sigilo na arbitragem permite a continuidade das relações contratuais entre as partes no curso do procedimento arbitral, permitindo que os conflitos sejam solucionados de maneira amigável e sem que a existência de determinada controvérsia possa ser compreendida por terceiros como uma ruptura da relação entre as partes envolvidas⁶⁷.

Entretanto, ao passo que as arbitragens são, de maneira geral, regidas por cláusulas de sigilo e confidencialidade como prática comum à maioria dos contratantes, aquelas que envolverem a Administração Pública devem atentar-se ao princípio da publicidade. Tal

⁶⁵ CENTRO BRASILEIRO DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM. Regulamento de Arbitragem. Disponível em: <<https://cbma.com.br/wp-content/uploads/2022/01/Regulamento-de-Arbitragem-valido-a-partir-de-01.02.2013.pdf>>. Brasil. 2013.

⁶⁶ CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ. Regulamento de Arbitragem. Disponível em: <<https://storage.googleapis.com/stateless-ccbc-org-br/2018/09/a1dc1322-rn01-01-regulamento-de-arbitragem.pdf>>. Brasil. 2011.

⁶⁷ PINTO, José Emilio Nunes. A confidencialidade na arbitragem. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo: RT, v. 2, 6, p. 25-36, jul./set. 2005.

comando pode ser extraído da Nova Lei de Arbitragem, em seu artigo 1º, parágrafo terceiro. A motivação desta norma, é explicada por TIBURCIO (2016) nas seguintes palavras:

“A razão subjacente à opção legislativa é bastante óbvia: em uma república, é direito de todo e qualquer cidadão - além, é claro, dos órgãos de controle (e.g., Ministério Público) - ter acesso às informações que digam respeito à gestão do Estado e do patrimônio público. Como membros da sociedade política, os brasileiros devem poder controlar o que seus agentes fazem em seu nome, submetendo seus atos à crítica e ao debate públicos, refletindo sobre a eventual recondução de representantes eleitos, ou mesmo suscitando meios formais de controle e responsabilização (e.g., denúncias à Tribunais de Contas, representações ao Ministério Públicos e às comissões parlamentares, propositura de ações populares).”

Desta forma, a doutrina indica que “todas as petições e manifestações apresentadas no curso da arbitragem, as provas produzidas e os pronunciamentos dos árbitros devem estar disponíveis para quem quiser tomar conhecimento do seu teor”⁶⁸.

Entretanto, a legislação geral e a doutrina servem como diretrizes genéricas a serem adotadas, mas não chegam a tratar dos procedimentos a serem adotados para garantir sua aplicação, ou a quais documentos processuais a publicidade se estende.

Neste cenário, a regulamentação da publicidade dos procedimentos arbitrais que envolvem a Administração fica a cargo da promulgação de leis específicas pelos entes federativos e, ainda da edição de normativos a respeito do tema pelas câmaras arbitrais. Com isso, as regras não têm sido estabelecidas de maneira uniforme.

A Agência Nacional dos Transportes Terrestres (ANTT) editou a Resolução nº 5.845/2019, recentemente alterada pela Resolução nº 5.960/2022, que estabelece que as “informações no processo arbitral serão públicas, ressalvadas aquelas necessárias à preservação de segredo industrial ou comercial e aquelas consideradas sigilosas pela legislação brasileira”⁶⁹.

O normativo estabelece, ainda, que os termos de arbitragem e as decisões proferidas pelo juízo arbitral serão disponibilizados no site da própria Agência, ao passo que cabe à respectiva câmara a publicação dos demais documentos e atos processuais.

⁶⁸ PIRES, Thiago Magalhães. Princípios e garantias fundamentais do processo civil: comentários ao projeto de Novo Código de Processo Civil, *Universitas Jus* 25:65.2014. p. 105.

⁶⁹ BRASIL. Resolução nº 5.845 de 14 de maio de 2019. Dispõe sobre as regras procedimentais para a autocomposição e a arbitragem no âmbito da ANTT. Disponível em < <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolu%C3%87%C3%83o-n%C2%BA-5.845-de-14-de-maio-de-2019-104559141>>.

Os estados também têm editado normativos a fim de regular a publicidade das arbitragens envolvendo a Administração em seus respectivos âmbitos. O Estado de São Paulo, por exemplo, estabeleceu, por meio do Decreto nº 64.356/2019 que a Procuradoria-Geral do Estado é a responsável pela disponibilização de maneira geral dos atos das arbitragens respectivas⁷⁰.

O estado do Rio de Janeiro também tratou de regulamentar a matéria, por meio do Decreto nº 46.245/2018. De acordo com o normativo, porém, a Procuradoria-Geral do Estado só deve disponibilizar os atos do processo arbitral mediante requerimento de eventual interessado⁷¹.

Por sua vez, algumas das câmaras arbitrais do país também têm editado normativos próprios que regulam a publicidade das arbitragens envolvendo a administração pública. A Câmara de Comércio Brasil-Canadá, por exemplo, publicou a RA nº 15/2016, que determina que os documentos a serem publicados e procedimentos para promover sua publicação devem ser estabelecidos pelas partes nos próprios termos de arbitragem⁷²

Com a ausência de regulamentação geral do assunto, percebe-se que as normas publicadas pelos entes federativos e pelas câmaras arbitrais têm sido estabelecidas de maneira diversa por cada órgão. Tal fenômeno pode ser considerado positivo à medida em que considera as especificidades do âmbito específico sobre o qual cada um dos normativos incide. Por outro lado, é possível que a dissipação de tais regras dificulte a efetivação da publicidade das arbitragens envolvendo a administração pública.

⁷⁰ SÃO PAULO. Decreto nº 64.356, de 31 de julho de 2019. Dispõe sobre o uso da arbitragem para resolução de conflitos em que a Administração Pública direta e suas autarquias sejam parte. Disponível em <<https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2019/decreto-64356-31.07.2019.html#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20uso%20da,e%20suas%20autarquias%20sejam%20parte>>.

⁷¹ RIO DE JANEIRO. Decreto nº 46.245 de 19 de fevereiro de 2018. Regulamenta a adoção da arbitragem para dirimir os conflitos que envolvam o estado do rio de janeiro ou suas entidades. Disponível em <<http://crars.org.br/cma/arquivos/Decreto-Lei-46.245-2018-Arbitragem-Rio-de-Janeiro.pdf>>.

⁷² CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ. Resolução nº 15 de 20 de janeiro de 2016. dispõe sobre a interpretação do Regulamento desta instituição à aplicação do princípio da publicidade em procedimentos arbitrais que envolvem a administração pública. Disponível em: <<https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/resolucoes-administrativas/ra-15-2016-publicidade-em-procedimentos-com-a-adm-publica-direta/>>.

Incontroverso, porém, que o assunto vem ganhando maior relevância com o aumento da aderência à jurisdição arbitral pela Administração.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto ao longo deste trabalho, é seguro concluir que a arbitralidade da Administração Pública, em suas dimensões objetiva e subjetiva, sofreu importante evolução ao longo dos últimos séculos, até alcançar o patamar em que se encontra atualmente – amplamente amparado tanto pela legislação, quanto pela doutrina.

Conforme tentou-se demonstrar, a Administração Pública não mais deve encontrar quaisquer objeções a seu acesso à jurisdição arbitral. Com efeito, tanto o diploma constitucional, quando a legislação aplicável, e até mesmo a doutrina brasileira, possuem entendimentos expressos no sentido de ser legítima a participação dos órgãos administrativos em arbitragens.

Além de todos os benefícios já mencionados e conhecidos da adoção de cláusula arbitral nos contratos privados, especialmente a respeito dos contratos administrativos é seguro dizer que a submissão de conflitos deles originados à cognição de árbitros com expertise garante melhoras, inclusive, no exercício de gestão dos interesses coletivos: garante-se julgamento mais célere e assertivo a respeito de determinada matéria, ao passo que colabora com o descongestionamento do Poder Judiciário.

Com relação à aparente impossibilidade desta prática em razão de sua limitação objetiva, também restou clara a inexistência de razão que fundamente tal conflito. Restou demonstrado que, de fato, os interesses coletivos não são disponíveis, à medida que traduzem a própria razão de ser da administração pública.

Por outro lado, os entes públicos são titulares de inúmeros direitos estritamente patrimoniais e, portanto, disponíveis. Com relação a estes, é incontroversa a possibilidade de submissão a juízos arbitrais. Como decorrem da própria capacidade de contratar, não devem fugir ao regramento geral dos contratantes do âmbito privado, isto é, não possui qualquer fundamento a negativa de seu acesso à justiça multipartas.

Adicionalmente, restou clara a necessidade de se dedicar atenção aos pressupostos constitucionais e legais que conferem proteção específica aos interesses coletivos, de modo a balizar a presença dos entes da Administração em procedimentos arbitrais.

Assim, entende-se que a previsão de cláusula compromissória de arbitragem nos editais disponibilizados pelos órgãos administrativos e nas minutas dos respectivos contratos é prática a ser constantemente fortalecida e encorajada por todos os atores sociais – posto que o benefício oferecido à coletividade recai sobre todos. É interessante ao Estado compreender a adoção do referido dispositivo nos instrumentos que celebra como oportunidade de oferecer ao interesse coletivo maior segurança – seja ela jurídica, econômica ou social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA SANTOS, Cláudio Francisco de. Os princípios fundamentais da arbitragem. In: CASELLA, Paulo Borba (Coordenação). Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional. 2ª edição. LTr Editora. São Paulo. 1999.

BERALDO, Leonardo de Faria. Curso de Arbitragem nos Termos da Lei nº 9.307/96. 1º edição. São Paulo. Atlas. 2014.

BERMUDES, Sergio. Introdução ao Processo Civil. 5ª edição. Forense. Rio de Janeiro. 2010.

BRASIL. Resolução nº 5.845 de 14 de maio de 2019. Dispõe sobre as regras procedimentais para a autocomposição e a arbitragem no âmbito da ANTT. Disponível em <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolu%C3%87%C3%83o-n%C2%BA-5.845-de-14-de-maio-de-2019-104559141>>.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

BRASIL. Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm>.

BRASIL. Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113129.htm>.

BRASIL. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá

outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>.

CENTRO BRASILEIRO DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM. Regulamento de Arbitragem. Brasil. 2013. Disponível em: <<https://cbma.com.br/wp-content/uploads/2022/01/Regulamento-de-Arbitragem-valido-a-partir-de-01.02.2013.pdf>>.

CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ. Regulamento de Arbitragem Brasil. 2011. Disponível em: <<https://storage.googleapis.com/stateless-ccbc-org-br/2018/09/a1dc1322-rn01-01-regulamento-de-arbitragem.pdf>>.

CAHALI, Francisco José. Curso de arbitragem, mediação, conciliação, tribunal multiportas. 7ª edição. Revista dos Tribunais: Thomson Reuters. São Paulo. 2018.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Administração Pública – primeiras reflexões sobre a arbitragem envolvendo a Administração Pública. 51ª edição. Revista brasileira de arbitragem. São Paulo. 2016.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3ª edição. Atlas. São Paulo. 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 28ª edição. Atlas. São Paulo. 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. 100 maiores litigantes, 2012. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/100_maiores_litigantes.pdf>.

DELGADO, José Augusto. A arbitragem no Brasil: evolução histórica e conceitual. Revista forense: doutrina, legislação e jurisprudência. Vol. 100. Nº 374. 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 23ª Edição. Atlas. São Paulo. 2009.

DIDIER JR, Freddie. Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil Parte Geral e Processo do Conhecimento. 21ª edição. JusPODIVM. São Paulo. 2019.

GAVIÃO PINTO, Alexandre Guimarães. Os Princípios mais Relevantes do Direito Administrativo. Revista da EMERJ. Vol. 11. Nº 42. 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 11º edição. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2015.

LEMES, Selma Maria Ferreira. Arbitragem na Administração Pública. Fundamentos jurídicos e eficiência econômica. Editora Quartier Latin. São Paulo. 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2020.

MARTINS, Pedro A. Batista. Arbitragem através dos tempos: obstáculos e preconceitos à sua implementação no Brasil. 1999.

MELLO, Rafael Munhoz de. Arbitragem e Administração Pública. Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná. Nº 6. Curitiba. 2015.

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. Revista do Serviço Público. Ano 51. Nº 2. Brasília. 2000.

PINTO, José Emilio Nunes. A confidencialidade na arbitragem. Revista de Arbitragem e Mediação. Revista dos Tribunais. Vol. 2. Nº 6. São Paulo. 2005.

PIRES, Eduardo. Autonomia da vontade: um princípio fundamental do direito privado como base para instauração e funcionamento da arbitragem. XIX Encontro Nacional do CONPEDI. 2010.

PIRES, Thiago Magalhães. Princípios e garantias fundamentais do processo civil: comentários ao projeto de Novo Código de Processo Civil. Universitas Jus. 2014.

RIO DE JANEIRO. Decreto nº 46.245 de 19 de fevereiro de 2018. Regulamenta a adoção da arbitragem para dirimir os conflitos que envolvam o estado do rio de janeiro ou suas entidades. Disponível em < <http://crars.org.br/cma/arquivos/Decreto-Lei-46.245-2018-Arbitragem-Rio-de-Janeiro.pdf>>.

SÃO PAULO. Decreto nº 64.356, de 31 de julho de 2019. Dispõe sobre o uso da arbitragem para resolução de conflitos em que a Administração Pública direta e suas autarquias sejam parte. Disponível em < <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2019/decreto-64356-31.07.2019.html#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20uso%20da,e%20suas%20autarquias%20sejam%20parte>>.

SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas. Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2006.

THEODORO JR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Forense. 58ª edição. Rio de Janeiro. 2017.

TIBURCIO, Carmem. Arbitragem envolvendo a Administração Pública: notas sobre as alterações introduzidas pela lei 13.129/2015. Revista dos Tribunais: Thomson Reuters. Revista de Processo. Vol. 254. Ano 41. São Paulo. 2016.

TIMM, Luciano Benetti. SILVA, Thiago Tavares da. RICHTER, Marcelo de Souza. Os contratos administrativos e a arbitragem: aspectos jurídicos e econômicos. Revista dos Tribunais: Thomson Reuters. Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo. 2016.