

Alexandre Rodrigues de Albuquerque Filho

A UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM

PELO PODER PÚBLICO:
VIABILIDADE E LIMITES

Alexandre Rodrigues de Albuquerque Filho

**A UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM
PELO PODER PÚBLICO:
VIABILIDADE E LIMITES**



**Fortaleza-CE
2022**

FICHA TÉCNICA:

Editor-chefe: Vanques de Melo
Diagramação: Vanques Emanuel
Capa: Vanderson Xavier
Produção Editorial: Editora DINCE
Revisão: Os Autores

CONSELHO EDITORIAL:

Dr. Felipe Lima Gomes (Mestre e doutor pela UFC)
Prof. e Ma. Karine Moreira Gomes Sales (Mestra pela UECE)
Francisco Odécio Sales (Mestre pela UECE)
Roberta Araújo Formighieri (Metrande pela UNIFRO)
Dr. Francisco Dirceu Barro
Prof. Raimundo Carneiro Leite
Eduardo Porto Soares
Alice Maria Pinto Soares
Prof. Valdeci Cunha

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)

ALBUQUERQUE FILHO, Alexandre Rodrigues de.

A UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM PELO PODER PÚBLICO: VIABILIDADE
E LIMITES

Fortaleza – Ceará. Editoras DINCE, 2022 –50p. Impresso

ISBN: [978-85-7872-590-7](https://www.isbn.org/978-85-7872-590-7)

DOI: [10.56089/978-85-7872-590-7](https://doi.org/10.56089/978-85-7872-590-7)

1. Direito Público 2. Arbitragem I. Título

NOTA DA EDITORA

As informações e opiniões apresentadas nesta obra são de inteira responsabilidade do(s) autor (es).

A DIN.CE se responsabiliza apenas pelos vícios do produto no que se refere à sua edição, considerando a impressão e apresentação. Vícios de atualização, opiniões, revisão, citações, referências ou textos compilados são de responsabilidade de seu(s) idealizador (es).

Impresso no Brasil

Impressão gráfica: **DIN.CE**

CENTRAL DE ATENDIMENTO:

Tel.: (85) 3231.6298 / 9.8632.4802 (WhatsApp)
Av. Dois, 644, Itaperi / Parque Dois Irmãos – Fortaleza/CE

“A Administração Pública tem o dever de se esforçar ao máximo para prestigiar aquela solução que, simultaneamente, não resulte na multiplicação de ações perante o Poder Judiciário e concretize a boa-fé e a eficiência”

(Egon Bockmann Moreira)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO 1 - DO SISTEMA DE JUSTIÇA MULTIPORTAS.....	13
CAPÍTULO 2 - DA ARBITRAGEM	19
CAPITULO 4 - DO USO DA ARBITRAGEM PELO PODER PÚBLICO	27
CAPÍTULO 5 - DOS LIMITES E REQUISITOS NECESSÁRIOS.....	33
DAS CONCLUSÕES	47
REFERÊNCIAS	49

INTRODUÇÃO

A arbitragem é um método alternativo de resolução de conflitos que tem sido cada vez mais utilizado no Brasil, inclusive pelo Poder Público – sobretudo em casos que envolvem disputas contratuais e litígios com empresas privadas. Trata-se uma forma heterocompositiva de resolver disputas, sem que haja necessidade de recorrer aos tribunais judiciais tradicionais.

Tal mecanismo extrajudicial oferece várias vantagens em relação à resolução de conflitos nos tribunais tradicionais, o que inclui uma maior celeridade no julgamento definitivo dos litígios, a capacidade de escolher árbitros especializados em determinadas áreas do conhecimento – muitas vezes determinantes para a escolha da melhor solução do conflito – e a flexibilidade na escolha das regras e procedimentos a serem aplicados.

No caso da arbitragem, ao contrário do Poder Judiciário – onde os processos são julgados por juízes togados, aprovados em concursos públicos e selecionados, para o julgamento da causa, geralmente

por sorteio e de acordo com as regras de competência estabelecidas em lei –, os julgadores (aqui chamados de árbitros), também independentes e imparciais, são escolhidos pelas partes para decidir o caso.

No Brasil, é a Lei n.º 9.307/96 que disciplina o uso da arbitragem pelos eventuais interessados, fixando certas diretrizes que devem ser obedecidas pelas partes e pelos tribunais arbitrais – além de definir regras em relação à atuação (cooperativa e fiscalizadora) do Judiciário acerca do procedimento arbitral.

Ressalte-se que as partes interessadas em se submeter ao referido procedimento detêm maior liberdade para estipular as regras processuais e de julgamento, podendo até mesmo estabelecer a viabilidade de decisão por equidade.¹

No entanto, diante das peculiaridades inerentes ao procedimento, o uso da arbitragem pelo Poder Público foi questionado por uma parcela da doutrina, por, supostamente, ser incompatível com alguns dos princípios que regem o regime jurídico

¹ O que significa que o árbitro poderá julgar com base no seu próprio “senso de Justiça”, não havendo qualquer vinculação com as disposições previstas em lei.

administrativo – a exemplo da legalidade, da impessoalidade e da publicidade.

Parte dos críticos questionam se o processo de escolha dos árbitros pode ser, de fato, isento e se as decisões dos árbitros são realmente baseadas na legislação aplicável ao caso. Além disso, a liberdade ampla de modificação do procedimento – o que inclui, muitas vezes, a imposição de sigilo sobre o caso – parece colidir com o princípio da legalidade e da publicidade.

Apesar dessas preocupações, a arbitragem continuou sendo uma opção atraente para o Poder Público, especialmente quando se tinha por objeto casos complexos que exigiam especialização técnica. A arbitragem, nesse sentido, é particularmente útil em casos envolvendo projetos de infraestrutura, parcerias público-privadas e contratos administrativos, situações em que uma resolução rápida e eficiente de disputas pode ser crucial para o sucesso do projeto e da política pública relacionada, o que, no fim das contas, determina a plena satisfação do interesse público.

Nesse contexto de incentivo ao uso da arbitragem pelo Poder Público, a Lei n.º 9.307/96 foi alterada, em 2015, passando a incluir permissivo

expresso à participação da Administração Pública no procedimento arbitral, desde que sejam respeitados certos limites, os quais serão, a partir de agora, melhor analisados por esta obra.

CAPÍTULO 1

DO SISTEMA DE JUSTIÇA MULTIPORTAS

Apesar de serem tradicionalmente chamados de métodos alternativos de resolução de conflitos (*Alternative Dispute Resolution* - ADR), a doutrina moderna tem entendido que, na verdade, tais mecanismos deveriam ser considerados adequados – e não alternativos – para a resolução de conflitos, a depender do tipo de litígio posto, o que formaria um sistema de justiça multiportas, em que a jurisdição estatal contenciosa não seria necessariamente a primeira opção.

Ou seja, conforme ensina o mestre Leonardo Carneiro da Cunha², “para cada controvérsia seria adequada uma forma de solução, de modo que há casos em que a melhor solução há de ser obtida pela mediação, enquanto outros, pela conciliação, outros, pela arbitragem e os que se resolveriam pela decisão do juiz estatal”.

² CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo José. A Fazenda Pública em Juízo. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

Além dos métodos já citados, atualmente, tem-se criado cada vez mais alternativas à jurisdição estatal, em razão dos problemas enfrentados pelo Judiciário ao longo dos anos, os quais parecem insuperáveis.

Na verdade, a ideia por trás do sistema de justiça multiportas é justamente integrar todos os métodos existentes, a fim de que seja dada a melhor solução para o caso concreto:

“Para cada situação, há um meio adequado, mas ele é integrado com outro(s), que também revela(m) adequação para o caso”³

Isso porque, muitas vezes, um único método não será suficiente para solucionar definitivamente as questões postas pelos litigantes, devendo-se complementar e aprimorar entre si, o que inclui a atuação do próprio Judiciário.

Assim, resta superada a visão clássica de que o Poder Judiciário serviria apenas para o

³ CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo José. A Fazenda Pública em Juízo. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

juízo de conflitos, verificando-se que, na verdade, as disputas devem ser resolvidas – não pressupõe necessariamente a emissão de um julgamento por parte do Estado-juiz.

Sob essa perspectiva, considerando que a Administração Pública é a maior litigante – quantitativamente – dos tribunais pátrios, fez-se necessário integrá-la nesse novo sistema de justiça, a despeito de alguns obstáculos que a doutrina tradicional impunha.

Com a superação da concepção liberal clássica do princípio da legalidade, a partir da noção de juridicidade (decorrente da constitucionalização do Direito Administrativo) e da mitigação da ideia de supremacia – em abstrato – do interesse público sobre o privado, além da concretização das ideias de democracia e legitimidade popular, percebeu-se que a Administração Pública deveria oportunizar maior participação social, sobretudo no que diz respeito às decisões administrativas, o que permitiu uma atuação mais consensual e dialógica – e menos verticalizada em relação aos particulares.

Além disso, foi reinterpretada a ideia de indisponibilidade do interesse público, ampliando-se

gradativamente as manifestações de consensualidade administrativa.⁴

Nesse cenário, cabe destacar a Lei n.º 13.655/18, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), para incluir diversos dispositivos relacionados à Administração Pública, destacando-se, no contexto desta obra, o art. 26, segundo o qual:

Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.

⁴ Registre-se que, embora a arbitragem não seja um meio consensual de resolução de conflitos, sua instauração depende de consenso, razão pela qual pode-se dizer que tal ambiente favoreceu a realização de arbitragens por parte do Poder Público.

Trata-se da chamada cláusula geral estimuladora da adoção de meios consensuais pelo Poder Público, que incorporou ao texto legal à necessidade de implantação de uma administração concertada, que seja expressão de novas formas de democracia participativa.

Nesta obra, importa aprofundar-se a respeito especificamente da arbitragem e seu uso pelo Poder Público, o que será adiante estudado.

CAPÍTULO 2

DA ARBITRAGEM

No Brasil, a arbitragem é regulada por meio da Lei n.º 9.306/96, que estabelece as principais regras que devem ser observadas nos seus procedimentos.

Conforme se verifica do art. 1º do referido diploma legal, foram impostos 2 (dois) requisitos básicos para a submissão de um conflito procedimento arbitral: a) requisito subjetivo; e b) requisito objetivo.

O primeiro diz respeito à capacidade jurídica das partes. Ou seja, é necessário que estas sejam capazes de contrair obrigações no mundo jurídico, o que se confunde com a própria definição de capacidade de fato, disciplina pelo Código Civil.

O segundo requisito, por sua vez, tem relação com o objeto da discussão entre as partes, que deve, necessariamente, estar relacionado com um direito patrimonial disponível. Direitos existenciais, por exemplo, que extrapolam a esfera patrimonial de disponibilidade do indivíduo não podem ser objeto de arbitragem.

Nesse sentido, passou-se a dizer que a demanda precisa ser dotada de *arbitralidade* objetiva e subjetiva, para que possa ser submetida ao procedimento arbitral.⁵

A arbitralidade objetiva se refere à possibilidade de uma questão ser decidida por meio da arbitragem, ou seja, se ela é, em tese, arbitrável. Essa análise é feita com base na natureza da questão, envolvendo a natureza jurídica, os interesses em jogo, além de outros fatores importantes. Em geral, questões de direito disponível são consideradas arbitráveis, enquanto questões de direito indisponível, como as questões de ordem pública, não podem ser objeto de arbitragem.

⁵ Arbitralidade objetiva e arbitralidade subjetiva são conceitos utilizados na arbitragem para determinar os limites do poder do árbitro na condução do processo arbitral.

Já a arbitralidade subjetiva diz respeito à análise de quem pode se submeter ao procedimento arbitral. Nesse caso, a busca é feita com base nas características das partes, como a sua capacidade jurídica. Em geral, para que uma arbitragem seja considerada válida, é necessário que as partes tenham plena capacidade de fato e de direito, podendo dispor livremente de seu patrimônio.

Assim, enquanto a arbitralidade objetiva se refere à possibilidade de uma questão ser decidida por meio da arbitragem, a arbitralidade subjetiva se refere à possibilidade de uma determinada pessoa ser submetida ao procedimento arbitral. Ambas as análises são importantes para garantir a validade e a eficácia do processo arbitral.

Ressalte-se que parte das próprias partes interessadas a iniciativa de submeter de seus litígios ao juízo arbitral, o que se dá mediante a celebração de uma convenção de arbitragem.

A convenção de arbitragem, por sua vez, pode ser estabelecida de 2 (duas) formas

principais: a) por meio de uma cláusula compromissória; ou b) do compromisso arbitral.

A principal diferença entre esses dois mecanismos é que a cláusula compromissória é um dispositivo inserido em um contrato que estabelece que eventuais conflitos decorrentes desse contrato deverão ser resolvidos por meio da arbitragem. Ou seja, a cláusula compromissória é uma cláusula contratual que prevê a arbitragem como forma de solução de controvérsias, e é acordada previamente pelas partes no momento da celebração do contrato.

Quanto à cláusula compromissória, cabe, ainda, destacar a possibilidade de sua estipulação em contrato de adesão, pois não há qualquer vedação nesse sentido. No entanto, exige-se, para tanto, que o aderente concorde expressamente com a instituição da arbitragem, por escrito e em documento anexo ou em negrito, com uma assinatura específica para esta cláusula.

Por outro lado, o compromisso arbitral é um acordo específico, posterior ao surgimento do conflito, em que as partes concordam em submeter a disputa a um tribunal arbitral. Ou seja, o compromisso arbitral é um acordo de vontades, por meio do qual as

partes envolvidas em um conflito já existente, concordam em submeter a questão a um tribunal arbitral, renunciando à jurisdição do Estado. Frise-se que tal compromisso pode ser celebrado judicial ou extrajudicialmente.

Assim, enquanto a cláusula compromissória é uma forma de prevenção de litígios, inserida em um contrato com o objetivo de estabelecer previamente a arbitragem como meio de solução de controvérsias, o compromisso arbitral é um acordo pontual, celebrado após o surgimento do conflito, em que as partes concordam em submeter a disputa já existente à arbitragem.

Outra questão relevante acerca da arbitragem diz respeito à possibilidade de julgamento por equidade. Veja-se, portanto, que a arbitragem pode ser “de direito” ou “por equidade”.

Na arbitragem de direito, o árbitro decide a disputa com base nas leis aplicáveis ao caso concreto posto em questão, o que inclui as normas jurídicas, os precedentes judiciais e os princípios gerais de direito. Nesse tipo de procedimento, o árbitro é obrigado a seguir o direito e a aplicá-lo à conflito, sem levar em conta sua própria opinião pessoal.

Já na arbitragem por equidade, pelo contrário, o árbitro decidirá a disputa justamente com base em sua própria opinião pessoal e seu senso de justiça, levando em consideração as circunstâncias específicas do caso concreto e as necessidades das partes envolvidas. Nesse tipo de procedimento, o árbitro não está obrigado a seguir o direito estrito, mas deve elaborar uma decisão que considere justa e equitativa.

Em resumo, a principal diferença entre arbitragem de direito e arbitragem por equidade é que, na arbitragem de direito, o árbitro decide a disputa com base no direito aplicável, enquanto na arbitragem por equidade, o árbitro decide com base no seu próprio senso de justiça.

Destaque-se, conforme traçado no capítulo introdutório, que os árbitros são escolhidos pelas próprias partes⁶, não sendo exigido pela lei que estes sejam bacharéis em Direito, nem que tenham qualquer tipo de especialização, mas é preciso que seja alguém imparcial.⁷

⁶ Quando a demanda envolve o Poder Público, surge o questionamento acerca da necessidade de realização de licitação para tal escolha.

⁷ Nesse ponto, importa registrar que, aos árbitros, aplicam-se as causas de impedimento e suspeição relativas aos magistrados.

Seguindo na lógica do procedimento arbitral, merece apontamento a determinação legal no sentido de que a sentença arbitral é irrecorrível e não precisa ser homologada, produzindo título executivo judicial⁸, o que se coaduna com a ideia de que a arbitragem deve proporcionar mais celeridade aos litigantes em relação à jurisdição estatal.

Apesar disso, o Judiciário pode e deve atuar para auxiliar o procedimento e fiscalizar a sua legalidade, sendo essencial para garantir que o procedimento ocorra de forma justa e eficiente, respeitando os direitos das partes envolvidas.

Nesse sentido, o papel do Judiciário não se limita apenas à fiscalização do procedimento em si, mas também à execução da sentença arbitral. Em caso de descumprimento de qualquer decisão, cabe ao Judiciário tomar as medidas necessárias para assegurar seu cumprimento, como determinar o bloqueio de bens ou a aplicação de multas.

⁸ Embora não se trate propriamente de um título executivo emitido pelo Judiciário, o CPC/15 decidiu tratá-lo dessa forma, a fim de viabilizar um procedimento mais célere de execução (ou melhor, de cumprimento de sentença).

Por outro lado, não pode o Judiciário rever o mérito das decisões arbitrais, uma vez que, ao acordarem submeter suas controvérsias ao juízo arbitral, as partes abrem mão de recorrer à jurisdição estatal – salvo no que concerne a aspectos específicos do procedimento.

CAPITULO 4

DO USO DA ARBITRAGEM PELO PODER PÚBLICO

Conforme se constatou, na redação original da Lei n.º 9.306/96, o art. 1º apenas previa que: “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

Embora os entes públicos fossem – e sejam –, indiscutivelmente, capazes de contrair obrigações e direitos contratuais, a conclusão de que estes poderiam participar de tais procedimentos não era necessariamente extraída do art. 1º da Lei n.º 9.306/96 por todos os estudiosos do tema.

Ressalte-se, nesse sentido, que a previsão expressa do art. 1º, §1º, da Lei nº 9.307/96 somente foi incluída no texto legal em 2015, a partir da Lei 13.129/15, que eliminou qualquer dúvida acerca da

possibilidade de utilização da arbitragem pela Administração Pública. Observe-se a nova redação:

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

No entanto, o contexto histórico associado ao tema – assim como a divergente orientação doutrinária – não se assemelha à atual clarividente definição, uma vez que, até então, a discutida possibilidade era disposta em dispositivos legais dispersos em diferentes diplomas, específicos de determinados setores da Administração Pública.

É o caso, por exemplo, da Lei da Parceria Público-Privada (Lei da PPP, nº 11.079/2004), ou da Lei de Concessões (Lei nº 8.987/1995), que preveem o uso da arbitragem pelo Estado – respectivamente em seus arts. 11, III, e 23-A –, desde muito antes da previsão *erga omnes* acima suscitada.

A fragmentada disposição legal, entretanto, era insuficiente para, de fato, definir a plena permissão à Administração Pública para integrar procedimentos arbitrais.

Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, **podendo ainda prever:**

(...)

III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.” (Lei da PPP, nº 11.079/2004)

Art. 23-A. **O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas** decorrentes ou relacionadas ao contrato, **inclusive a arbitragem,** a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.” (Lei das Concessões, nº 8.987/1995)

Todavia, em que pese a lenta evolução das previsões de uso da arbitragem pelo Estado em leis setoriais, considera-se marco reconhecedor de inafastabilidade do Estado à arbitragem o julgamento do Caso Lage pelo Supremo Tribunal Federal, em 1973.

O referido precedente jurisprudencial – ainda que muito anterior à própria Constituição Federal de 1988 – é o mais relevante acerca da utilização de arbitragem pelo Poder Público, por ter sido apreciado pelo plenário do STF, sendo a União Federal parte litigante.

O julgado concluiu por atestar a impossibilidade de impedimento da União à submissão de questão objeto de transação à solução arbitral, mesmo nas causas envolvendo a Fazenda Nacional, excetuando as hipóteses em que inexistisse plena disponibilidade do direito em discussão – o que impossibilitaria não somente o uso da arbitragem pelo Estado, mas também envolvendo qualquer parte.

Em decorrência de tal posicionamento, consolidou-se o entendimento jurisprudencial também do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de permitir a arbitragem nos contratos celebrados pela Administração Pública, ao que se atesta pela análise de mais dois importantes julgados sobre o tema: o Caso

AES Uruguaiana, julgado em 2005, e o Caso Compagás, de 2011.

Os casos acima referenciados não somente reconheceram a viabilidade do uso da arbitragem pelo Estado, como também definiram novos limites para sua utilização. Nos fólios do primeiro julgado referenciado, há de se destacar a clareza da definição do Ministro João Otávio de Noronha, a qual restou acordada e registrada à ementa pela Segunda Turma do STJ:

“São válidos e eficazes os contratos firmados pelas sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços (CF, ar. 173, § 1º) que estipulem cláusula compromissória submetendo à arbitragem eventuais litígios decorrentes do ajuste.”

Quanto ao segundo caso paradigma suscitado, a Terceira Turma do STJ entendeu por cabível a celebração do compromisso arbitral por iniciativa estatal, enquanto já existente o litígio, sem que fosse necessária, propriamente, a constância da cláusula compromissória no contrato de licitação.

Portanto, pode-se afirmar que, desde o julgamento do Caso Lage pelo STF e os julgados que

dele derivaram, há um entendimento jurisprudencial pacificado que conclui pela possibilidade de utilização da arbitragem pela Administração Pública, em sua noção *'lato sensu'* – positivado pela descrita reforma administrativa de 2015.

Contudo, conforme já se delineou, há requisitos obrigatórios a serem observados para a sua realização, em especial acerca do procedimento arbitral eleito e do direito que ora for ventilado, conforme se seguirá.

CAPÍTULO 5

DOS LIMITES E REQUISITOS NECESSÁRIOS

Pela pura análise da redação do art. 1º, §1º, e do art. 2º, §3º, da Lei nº 9.307/1996, é possível aferir que, para a utilização da arbitragem pelos entes públicos, é necessária a observância, em resumo, de três providências:

i) o direito deve ser patrimonial e disponível;

ii) a arbitragem deve ser de direito; e

iii) deve-se respeitar o princípio da publicidade.

Dessa maneira, observando-se as condições propostas pelo texto legal, se uma arbitragem cuja parte for a Administração Pública e tiver como objeto direito patrimonial disponível – requisito este comum a qualquer arbitragem –, respeitar o procedimento previsto de ‘*arbitragem de direito*’ e não violar o princípio da publicidade – sendo devidamente

públicos e acessíveis todos os seus atos –, não há qualquer circunstância apta a impedir o seu seguimento.

Ocorre que, para certa parcela da doutrina, o requisito *i)* torna impossível a concretização da arbitragem com a participação do Estado, por não ser o princípio da indisponibilidade do interesse público compatível com a ideia de disponibilidade de direitos.

Tal objeção, somada com outras divergências de menor incidência, resultam em certa resistência doutrinária que ainda persiste, pelo que se elenca adiante.

Podem ser resumidas as contrarrazões de utilização do instituto da arbitragem pela Administração Pública as seguintes, pelo que elenca César Pereira:

- 1. A incompatibilidade da arbitragem com o princípio da indisponibilidade do interesse público, corolário do princípio da legalidade;*

2. *A incompatibilidade da arbitragem com o princípio da publicidade a que se submete a Administração Pública, por ser este instituto, via de regra, sigiloso.*
3. *A necessidade de autorização específica exigida pelo princípio da legalidade, para que seja possível a pactuação de cláusula compromissória por ente da Administração Pública.*

Dentre as três críticas *supra*, a primeira merece destaque inicial. Isso pois, pelo que entendem alguns doutrinadores contrários à submissão do Estado à arbitragem, a indisponibilidade consistiria na garantia de que os bens públicos serão utilizados em prol e segundo os interesses da coletividade, não podendo ser estes disponibilizados pela Administração Pública – que caberia somente a gestão, conservação e zelo destes.

Nesse sentido, os agentes administrativos não estariam livres para decidir se atenderão – ou não – o interesse público, por se tratar de dever, ao qual estão associados os poderes necessários ao seu pleno cumprimento.

No entanto, conforme se constatou em capítulo anterior, a indisponibilidade do interesse público não significa que os agentes públicos não possam negociar ou estabelecer acordos com entidades privadas em benefício da coletividade, desde que esses acordos estejam em consonância com o interesse público e sejam transparentes e éticos.

A própria ideia de supremacia do interesse público sobre o privado tem ganhado uma nova roupagem, a fim de adequá-la à ordem jurídico-constitucional vigente.

É de se observar, desse modo, que o interesse público nem sempre se alinha como interesse meramente patrimonial da Fazenda. Em um Estado Democrático de Direito, conforme se demonstrou, a correta aplicação do direito pela Administração Pública deve prevalecer, inclusive, sobre os interesses “particulares” (ditos secundários)⁹ do Estado. Mesmo porque o Estado não tem como objetivo lucrar.

⁹ Embora essa visão dicotômica de interesse público primário e secundário seja arriscada, por ser o interesse público, na verdade, multifacetado, tratando-se de verdadeiro conceito jurídico indeterminado, a ser definido pelos diversos setores da sociedade.

Não se pode descartar, ainda, a possibilidade de colisões entre dois ou mais interesses públicos, uma vez que estes, conforme visto, têm o escopo de salvaguardar os direitos fundamentais garantidos pela Constituição, suscetíveis, por sua vez, de entrar em conflito entre si.

Assim, conforme ensina Selma Lemes¹⁰, a atuação da Administração pautada no interesse público deve possuir o intuito de proporcionar a realização do bem comum, protegendo os interesses dos administrados e cumprindo os fins da administração, que é satisfazer as necessidades coletivas com eficiência e economicidade, adotando sempre as melhores soluções possíveis do ponto de vista gerencial, técnico e financeiro.

Em razão disso, o administrador, para efetivamente satisfazer o interesse público, embora deva sempre atuar dentro dos estritos limites da lei, pode e deve adotar medidas consensuais, o que pode ser feito mediante uma autorização legal para que bens, direitos, interesses e serviços públicos possam

¹⁰ LEMES, Selma Ferreira. Arbitragem na administração pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

ser negociados, e, portanto, passíveis à resolução pela arbitragem, conforme pontua Licínia Rossi Dias¹¹.

Para Egon Bockmann Moreira¹²:

“Se um dia houve incertezas, hoje é inequívoco que a Administração Pública brasileira pode valer-se de métodos autônomos e não-adversariais para a solução de controvérsias (conciliação e mediação), bem como recorrer a soluções heterônomas e não-jurisdicionais (arbitragem). Melhor dizendo: a Administração Pública tem o dever de se esforçar ao máximo para prestigiar aquela solução que, simultaneamente, não resulte na multiplicação de ações perante o Poder Judiciário e concretize a boa-fé e a eficiência. A antiga regra do ajuizamento irrestrito de demandas atualmente precisa ser compreendida como exceção. Assim, o prestígio ao interesse público exige que se evitem os conflitos; mas, caso surjam os impasses, a solução precisa evitar o acesso ao Judiciário

¹¹ DIAS, Licínia Rossi Correia. Direito administrativo I. São Paulo: Saraiva, 2012 – Coleção saberes do direito; p. 31.

¹² MOREIRA, Egon Bockmann. Administração Pública, arbitragem e controle externo.

— *que só pode ser acionado em último caso.*”

Aqui, não se discute a existência de direitos do Estado que seria absolutamente indisponíveis. Há de se diferenciar, em verdade, a titularidade de direitos disponíveis e indisponíveis.

Nesse sentido, não existe controvérsia sobre a titularidade da Administração Pública de direitos patrimoniais disponíveis, entendidos como passíveis de negociação. Em sentido contrário, o Estado, sequer, poderia firmar contratos.

No tocante a essa questão, Eros Grau¹³ rechaça veementemente o contraponto apresentado, delimitando dois fulcrais parâmetros baseados na suposta indisponibilidade do interesse público, da seguinte maneira:

Não há qualquer correlação entre disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade

¹³ GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. In: Revista trimestral de direito público. São Paulo: Malheiros, vol. 32, p. 14-20, 2000.

do interesse público (...) Sempre que puder contratar, o que importa disponibilidade de direitos patrimoniais, poderá a Administração, sem que isso importe disposição do interesse público, convencionar cláusula de arbitragem.

Constatada a existência de direitos patrimoniais disponíveis titularizados pelo Estado, resta identificá-los, de maneira mais objetiva, a fim de definir o que seriam exatamente tais direitos.

Alex S. Hatanaka sustenta que o direito patrimonial disponível seria aquele que envolve interesse público secundário e atos de gestão decorrentes de contratos administrativos e contratos da Administração Pública.

Por sua vez, o enunciado n.º 107/CJF, da II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, por sua vez, diz que: “a definição de direito patrimonial disponível, consoante o art. 1º, § 1º, da Lei n. 9.307/1996, para fins de submissão de questões que envolvam a Administração Pública ao procedimento arbitral, deve observar o critério de negociabilidade da matéria objeto de discussão.”

Com a devida vênia, verifica-se que o referido enunciado apenas apresentou uma nova definição de “direito patrimonial disponível”, sem aprofundar no que, de fato, seriam tais direitos.

Sob essa perspectiva, Egon Bockmann Moreira tenta aprofundar-se a esse respeito, classificando a disponibilidade do direito patrimonial a partir da sua fonte normativa. Assim, caso tal direito esteja previsto em lei, não seria possível à Administração negociá-lo. Por outro lado, caso disposto em contrato, caberia dispor plenamente deste direito – desde que respeitado o interesse público –, inclusive por meio de arbitragem.

Nesta obra, sustenta-se que não há um conceito definitivo capaz de resolver o problema do que é direito patrimonial disponível. Na verdade, não há um critério geral que permita determinar os direitos disponíveis da Administração Pública, de modo que tal averiguação deverá ser feita casuisticamente.

A definição de direito patrimonial disponível a partir de uma visão dicotômica entre interesse público “primário” e interesse público

“secundário” não merece prosperar, uma vez que, de acordo com os ensinamentos da professora Janaína Castelo Branco, inexistente tal hierarquia entre os possíveis interesses públicos, por ser este multifacetado:

“Não se está aqui a negar que, em diversas situações, haja divergência entre o que o Estado, como pessoa jurídica, e outras instituições (muitas inclusive estatais, como o Ministério Público e a Defensoria Pública) e pessoas (como ocorre nas ações populares) entendem como interesse público. Todavia, o que ocorre nessas situações é exatamente isso: divergência quanto ao que corresponderia ao interesse público em determinada situação.”

Avançando, em relação à impossibilidade de arbitragem por equidade – quando uma das partes for o Poder Público –, trata-se de vedação legal expressa que decorre do princípio administrativo da legalidade, previsto no art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara¹⁴ esclarecem que “a Administração só pode se submeter a uma decisão que seja tomada com base em critérios rigorosamente jurídicos, oriundos de normas postas formalmente (em lei, regulamento, contrato ou ato administrativo). A decisão por equidade é construída com base em critérios subjetivos, levando em conta a noção de justiça e de equilíbrio que o julgador venha a adotar aos quais a atuação administrativa não pode ficar à mercê”.

Quanto à necessidade de respeito ao princípio da publicidade (requisito *iii*), verifica-se que a Administração não poderá adotar uma arbitragem sigilosa, uma vez que se trata de um dos princípios fundamentais que regem a Administração Pública e se baseia na ideia de que a atuação do Estado deve ser transparente e acessível ao público.

Isso significa que a Administração Pública deve ser aberta e comunicativa em relação às suas ações, decisões e gastos, permitindo que os cidadãos acompanhem e participem do processo de tomada de decisão.

¹⁴ CÂMARA, Jacintho Arruda; SUNDFELD, Carlos Ari. O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos. *Revista de direito administrativo*, vol. 248, pp. 118-126.

A publicidade é uma ferramenta essencial para promover a transparência e a prestação de contas do Poder Público. Ao divulgar informações sobre seus atos e decisões, o Estado permite que a sociedade em geral possa verificar se suas ações estão em conformidade com as leis e normas estabelecidas, além de permitir que os cidadãos participem do processo de controle social.

Assim como a Administração está obrigada a divulgar editais de licitação, contratos, convênios, balanços orçamentários e financeiros, informações sobre a gestão de pessoal, deve também permitir o acesso a todos os atos do procedimento arbitral a que venha participar. A publicidade também é importante para o combate à corrupção e para a prevenção de práticas ilegais ou imorais na administração pública.

É importante ressaltar que a publicidade é garantida de forma ampla e irrestrita pelo ordenamento jurídico, salvo em casos de sigilo impostos por lei, podendo ser limitada apenas em situações excepcionais e em conformidade com os critérios estabelecidos pela Constituição e pelas leis.

Por fim, cabe destacar o Enunciado n.º 4/CJF, da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, segundo o qual “na arbitragem,

cabe à Administração Pública promover a publicidade prevista no art. 2º, § 3º, da Lei n. 9.307/1996, observado o disposto na Lei n. 12.527/2011, podendo ser mitigada nos casos de sigilo previstos em lei, a juízo do árbitro”.

DAS CONCLUSÕES

Conclui-se, dessa maneira, que a utilização da arbitragem pela Administração Pública é assegurada pelo texto legal da Lei de Arbitragem, assim como é, também, confirmada e reiterada pela extensa coletânea de julgados do Superior Tribunal de Justiça – derivados do ‘Caso Lage’, julgado no STF – e pela doutrina majoritária. No entanto, resta clara a existência de condições para a sua realização, bem como a sua objeção por parcela de doutrinadores, ainda que suficientemente rechaçada.

Frise-se, contudo, a necessária observância estrita aos requisitos legalmente estabelecidos, dadas todas as eventuais ressalvas. Tratando-se de direito patrimonial disponível – o que se demonstrou existir no âmbito da Administração Pública –, cujo procedimento arbitral ocorra pela sua modalidade ‘de direito’ e sendo públicos todos os atos, é viável o uso da arbitragem pelo Estado.

REFERÊNCIAS

BINENBOJM, Gustavo. A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Bahia, n. 13, p.1-44, 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=262>. Acesso em: 20 fev. 2023.

BRASIL, Conselho da Justiça Federal. **Enunciado n.º 107/CJF, da II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios**. A definição de direito patrimonial disponível, consoante o art. 1º, § 1º, da Lei n. 9.307/1996, para fins de submissão de questões que envolvam a Administração Pública ao procedimento arbitral, deve observar o critério de negociabilidade da matéria objeto de discussão. [2021].

BRASIL, Conselho da Justiça Federal. **Enunciado n.º 4/CJF, da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios**. Na arbitragem, cabe à Administração Pública promover a publicidade prevista no art. 2º, § 3º, da Lei n. 9.307/1996, observado o disposto na Lei n. 12.527/2011, podendo

ser mitigada nos casos de sigilo previstos em lei, a juízo do árbitro. [2016].

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Distrito Federal: Congresso Nacional [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 21 fev. 2023.

BRASIL, Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Distrito Federal: Congresso Nacional [1942]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 21 fev. 2023.

BRASIL, Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Distrito Federal: Congresso Nacional [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 21 fev. 2023.

BRASIL, Lei n.º 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de

parceria público-privada no âmbito da administração pública. Distrito Federal: Congresso Nacional [2004]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm Acesso em: 21 fev. 2023.

BRASIL, Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Distrito Federal: Congresso Nacional [2015]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 21 fev. 2023.

BRASIL, Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Distrito Federal: Congresso Nacional [1995]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm. Acesso em: 21 fev. 2023.

BRASIL, Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Distrito Federal: Congresso Nacional [1996]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 21 fev. 2023.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 612.439/RS**. PROCESSO CIVIL. JUÍZO ARBITRAL. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ART. 267, VII, DO CPC. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. DIREITOS DISPONÍVEIS. Relator: Min. João Otávio de Noronha, julgado em 17 de maio de 2007. Disponível em: <https://processos.stj.jus.br/>. Acesso em: 20 fev. 2023.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 904.813/PR**. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE ENERGIA ELÉTRICA. PREVISÃO DE ARBITRAGEM. PREVALÊNCIA. MEDIDA CAUTELAR. DIREITOS DISPONÍVEIS. EXTINÇÃO DO PROCESSO EM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. Recorrente: Copel Distribuição S/A. Recorridos: Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL e Outro. Relator: Min. Benedito Gonçalves, julgado em 17 de fevereiro de 2014. Disponível em: <https://processos.stj.jus.br/>. Acesso em: 20 fev. 2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento n.º 52.181/GB**. INCORPORAÇÃO – BENS E DIREITOS DAS EMPRESAS

ORGANIZAÇÃO LAGE E E DO ESPÓLIO DE HENRIQUE LAGE – JUÍZO ARBITRAL – CLAUSULA DE IRRECORRIBILIDADE – JUROS DE MORA – CORREÇÃO MONETÁRIA. Agravante: União Federal. Agravados: Espólio e Outros. Relator: Min. Bilac Pinto, julgado em 15 de fevereiro de 1974. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 20 fev. 2023.

CÂMARA, Jacintho Arruda; SUNDFELD, Carlos Ari. O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos. *Revista de direito administrativo*, vol. 248.

CARMONA, Carlos Alberto, “Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96”, Carlos Alberto Carmona. – 3 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2009.

CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo José. A Fazenda Pública em Juízo. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noleto. A adoção de práticas cooperativas pela Advocacia Pública: fundamentos e pressupostos. Tese (Doutorado em

Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2018.

CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noletto. Advocacia Pública e Solução Consensual dos Conflitos, 2. ed, Salvador: JusPodivm, 2020.

MELLO, Rafael Munhoz de, Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná.

MOREIRA, Egon Bockmann. Administração Pública, arbitragem e controle externo.

PEREIRA, Cesar Guimarães. Arbitragem e Administração. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, ebook. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/155/edicao-1/arbitragem-e-administracao>

PEREIRA, Ana Lúcia Pretto, GIOVANINI, Ana Elisa Pretto Pereira, “Arbitragem na Administração Pública Brasileira e Indisponibilidade do Interesse Público”, Revista Quaesto Iuris, vol.10, nº. 02, Rio de Janeiro, 2017.

MELLO, Rafael Munhoz de, Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná.

LEMES, Selma Ferreira. Arbitragem na administração pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

DIAS, Licínia Rossi Correia. Direito administrativo I. São Paulo: Saraiva, 2012 – Coleção saberes do direito.

JUSTEN FILHO, Marçal. O direito das agências reguladoras independentes. São Paulo: Dialética, 2002.

GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. In: Revista trimestral de direito público. São Paulo: Malheiros, vol. 32, 2000.



Editora
DIN.CE