



UnB – UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

RENATA OLIVEIRA COSTA

**APLICABILIDADE DA ARBITRAGEM NO SETOR PÚBLICO:
EVOLUÇÃO HISTÓRICA E DESAFIOS PARA O FUTURO**

BRASÍLIA
2018

RENATA OLIVEIRA COSTA

**APLICABILIDADE DA ARBITRAGEM NO SETOR PÚBLICO:
EVOLUÇÃO HISTÓRICA E DESAFIOS PARA O FUTURO**

Monografia apresentada como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito no curso de graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB.

Orientador: Rafael da Silva Santiago

**BRASÍLIA
2018**

RESUMO

O presente trabalho aborda aspectos relevantes relacionados à aplicabilidade do instituto da arbitragem para resolução de controvérsias envolvendo a Administração Pública. Inicialmente será apresentado o atual contexto da chamada crise no Judiciário, por meio da coleta e análise dos dados mais recentes sobre a situação da Justiça brasileira fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça, a fim de parametrizar a crise e verificar qual o grau de participação das lides envolvendo o Setor Público nesse cenário.

Em seguida, serão demonstradas as características dos principais meios extrajudiciais de solução de conflitos e de que forma sua disseminação poderia se mostrar vantajosa para a realidade brasileira.

Será analisado o histórico de recepção da arbitragem em lides envolvendo o Poder Público, por meio de revisão doutrinária, pesquisa na jurisprudência dos tribunais superiores e do Tribunal de Contas da União e exame da evolução do arcabouço legal nessa área, sendo destacados os pontos historicamente controversos. Foram apresentados diferentes pontos de vista presentes nas principais correntes doutrinárias, recorrendo-se para tal a administrativistas clássicos, como Hely Lopes Meirelles e Celso Antônio Bandeira de Mello, assim como aos grandes nomes ligados aos chamados meios alternativos de resolução de conflitos, como Selma Lemes, Carlos Alberto Carmona, Paulo Osternack Amaral, entre outros.

Diante do contexto da recente reforma legislativa, por fim, será analisada a edição da Lei nº 13.129/2015, por meio do estudo da documentação referente a seu processo legislativo, para identificar pontos sensíveis ainda potencialmente geradores de controvérsia para os quais a nova redação da Lei de Arbitragem possivelmente não representou um fim.

A presente monografia tem por objetivo ampliar a compreensão sobre as atuais possibilidades e limitações de aplicação da arbitragem envolvendo a Administração Pública, considerando os princípios aos quais a atividade administrativa está subordinada. Conclui que a adoção da arbitragem em lides que envolvem o Poder Público é vantajosa para a sociedade brasileira, não fere o interesse público e apresenta atualmente um arcabouço legislativo suficiente para cumprir o princípio da

legalidade. Também constata que existem resistências e dificuldades para além do âmbito da previsão legislativa para que seja viabilizada uma real difusão do uso dos meios alternativos de resolução de conflitos no setor público, empecilhos esses que também merecem atenção para que a cultura do litígio seja de fato amenizada.

Palavras-chave: arbitragem, administração pública, interesse público, cláusula compromissória, meios alternativos de solução de conflitos, Poder Judiciário.

ABSTRACT

The present paper presents relevant aspects related to the applicability of arbitration to resolute controversies involving Public Administration. Initially, the current context of the Judiciary's crisis was presented through the collection and analysis of the most recent data on Brazilian Justice provided by the National Justice Council, in order to parameterize the crisis and verify the degree of the Public sector's participation in the this scenario.

After, the characteristics of the main alternative dispute resolution are demonstrated and also how their dissemination could prove to be advantageous for the Brazilian reality.

This paper demonstrates the history of the reception of the arbitration in cases involving the Public Administration, through a doctrinal review, research in the jurisprudence of the superior courts and the Federal Court of Accounts and also examines the evolution of the legal framework in this area, highlighting the historically controversial points. Different points of view were presented in the main doctrinal currents, resorting to classic administrativists such as Hely Lopes Meirelles and Celso Antônio Bandeira de Mello, as well as the great names associated with the alternative dispute resolutions, such as Selma Lemes, Carlos Alberto Carmona, Paulo Osternack Amaral, among others.

In the perspective of the recent legislative reform context, the edition of federal Law nº 13.129/2015 was analyzed, through the study of the documentation related to its legislative process, to identify sensitive points that still have potential to cause controversy for which the new Arbitration Act possibly did not put an end to.

This monograph aims to broaden the understanding of the current possibilities and limitations of application of arbitration when the Public Administration is involved, considering the principles to which the administrative activity is subordinated. It concludes that the use of arbitration in lawsuits involving the Public sector is advantageous to Brazilian society, does not harm the public interest and presently presents a sufficient legislative framework to comply with the principle of legality. It has

also been noted that there are resistance and difficulties beyond the scope of legislative envisage, so a real diffusion of the use of alternative dispute resolutions in the public sector demands attention to this other aspects, so the culture of litigation can be really mitigated.

Keywords: arbitration, public administration, public interest, arbitration clause, alternative dispute resolutions, Judiciary.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1.1 A CRISE NA JURISDIÇÃO	11
1.2 A CRISE DA JURISDIÇÃO TRADUZIDA EM NÚMEROS	15
2. A ARBITRAGEM E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	18
2.1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE OS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS	18
2.1.1 A AUTOTUTELA	18
2.1.2 A AUTOCOMPOSIÇÃO	19
2.1.3 A HETEROCOMPOSIÇÃO	20
2.2 AS CONTROVÉRSIAS ENVOLVENDO O USO DA ARBITRAGEM NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	23
2.2.1 A ARBITRABILIDADE SUBJETIVA	26
2.2.1.1 ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE	28
2.2.1.2 CLÁUSULA ESSENCIAL DE FORO DA SEDE DA ADMINISTRAÇÃO	32
2.2.1.3 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE <i>VERSUS</i> PRINCÍPIO DO SIGILO	32
2.2.2 A ARBITRABILIDADE OBJETIVA	35
2.3 A EVOLUÇÃO DO ENTENDIMENTO DO TCU EM RELAÇÃO AO USO DA ARBITRAGEM PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	39
2.4 A REFORMA DA LEI DE ARBITRAGEM - Lei nº 13.129/2015	48
2.5 INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO E DISPONIBILIDADE DE DIREITOS PATRIMONIAIS: A DIFERENCIAÇÃO ENTRE OS INTERESSES PÚBLICOS PRIMÁRIO E SECUNDÁRIO.....	53
CONCLUSÃO	61
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	64

INTRODUÇÃO

A arbitragem é um mecanismo previsto em lei que visa possibilitar a solução de lides fora do Judiciário, entre interessados que possuam capacidade contratual e cuja controvérsia verse sobre direitos patrimoniais disponíveis.

A crise enfrentada pelo Poder Judiciário brasileiro, caracterizada por uma generalizada ineficácia de acesso à justiça, repercutiu no tratamento que os meios alternativos receberam na edição de diplomas legais recentes, visando estimular sua adoção sempre que possível, destacando-se o novo Código de Processo Civil e a Lei nº 13.140/15, que reformou a Lei de Arbitragem, ambos trazendo inovações que procuraram proporcionar uma maior celeridade ao procedimento civil, e substituir a cultura do litígio por uma com foco na pacificação social.

Os meios alternativos para solução de conflitos têm ganhado progressivo destaque na ordem jurídica, diante da notória morosidade, custo e dificuldade do acesso à Justiça, pois contribuem ativamente para a pacificação social, ao apresentarem vantagens notáveis como a celeridade no procedimento, a redução do custo financeiro aos envolvidos na lide e também a redução de demandas a um Poder Judiciário saturado.

O tema adquire importância à medida que cresce a percepção da necessidade de promoção dos sistemas extrajudiciais de resolução de litígios, tendência que pode ser observada em iniciativas do próprio Estado nesse sentido, não só no campo da edição de leis que amparem e estimulem tais sistemas como também, por exemplo, a criação da Estratégia Nacional de Não Judicialização (Enajud), lançada em 02 de julho de 2014, integrando o Ministério da Justiça, a Advocacia-Geral da União e o Ministério da Previdência Social com colaboração do Conselho Nacional de Justiça, do Conselho Nacional do Ministério Público e de instituições do Sistema de Justiça e instituições privadas.

Corroborando o caminho para esta mesma direção, também pode ser citada a iniciativa de criação da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal, pelo Ato Regimental nº 5, de 27 de setembro de 2007, a fim de prevenir e solucionar de maneira amigável os conflitos entre órgãos da União e entidades da Administração Federal Indireta.

De acordo com estudo divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça¹ a quantidade de casos pendentes de solução definitiva nos tribunais brasileiros tem crescido, em média, 3,4% por ano desde 2009. O estudo também mostra que o número de casos novos que entram na Justiça durante o ano tem sido maior que o número de casos resolvidos no mesmo período, aumentando, dessa forma, o estoque de pendentes². O relatório considera "preocupante" o "progressivo e constante aumento do acervo processual". A ministra do Tribunal Superior do Trabalho (TST) Maria Cristina Peduzzi, conselheira do CNJ que acompanhou o estudo, declarou que o crescimento de casos novos no Judiciário é um "elemento exógeno que foge ao controle do sistema de Justiça"³.

Outro elemento a ser considerado nesse contexto é a alta participação do setor público como parte nas demandas judiciais. De acordo com Flávio Croce Caetano, que ocupou o cargo de secretário de Reforma do Judiciário entre 2012 e 2015, cerca de 95% das demandas judiciais envolvem o setor público, os bancos e as empresas de telecomunicações⁴.

Diante desse cenário, em que a estrutura do poder Judiciário se encontra progressivamente mais consumida, sem meios de dar vazão adequada às demandas da sociedade, cujo dispêndio temporal e financeiro para buscar uma solução judicializada dos conflitos é consideravelmente alto e nas quais o setor público figura como parte da maioria das lides, o tema abordado neste trabalho é de fundamental relevância. Nesse sentido, pretende-se discutir a aplicabilidade dos meios alternativos de solução de conflitos no setor público, definindo suas possibilidades e limitações, a fim de avaliar meios de disseminação de seu uso dentro dos parâmetros da legalidade e respeito aos princípios aos quais se submete a Administração Pública, em especial ao interesse público.

A Lei nº. 9.307, de 23 de setembro de 1996, dispõe sobre a arbitragem, estabelecendo-a como um sistema extrajudicial de resolução de litígios e regulando-a. Recentemente, em consonância com o movimento de estudiosos e grandes nomes

¹ Justiça em Números 2017: ano-base 2016/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2017. Pág 113.

Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>> Acesso em 10 de Abril de 2018

² Estoque de processos na Justiça cresce em média 3,4% ao ano, diz CNJ. G1 Política. Disponível em <http://g1.globo.com/politica/noticia/2014/09/estoque-de-processos-na-justica-cresce-em-media-34-ao-ano-diz-cnj.html> Acesso em 10 de Abril de 2018

³ TV TST: ministra Maria Cristina Peduzzi fala sobre o relatório Justiça em Números 2014. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=4QDn45s4uSc>

⁴ Declaração fornecida durante o lançamento da Estratégia Nacional de Não Judicialização, em Brasília, 2/7/14

da área dos meios alternativos de solução de conflitos, que buscavam trazer maior visibilidade e conscientização a respeito do assunto, foi editada a Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015, que reformou a Lei nº 9.307/96, para, dentre outras alterações, ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem, passando a admitir sua adoção pela Administração Pública de maneira expressa, nos termos do § 1º de seu primeiro artigo “A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.”⁵ No item 3.4 deste trabalho – A Reforma da Lei de Arbitragem –, o processo legislativo correspondente à supracitada reforma foi analisado, por meio de consulta às notas taquigráficas e registros de áudio das audiências públicas e sessões de votação correspondentes, a fim de identificar as percepções do legislador sobre o tema, e também analisar possíveis pontos sensíveis que a mera alteração de redação não se mostraria apta a solucionar completamente.

Conforme será demonstrado na presente pesquisa, a utilização da arbitragem como um meio alternativo admissível nos conflitos envolvendo o poder público encontrou um ambiente tradicionalmente resistente, tendo sua viabilidade e legitimidade sido sistematicamente questionadas. No item 3.2 – As controvérsias envolvendo o uso da arbitragem no âmbito da Administração Pública – foram elencados e explicados os principais pontos que historicamente causaram divergências nesse âmbito, por meio de pesquisa na doutrina, na jurisprudência de tribunais superiores e do Tribunal de Contas da União, além de uma análise da evolução do arcabouço legislativo correspondente.

O presente trabalho objetiva corroborar o entendimento de que a adoção da arbitragem no âmbito do Poder Público, após atravessar um caminho tortuoso ao longo das últimas décadas, atualmente possui aplicabilidade plena e compatível com a legalidade estrita à qual se submete a atuação administrativa. Não obstante a atual ausência de óbice de caráter legal, a efetiva utilização desse instituto se encontra ainda em estágio embrionário, diante da insegurança que cercou a matéria por anos e também como consequência da forte cultura do litígio presente na sociedade brasileira. O processo de viabilização de uma nova cultura na qual os novos

⁵ BRASIL. LEI Nº 9.307, DE 23 DE SETEMBRO DE 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm >. Acesso em: 12 out. 2017.

paradigmas da consensualidade na Administração Pública preponderem certamente demandará da atuação estatal mais do que mera reforma legislativa.

São objetivos específicos deste trabalho demonstrar as vantagens da disseminação dos meios alternativos de solução de conflitos para a sociedade brasileira; comprovar que a submissão ao juízo arbitral de lides cuja matéria verse sobre interesse patrimonial disponível não fere a indisponibilidade do interesse público; ampliar o entendimento sobre a diferenciação de quais tipos de lides administrativas gozam ou não de arbitrabilidade objetiva.

Esta pesquisa, de natureza exploratória, valeu-se de levantamento teórico e documental, havendo sido consultadas legislações, doutrina, artigos, reportagens jornalísticas, entrevistas de especialistas da área, jurisprudência dos tribunais superiores e do Tribunal de Contas da União, relatórios oficiais publicados por órgãos do Poder Judiciário, além da participação, como ouvinte, em palestras relacionadas ao tema.

O trabalho foi estruturado em dois blocos temáticos: o primeiro procurou contextualizar e parametrizar a chamada “crise do Judiciário”, por meio de levantamento de dados fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça, paralelamente ao desenvolvimento de uma análise doutrinária a respeito do tema, afim de identificar os fatores que levaram ao cenário atual e demonstrar a importância de disseminação do uso dos meios alternativos, em especial no setor público, eis que demonstrado que este é atualmente o maior demandante da justiça, considerando seus órgãos e entidades. O segundo apresenta a evolução da recepção do uso da arbitragem em lides estatais pela doutrina, jurisprudência, e também pelo Poder Legislativo, procurando demonstrar de que maneira as controvérsias suscitadas colaboraram para uma progressiva sofisticação dos debates envolvendo a matéria – que culminou na reforma da Lei de Arbitragem em 2015 – e, por fim, fazendo um levantamento dos desafios para o futuro nessa área.

1.1 A CRISE DA JURISDIÇÃO

Citando o Ministro Marco Aurélio por ocasião do exame da constitucionalidade da Lei de Arbitragem “O brasileiro reclama do Judiciário (...), mas praticamente só acredita nessa forma de solução”⁶.

Com o estabelecimento dos Estados Modernos, a convicção de que a jurisdição estatal, através de processos judiciais, seria o meio mais apropriado para a resolução satisfatória dos litígios parece haver se enraizado na sociedade (SILVA, 2013).

Por tal lógica caberia ao juiz, preposto do Estado Paternalista, a exclusividade de oferecer as decisões adequadas para as lides, competindo-lhe entregar o direito e pacificar os conflitos, sendo a participação dos demais atores da marcha processual bastante reduzida (HABERMAS, 1997).

Na atualidade, o Poder Judiciário tem alcançado um notável protagonismo político, tendência que não é exclusiva da realidade brasileira, sendo observável em todo o mundo. Bocehenek (2008) explica que os tribunais alcançaram uma inédita visibilidade social, resultante de sua crescente relevância nas decisões na esfera pública, acentuada pela atuação da imprensa e também estimulada pela nova dinâmica estabelecida pelo mercado e pelas mudanças na sociedade:

No entanto, o protagonismo dos sistemas judiciais não é apenas positivo. Paradoxalmente, também há um protagonismo negativo relacionado à insatisfação dos cidadãos em relação à morosidade, à inacessibilidade, à falta de transparência, à responsabilidade, à inadequação e até mesmo à ineficiência e à ineficácia dos sistemas judiciais. Essas questões estão diretamente relacionadas à alta taxa de litigiosidade nos tribunais e refletem no desempenho dos tribunais. (BOCEHENEK, 2008, p.8)

Bolzan de Moraes (2012) defende que a chamada crise da jurisdição deve ser encarada como uma crise estatal, nos seguintes termos:

Deve-se ter presente, também, que as crises por que passa o modo estatal de dizer o direito – jurisdição - refletem não apenas questões de natureza estrutural, fruto da escassez de recursos, como inaptações de caráter tecnológico – aspectos relacionados às deficiências formativas dos operadores jurídicos – que inviabilizam o trato de um número cada vez maior de demandas, por um lado, e de uma complexidade cada vez mais aguda de

⁶ Supremo Tribunal Federal. SE 5206 AgR, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 12/12/2001, DJ 30-04-2004 PP-00029 EMENT VOL-02149-06 PP-00958. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/775697/agregna-sentenca-estrangeira-se-agr-5206-ep/inteiro-teor-100491847?ref=juris-tabs>>

temas que precisam ser enfrentados, bem como pela multiplicação de sujeitos envolvidos nos polos das relações jurídicas, por outro. (BOLZAN DE MORAIS, 2012, p. 78)

Ainda segundo Bolzan de Moraes (2012) a crise em questão pode ser analisada sob perspectivas diversas, das quais destacamos algumas:

- I. A crise estrutural: apresenta um viés relacionado ao custeio, abarcando infraestrutura, funcionários e equipagem dentre outros aspectos de financiamento da atividade jurisdicional.
- II. A crise objetiva ou pragmática: engloba os aspectos relacionados às peculiaridades técnicas e formalidades ligadas à ciência jurídica, seus “rituais” e linguagem estranhos aos que não sejam operadores do direito, o excesso de burocracia, morosidade dos procedimentos e acúmulo progressivo de lides.
- III. A crise subjetiva: se relaciona com a dificuldade enfrentada por parte operadores do Direito de lidar com múltiplas situações originadas em uma nova realidade fática, cada vez mais heterogênea e complexa, que demandam não somente a criação de novos instrumentos legais, mas também a remodelação das mentalidades e da forma de considerar as situações fáticas submetidas à jurisdição, a fim de oferecer soluções que atendam a contento os conflitos atuais.

Dentre esses diversos aspectos problemáticos do atual cenário, salta aos olhos o aumento desenfreado dos processos judiciais. Tal tendência parece consolidada como consequência direta de uma cultura demandista, da falta de estruturação e de oferta adequadas dos meios alternativos de solução de conflitos, e, por fim, de uma acentuada judicialização da vida em sociedade de maneira geral (MANCUSO, 2011).

O Poder Judiciário passa, atualmente, por uma crise profunda que se traduz em uma inaptidão crônica de responder satisfatoriamente à cada vez mais acentuada avalanche de lides que lhe são submetidas, o que causa um agravamento progressivo da morosidade, que já ultrapassava os parâmetros do aceitável⁷.

⁷ Supremo Tribunal Federal. SE 5206 AgR, Voto do Ministro Ilmar Galvão. Tribunal Pleno, julgado em 12/12/2001, DJ 30-04-2004 PP-00029 EMENT VOL-02149-06 PP-00958. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/775697/agregna-sentenca-estrangeira-se-agr-5206-ep/inteiro-teor-100491847?ref=juris-tabs>>STF ADIN

Nossa Carta Maior estabeleceu, em seu artigo 5º, inciso XXXV, dentre os Direitos e Garantias Fundamentais, o chamado Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, ao prever que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. A atribuição de um sentido estritamente literal a esse preceito também contribuiu para o estabelecimento da cultura altamente judicializante que experimentamos no país.

Outra faceta importante da crise é que, apesar da predisposição da sociedade em enxergar no Poder Judiciário o caminho mais óbvio para resolução de seus conflitos, há frequentemente uma frustração da expectativa de uma decisão adequada, tanto pela morosidade característica do andamento de um processo como também, em controvérsias que versem sobre assuntos que exigem um conhecimento técnico muito específico, pela falta de familiaridade do juiz com a matéria, que por diversas vezes necessita se valer de especialistas, como por exemplo contadores ou peritos, para subsidiar sua decisão.

Adílson Abreu Dallari (1995) assim se manifestou sobre essa questão:

Apenas para constar, cabe ressaltar que, mesmo em sede judicial, quando o conflito depende ou decorre de situações materiais que precisam ser analisadas ou avaliadas, a solução acaba recaindo nas mãos de técnicos, designados para atuar como peritos ou assistentes técnicos, em cujas opiniões o juiz se louva. Ora, na arbitragem, tais peritos, merecedores da confiança das partes, solucionam diretamente a questão material controvertida. (DALLARI, 1995, p. 3)

A arbitragem, como uma via externa ao judiciário, oferece grandes vantagens relativas à celeridade do procedimento e também à especialização do árbitro, o que oferece maior segurança aos contratantes, diante da atual realidade em que há uma progressiva transformação da litiosidade, com a eclosão de conflitos cada vez mais complexos, relativos a matérias que exigem, para sua análise adequada, conhecimento técnico profundo em outras ciências além do direito (BOCEHENEK, 2008).

Por ocasião do exame de constitucionalidade da Lei de Arbitragem, o ministro Ilmar Galvão assim se pronunciou:

Trata-se de instrumento, com efeito, que tem alcançado inegável sucesso nos países desenvolvidos, mercê das inúmeras virtudes que exhibe, como a informalidade, o sigilo, a possibilidade de julgamento por equidade e, sobretudo, a entrega da decisão a técnicos qualificados e especializados e a rapidez no encontro da solução perseguida. Na verdade, a acolhida não poderia ser diferente, **num mundo em que se acentuam, em ritmo**

vertiginoso, a complexidade e o vulto dos variados aperfeiçoamentos colocados pela técnica a serviço da sociedade, fatores que vêm pondo a desnudo, cada vez mais, a insuficiência das ciências sociais, como o direito, para lidarem com o problema representado pelas controvérsias decorrentes de sua utilização, mas também, principalmente, a impossibilidade de mais tolerância com o crônico arrastar, por anos a fio, e não raro por décadas, dos processos judiciais iniciados com vista à superação de tais dificuldades, com incalculáveis prejuízos decorrentes de retardamentos, não raro intermináveis, na prestação dos serviços visados, suscetíveis de inviabilizar o próprio empreendimento. A nova Lei nº 9.37/96, sem dúvida, significa uma tentativa de inserir nesse contexto nosso País, até agora arredo ao instituto⁸. (grifos nossos)

Segundo Calmon (2013), não obstante ser claro diante dessa realidade que uma maior adoção dos meios alternativos de solução de conflitos teria repercussões bastante positivas, é importante ressaltar que a superação da chamada “crise da jurisdição” não implica em uma abdicação das técnicas atualmente utilizadas, mas sim de um progresso no desenvolvimento e estabelecimento de novos caminhos e metodologias, incrementando, assim, o sistema atual de forma a melhor atender as demandas da sociedade.

A ideia simplista de que o funcionamento defeituoso da máquina judiciária justificaria a difusão dos meios alternativos deve ser afastada, visto que haverá maior liberdade e legitimidade de eleger uma via externa ao judiciário quando houver opção dentre dois sistemas paralelos hábeis.

Os meios alternativos não são capazes de evitar um sistema judicial problemático, mas se colocam ao lado do Poder Judiciário do Estado, devendo se valer do preceito da adequação entre a natureza da lide e o meio de solução respectivamente adequado ao caso.

Pode-se dizer que o Judiciário não precisa da arbitragem, mas se beneficia pelo seu uso. A arbitragem não é aplicável em um contexto de desordem institucional e jurídica, de modo que necessita de um Judiciário forte⁹.

⁸ Supremo Tribunal Federal. SE 5206 AgR, Voto do Ministro Ilmar Galvão. Tribunal Pleno, julgado em 12/12/2001, DJ 30-04-2004 PP-00029 EMENT VOL-02149-06 PP-00958. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/775697/agregna-sentenca-estrangeira-se-agr-5206-ep/inteiro-teor-100491847?ref=juris-tabs>>STF ADIN

⁹ Relatório Comissão Especial Câmara. Projeto de Lei 7.108/2014. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1260569>. Acesso em 25/03/2018.

1.2 A crise da Jurisdição traduzida em números

De acordo com Bocehenek, atualmente o Judiciário se depara com um marcante índice de litigiosidade:

No início do século XXI, os tribunais apresentam uma taxa de litigiosidade elevada em comparação com os números apresentados no passado. Diversos fatores contribuem para esse aumento e estão relacionados à procura e ao desempenho dos tribunais. A procura é determinada pela busca do sistema judicial. O desempenho é determinado pela avaliação da eficácia e da efetividade dos tribunais. Ambos os fatores devem ser analisados com a finalidade de encontrar respostas à taxa de litigiosidade e para propor as reformas adequadas para o sistema judicial. (BOCEHENEK, 2008, p. 7)

Dados publicados pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ nos oferecem um panorama mais mensurável da realidade da crise na jurisdição brasileira.

Conforme a mais recente edição do relatório “Justiça em Números”, publicado pelo CNJ em 2017 (ano-base 2016), o estoque de processos de toda a justiça brasileira aumentou em 2,7 milhões, o que representa um aumento percentual da ordem de 3,6%, havendo ao final de 2016 um estoque total de 79,7 milhões processos em tramitação, no aguardo de uma solução definitiva¹⁰.

Tal estoque apresenta um aumento contínuo desde 2009, sendo de 31,2% o aumento acumulado nesse intervalo, representando uma elevação de 18,9 milhões de processos¹¹.

A taxa de congestionamento do Judiciário brasileiro sempre permaneceu bastante alta, nunca abaixo dos 70%. Há pouca variação anual e, em 2016, foi aferido aumento de 0,2 pontos percentuais, havendo a taxa alcançado o percentual de 73% no ano aferido, o que significa que apenas 27% da totalidade de processos em tramitação alcançaram uma solução definitiva¹².

¹⁰ Justiça em Números 2017: ano-base 2016/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2017. Pág 77.

Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>> Acesso em 10 de Abril de 2018.

¹¹ Justiça em Números 2017: ano-base 2016/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2017. Pág. 67.

Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>> Acesso em 10 de Abril de 2018.

¹² Justiça em Números 2017: ano-base 2016/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2017. Pág. 78.

Disponível em:

Mesmo desconsiderando os casos em situação de suspensão, sobrestamento ou no aguardo de situação jurídica futura, a taxa de congestionamento líquida é de 69,3%, apenas 3,7 pontos percentuais mais baixa do que a taxa bruta¹³.

Em toda a série histórica, a taxa de congestionamento variou ao todo somente 2,5 pontos percentuais¹⁴.

Diante da magnitude da problemática de abarrotamento do sistema judicial brasileiro, passaremos então a verificar qual o grau de participação da Administração Pública nessa crise.

Para obter um panorama de quão representativo poderia se mostrar uma maior receptividade à adoção da arbitragem nas lides envolvendo a Administração Pública – nos casos em que essa opção seja elegível – examinamos os dados publicados em outro relatório do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) denominado “100 Maiores Litigantes”.

O relatório surgiu de uma iniciativa do próprio CNJ, visando identificar os principais demandantes do Poder Judiciário, a fim de suscitar o debate a respeito da excessiva litigância no Brasil¹⁵.

O relatório foi elaborado pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias, por meio de informações colhidas dos tribunais estaduais, regionais federais e também do trabalho. Somente pessoas jurídicas e/ou entidades foram consideradas como partes. Não foram incluídos processos de natureza criminal, eleitoral, militar e os relativos à infância e juventude¹⁶.

<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>> Acesso em 10 de Abril de 2018.

¹³ Justiça em Números 2017: ano-base 2016/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2017. Pág. 78 Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>> Acesso em 10 de Abril de 2018.

¹⁴ Justiça em Números 2017: ano-base 2016/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2017. Pág. 78 Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>> Acesso em 10 de Abril de 2018.

¹⁵ Conselho Nacional de Justiça. Pesquisa 100 maiores litigantes. 2011. Brasília, DF. Disponível em: <www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Último acesso em: 22/03/2018. p.2.

¹⁶ Conselho Nacional de Justiça. Pesquisa 100 maiores litigantes. 2011. Brasília, DF. Disponível em: <www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Último acesso em: 22/03/2018 p.3.

Nesse relatório excluiu-se o Ministério Público, por figurar impreterivelmente em vários processos, em defesa da sociedade, e incluiu-se a Advocacia Geral da União como parte¹⁷.

Na listagem dos “cem maiores litigantes nacionais”, constam como os cinco primeiros, respectivamente: Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), a Caixa Econômica Federal (CEF), a Fazenda Nacional, a própria União e, por fim, o Banco do Brasil S/A¹⁸.

Nota-se que o setor público federal se destaca como maior litigante quando considerado os dez maiores setores, tanto na totalidade, quanto no consolidado das Justiças Federal, Estadual e do Trabalho, evidenciando o peso representado pelas demandas que o envolvem¹⁹. O excesso de litigância no âmbito da justiça federal não é provocado especialmente por particulares, e sim pelas próprias entidades da administração pública. O Estado, por meio do Poder Judiciário, aplica seus recursos para solucionar lides das quais ele próprio faz parte.

Faz-se necessário observar, conforme consta do relatório em questão, que tal levantamento de dados possibilitou conhecer quem protagoniza os litígios, no entanto, existe uma grande dificuldade relacionada à obtenção de dados sobre o que se litiga. Seria de suma importância haver um detalhamento estatístico dos tipos de causas. Tal levantamento poderia ajudar a identificar lides mais propensas a acordos judiciais, servindo, inclusive, como incentivo aos meios alternativos de resolução dos conflitos, incluindo a arbitragem, e também, servir de subsídio teórico para possíveis soluções legislativas nessa área.

Não obstante a ausência de dados consolidados sobre as temáticas das lides levantadas pelo relatório, ficou constatado que os processos nos quais entidades públicas constam como parte representam quantitativamente uma grande parcela dos processos que sobrecarregam o Judiciário Brasileiro. O congestionamento da justiça brasileira é causado pelo próprio Estado, tornando o estudo sobre a aplicação dos

¹⁷ Conselho Nacional de Justiça. Pesquisa 100 maiores litigantes. 2011. Brasília, DF. Disponível em: <www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Último acesso em: 22/03/2018. p.4

¹⁸ Conselho Nacional de Justiça. Pesquisa 100 maiores litigantes. 2011. Brasília, DF. Disponível em: <www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Último acesso em: 22/03/2018. p.5

¹⁹ Conselho Nacional de Justiça. Pesquisa 100 maiores litigantes. 2011. Brasília, DF. Disponível em: <www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Último acesso em: 22/03/2018. p.5

meios alternativos de solução de conflitos nessas lides bastante relevante como parte da solução da crise.

2. A arbitragem e a Administração Pública

2.1 Noções introdutórias sobre os meios alternativos de solução de conflitos

Neste capítulo será apresentado o método estabelecido pela Lei no 9.307/96 – Lei de Arbitragem – mediante a sua comparação com os outros meios alternativos de resolução de conflitos, a fim de introduzir fundamentos preliminares sobre o instituto.

De acordo com Amaral (2012), apesar de alguma divergência na doutrina, é possível classificar três tipos de administração e resolução de conflitos: autotutela, autocomposição, e por fim, a heterocomposição (estatal ou arbitral).

2.1.1 A autotutela

A autotutela pode ser definida como a imposição da vontade de uma das partes litigantes com o conseqüente sacrifício do interesse da outra parte, sem a existência de intervenção de terceiros no processo. O instituto está relacionado ao uso de força e/ou esperteza (na conotação negativa do termo), provocando descontrole social e supremacia da violência (CALMON, 2013).

Tal procedimento como método de alcance de pretensões é atualmente considerado indesejável, posto que precário e abusivo. Em âmbito de particulares, seu uso pode ser considerado exercício arbitrário das próprias razões, enquanto no âmbito estatal, configura-se exercício arbitrário ou abuso de poder. No entanto, em algumas situações excepcionalíssimas, seu uso ainda é considerado cabível em nosso ordenamento jurídico. Podem ser destacadas as previsões de exclusão de ilicitude de atos tipificados como crimes praticados em estado de necessidade, legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito²⁰, o desforço imediato para a proteção de posse²¹, o penhor de bagagens por

²⁰ Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002: Art. 188, inciso I e Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940: Arts. 23, 24 e 25.

²¹ Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Art. 1.210, § 1º.

dívida com hospedagem²², o direito de retenção²³, dentre outros casos igualmente singulares²⁴.

2.1.2 A autocomposição

Para Amaral (2012) a autocomposição pode ser definida como a busca da resolução do conflito por meio não combativo, sendo a decisão resultante de um consenso por parte dos litigantes.

Podem ser enumeradas três formas de composição do conflito na autocomposição, no que se refere a seus possíveis resultados práticos (SANTOS, 2012):

- I. Renúncia ou desistência à pretensão: uma das partes litigantes, de forma unilateral abandona sua pretensão e declina a possibilidade de ver satisfeito o seu interesse na questão.
- II. Reconhecimento ou submissão: a parte que resistia à pretensão, opta por se submeter de maneira integral à parte demandante, abandonando os atos de resistência. Se diferencia da renúncia por pressupor, necessariamente, um comportamento prévio ativo, que posteriormente é abandonado.
- III. Transação: há concessões recíprocas por parte dos conflitantes, resultando em um acordo caracterizado pelo consentimento mútuo.

Todas as formas apresentam em comum a inexistência de imposição de terceiros para emitir uma decisão sobre a lide.

Por sua vez, também podem ser apontadas três espécies de meios consensuais de resolução dos conflitos autocompositivos, no que se refere a metodologia utilizada para alcançar a solução (SANTOS, 2012):

- I. Negociação: é um meio basilar de resolução de controvérsias, no qual as partes conflitantes dialogam sem a intermediação de terceiros alheios à

²² Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Art. 1.469.

²³ Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Arts. 578, 644, 1.219, 1.433, inc. II, 1.434.

²⁴ AMARAL, Paulo Osternack. Arbitragem e administração pública: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle. 1ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2012. Pág. 20.

lide. Se subdivide nas modalidades direta, em que atuam as próprias partes do conflito, e na assistida, na qual atuam representantes escolhidos para defender os interesses de um indivíduo ou de um grupo, em nome desses²⁵.

II. Mediação: consiste em uma forma de negociação auxiliada ou acelerada por um terceiro isento, desprovido de poder decisório, que deve conduzir os litigantes a concluírem, dentre as possibilidades para a resolução do conflito, a que se mostra mais adequada ao caso. Apresenta enfoque de melhorar o padrão de comunicação entre os litigantes afim de permitir que as próprias partes cheguem a um consenso²⁶.

III. Conciliação: também consiste em uma forma de negociação com a presença de um terceiro facilitador, mas, nesse caso, seu papel é mais ativo, sendo-lhe facultado apresentar sugestões às partes, assim como advertências e orientações, podendo por consequência ser observada nesta metodologia uma tênue hierarquia relativa à posição do terceiro que opera como conciliador perante as partes conflitantes.

2.1.3 A heterocomposição

Amaral (2012) ensina que a heterocomposição, que engloba a arbitragem, é um meio de solução de conflitos no qual um terceiro imparcial e neutro possui o poder e o dever de resolver a lide de maneira impositiva.

As subclasses de heterocomposição são diversas, porém, para este trabalho, destacamos duas: o processo judicial e o processo arbitral.

O processo judicial é o mecanismo de realização da jurisdição, cuja finalidade é extinguir as lides mediante a aplicação da Lei aos casos concretos, no qual um juiz faz parte da relação processual representando o Estado, conduzindo a relação processual entre as partes litigantes com imparcialidade a fim de obter uma solução para a lide, contribuindo para a pacificação e promoção da coesão social.

²⁵ LOPES, Ilza de Fátima Wagner; MIRANDA, Fernando Silveira M. Plentz. A conciliação nos juizados especiais cíveis. Revista eletrônica Direito, Justiça e Cidadania. Volume 1, número 1, 2010. Pág. 18. Disponível em: <http://www.facsaooroque.br/novo/publicacoes/pdfs/ilza.pdf> . Acesso em 27/04/2018.

²⁶ LOPES, Ilza de Fátima Wagner; MIRANDA, Fernando Silveira M. Plentz. A conciliação nos juizados especiais cíveis. Revista eletrônica Direito, Justiça e Cidadania. Volume 1, número 1, 2010. Pág. 18. Disponível em: <http://www.facsaooroque.br/novo/publicacoes/pdfs/ilza.pdf> . Acesso em 27/04/2018.

Dessa forma, a figura do juiz deve constituir um terceiro sem qualquer interesse na controvérsia, conduzindo o processo de acordo com princípios e normas existentes na ordem jurídica, permitindo a participação ampla e igualitária das partes na resolução do conflito.

Por sua vez, no contexto de um processo arbitral, as partes, de maneira consensual, conferem poder a um ou mais terceiros que o exercerão dentro dos limites estipulados na convenção de arbitragem livremente estipulada, para que decidam, de forma autônoma e definitiva, com caráter impositivo, sobre controvérsias que tratem de direitos patrimoniais disponíveis, abrindo mão, assim, da intervenção estatal no mérito da controvérsia.

Logo, o papel do terceiro imparcial no âmbito da arbitragem, de maneira diversa aos procedimentos supracitados da mediação ou da conciliação, não é o de atuar como um facilitador de um acordo, mas sim proceder com o recolhimento de provas e alegações que viabilizem uma decisão por meio de um laudo ou de sentença arbitral irrecorrível (VASCONCELOS, 2016).

O instituto da arbitragem se encontra previsto em leis e convenções internacionais, com destaque para a Convenção de Nova Iorque, de 1958, assinada e ratificada por mais de 102 países. A respeito desse processo de disseminação, Morais faz algumas considerações:

No plano internacional (...) assistiu-se a um crescimento vertiginoso e diferenciado das relações comerciais externas impulsionadas pela globalização econômica que contribuiu para revestir de importância os juízos arbitrais. Estes acompanharam, de perto e de igual maneira, o desenvolvimento e incremento das relações entre Estados e entre particulares, o que inevitavelmente repercutiu na formação de tratados na área internacional, bem como novas codificações no que se refere à arbitragem entre particulares no âmbito interno de cada país. (MORAIS, 2012, p. 215)

A arbitragem toma como referencial o processo judicial estatal, que ainda é o método heterocompositivo mais utilizado para resolução de lides (CARMONA, 2009). No Brasil, a norma-base sobre arbitragem é a Lei 9.307/1996.

Segundo Amaral (2012) dentre os requisitos legais que distinguem a real arbitragem de procedimentos administrativos e de processos judiciais, o mais determinante corresponde à autonomia da vontade das partes, estabelecida pelos artigos 1º e 2º da Lei de Arbitragem. Destarte, a opção pela arbitragem como via preferencial deve ser pactuada de maneira livre pelas partes.

Para viabilizar a adoção da via arbitral, é necessário que essa seja estipulada por meio de convenção de arbitragem, cuja previsão se encontra no art. 3º da Lei de Arbitragem. A convenção de arbitragem se subdivide nas seguintes espécies:

- I. Cláusula compromissória, estabelecida previamente com o propósito de subordinar à arbitragem eventuais controvérsias surgidas durante a execução contratual (art. 4º da Lei de Arbitragem);
- II. Compromisso arbitral, pactuado posteriormente ao advento de eventual controvérsia (art. 9º da Lei de Arbitragem).

Ensina Vianna (1998) que em respeito ao princípio do *pacta sunt servanda*, se firmada uma convenção de arbitragem, as partes são obrigadas a sujeitar a lide ao juízo arbitral, exceto se houver recontratação. Nesses casos, uma eventual provocação da jurisdição estatal fica limitada a se fazer cumprir a convenção de arbitragem e a compelir a instituição do juízo arbitral em caso de negativa da outra parte.

Em seu art. 18, a Lei de Arbitragem estabelece a irrecorribilidade da sentença arbitral, princípio que encontra seu fundamento de validade na confiança das partes no árbitro eleito. Sob essa perspectiva, mostra-se essencial ao processo arbitral a liberdade de escolha de um árbitro que goze de confiança das partes.

A capacidade de gerar coisa julgada material, prescindindo de homologação judicial, segundo os artigos 18 e 31 da Lei de Arbitragem, deriva da autonomia de vontade das partes, que gozam de capacidade contratual, de afastar da apreciação do Poder Judiciário as lides que versem sobre seus direitos patrimoniais disponíveis.

Diante disso, uma decisão arbitral, via de regra, só é passível de controle judicial no contexto de uma ação anulatória ou de impugnação ao cumprimento de sentença – em caso de ajuizamento de ação de execução baseada em condenação via sentença arbitral, conforme previsão dos artigos 32 e 33 da Lei de Arbitragem. (AMARAL, 2012)

Algumas das características inerentes à arbitragem aqui apresentadas provocaram questionamentos sobre a constitucionalidade do instituto, ponto que será devidamente explorado mais à frente no item “3.2.1 A Arbitrabilidade Subjetiva”.

Do exame realizado neste tópico, pode-se concluir de maneira resumida que a arbitragem é um método previsto e regulado por lei visando a solução de lides

envolvendo direitos patrimoniais disponíveis das pessoas capazes de contratar, suscetível de controle judicial de conformidade, mediante provocação. O instituto possui particularidades em relação a outros meios de resolução de conflitos, destacando-se a autonomia da vontade das partes, a irrecorribilidade das decisões e a capacidade de produção de coisa julgada material.

2.2 As controvérsias envolvendo o uso da Arbitragem no âmbito da Administração Pública

A litigiosidade no setor público possui características e desafios bastante particulares, ao considerarmos a desproporção simbólica entre os litigantes e o caráter geral que por diversas vezes tais conflitos assumem perante a sociedade.

Selma Lemes (2007) adota como acepção de Estado o conceito de Administração Pública em seu aspecto subjetivo, correspondendo a todos os órgãos que integram as pessoas jurídicas de direito público interno. De acordo com o estabelecido no art. 41 do Código Civil brasileiro, são eles a União, os Estados, o Distrito Federal, os Territórios Federais, os Municípios, as autarquias e outras entidades de natureza jurídica pública estabelecidas na forma da lei, estando incluídas nesse rol também algumas pessoas jurídicas de direito privado: aquelas criadas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, na forma de sociedades de economia mista ou de empresas públicas.

A Administração Pública Direta é formada pelos órgãos que constituem as chamadas pessoas jurídicas políticas: União, Estados e Distrito Federal e Municípios. Por sua vez, integram a Administração Pública Indireta as entidades que apresentam personalidade jurídica própria: autarquias e fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista, todas criadas por meio lei²⁷.

A *priori*, a possibilidade de aplicar arbitragem em relações em que a Administração Pública figure como parte pode provocar certa contrariedade, visto que o Estado, como consequência da soberania, só se submeteria aos próprios tribunais

²⁷ BRASIL. Lei nº 7.596 de 10 de abril de 1987. Altera dispositivos do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, modificado pelo Decreto-lei nº 900, de 29 de setembro de 1969, e pelo Decreto-lei nº 2.299, de 21 de novembro de 1986, e dá outras providências.

estatais. A sua natureza pública impeliria invariavelmente soluções judiciais nas lides em que viesse a fazer parte.

Tal entendimento pode ser atribuído ao conceito tradicional de Estado como uma entidade institucionalizada pela nação, à qual é atribuído o poderio relativo à administração da coisa pública (informação verbal)²⁸.

O fato de a Administração Pública ser regida pelo regime de Direito Público enquanto a arbitragem é disciplinada no âmbito do Direito Privado, inevitavelmente causou e ainda causa diversos debates e controvérsias doutrinárias.

É interessante fazer uma breve contextualização: principalmente após a Segunda Guerra Mundial e criação da Organização das Nações Unidas (ONU), o Estado passou progressivamente a adotar uma conduta mais interventiva no campo da economia, diante do novo paradigma internacional que estabeleceu a manutenção da paz por meio do desenvolvimento econômico e social das nações²⁹.

De certa maneira, a economia se estabeleceu como um novo eixo internacional, determinando uma relação mais próxima entre o Estado e entes relacionados ao Direito Privado.

O Estado, como administrador dos serviços públicos, começa também a exercer o papel de agente de desenvolvimento interno, celebrando contratos com empresas visando o promover setores em que o suprimento estatal se mostrava deficiente e insuficiente. Como consequência, o Estado declina parcialmente de seu papel de provedor conforme a sociedade passa a agir representando as próprias pretensões, através de ONG's, entes partícipes e outros grupos e sociedades civis que representem interesses específicos da sociedade (informação verbal)³⁰.

²⁸ Explicação fornecida por Selma Ferreira Lemes em sua palestra "Arbitragem na Administração Pública", realizada em Brasília, em 22 de agosto de 2016.

²⁹ "Com o fim de criar condições de estabilidade e bem-estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações, baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, as Nações Unidas favorecerão: a) níveis mais altos de vida, trabalho efetivo e condições de progresso e **desenvolvimento econômico e social**; b) a **solução dos problemas internacionais econômicos**, sociais, sanitários e conexos; a cooperação internacional, de caráter cultural e educacional" (Nações Unidas, 2006, grifo nosso). Disponível em <https://nacoesunidas.org/carta/>. Acesso em 09/03/2018.

³⁰ Explicação fornecida por Selma Ferreira Lemes em sua palestra "Arbitragem na Administração Pública", realizada em Brasília, em 22 de agosto de 2016.

No momento atual, é possível observar a tendência de que o Estado volte a desempenhar seu papel originário, de caráter assistencial, ao priorizar a privatização de atividades públicas de natureza empresarial e se abster de regular sistematicamente a economia. O Estado passa a explorar atividade econômica somente nos casos de necessidade relacionada aos imperativos de segurança nacional ou a interesses coletivos relevantes, na forma da lei³¹.

O Estado representa neste novo contexto um papel secundário na economia (princípio da subsidiariedade), manifestando sua interferência em grau de assistência, por meio da criação de condições que propiciem um melhor desempenho do setor privado³², ou em grau de realização complementar, ao compensar ocasionais deficiências da iniciativa privada.

A privatização das entidades públicas também pode ter influenciado no retorno da arbitragem privada como meio de solução de controvérsias. O papel exercido pelos contratos internacionais nessa alta da arbitragem também merece destaque, ao corroborarem a conveniência da desvinculação do Estado (que muitas vezes figura como parte nas relações contratuais internacionais) do procedimento decisório de possíveis lides, garantindo à parte contratante estrangeira um meio de solução de controvérsias imparcial e desvinculado da estrutura estatal³³.

Ao deixar de operar diretamente atividades econômicas em diversos setores, o Estado passa a exercer a função de normatizá-las e coordená-las.

Como consequência das tendências globais de privatização e desestatização, o desempenho satisfatório das instituições tornou-se um fator de especial atenção em economias de desenvolvimento.

³¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Artigo 173: “Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.”

³² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Artigo 170: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios.”

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SE 5206 AgR, Voto do Ministro Ilmar Galvão. Tribunal Pleno, julgado em 12/12/2001, DJ 30-04-2004 PP-00029 EMENT VOL-02149-06 PP-00958. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/775697/agregna-sentenca-estrangeira-se-agr-5206-ep/inteiro-teor-100491847?ref=juris-tabs>>STF ADIN

A disseminação do uso da arbitragem interfere positivamente na economia na medida que oferece eficiência para as partes contratantes, refletindo em maiores vantagens para a sociedade como um todo. Tal otimização das transações econômicas se origina da segurança, da imparcialidade, independência e razoabilidade dos prazos de proferimento das decisões características desse instituto.

Dentre todos os meios alternativos de solução de conflitos, a arbitragem se mostra o mais eficaz para conter a exorbitância de processos que sobrecarregam o Poder Judiciário e o mais benéfico para a resolução das lides. Tal argumentação encontra amparo nos novos paradigmas positivados na Constituição Federal relativos ao ramo do Direito Administrativo, admitindo-se o caráter complementar entre os ramos do Direito Civil, de natureza privada, e do Direito Público:

(...) a filosofia e a teoria geral do direito contemporâneo (...) mantém a distinção entre direito público e privado como duas perspectivas ordenadoras da experiência jurídica, considerando-os distintos, mas substancialmente complementares e até mesmo dinamicamente reversíveis, e não duas categorias absolutas e estanques. (REALE, 1986, p. 91)

O Direito Administrativo é regido por uma associação de normas e princípios oriundos tanto do direito público quanto do direito privado, sem apresentar hierarquia, mas sim uma relação suplementar³⁴. A questão envolvendo a submissão ao juízo arbitral de lides que envolvam a Administração Pública, logo, envolve aspectos tanto de direito público quanto de direito privado, que devem ser harmonizados.

Convencionou-se chamar de “arbitrabilidade” a faculdade de submissão à arbitragem de determinada demanda. Divide-se em dois aspectos: subjetiva, relacionada à capacidade das partes envolvidas e objetiva, relacionada ao objeto da controvérsia a ser dirimida. A arbitrabilidade das lides envolvendo a Administração Pública foi questionada em ambos aspectos, como será demonstrado na sequência.

2.2.1 A Arbitrabilidade Subjetiva

A Lei 9.307/96, já em seu artigo inaugural, estabelece como requisito subjetivo para a possibilidade de uso da arbitragem a capacidade de contratar das partes, sem a qual é inviável firmar uma convenção de arbitragem. “A capacidade jurídica consiste

³⁴ Contratos de administração pública são regidos por preceitos de direito público, aplicando-se de modo supletivo as disposições do direito privado, conforme estabelecido na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, em seu art. 54.

na aptidão de tornar-se sujeito de direitos e deveres, sendo tal capacidade o pressuposto de todos os direitos e obrigações.” (CARMONA, 2009, p. 37)

A capacidade também pode ser definida, segundo Amaral (2012), como uma manifestação do poder de ação que se encontra implícito na concepção de personalidade, ou a medida jurídica da personalidade. Enquanto a personalidade é um valor intrínseco ao próprio indivíduo, a capacidade, por sua vez, é imputada pelo ordenamento jurídico, de forma a realizar tal valor.

É importante distinguir a capacidade de fato da capacidade de direito: a última é a aptidão de ser titular de direitos e deveres, enquanto a primeira é a aptidão de exercitar tais direitos e deveres, e para que haja um comprometimento de submissão à via arbitral, exige-se das partes contratantes que gozem tanto do poder de titularidade quanto da disponibilidade dos direitos patrimoniais objeto do litígio.

Do explanado, decorre que todos os civilmente capazes, sejam pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, são aptos a pactuar convenções de arbitragem. No entanto, em sua redação original, o supracitado artigo 1º da Lei de Arbitragem não mencionava expressamente a administração pública, o que gerava controvérsia na doutrina, pois ao mesmo tempo em que não havia uma disposição normativa de caráter genérico que autorizasse a eleição pelo juízo arbitral nas lides envolvendo a Administração Pública, o governo federal editava normativos esparsos para atender situações específicas autorizando a adoção da arbitragem (como, por exemplo, a Lei de Concessões e a Lei das Parcerias Público-Privadas).

Antes das inovações trazidas pela Lei nº 13.129/2015 houve tendências de restrição da arbitralidade subjetiva no âmbito estatal, como se verá a seguir. No entanto, a teoria que já reconhecia a aptidão das pessoas jurídicas que compõem a Administração Pública de submeterem-se à jurisdição arbitral já encontrava apoio em parcela considerável da doutrina administrativista, mesmo nesse contexto em que inexistia a previsão expressa.

A respeito da citada polêmica relativa à viabilidade ou não da Administração Pública, figurando como pólo de uma relação contratual, poder firmar uma convenção arbitral, segue um exame sucinto.

2.2.1.1 Arguição de inconstitucionalidade

A controvérsia doutrinária envolvendo a constitucionalidade da arbitragem – no geral e especificamente em relação à sua aplicabilidade em lides estatais – iniciou-se há algumas décadas, gerando diversas linhas de argumentação, tanto favoráveis quanto contrárias (VIANNA, 1998).

Desde a promulgação da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946 já havia a previsão expressa da garantia da inafastabilidade da jurisdição, o que foi reafirmado nas constituições posteriores, de 1967 e 1988³⁵. Segundo a tese de parte dos estudiosos do direito, a instituição do juízo arbitral seria uma violação dessa garantia de tutela jurisdicional, constitucionalmente consolidada desde 1946.

No entanto, o STF adotou entendimento diverso ao julgar o Agravo de Instrumento nº 52.181, o “Caso Lage”. Nesse julgamento, ocorrido em 1973, na vigência da Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, foi discutida a legalidade de uma decisão arbitral que havia condenado a União a pagar indenização por uma expropriação de particular. O estabelecimento da arbitragem para resolução dessa lide encontrava previsão autorizativa no decreto-lei nº 9.521/1946. Com relatoria no Ministro Bilac Pinto, o STF declarou o juízo arbitral em questão válido e legal, vencendo por unanimidade a tese de que o direito pátrio sempre admitiu e consagrou essa possibilidade, apontando válidos os procedimentos arbitrais para as relações contratuais que gozem de natureza privada, em virtude do cunho consensual de submissão ao juízo arbitral e também da autonomia contratual de que goza o Estado. O tribunal arbitral seria uma criação contratual consensual, originada de um compromisso entre as partes e que, considerando a autorização legal contida no supracitado decreto-lei, não haveria impedimento para que o juízo arbitral decidisse a disputa, assim como confirmou o caráter irrecorrível dessa decisão arbitral, rechaçando a hipótese de ofensa à Constituição³⁶.

Diante da ausência de previsão legal específica que tratasse da questão da arbitrabilidade das lides estatais, essa decisão foi considerada um caso paradigmático, reconhecendo aspectos relevantes ao tema.

³⁵ Da mesma forma, a garantia da inafastabilidade da jurisdição também foi prevista na Constituição Federal de 1988, no inciso XXV de seu artigo 5º.

³⁶ Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento 52.181 – GB. Brasília: STF, 1973.

Apesar de ter-se dado na vigência de Constituição anterior, as conclusões desse julgado permanecem válidas no âmbito do atual ordenamento jurídico, visto que as premissas principais que ensejaram da decisão, qual sejam, a autonomia contratual do Estado e a consensualidade da eleição do juízo arbitral foram recepcionadas pela Carta Maior de 1988 e pela Lei de Arbitragem de 1995.

Contudo, a evolução dessa matéria não prosseguiu, a partir de então, de maneira linear e gradual, solidificando e fortalecendo progressivamente tal entendimento, como poderia ser esperado, havendo episódios de tentativas de retroceder e restringir a arbitrabilidade das lides envolvendo a Administração Pública.

Houve tendências legislativas contrárias a tal entendimento do STF, no sentido de vetar de maneira taxativa a possibilidade de que a Fazenda Pública tomasse parte em procedimentos arbitrais. Em 1986, foi editado o Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos que estabelecia, em seu art. 45, que contratos com pessoas domiciliadas no estrangeiro, estariam proibidas de eleger o juízo arbitral para a resolução de controvérsias. Contudo, após alguns meses de sua entrada em vigor, houve uma alteração de redação do supracitado artigo, autorizando o estabelecimento de cláusula compromissória de arbitragem.

Alguns anos após a atual Constituição entrar em vigor, houve a edição da vigente Lei de Licitações, que foi silente sobre esse aspecto, sem estabelecer nenhuma previsão explícita em relação a cláusulas compromissórias arbitrais.

Posteriormente, a Proposta de Emenda Constitucional nº 29/2000, que veio a se tornar a Emenda Constitucional nº 45/2004, conhecida como “Reforma do Judiciário” chegou a conter redação que proibia a adoção de arbitragem no âmbito de contratos com a Administração Pública, nos seguintes termos de seu art. 11:

O art. 98 passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 98.

§4º **Ressalvadas as entidades de direito público**, os interessados em resolver seus conflitos de interesse poderão valer-se de juízo arbitral, na forma da lei.³⁷ (grifo nosso)

³⁷ TIBURCIO, Carmen. A arbitragem envolvendo a administração pública. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XI, n. 60, dez 2008. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4307>. Acesso em 12 de abril de 2018.

Apesar dessa proposta não haver prosperado ao ser submetida ao Senado Federal, o fato de ter alcançado aprovação na Câmara dos Deputados demonstra o quanto ainda havia dissenso e insegurança envolvendo a temática.

A edição da Lei de Arbitragem, que entrou em vigor em 1996, também não favoreceu a solução do problema. Silente, em sua redação primária, a respeito do uso de arbitragem por entes públicos, a lei teve sua constitucionalidade questionada no âmbito do Poder Judiciário.

Na oportunidade do julgamento do Agravo de Instrumento nº 52.181, em 2001, o Ministro Ilmar Galvão manifestou-se sobre a arguida violação ao inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal de 1988, no sentido que a garantia da inafastabilidade da jurisdição, sacramentada pela primeira vez na carta de 1946, deveria ser compreendida dentro de uma contextualização histórica: seu papel consistiu em ser verdadeiro escudo contra reiteradas práticas à época do governo de Getúlio Vargas, em que havia instauração de inquéritos policiais nos quais não eram proporcionados o devido processo legal, contraditório ou ampla defesa, não raro resultando em decisões de caráter sumário, final e impositivo, sem possibilidade de reexame pelo Poder Judiciário:

A intenção do constituinte de 1946, portanto, teria sido a de **proibir que a lei, e não as partes contratantes, pudesse determinar que alguma questão ficasse excluída de apreciação pelo poder judiciário**. A norma, assim, não é de ser vista como impositiva do ingresso de pessoas físicas em juízo toda vez que seus direitos subjetivos são afrontados, constituindo antes uma garantia do que uma imposição. (grifo nosso)

Prossegue salientando a existência, em outros países, de previsões constitucionais equivalentes ao supracitado inciso XXXV do art. 5º da Constituição brasileira, citando explicitamente a Espanha e a Itália e pontuando, na sequência, que tais previsões constitucionais não têm sido consideradas empecilhos à efetivação de cláusulas compromissórias pelos seus respectivos poderes judiciários³⁸.

A cláusula, nesse caso, não pode ser vista como incompatível com o princípio do livre acesso à jurisdição estatal, pelo singelo motivo de que a sua eficácia, em caso de resistência de uma das partes, justamente só poderá ser alcançada por via judicial, sendo certo que a sentença proferida pelo árbitro ou pelos árbitros, além de só poder ser executada na via judicial, quando condenatória, não escapa ao controle judicial que, na forma do art. 33 da lei sob exame, poderá ser acionado pela parte interessada, em procedimento comum, com alegação de qualquer das nulidades enumeradas no art. 132.

³⁸ CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira. Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem. Forense, 1999. Págs 36-51.

Não há, porém, supressão do controle judicial. Estabeleceu-se, apenas, a deslocação do momento em que o Poder Judiciário é chamado a intervir.³⁹

Corroborando o entendimento que veio a ser consagrado pela Corte superior, o Ministro Marco Aurélio também rechaçou qualquer vislumbre de violação ao inciso XXXV do artigo 5º da CF, reforçando que tal dispositivo é dirigido, realmente, ao legislador e não aos particulares, não se tratando do escopo de tal garantia obrigar as partes a necessariamente resolver suas pendências mediante um processo judicial:

Vejo na garantia constitucional do inciso XXXV do art. 5º a consagração da liberdade. Por isso, não posso proceder a uma leitura que a afaste, e o estarei fazendo se caminhar, na contramão da prática internacional, para a declaração de inconstitucionalidade relativamente aos preceitos evocados (...) esta – a liberdade – é o valor maior a ser preservado⁴⁰.

A Carta Magna garante o direito ao acesso à justiça, devendo o Estado assegurar amplo acesso ao Poder Judiciário, no entanto, no âmbito da arbitragem há um consentimento voluntário dos contratantes em não submeter a lide à jurisdição oferecida pelo Estado. Isso posto, muito feliz nos parece tal entendimento por parte do STF, eis que a essência da questão do acesso à justiça não deveria residir na perspectiva de que todos os conflitos sejam submetidos a um tribunal, e sim que a justiça seja realizada no contexto em que as partes se encontram inseridas, qualquer que seja o momento e em qualquer instância, seja ela judicial ou não (BOCEHENEK, 2008).

Sobre o aspecto do controle de legalidade, Lucas Rocha Furtado (2015) assim se manifestou:

Por meio da cláusula compromissória, é lícito ao poder público e ao contratado definirem que suas pendências sejam resolvidas em tribunais arbitrais. Esse pacto firmado entre as partes não afasta a possibilidade de ser proposta, por exemplo, ação popular, ação civil pública ou de o TCU instaurar processo para verificar a regularidade da decisão adotada e da postura do gestor público. A decisão arbitral vincula as partes contratantes, e somente elas.

Logo, o uso da arbitragem na esfera estatal não apresenta ameaça ao controle de legalidade da Administração Pública, eis que a sentença arbitral não vincula ou

³⁹Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Sentença Estrangeira SE-AgR 5206. Incidente de Inconstitucionalidade suscitado, julgado em 12 de dezembro de 2001. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19163434/sentenca-estrangeira-se-5206-ep-stf>>. Acesso em 22/01/2018.

⁴⁰ Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Sentença Estrangeira SE-AgR 5206. Incidente de Inconstitucionalidade suscitado, julgado em 12 de dezembro de 2001. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19163434/sentenca-estrangeira-se-5206-ep-stf>>. Acesso em 22/01/2018.

subordina os órgãos de fiscalização, não os impedindo de fazer uso dos meios de controle de legalidade previstos no vigente sistema constitucional afim de verificar a legalidade da conduta do gestor público, eis que a instituição do juízo arbitral não afasta os controles da Administração Pública previstas no ordenamento jurídico ou mesmo a apreciação do Judiciário em casos de **nulidade** do processo arbitral. Não há supressão da possibilidade de impugnação da sentença arbitral quando constatada nulidade.

2.2.1.2 Cláusula essencial de foro da sede da Administração

Também somou-se às divergências a previsão contida na Lei nº 8.666/93, relativa à obrigação do estabelecimento de cláusula contratual que "(...) declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual (...)”⁴¹, apontada como indício de exclusão do juízo arbitral no âmbito dos contratos da Administração Pública, ao vincular a resolução de controvérsias a instâncias do judiciário.

Em contraponto a tal conclusão, argumenta Carmona (2009) que a doutrina majoritária entende que tal cláusula necessária de indicação do foro refere-se apenas a matérias de direito indisponível, incompatíveis com a arbitragem, pois pode vir a ser inevitável uma intervenção do judiciário nos atos para os quais o árbitro não possua competência – como por exemplo execução de cautelar ou de sentença arbitral – e também para possíveis demandas resultantes da relação contratual que se mostrem incompatíveis com a arbitragem.

2.2.1.3 Princípio da Publicidade versus Princípio do Sigilo

Uma última causa de divergência doutrinária a respeito da arbitrabilidade subjetiva da Administração Pública a ser analisada se refere ao conflito existente entre o sigilo, princípio norteador do procedimento arbitral e considerado uma das suas vantagens, que permite a confidencialidade de todo o procedimento⁴² em confronto

⁴¹ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. “§ 2º Nos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar necessariamente cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual (...)”

⁴² BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. “O árbitro ou o tribunal arbitral poderá expedir carta arbitral para que o órgão jurisdicional nacional pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato solicitado pelo árbitro. Parágrafo único. No cumprimento da carta arbitral será observado o

com o princípio constitucional da publicidade ao qual se submete a atuação da Administração Pública, que exige, diversamente, a transparência dos procedimentos⁴³.

Falar em sigilo no âmbito da atuação estatal mostra-se matéria bastante sensível, particularmente no contexto atual, em que é visível a progressiva ampliação e valorização da transparência da atuação administrativa. Essa tendência pode ser observada tanto em iniciativas estatais, como por exemplo a criação da Controladoria-geral da União (CGU), em 2003, e a edição da Lei nº 12.527/2011 – Lei de Acesso à Informação (LAI), como também em iniciativas da sociedade civil, como a criação de Observatórios Sociais para acompanhamento da gestão pública, corroborando com o novo paradigma do cidadão exercendo um papel central de fiscalização da atividade estatal.

A mera presença da Administração Pública como parte em um procedimento arbitral automaticamente já implica em uma atuação dos órgãos de controle que, amparados pelo princípio da publicidade, devem ter garantido o acesso a dados e informações fundamentais para a atividade fiscalizatória.

Apesar do aparente impasse gerado ao confrontar tais previsões, é relevante ressaltar que o sigilo é uma característica com natureza de possibilidade, não havendo óbice para que as partes, por quaisquer motivos, renunciem a faculdade do sigilo que geralmente – mas não obrigatoriamente – envolve o procedimento arbitral. É inequívoco que, em face dos múltiplos mecanismos de controle estabelecidos pelo Estado para possibilitar a prestação de contas à sociedade dos atos realizados para atingir o interesse público, não se pode preservar um sigilo absoluto em um procedimento arbitral do qual tome parte um ente estatal, sem que isso acarretasse a impossibilidade do mecanismo ser usado para resolver questões que atinjam interesse público. A solução, sobre este ponto, é inexorável: o princípio da publicidade deve ser respeitado, devendo haver transparência e acesso a todos os atos essenciais do processo arbitral, incluindo suas decisões, preservando-se, todavia, o sigilo das

segredo de justiça, desde que comprovada a confidencialidade estipulada na arbitragem.” (art. 22-C, parágrafo único)

⁴³BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, **publicidade** e eficiência (...)” (art. 37) (grifo nosso)

discussões e a confidencialidade da documentação que tenham instruído o procedimento, quando assim for justificável (CARMONA, 2009).

Deve ser buscado um equilíbrio entre os princípios, como é a prática quando há conflitos nessa espécie de fonte do direito, evitando-se o sacrifício completo de algum deles e buscando no caso prático uma solução que preserve seus núcleos vitais, a fim de que, respeitando a publicidade em sua acepção de transparência dos atos da Administração, não se descaracterize totalmente a atribuição do sigilo, quando ele se mostrar legítimo, podendo-se citar as possibilidades de arbitragem envolvendo questões de segurança nacional, ou mesmo que atinjam direitos individuais da parte privada, como segredos comerciais ou patentes, por exemplo.

Carmona (2009) ressalta que as possíveis limitações à publicidade, nesses casos, devem se ater de forma estrita ao indispensável à tutela do outro bem jurídico envolvido. Se a atribuição de sigilo do documento bastar para preservar os demais bens jurídicos suscetíveis, não há que se cogitar a confidencialidade de todo o procedimento arbitral.

Um processo arbitral envolvendo a Administração deve estar solidamente baseada no direito e cumprir o princípio da publicidade de maneira a garantir a transparência da atuação estatal em suas relações com a coletividade e também na gestão do patrimônio público.

Diante do exposto, é viável afirmar que não se encontra vedação à prática da arbitragem em que o Estado figure como parte, como pessoa jurídica, nos casos de controvérsia com particulares, em nenhum princípio da ordem pública. No entanto, deve-se ter especial cuidado nas situações a que sejam atribuídos sigilo, apenas aceitável quando justificáveis do ponto de vista do interesse público e amplamente embasadas no direito pátrio.

Com a chegada da Lei nº 11.079/2004, instituindo normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração Pública, já se consolidava uma maior ratificação sobre a validade do uso da arbitragem como meio

eficaz na resolução de lides na esfera administrativa, havendo tal previsão no inciso III de seu art. 11⁴⁴.

Mais tarde, a Lei nº 13.129/2015 alterou a redação original da Lei de Arbitragem, e, dentre outras mudanças, explicitou a possibilidade de a administração pública direta e indireta utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, encerrando a controvérsia doutrinária ainda existente sobre o tema da arbitrabilidade subjetiva estatal⁴⁵.

2.2.2 A Arbitrabilidade Objetiva

A arbitrabilidade objetiva é um conceito relacionado à distinção de quais matérias são passíveis de serem submetidas à arbitragem e quais são vetadas ao procedimento.

Assim como a arbitrabilidade subjetiva, sua previsão encontra-se no primeiro artigo da Lei da Arbitragem, restringindo à jurisdição arbitral apenas matéria que envolva direitos patrimoniais disponíveis.

No âmbito da Administração Pública, para definir a disponibilidade ou indisponibilidade das matérias que lhe concernem, é preciso entender os papéis que o Estado representa em sua função de ente Administrativo e de que maneira ocorre sua atuação frente a matérias que representem interesse público.

A possibilidade do uso da arbitragem para resolução de lides envolvendo a Administração Pública não possui um histórico pacificado na doutrina, como já mencionado. Existem posicionamentos radicalmente contrários à submissão de lides estatais ao juízo arbitral, com foco no aspecto objetivo da arbitrabilidade. Dentre os

⁴⁴BRASIL. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública: “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.” (art. 11, inciso III) (grifo nosso)

⁴⁵ BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997: “A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.” (art. 1º, § 1º)

mais notórios, se destaca Celso Antônio Bandeira de Mello, que defende ser inconstitucional a submissão a árbitros a resolução de contendas cujo objeto envolva serviços públicos, que não se classificariam como bens disponíveis:

Novidade lamentável e, ao nosso ver, grosseiramente inconstitucional é o disposto no art. 23-A, também incluído pela referida Lei 11.1196. De acordo com ele, conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato podem ser solvidos por mecanismos privados, inclusive por arbitragem, que deverá ser efetuada no Brasil e em língua portuguesa. É inadmissível que se possa afastar o Poder Judiciário quando em pauta interesses indisponíveis, como o são os relativos ao serviço público, para que particulares decidam sobre matéria que se constitui *res extra commercium* e que passa, então, muito ao largo da força decisória deles. É da mais solar evidência que particulares jamais teriam qualificação jurídica para solver questões relativas a interesses públicos, quais as que se põem em um “contrato” de concessão de serviço público. Chega a ser grotesco imaginar-se que o entendimento revelado em decisão proferida por sujeito privado possa se sobrepor à inteligência proveniente de uma autoridade pública no exercício da própria competência. (MELLO, 2014, p. 740)

Seu posicionamento é o de que qualquer aspecto que se relacione ao serviço público, incluindo conjunturas da prestação, meios indispensáveis para realizá-lo adequadamente, instrumentos jurídicos constituídos visando tal prestação constituem todas matérias que extrapolam a esfera decisória própria a particulares, por abranger interesses de grande importância, concernentes a toda a coletividade, e que, portanto, num contexto de controvérsia que abranja tais matérias, a única via constitucionalmente adequada de resolução seria submetê-la ao Judiciário. A permissão para que “simples árbitros” dispusessem sobre lides relacionadas a matérias envolvendo o serviço público ofenderia o papel que a Carta Magna imbuíu ao serviço público e, em última análise, a própria dignidade que o envolve.

Não obstante tal posicionamento tão veemente por parte de Bandeira de Mello, a maioria da doutrina administrativista se posiciona pela viabilidade de submissão a um juízo arbitral de lides envolvendo a Administração Pública e particulares, sendo majoritária essa corrente antes mesmo da reforma legislativa que explicitou tal possibilidade acrescentando o parágrafo primeiro ao primeiro artigo da Lei da Arbitragem.

Eros Roberto Grau aponta como sendo um “erro, muito comum, (...) relacionar a indisponibilidade de direitos a tudo quanto se puder associar, ainda que ligeiramente, à Administração” (2000, p. 14), afirmando também que “um pesquisador atento e

diligente poderá, todavia, verificar que não existe qualquer razão a inviabilizar o uso dos tribunais arbitrais por agentes do Estado” (2000, p. 16).

A visão tradicionalmente adotada para atribuir a disponibilidade ou indisponibilidade a determinado interesse público vincula esses conceitos ao aspecto econômico. Não obstante, tal orientação não parece esgotar de forma satisfatória o tema. Ainda na crítica de Eros Roberto Grau “não há qualquer correlação entre disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público” (2000, p. 20). Os contratos administrativos e os contratos privados não devem ser encarados como pertencentes a realidades totalmente diversas e rigidamente apartadas, pois qualquer contrato pode manifestar elementos de Direito Administrativo e de Direito Privado.

Hely Lopes Meirelles (2014) aborda uma questão fundamental do supracitado posicionamento bastante ortodoxo de Bandeira de Mello: a possibilidade de conciliação entre o princípio da indisponibilidade do interesse público com o conceito de direitos patrimoniais disponíveis – os que são passíveis de submissão à arbitragem.

O autor aponta que o art. 25 da Lei de Arbitragem estabelece que, surgindo no decorrer da arbitragem alguma questão relativa a direitos indisponíveis cuja confirmação de incidência ou não sujeitará o julgamento, o árbitro deverá suspender o procedimento arbitral e remeter as partes envolvidas ao segmento correspondente do Judiciário. Em relação à distinção entre os dois tipos de interesses, quais sejam, o primário e o secundário, o autor define interesse público primário como uma meta, um objetivo a ser alcançado pela Administração Pública na satisfação das necessidades da sociedade, enquanto o interesse público secundário apresenta característica instrumental, sendo os meios aptos a atingir o primeiro. Para exemplificar tal dualismo, cita o exemplo do aluguel de uma casa afim de que seja inaugurado um centro de saúde. Nesse exemplo, o interesse público primário reside na implementação da unidade em si, enquanto o interesse público secundário – derivado do primeiro, sem o qual não existiria – reside na locação propriamente dita. Os interesses públicos secundários são geralmente satisfeitos sob o respaldo do Direito Privado, sob a forma de relações patrimoniais que, estando no campo de liberdade contratual da Administração Pública, são direitos disponíveis.

Portanto, afirma o autor, é irrefutável a existência de um campo de interesse patrimonial disponível passível de submissão à arbitragem em qualquer contrato celebrado pela Administração Pública. (MEIRELLES, 2014)

Em comentário ao art. 23 da Lei de Concessões – Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 – Arnold Wald (2004) defende ser pacífica a validade de opção pelo juízo arbitral para a solução de lides entre particulares e a Administração Pública, em especial no âmbito dos contratos de concessão. Também aponta a arbitragem como o meio que atende de maneira mais adequada à demanda urgente por segurança jurídica a fim de atrair investimentos particulares internos e externos, por ser um instituto que oferece decisões neutras e céleres, originadas, presumivelmente, de um especialista técnico eleito pelas partes ou por instituições confiáveis.

À justiça estatal, nesse contexto, caberia desempenhar a indispensável função de suporte, assegurando a eficácia das decisões arbitrais, uma vez que o árbitro ou tribunal arbitral não dispõe de poder de império, presente na atuação do Estado.

O Poder Judiciário exerceria o papel de controlar o respeito aos limites estabelecidos na Lei de Arbitragem, o de homologar as sentenças arbitrais estrangeiras, e também o de assumir para si o julgamento da lide nos casos em que for suscitada controvérsia sobre direito não passível de submissão ao juízo arbitral, nos casos em que será o único juízo competente para decidir sobre a lide, conforme previsto no supracitado diploma legal (WALD, 2004).

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) fixou o posicionamento de validar a arbitragem como possibilidade de solução dos conflitos advindos no curso de contratos de natureza econômica, concedendo de igual forma essa faculdade às sociedades de economia mista em se tratando de contratos de natureza estritamente comercial

No âmbito de sua Segunda Turma, ao julgar o Recurso Especial nº 606.345 - RS (2003/0205290-5) determinou que são plenamente válidos e eficazes os contratos com estipulação de cláusula compromissória submetendo ao juízo arbitral eventuais lides derivadas do ajuste, estabelecidos por sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica de produção, comercialização de bens ou mesmo de prestação de serviços, na forma do art. 173, § 1º da Constituição Federal.

Em sede do mesmo julgamento, definiu a Corte que quando os contratos tratem de serviços de natureza industrial, ou tipicamente econômica, os direitos envolvidos são passíveis de transação e de submissão a um juízo arbitral. No entanto, se a atividade estatal em questão envolver o poder de império da Administração e sua realização seja diretamente vinculada ao interesse público, não é possível cogitar a possibilidade da arbitragem⁴⁶.

Em ocasião posterior, o STJ reforçou seu entendimento pela admissão dos meios alternativos em controvérsias envolvendo a Administração Pública. Por ocasião do Julgamento do Mandado de Segurança nº 11308 DF 2005/0212763-0, essa Corte considerou válida a cláusula compromissória

In casu, por se tratar tão somente de contrato administrativo versando cláusulas pelas quais a Administração está submetida a uma contraprestação financeira, indubitável o cabimento da arbitragem. Não faria sentido ampliar o conceito de indisponibilidade à obrigação de pagar vinculada à obra ou serviço executado a benefício auferido pela Administração em virtude da prestação regular do outro contratante. A arbitragem se revela, portanto, como mecanismo adequado para a solução da presente controvérsia, haja vista, tratar-se de relação contratual de natureza disponível.

Na oportunidade, o relator Ministro Luiz Fux, ressaltou que a Lei de Arbitragem autorizou a celebração de cláusulas compromissórias nos contratos administrativos, desde que cuidassem de direitos disponíveis. Também se manifestou no sentido de que quando presente tal cláusula que prevê a submissão de litígios à arbitragem, não há cabimento para a Administração se valer do poder de supremacia contratual.

Diante da jurisprudência apresentada, podemos avaliar que a tese do impedimento absoluto do uso da arbitragem pela Administração Pública foi se tornando anacrônica. Por outro lado, resta também evidente que a definição dos tipos de matérias que possam vir a serem submetidas a tal via é questão de importância fundamental, que será abordada de maneira mais aprofundada no item 3.5 deste trabalho.

2.3 A evolução do entendimento do TCU em relação ao uso da arbitragem pela Administração Pública

⁴⁶ Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. REsp nº 606.345 - RS (2003/0205290-5). Brasília, 17/05/2007.

Paralelamente ao desenvolvimento da jurisprudência relativa à arbitragem nos contratos públicos no âmbito do Poder Judiciário, o Tribunal de Contas da União (TCU) desenvolvia seu próprio entendimento, passando a representar um dos principais contrapontos à tendência de aceitação da arbitragem em contratos públicos. Passamos, então, a analisar a evolução da jurisprudência dessa Corte de contas sobre a matéria.

O TCU, em sua função de órgão auxiliar do Congresso Nacional, exerce suas competências constitucionais atuando na fiscalização da gestão de recursos e bens públicos e subvenções como instituição exterior à estrutura administrativa federal, no exercício do controle externo⁴⁷.

Em âmbito federal, o TCU exerce controle sobre os contratos administrativos de maneira geral, e também, de maneira mais específica, sobre a execução dos contratos de concessão, os quais submete a um controle de segunda ordem, atuando de maneira suplementar e cooperativa ao controle de primeira ordem, que é exercido pelo poder concedente detentor da competência originária (ZYMLER, 2008).

O processo de privatização de empresas estatais e também a possibilidade de transferir a prestação de serviços públicos para a iniciativa privada, através de autorização, permissão e concessão⁴⁸, duas tendências que se aprofundaram durante a década de 90, propiciaram a implementação de um modelo regulatório aprimorado em relação ao anterior. O Poder Concedente passa a exercer uma atuação mais incisiva na regulação, contratação e fiscalização das delegações, uma vez que não mais providas de maneira direta pelo Poder Público, em contrapartida à época anterior em que a prestação de serviços públicos era majoritariamente oferecida por meio de estatais, contexto em que o controle exercido pelo TCU se concentrava em analisar atos de gestão praticados no decorrer do exercício das atividades-meio das empresas, não havendo tanto foco no desempenho das entidades sob a perspectiva de

⁴⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 71.

⁴⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 175. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> e Lei nº 9.472, de 17 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9472.htm>. Acesso em: 17 mar. 2018. Art. 131.

provedoras de serviços públicos, o que desenvolveu-se posteriormente (ZYMLER, 2008).

Antes da reforma promovida pela Lei nº 13.129/15 na Lei Geral de Arbitragem (Lei nº 9.307/96), cujo texto passou então a prever expressamente a possibilidade da administração pública direta e indireta poder utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, desenvolveu-se jurisprudência própria e reiterada no TCU relativa à aplicação da arbitragem nos contratos administrativos e nos contratos de concessão no sentido fortemente contrário à inclusão de cláusulas compromissórias em contratos administrativo.

A jurisprudência da Corte de contas focou-se mais frequentemente no aspecto da arbitrabilidade objetiva e na discussão da disponibilidade dos interesses relacionados à Administração Pública, conforme será analisado.

A Decisão 286/1993 do Plenário foi a primeira a apresentar o entendimento de que se fazia necessária autorização legal específica para a admissão da arbitragem nos contratos administrativos, posicionamento que viria a se tornar jurisprudência pacificada nessa Corte de Contas⁴⁹.

Tratava-se de consulta, em tese, de autoria do Ministro de Estado de Minas e Energia que questionava o cabimento de haver negociação relativa a adoção de juízo arbitral para solução de questões referentes a preços estipulados nos instrumentos contratuais celebrados entre a Companhia Hidrelétrica do São Francisco (CHESF) e os seus fornecedores.

O Tribunal entendeu inadmissível a aplicação da arbitragem nos contratos administrativos, nos seguintes termos:

seja respondido ao Senhor Ministro de Estado das Minas e Energia que o juízo arbitral é inadmissível em contratos administrativos, por falta de expressa autorização legal e por contrariedade a princípios básicos de direito público (princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, princípio da indisponibilidade do interesse público, princípio da vinculação ao

⁴⁹ Já havia admissão pelo TCU da adoção da arbitragem nos contratos de concessão e de parcerias público-privadas, tendo em vista a existência de previsão expressa nas respectivas leis administrativas.

instrumento convocatório da licitação e à respectiva proposta vencedora, entre outros).⁵⁰

A resposta à consulta justificou-se ao apontar também ofensa ao §2º do art. 55 da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/1993), que prevê cláusula essencial do foro da sede da Administração para dirimir quaisquer questões contratuais, o que impediria a eleição de um foro diverso, no caso, o arbitral, e também ao entendimento do pretérito Tribunal Federal de Recursos (TFR) no sentido da indispensabilidade de autorização legal para que fosse possível a sujeição de lides que envolvessem órgãos e entidades públicas ao juízo arbitral⁵¹.

Bucheb (2002) aponta a decisão 286/93 como um dos marcos referenciais do entendimento da Corte de Contas quanto à adoção da arbitragem em contratos administrativos, repercutindo posteriormente na jurisprudência do próprio TCU e alcançando destaque na doutrina administrativista.

Entretanto, como já citado anteriormente, já havia na doutrina uma interpretação diversa, partidária da possibilidade de utilização da arbitragem, baseando-se na tese de que ao foro da Administração, ao qual a Lei de Licitações faz referência, competiria o julgamento de lides impossibilitadas de serem objeto do juízo arbitral, como por exemplo as relativas a direitos indisponíveis, assim como também lhe caberia fazer cumprir as decisões do árbitro, conforme defende Carmona (2009). Dessa forma, segundo também Amaral (2012) extinguir-se-ia o suposto conflito entre as cláusulas de foro e a compromissória, sendo o caso de uma repartição das competências.

Seguindo a mesma linha do precedente inaugurado pela Decisão 286/93, a Decisão 763/94⁵², resultou no entendimento pela ilegalidade de cláusula compromissória em um contrato de concessão estabelecido entre o Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER) e a empresa vencedora do processo licitatório para a exploração da Ponte Rio-Niterói.

⁵⁰ Tribunal de Contas da União. Decisão 286/93. Plenário. Relator: Ministro Homero Santos. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 04 ago. 1993. Disponível em <
http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc%5CDec%5C19940307%5CGERADO_TC-17446.pdf>

⁵¹ Tribunal Federal de Recursos. Processo de Apelação Cível nº 137.279-DF. Segunda Turma. Sessão de 28 mar. 1989. Diário Oficial de Justiça, Brasília, DF, 26 jun. 1989.

⁵² Tribunal de Contas da União. Decisão 763/94. Plenário. Relator: Ministro Carlos Átila Álvares da Silva. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 03 jan. 1995. Disponível em <
http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc%5CDec%5C19950112%5CGERADO_TC-22234.pdf>

Tal decisão foi recebida com duras críticas por parte da doutrina. Segundo Adilson Abreu Dallari (1995) tal entendimento estava equivocado pois já havia à época do julgamento fundamento legal para a arbitragem, não obstante não explícito. Argumenta que, com efeito, o artigo 54 da própria Lei de Licitações, ao estabelecer que aos contratos administrativos se aplicam supletivamente os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado, possibilitaria a aplicação, em caráter supletivo e no que coubesse, do disposto nos artigos 1.037 a 1.048 do Código Civil vigente à época, que tratavam do Compromisso ao dispor sobre Direito das Obrigações e nos artigos 1.072 a 1.102 do Código de Processo Civil vigente à época, que cuidavam do Juízo Arbitral.

Faz-se necessário ressaltar que as referidas decisões são anteriores à Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307), editada em 1996 e julgada constitucional pelo STF em 2001, como já abordado anteriormente⁵³, assim como à Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472/1997), Lei de Petróleo e Gás (Lei 9.478/1997), Lei de Transportes Aquaviários e Terrestres (10.233/2001), Lei nº 10.438/2002 (Dispõe sobre a expansão da oferta de energia elétrica emergencial), Lei nº 10.848/2004 (Dispõe sobre a comercialização de energia elétrica), Lei das Parcerias Público Privadas (Lei nº 11.079/2004), Lei nº 11.196/2005 (alterou a Lei 8.987/1995 – Lei das Concessões), Lei de Franquias Postais (Lei nº 11.668/2008) e também à Lei nº 11.668/2008 (dispõe sobre as atividades relativas ao transporte de gás natural). As supracitadas legislações, que se concentram especialmente nos campos da prestação de serviços públicos e das atividades econômicas realizadas por entidades e sociedades da Administração Pública indireta, vieram a prever de maneira expressa em suas respectivas redações o uso de arbitragem para solução de divergências contratuais⁵⁴.

Por ocasião da sanção da Lei de Concessões, em 1995 — a qual estabelecia em seu artigo 23, inciso XV, que era cláusula essencial do contrato de concessão a relativa, entre outras, ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais — o DNER e a empresa vencedora do processo licitatório requisitaram ao

⁵³ Supremo Tribunal Federal. SE 5206 AgR, Relator(a): Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 12/12/2001, DJ 30-04-2004 PP-00029 EMENT VOL-02149-06 PP-00958.

⁵⁴ Câmara dos Deputados. Relatório da Comissão Especial do Projeto de Lei 7.108/2014. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1260569>. Acesso em 03/01/2018.

TCU o reexame Decisão 763/94. O TCU, através do Acórdão 188/1995⁵⁵, concedeu provimento parcial ao pedido revisional dos requerentes e, conseqüentemente, reformulou a decisão a fim de tornar sem efeito o afastamento da cláusula compromissória no caso concreto.

Assim, o TCU considerou que houve preenchimento do requisito de previsão legal por meio da edição da Lei de Concessões para a instituição da arbitragem na esfera das concessões públicas, assim reconhecendo efeitos *ex tunc* da nova legislação administrativa convalidando, assim, a cláusula compromissória do contrato de concessão em questão, sob a condição de respeito aos princípios da legalidade e indisponibilidade do interesse público. Dessarte, o TCU autorizou a possibilidade de manutenção da previsão da arbitragem prevista em contrato, porém vetando a inclusão de matérias que apresentassem ofensa à legalidade ou ao interesse público.

Amaral (2012) explica que tal entendimento fixado pelo TCU, no sentido de não ser admissível submeter ao juízo arbitral litígios em que uma das partes seja pessoa de direito público sem que haja expressa autorização legal para tanto, permaneceu orientando diversas decisões que seguiram nesse mesmo sentido, apesar da forte oposição encontrada em parte da doutrina administrativista.

Na decisão do Acórdão 584/2003, a Corte de Contas declarou a ilegalidade da cláusula compromissória no contrato de fornecimento de energia por parte da Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial (CBEE) junto a Produtores Independentes de Energia (PIE), visto que “nos termos da Lei nº 9.307, de 23/09/96, [A Arbitragem] é aplicável apenas a direitos patrimoniais disponíveis, o que não é o caso do contrato, onde o bem tutelado é a energia elétrica emergencial, de interesse coletivo.” (grifo nosso).⁵⁶

Também alegou-se que a CBEE foi notadamente concebida para tutelar esse interesse público específico, não constando de sua lei de criação a previsão de submissão a juízo arbitral. Outrossim o Tribunal também decidiu no sentido de ser

⁵⁵ Tribunal de Contas da União. Decisão 188/95. Segunda Câmara. Relator: Ministro-Substituto Lincoln Magalhães da Rocha. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 18 jul. 1995. Disponível em <
http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc%5CAcord%5C19950607%5CGERADO_TC-7897.pdf>

⁵⁶ Tribunal de Contas da União. Acórdão 584/2003. Segunda Câmara. Relator: Ministro Ubiratan Aguiar. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 10 abr. 2003. Disponível em <
<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/584/NUMACORDAO%253A584%2520A%2520ACORDAO%253A2003/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/2/false>>

ilegal previsão de confidencialidade nos contratos, considerando-a uma ofensa ao princípio administrativo da publicidade.

O Acórdão 584/2003 foi submetido posteriormente a um pedido de reexame, sendo a decisão original mantida pela 2ª Câmara no Acórdão 537/2006⁵⁷, do qual destacamos:

Desta feita, a aplicação aqui da cláusula de compromisso arbitral encontra um óbice intransponível, qual seja a ausência de autorização legal. O fato de a outras modalidades de contratos administrativos ser possibilitada a inclusão de cláusula de arbitragem, tal como previsto no inciso X do art. 43 da Lei 9.478/1997 não permite a extensão por analogia desses dispositivos às avenças aqui tratadas. A Administração é regida pelo Princípio da Legalidade e a arbitragem é cláusula de exceção à regra de submissão dos conflitos ao Poder Judiciário, somente podendo ser aplicada com expressa autorização legal.

Com tal sucessão de decisões no mesmo sentido, foi firmada na Corte de Contas a jurisprudência no sentido de que a existência de autorização legal específica seria condição *sine qua non* para submissão de questões relacionadas à Administração Pública ao juízo arbitral. Não foi acolhida a tese, levantada nos autos dos processos, de que a Lei Geral de Arbitragem englobasse em si mesma, de forma implícita, tal autorização.

É interessante ressaltar que em um contexto jurídico em que a Lei de Arbitragem não só já se encontrava vigorando há alguns anos como também já havia sido objeto de questionamento de sua constitucionalidade perante o STF, do qual saiu vitoriosa, as discussões acerca da arbitrabilidade de lides administrativas passaram progressivamente por uma especificação e aprimoramento, passando a pautar a questão da arbitrabilidade objetiva, que, em se tratando da Administração Pública, envolve de maneira central os conceitos de indisponibilidade do interesse público e disponibilidade de direitos.

No contexto do Acórdão 1.271/2005, o TCU determinou, por sua vez, pelo arquivamento do feito e não determinou a supressão da cláusula compromissória cuja previsão constava do edital de licitação das obras da BR-153.

⁵⁷ Tribunal de Contas da União. Acórdão 1.271/2005. Plenário. Relator: Ministro Marcos Bemquerer Costa. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 mar. 2006. Disponível em <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-25749/DTRELEVANCIA%20desc/false/1>

Em seu voto, o Ministro Marcos Bemquerer Costa, relator do processo, se manifestou trazendo posição do STF relativa à indisponibilidade do interesse público:

(...) Nesse sentido, é de colacionar a seguinte manifestação do Ministro Maurício Corrêa, inserta no RE 248869 (*in* Informativo STF nº 319): " (...) A indisponibilidade de determinados direitos não decorre da natureza privada ou pública das relações jurídicas que lhes são subjacentes, mas da importância que elas têm para a sociedade. O interesse público de que se cogita é aquele relacionado à preservação do bem comum, da estabilidade das relações sociais, e não o interesse da administração pública em sentido estrito. Daí reconhecer-se ao Estado não só o direito, mas o dever, de tutelar essas garantias, pois embora guardem natureza pessoal imediata, revelam, do ponto de vista mediato, questões de ordem pública". (...) Entendo, assim, que se possa aguardar nova manifestação desta Corte de Contas sobre o assunto, após o que o entendimento sobre o tema estará mais consolidado (...).⁵⁸

Em entendimento posterior, por meio do Acórdão 157/2012, foi admitido o estabelecimento de cláusula compromissória nos editais de concessões dos Aeroportos Internacionais Governador André Franco Montoro, em Guarulhos/SP, Viracopos, em Campinas/SP e Presidente Juscelino Kubitschek, em Brasília/DF, considerando a eventualidade de utilização da arbitragem em possíveis indenizações em caso de extinção dos referidos contratos, dado que se relacionam a direitos patrimoniais disponíveis, nos termos:

Com supedâneo na Lei 9.307/1996, a minuta contratual a compor o Edital Anac 2/2011 prevê cláusula compromissória arbitral. **A previsão de cláusula remetendo à arbitragem o deslinde de litígio futuro e incerto no âmbito de contratos administrativos é considerada lícita sempre que incidente exclusivamente sobre direitos patrimoniais** - representativos do chamado interesse público secundário ou instrumental -, e não sobre potestades de índole pública (interesse público primário, de promoção do bem comum).

(...) Uma vez circunscrita a aplicação arbitral a questões "relativas às indenizações eventualmente devidas quando da extinção do presente contrato" (cláusula 16.5, peça 252, p. 60), **entende-se que a cláusula compromissória, tal como encartada na minuta contratual, é admissível.** (grifos nossos)⁵⁹

⁵⁸ Tribunal de Contas da União. Acórdão 1.271/2005. Plenário. Relator: Ministro Marcos Bemquerer Costa. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 ago. 2005. Disponível em <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-25749/DTRELEVANCIA%20desc/false/1>

⁵⁹ Tribunal de Contas da União. Decisão 157/2012. Plenário. Relator: Ministro Aroldo Cedraz. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 02 fev. 2012. Disponível em <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/CONSES/TCU_ATA_0_N_2012_3.pdf>

Em relação ao aspecto do alcance das cláusulas compromissórias, no Acórdão 2.573/2012, o TCU entendeu pela inadmissibilidade de previsão genérica que viabilizasse o uso indiscriminado da arbitragem visando solucionar indistintamente qualquer conflito ocorrido durante a execução do contrato, nos moldes do que previa o contrato de concessão da BR-101⁶⁰. Tal posicionamento foi justificado pelo fato de que o contrato de concessão para a prestação de serviços públicos possui cláusulas econômico-financeiras impostas de forma unilateral pelo poder estatal, no exercício de seu poder regulamentar de fixar e rever as tarifas, a fim de buscar o interesse público indisponível. Assim, a Corte de Contas se manifestou pela impossibilidade de aplicação da arbitragem no âmbito dos aspectos econômico-financeiros dos contratos de concessão de serviços públicos, tendo em vista a indisponibilidade do interesse público atinente ao princípio da modicidade tarifária aplicável ao regime tarifário. Ainda no mesmo acórdão, houve afastamento expresso da viabilidade de uso da arbitragem para a resolução de lides referentes a cláusulas econômico-financeiras no contrato de concessão, salientando-se a competência legal da ANTT para conduzir o processo de reajuste e revisão das tarifas praticadas⁶¹.

Em julgado mais recente, em sede de acompanhamento do processo concessório do Aeroporto Internacional Antonio Carlos Jobim (RJ), e do Aeroporto Internacional Tancredo Neves (MG), o Acórdão 2905/2014 considerou admissível cláusula compromissória encartada nas minutas contratuais nos seguintes termos:

Com supedâneo na Lei 9.307/1996, a minuta contratual prevê cláusula compromissória arbitral. A previsão de cláusula remetendo à arbitragem o deslinde de litígio futuro e incerto no âmbito de contratos administrativos é considerada lícita sempre que incidente exclusivamente sobre direitos patrimoniais – representativos do chamado interesse público secundário ou instrumental –, e não sobre potestades de índole pública (interesse público primário, de promoção do bem comum). Resumindo amplo debate doutrinário, Ferreira Lemes assevera:

Assim, nos contratos de concessão de serviço público, tudo que diga respeito, tenha reflexo patrimonial e esteja relacionado ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato será suscetível de ser dirimido por arbitragem (...) Por outro lado, as disposições classificadas como regulamentares e atinentes à

⁶⁰ Tribunal de Contas da União. Acórdão 2.573/2012. Plenário. Relator: Ministro Raimundo Carreiro. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 26 set. 2012. Disponível em <www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/.../AC_3083_45_14_P.doc>

⁶¹ Lei nº 10.233 de 5 de junho de 2001. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências. Art. 24, inciso VII.

Administração, previstas no contrato, estariam fora da zona de direito disponível e, portanto, sujeitas à dirimência da jurisdição estatal. (FERREIRA LEME, Selma. Arbitragem na Concessão de Serviços Públicos – Arbitralidade Objetiva, Confidencialidade ou Publicidade Processual? Palestra proferida na reunião do Comitê Brasileiro de Arbitragem realizada em 6 de maio de 2003, em São Paulo).

Uma vez circunscrita a aplicação arbitral a questões 'relativas às indenizações eventualmente devidas quando da extinção do presente contrato' (cláusula 16.5), **entende-se que a cláusula compromissória, tal como encartada na minuta contratual, é admissível.**⁶²

Conforme o exposto, resumindo as objeções elementares relativas ao cabimento da submissão ao juízo arbitral de controvérsias envolvendo a Administração Pública presentes na jurisprudência do TCU, pode-se elencar:

- I. Incompatibilidade com o princípio da indisponibilidade do interesse público, eis que indisponíveis os interesses tutelados pela Administração Pública.
- II. Incompatibilidade com o princípio da publicidade, diante da confidencialidade e sigilo exigidos no processo arbitral.
- III. Incompatibilidade com o princípio da legalidade quando inexistente previsão legal específica que autorize o estabelecimento de cláusula compromissória por um ente da Administração Pública.
- IV. Incompatibilidade com a cláusula essencial do foro da sede da Administração prevista no §2º do art. 55 da Lei nº 8.666/1993.
- V. Indispensabilidade de previsão expressa em edital.

Tais argumentos foram levantados não apenas no TCU, mas também, como já apresentado anteriormente, pela ala mais ortodoxa da doutrina administrativista. Não obstante, não se pode afirmar que tais posicionamentos são finais e irrevogáveis por parte do TCU. Ao longo dos últimos anos ocorreram várias mudanças na legislação e na jurisprudência nesse campo, em especial o advento da Lei nº 13.129 de 2015, que reformou a Lei de Arbitragem, passando a prever expressamente a Administração Pública em sua redação. É importante destacar que desde 2014 não houve ainda novo julgamento que tratasse dessa temática, logo, é possível que as posições defendidas

⁶² Tribunal de Contas da União. Acórdão 2905/2014. Plenário. Relator: Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 29 out. 2014. Disponível em <<https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=7850426&codPapelTramitavel=51783573>>

pelo TCU sofram alterações em um futuro próximo, considerando a evolução recente da matéria.

2.4 A Reforma da Lei de Arbitragem - Lei nº 13.129/2015

A Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015, alterou a redação original da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, trazendo importantes mudanças relacionadas ao âmbito de aplicação do instituto da arbitragem.

Antes de sua edição, como visto, não havia em nosso ordenamento jurídico uma previsão genérica que autorizasse a Administração Pública a submeter suas lides ao processo arbitral. Havia previsões esparsas regulando situações específicas, que encontravam em administrativistas mais conservadores grande oposição, gerando resistência à sua adoção. Tal mudança na lei objetivava pôr fim à essa controvérsia doutrinária e jurisprudencial relativa ao tema, apesar de ser inequívoco que já caminhasse para esse sentido o posicionamento do Judiciário.

O projeto de lei que após ser aprovado viria a se tornar a Lei nº 13.129/15 foi iniciado no Senado, em 2013. O então Projeto de Lei do Senado é de autoria do senador Renan Calheiros, recebeu o número 406/2013 e foi submetido à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania dessa Casa Legislativa, âmbito no qual foram convocadas audiências públicas com a finalidade de debater a matéria.

Durante a 62ª Reunião Extraordinária da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, na 3ª Sessão Legislativa Ordinária da 54ª Legislatura, ocorrida em 29 de outubro de 2013, Luiz Felipe Salomão, ministro do STJ, em sede de audiência pública, se manifestou sobre o assunto, salientando que essa inovação trazida pelo anteprojeto buscava efetivar a possibilidade de a administração pública submeter seus contratos ao juízo arbitral. Prosseguiu naquela ocasião definindo a arbitragem como uma forma avançada de solução dos litígios, não obstante seu alcance limitado em relação aos aspectos contratuais, por ser parte de uma convenção.

Destacou o fato de que a reforma legislativa viria a clarificar o ponto relacionado à possibilidade ou não da submissão de lides administrativas ao juízo arbitral, não obstante seu posicionamento ser o de que já existia essa possibilidade independente

do projeto que trazia a previsão expressa, porém a nova proposta tornaria inequívoca essa possibilidade, desde que adotadas determinadas cautelas.

O ministro defendeu também naquela oportunidade que essa alteração seria revertida em segurança jurídica e também atrairia investimentos internos.

Em sede da mesma audiência pública, o também Ministro do STJ Aldir Passarinho Júnior se manifestou sobre a inclusão expressa da Administração Pública na Lei de Arbitragem nos seguintes termos:

Cito, primeiro, a participação da administração pública, que era admitida em algumas leis esparsas e que agora passa a ser possível. Isso ajuda muito o Brasil porque os contratos internacionais preveem essas cláusulas. Efetivamente, quando o Brasil vai buscar investimentos no exterior, ou as empresas brasileiras têm esses contratos internacionais, aqui e lá, **é importante que haja uma previsão moderna sobre essa forma de solução de controvérsias**. Então, a proposta tem esse mérito.

Também acaba com o problema da administração pública de poder ou não poder participar de uma mediação e de uma arbitragem. Ela, de certa forma, retira formalidades que existiam para a incidência em contratos de adesão. (*grifos nossos*)⁶³

Em 05 de fevereiro de 2014, havendo sido apreciada e aprovada em decisão terminativa pela comissão competente, sob a relatoria do senador Vital do Rêgo, na forma do regimento interno da casa, a matéria seguiu para a Câmara dos Deputados para a revisão de que trata o art. 65 da Constituição Federal, onde se tornou o Projeto de Lei nº 7.108 de 2014, sendo formada comissão especial para sua apreciação.

Do relatório submetido à apreciação da comissão especial na Câmara dos Deputados, de autoria do deputado Edinho Araújo, destaca-se o trecho que rebate o posicionamento contrário à alteração que viria a incluir expressamente a Administração Pública na Lei de Arbitragem:

Argumentava-se que a opção pelo procedimento arbitral, por implicar uma renúncia à discussão em juízo, poderia representar uma limitação ao acesso ao Judiciário. De fato, a arbitragem é uma alternativa ao Judiciário, mas não é uma ameaça. O Judiciário continua sendo responsável por dirimir todos os conflitos sobre direitos indisponíveis. Além disso, um Judiciário desafogado é interesse de todos os cidadãos. O Judiciário é o esteio do Estado de Direito. Pode-se dizer que o Judiciário não precisa da arbitragem, mas se beneficia pelo seu uso. A arbitragem não é aplicável em um contexto de desordem

⁶³ Senado Federal. Projeto de Lei 406/2013. Notas Taquigráficas disponíveis em <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/notas-taquigraficas/-/notas/r/2013>. Acesso em 07/01/2018.

institucional e jurídica, de modo que a arbitragem precisa de um Judiciário forte ⁶⁴

Durante a sessão de votação do projeto, foi proposta emenda pelo deputado Miro Teixeira para que fosse acrescentado ao parágrafo primeiro do primeiro artigo uma condicionante para aplicação da arbitragem no âmbito da Administração Pública, nos seguintes termos:

EMENDA Nº 2

Dê-se ao § 1º do art. 1º da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, constante do art. 1º do projeto, a seguinte redação: "Art. 1º 'Art. 1º § 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, **desde que previsto no edital ou nos contratos da administração, nos termos do regulamento.** (grifos nossos, destacando a alteração de redação proposta) ⁶⁵

A proposta de condicionar o uso da arbitragem pela Administração Pública à edição de regulamento delegado ao Poder Executivo também foi endossada pelo deputado Paulo Teixeira na oportunidade, que reforçou que a posição do Governo era a de considerar tal emenda de seu interesse.

No debate que se seguiu, o deputado Otavio Leite apontou que seria inevitável e indispensável a regulação independente de estabelecimento de dispositivo expresso na legislação, pois na redação da Lei não havia conteúdo pleno de como seria estabelecido o *modus operandi* no âmbito administrativo.

Aprovada redação final com a citada emenda aditiva, o Projeto de Lei foi remetido ao Senado Federal, sua casa iniciadora, para apreciação das emendas apresentadas na Câmara dos Deputados, ocasião em que a referida emenda foi rejeitada sob a seguinte justificção:

(...) a dependência de regulamentação posterior revelar-se-ia perniciososa, tendo em vista a sua total desnecessidade para tornar efetiva a utilização da arbitragem na administração pública, postergando para futuro incerto instrumento tão importante para dirimir, de forma simplificada, eventuais controvérsias no setor público pertinentes a contratos envolvendo direitos patrimoniais disponíveis e

⁶⁴ Relatório da Comissão Especial da Câmara dos Deputados destinada a emitir parecer sobre o Projeto de Lei 7.108/2014. Disponível em < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1260569>. Acesso em 07/01/2018.

⁶⁵ Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 7.108/2014. Disponível em < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1260569>. Acesso em 07/01/2018.

com reconhecido potencial de evitar o excesso de litigância no Poder Judiciário⁶⁶.”

A Lei nº 13.129/15, resultante da sanção do referido projeto de lei, por fim, autorizou expressamente de maneira ampla e genérica o uso da arbitragem pela Administração Pública ao prever em seu artigo primeiro, § 1º, que “A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”⁶⁷, sem a emenda que condicionava seu uso à uma posterior regulação pelo Poder Executivo e também à sua previsão expressa já no edital licitatório.⁶⁸

A questão da suposta necessidade de previsão em edital para que seja válida a possibilidade de arbitragem no contrato público já foi afastada pelo STJ, por ocasião do julgamento do REsp 904.813/PR, nas palavras da Ministra Relatora Nancy Andrichi:

Todavia, o fato de não haver previsão da arbitragem no edital de licitação ou no contrato celebrado entre as partes, não invalida o compromisso arbitral firmado posteriormente. O princípio da vinculação das partes ao edital de licitação (arts. 3º e 41 da Lei 8.666/93) tem por finalidade precípua estabelecer as regras do certame, assegurando a todos os participantes o prévio conhecimento acerca do objeto em disputa com precisão e clareza, possibilitando-lhes iguais condições no oferecimento e análise de suas propostas. (...) A previsão do juízo arbitral, em vez do foro da sede da administração (jurisdição estatal), para a solução de determinada controvérsia, não vulnera o conteúdo ou as regras do certame. Com efeito, não se pode dizer que a licitação teria outro resultado ou dela participariam mais ou menos concorrentes unicamente pelo fato de estar ou não previsto determinado foro para solução de controvérsias. (grifo nosso)⁶⁹

Resta saber se a previsão genérica trazida pela nova redação da Lei será considerada suficiente pela doutrina administrativa mais conservadora e também pelo TCU para suprir a aludida necessidade de previsão legal para a aplicação da arbitragem, ou se existirão posicionamentos no sentido de ainda ser necessária a

⁶⁶ Senado Federal. Relatório Final do Projeto de Lei 406/2013. Disponível em < <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3840175&disposition=inline>>. Acesso em 07/01/2018.

⁶⁷ Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2o do art. 6o da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997. Brasília, 2015.

⁶⁸ Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2o do art. 6o da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997. Brasília, 2015.

⁶⁹ STJ - REsp: 904813 PR 2006/0038111-2, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 20/10/2011, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/02/2012.

publicação de decreto regulando de maneira mais específica os procedimentos envolvidos, a fim de nortear a ação dos gestores públicos, como foi suscitado durante o debate de votação no âmbito da comissão especial na Câmara dos Deputados.

As alterações promovidas pela Lei nº 13.129/15, refletiram o entendimento jurisprudencial dos tribunais superiores sobre a matéria e parece haver encerrado parte significativa das divergências despertadas nesse âmbito. Pode-se afirmar que a reforma trazida pela lei também vai ao encontro da concepção de consensualidade na Administração Pública, uma tendência progressista do Direito Administrativo que rompe com antigos paradigmas dessa área, caminhando no sentido de um modelo de gestão pública que adota perspectivas mais consensuais, cooperativas, dialógicas e igualitárias substituindo o modelo imperativo, verticalizado e monológico. Nas palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2006, p. 39) “pela consensualidade, o Poder Público vai além de estimular a prática de condutas privadas de interesse público, passando a estimular a criação de soluções privadas de interesse público, concorrendo para enriquecer seus modos e formas de atendimento”. Tal tendência parece ser compatível com o que Bandeira de Mello (2014, p. 44) definiu como “índole do Direito Administrativo no Estado de Direito”, cujo foco muitas vezes se concentra nas prerrogativas em prol do Estado, favorecendo um foco excessivo nos poderes da Administração Pública, o que oferece uma perspectiva inadequada desse ramo do direito, pois na verdade tais poderes só se justificam perante os deveres de implementar a finalidade legal que os justifica. Diante disso, nada mais lógico do que a Administração Pública abrir mão de suas vantagens em juízo como Fazenda Pública e se colocar em pé de igualdade com um particular que figure do lado oposto a uma controvérsia, se isso melhor atende ao interesse público da sociedade como um todo, ao estimular mais investimentos no país, proporcionar uma onerosidade reduzida nos contratos administrativos – o que pode vir a impactar no preço do usuário final – e ao desafogar um Poder Judiciário em crise.

2.5 Indisponibilidade do interesse público e disponibilidade de direitos patrimoniais: a diferenciação entre os interesses públicos primário e secundário

Diante do caminho que tem sido adotado e aperfeiçoado ao longo das últimas décadas, tanto no âmbito do Poder Judiciário quanto no Poder Legislativo, a tendência de adoção da arbitragem em lides estatais, quando se mostre cabível e vantajosa ao interesse público, parece haver se consolidado em nosso sistema.

Atualmente, restado superada a discussão sobre a arbitrabilidade subjetiva da Administração Pública, se mostra necessário delimitar o escopo da arbitrabilidade objetiva, relacionada aos tipos de demandas cujo objeto seja arbitrável, sendo a distinção entre os interesses públicos primário e secundário uma questão fundamental à segurança da aplicação do instituto da arbitragem no contexto estatal.

O aspecto objetivo da arbitralidade da Administração Pública é um tema que ainda gera algumas controvérsias em razão do princípio da indisponibilidade do interesse público.

Todo o sistema do Direito Administrativo é edificado sobre os princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e da supracitada indisponibilidade do interesse público (MELLO, 2014), e apesar da *summa divisio* entre os direitos público e privado não apresentar o mesmo rigor de outrora, tais princípios percorrem um campo doutrinário não pacificado, em especial quando abordadas relações entre a Administração Pública e particulares.

A respeito da conceituação de “interesse público”, uma das pedras angulares de todo o arcabouço legal do sistema, Bandeira de Mello (2014) apresentou a separação existente na doutrina administrativista italiana, que distingue o chamado interesse público primário – consistente na razão última de existência do próprio Estado –, do interesse público secundário – consistente na dimensão do Estado tomado como qualquer pessoa inserida no universo jurídico em concorrência com outros sujeitos de direito:

(...) distinção corrente da doutrina italiana entre interesses públicos ou interesses *primários* – que são os interesses da coletividade como um todo – e interesses secundários, que o Estado (pelo só fato de ser sujeito de direitos) poderia ter como qualquer outra pessoa, isto é, independentemente de sua qualidade de servidor de interesse de terceiros: os da coletividade. Poderia, portanto, ter o interesse secundário de resistir ao pagamento de indenizações, ainda que procedentes, ou de denegar pretensões bem-fundadas que os administrados lhe fizessem, ou de cobrar tributos ou tarifas por valores exagerados. Estaria, por tal modo, defendendo interesses apenas

“seus”, enquanto pessoa, enquanto entidade animada do propósito de despende o mínimo de recursos e abarrotar-se deles ao máximo. Não estaria, entretanto, atendendo ao interesse público, ao interesse primário, isto é, àquele que a lei aponta como sendo o interesse da coletividade: o da observância da ordem jurídica estabelecida a título de bem curar o interesse de todos. Por isso os interesses secundários não são atendíveis senão quando coincidirem com interesses primários, únicos que podem ser perseguidos por quem axiomáticamente os encarna e representa. (MELLO, 2014, p. 73)

Ricardo Marcondes Martins (2013) retoma essa noção de separação entre interesses públicos primários e secundários trazida da doutrina administrativista italiana e apresentada inicialmente na doutrina brasileira por Bandeira de Mello. O interesse público primário é definido como dimensão pública do interesse privado, ou seja, diz respeito aos interesses da multiplicidade de indivíduos que formam o corpo social, sendo dever estatal preservá-los. Já o interesse público secundário estaria associado a interesses de caráter individuais e particulares do Estado considerado no aspecto de uma pessoa jurídica autônoma, sendo os meios instrumentais necessários para operacionalizar e alcançar o interesse público primário, sendo este, em última análise, o seu dever perante a sociedade. No entanto, seu posicionamento é contrário à existência de disponibilidade dos interesses públicos secundários. Defende que a inferência de que há indisponibilidade do interesse primário e disponibilidade do interesse secundário é errônea, eis que inexistiria uma autonomia desse em relação àquele, invalidando, sob essa lógica, a arguida disponibilidade do interesse.

Tal se daria pois haveria sempre uma sujeição dos interesses públicos secundários em relação aos interesses públicos primários – que são indisponíveis – não bastando que os interesses secundários da Administração Pública fossem compatíveis com o primário, eles deveriam ser coincidentes, ou seja, deveriam ser iguais ao interesse primário. Assim sendo, ao alegar que a Administração Pública deve permanentemente perseguir o interesse público, mesmo nos casos em que as circunstâncias a coloquem na posição de proprietária ou empresária, não se poderia cogitar um afastamento do regime de direito público, tornando incompatíveis interesse público e submissão a juízos arbitrais.

O Estado jamais, e não há exceção a essa assertiva, pode buscar a realização de meros interesses privados, só pode buscar o interesse público. Enfim: mesmo quando se submete às regras de direito privado (...) o Estado não se apresenta como Administração Fiscal, mas como Administração Pública. (...) a pressuposição [da existência] de interesses públicos

disponíveis decorre de um vício metodológico, de um vício de premissa teórica, da equívoca pressuposição de que a Administração pode assumir a posição jurídica de um particular e afastar-se do regime de direito público. (...) Se o interesse primário é indisponível, o interesse secundário, juridicamente admitido, tem que ser indisponível, pois este deve ser coincidente com o primário. (MARTINS, 2013, p. 63)

Sob tal ótica, a Administração Pública, inclusive em relações jurídicas que visem o implemento e execução de interesses públicos secundários, apresenta atuação vinculada aos interesses públicos primários, nesse vínculo descrito por Martins como “coincidente”, sendo impossível prescindir da tutela do Poder Judiciário, eis que apenas o próprio Estado – com sua carga representativa de coletividade – poderia tratar de questões que envolvessem interesse público.

Data máxima venia ao entendimento desenvolvido por Martins, uma abordagem menos rígida quanto à disponibilidade do interesse público, especialmente no concernente a interesses públicos secundários, parece mais adequada.

Por ocasião do julgamento do Mandado de Segurança nº 11.308 DF, o STJ fixou orientação no sentido de que “indisponível é o interesse público, e não o interesse da Administração”⁷⁰.

Em sede de seu voto no Agravo Regimental na Suspensão de Segurança nº 3.069-8 AM, o Ministro Marco Aurélio assim se colocou:

Distingo o interesse público primário do interesse público secundário. Para mim o interesse público primário diz respeito aos cidadãos em geral, enquanto o interesse público secundário – sei que alguns não conseguem aceitar essa distinção – está ligado à administração, aos interesses da administração propriamente dita, considerado o governo reinante.⁷¹

Abordando de maneira específica a realidade brasileira, a partir do momento em que a nova redação da Lei de Arbitragem passou a prever a Administração Pública no rol de possíveis utilizadores do instituto, não há mais lógica na suposição de que a totalidade dos direitos da Administração Pública seriam indisponíveis por estarem todos alcançados pelo interesse público, eis que reconhecida de maneira expressa a existência de direitos patrimoniais disponíveis de sua titularidade. É importante ressaltar que apenas interesses públicos de natureza secundária estão associados à

⁷⁰ STJ - MS: 11308 DF 2005/0212763-0, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 09/04/2008, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJ 19.05.2008 p. 1

⁷¹ STF - SS: 3069 AM, Relator: Min. ELLEN GRACIE (Presidente), Data de Julgamento: 27/02/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-060 DIVULG 03-04-2008 PUBLIC 04-04-2008 EMENT VOL-02313-02 PP-00238

disponibilidade. Dessa forma, a identificação de determinada atuação administrativa como interesse público primário ou secundário mostra-se fundamental para avaliar a indisponibilidade absoluta ou disponibilidade do objeto em questão. Diante da grande variedade de tipos de entes que compõem a Administração Pública e da pluralidade de suas atividades, os autores, em sua maioria, procuram focar tal diferenciação nas atuações individualmente analisadas, ao invés de nos atores, pois dificilmente seria possível em nossa realidade precisar que determinado tipo de ente público sempre – ou nunca – estaria apto a imputar-se de compromissos arbitrais. O fator determinante encontra-se no objeto da lide.

Tal diferenciação, no entanto, nem sempre é cristalina, havendo a necessidade de explorar o estudo relacionado aos critérios de distinção entre o interesse público primário e secundário, tema de relevância fundamental para definir quais casos gozam de arbitrariedade objetiva no âmbito estatal e, portanto, seriam passíveis de serem solucionados por meios alternativos à judicialização.

Sobre essa questão, André Chateaubriand Martins (2017) se manifestou no seguinte sentido:

[...] a Administração Pública age, por vezes, em nome próprio, isto é, em seu interesse secundário e, por vezes, em nome da coletividade, em seu interesse primário. O interesse secundário é manifestadamente instrumental e tem como finalidade permitir que a Administração Pública cumpra com o objetivo de agir em nome e para o bem da coletividade. Em outras palavras, enquanto os interesses primários dizem respeito àqueles interesses que promovem e concretizam os valores eleitos pela sociedade como um todo – segurança, saúde, educação, transporte público, proteção ao meio ambiente etc. – os secundários dizem respeito aos interesses patrimoniais do Estado e de suas entidades. Portanto, ainda que haja autorização legislativa para a Administração Pública optar pela via arbitral, será sempre necessário identificar caso a caso a natureza disponível do conflito (MARTINS, 2017, p. 23)

Por sua vez Hely Lopes Meirelles (2014) ensina que o interesse público primário se relaciona com a função típica de Estado, tendo como finalidade maior a manutenção do bem-estar da coletividade. É definido pelo ordenamento jurídico e ao Estado compete sua garantia. Por sua vez, o chamado interesse público secundário, constitui-se de um meio, apresenta natureza instrumental. Abrange, a título exemplificativo, atos de mera gestão, decisões sobre execução ou dissolução de contratos administrativos, consequências patrimoniais dos atos administrativos,

cláusulas financeiras e econômicas e questões patrimoniais dos contratos de concessão de serviço público.

Carlos Alberto Carmona (2009) defende serem arbitráveis matérias relacionadas à preservação dos interesses fundamentais coletivos, para as quais não haja previsão de reserva específica ao Estado, condicionada à possibilidade de as partes poderem livremente dispor do bem objeto do conflito.

Ao analisar a disposição do artigo 1º da Lei de Arbitragem, infere-se que não são arbitráveis questões relacionadas a direitos não patrimoniais e direitos indisponíveis. Em um primeiro momento, a concepção de disponibilidade deve ser analisada da perspectiva material, no que diz respeito à definição de quais direitos são passíveis de ser integral ou parcialmente renunciados.

O interesse público primário é a razão de ser do Estado e personifica-se nos fins que lhe cumpre proporcionar: segurança, justiça e bem-estar social. Esses são interesses da sociedade como um todo⁷² não sendo transacionáveis, portanto, as relações jurídicas que representem algum interesse direto da ordem pública, especialmente as que abrangem bens não passíveis de apropriação por efeito de sua própria natureza.

Gustavo Tepedino (2012), em comentário ao art. 841 do Código Civil (“só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação”), sustenta que:

Em princípio, como assevera o dispositivo, só é possível transigir sobre situações patrimoniais. Assim, o objeto do negócio jurídico da transação limita-se àquelas situações de conteúdo econômico, que podem ser avaliadas em dinheiro. (...) Todavia, o requisito da patrimonialidade, compreendido restritamente, é necessário mas não suficiente para garantir que a situação jurídica seja passível de transação. Nem todas as situações patrimoniais são suscetíveis de ser objeto de disposição pelos transatores. (...) Bens fora do comércio ou indisponíveis são os que não podem ser apropriados nem alienados. (...) não é lícito também transigir sobre questões que interessam à ordem pública. Entretanto, não é só por interessarem à ordem pública compreendida em sentido estrito que tais matérias não são sujeitas à transação. Em lugar da tradicional referência à imprecisa ideia de ordem pública deve-se fazer menção aos inafastáveis direitos e garantias fundamentais, aos princípios constitucionais hierarquicamente superiores às demais normas, tais como a solidariedade social, a igualdade substancial e a dignidade da pessoa humana. (TEPEDINO, 2012, p. 841)

⁷² STF - ACO: 2178 DF, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 11/11/2013, Data de Publicação: DJe-224 DIVULG 12/11/2013 PUBLIC 13/11/2013

São hipóteses de nítida indisponibilidade do interesse público, por exemplo, as relacionadas aos bens públicos de uso comum do povo e de uso especial, assim como à concepção e estruturação de políticas públicas em áreas como saúde pública, mobilidade urbana, patrimônio cultural, livre iniciativa e livre concorrência⁷³

Sobre a relação existente entre o conceito de direito patrimonial disponível e indisponibilidade do interesse público, Lucas Rocha Furtado (2015) traça a diferenciação existente entre ambos, em especial no que repercute na possibilidade ou não do uso da arbitragem pela Administração Pública, examinando a previsão relativa a direito patrimonial disponível existente na Lei de Arbitragem. Ensina que tal admissão legal do uso da arbitragem em questões relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis em nada atinge a indisponibilidade ou disponibilidade do interesse público. A disponibilidade do interesse público é ponderada em relação ao disposto no ordenamento jurídico. A lei se mostra o parâmetro adequado para a aferição do interesse público. É fundamental determinar os casos em que o uso desse sistema compositivo de lides é admitido pelo Direito Administrativo, sendo irrelevante o juízo pessoal dos administradores sobre se a submissão ao juízo arbitral melhor atenderia ao interesse público nos casos concretos. A mera adoção do juízo arbitral para resolver uma lide em um contrato público, por exemplo, não tem o poder de converter o interesse público em disponível.

Furtado (2015) enumera três questões com as quais o interesse público é fundamentalmente relacionado: observância e realização dos princípios constitucionais – em especial os relativos à consecução dos direitos fundamentais; cumprimento da lei e, por fim, a concretização do princípio da economicidade.

O conteúdo do interesse público não é definido, portanto, pelo administrador público; é o próprio ordenamento jurídico que fixa os parâmetros para sua definição. [...] Em qualquer caso, o uso da arbitragem em contratos administrativos deve estar restrito aos direitos patrimoniais disponíveis – que se poderiam traduzir por meio das cláusulas econômico-financeiras do contrato. (FURTADO, 2015, p. 933)

Já Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2006), que também abordou os interesses públicos secundários, defendeu que esses se resolvem em relações de caráter

⁷³ SCHMIDT, Gustavo da Rocha. A Arbitragem nos conflitos envolvendo a administração pública: uma proposta de regulação – 2016, págs 44-46

patrimonial, conseqüentemente tornando-se disponíveis conforme a lei, sendo indiferente sob qual regime:

Distinguem-se, todavia, neste processo, os dois graus de interesse público: o *substantivo*, que diz respeito aos *fins* visados pela Administração, e o *adjetivo*, que diz respeito aos *meios* disponíveis para atingi-lo, sendo que apenas o primeiro é indispensável. A flexibilização deste conceito apresentará grande relevância no Direito contemporâneo, pois em diversas circunstâncias será necessário ponderar interesses públicos definidos em lei, cotejando-os com outros, igualmente protegidos, mas que lhes sejam concorrentes, visando a uma mais justa e melhor realização do Direito. (...) a indisponibilidade dos interesses públicos foi revista em função da reavaliação dos interesses juridicamente protegidos quando ocasionalmente concorrentes com duas distintas categorias de interesses públicos – os primários e os secundários. Como consequência, essa reavaliação axiológica do emprego do poder estatal restringiu o conceito de imperatividade apenas às hipóteses em que o Estado dela necessite e esteja intitulado a exercê-la a todo risco, para dar prevalência a interesses legalmente dispostos como públicos e, mesmo assim, desde que respeitados os limites constitucionais, ela é somente aplicável quando o “ato próprio” da Administração Pública, de que se cogita, não se refira exclusivamente a seus interesses patrimoniais, como pessoa jurídica de direito interno e, por isso mesmo, tidos como interesses secundários e disponíveis. (MOREIRA NETO, 2006, p. 96)

Eros Grau (2000) expandiu a discussão relativa à disponibilidade patrimonial visando a efetivação dos interesses públicos primários, por meio dos secundários. A disponibilidade de direitos patrimoniais se constitui na faculdade de transferência desses a terceiros, logo, são disponíveis os direitos patrimoniais que possam sofrer alienação. A Administração Pública, em sua missão de realizar o interesse público, pratica atos variados, incluindo ocasiões em que dispõe de direitos patrimoniais, sem que isso implique numa disposição do interesse público, dado que a efetivação deste é lograda por meio da disposição daqueles.

Eros Grau (2000) é enfático ao defender que inexistente qualquer nexo entre disponibilidade ou indisponibilidade de direitos de caráter patrimonial e disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público e que, em havendo possibilidade de contratar, o que implica na disponibilidade de direito patrimonial, restará facultado à Administração Pública convencionar cláusula de arbitragem, sem que tal implique na disposição do interesse público. Seguindo a mesma linha que Furtado (2015), dispõe que “a medida do interesse público é a legalidade” (2000, p. 13).

Por sua vez, Selma Lemes (2007) também endossa a tese da relativização da indisponibilidade do interesse público, ao distinguir atos administrativos de autoridade (questões ou encargos que impliquem o uso de poder de império – não transigíveis)

de atos de simples gestão, como os advindos no curso da execução de um contrato ou reflexos puramente patrimoniais de atos administrativos, sendo esses sim dotados de arbitrabilidade objetiva e suscetíveis de submissão a solução arbitral.

Por fim, Dallari (1995) defende que o uso da arbitragem não implica em ceder o interesse público, nem representa uma dispensa de instrumentos para preservá-lo: é a eleição de uma via que pode vir a se mostrar uma forma mais expedita e hábil para defendê-lo.

De todo o exposto, nota-se que a doutrina e a jurisprudência têm procurado estabelecer os parâmetros necessários à diferenciação entre interesses públicos primários e secundários. Os interesses secundários envolvidos nas contratações não representam o propósito existencial do Estado e são, conseqüentemente, disponíveis, o que implica na inexistência de exclusividade de jurisdição estatal sobre tais controvérsias, possibilitando a submissão ao juízo arbitral. As fronteiras que diferenciam as duas espécies de interesses públicos podem nem sempre se mostrar óbvias, logo, uma análise segura deve ser norteada levando sempre em consideração a relação do interesse público primário com o coletivo, com a necessidade de sua previsão expressa no ordenamento jurídico, enquanto o secundário se relaciona ao interesse da Administração Pública como uma entidade “individual” existente na sociedade, notadamente os interesses aferíveis e econômicos.

Conclusão

Após tecer considerações sobre a magnitude da atual crise atravessada pelo Poder Judiciário e ponderar sobre a grande participação da Fazenda Pública dentre os maiores litigantes nacionais, passou-se à apresentação dos meios alternativos de resolução de conflitos mais relevantes e representativos, analisando suas vantagens e de que maneira a expansão de seu uso nas controvérsias envolvendo a Administração Pública poderia contribuir para uma melhora do crítico cenário atual.

Sobre a possibilidade de a Administração Pública submeter os conflitos dos quais seja parte ao juízo arbitral, foi analisado o histórico da matéria na doutrina, na legislação, na jurisprudência dos tribunais superiores e na do TCU – que se mostrou historicamente bastante resistente ao instituto.

No decorrer deste trabalho, verificou-se que a evolução da aceitação desse meio extrajudicial para solução de lides envolvendo a Administração Pública não foi constante e linear, encontrando vários pontos de resistência e tentativas de retrocesso, porém com o passar das décadas seu uso foi sendo viabilizado por meio da construção de um favorável arcabouço doutrinário, jurisprudencial e, por fim, legislativo.

A consolidação da possibilidade de a Administração Pública valer-se do juízo arbitral ocorreu com a edição da Lei nº 13.129/2015, que reformou a Lei de Arbitragem e encerrou a histórica controvérsia relativa a esse tema. Ao fazer cumprir o requisito da legalidade estrita, a previsão expressa ofereceu uma nova gama de possibilidades para o uso da arbitragem em lides com a Fazenda Pública.

Restando autorizada a utilização do instituto em âmbito público, foram então apresentadas diversas visões doutrinárias relativas à distinção de quais tipos de lides gozam de arbitrabilidade objetiva ou não, a fim de não afrontar a indisponibilidade do interesse público. A doutrina majoritária entende que em se tratando de questões para as quais a lei não haja atribuído status de interesse público primário, que apresentem caráter instrumental, patrimonial e disponível, que resta assegurada a faculdade de submissão a juízo arbitral, sem que isso represente nenhuma ofensa ao interesse público.

A nova redação da Lei de Arbitragem e a constatação de que a adoção de meios alternativos de solução de controvérsias no âmbito estatal está de acordo com a atual tendência de preponderância da consensualidade na Administração Pública, no entanto, não é suficiente para difundir o uso da arbitragem na Administração Pública, pois a questão não é meramente normativa, mas também cultural.

Implementar uma mudança cultural em qualquer organização, até mesmo nas privadas, é um processo que costuma provocar resistência. Na administração pública brasileira existem ainda outros obstáculos além da tendência natural de relutância diante de inovações, pois há um grande apego a burocracias, a processos previamente determinados e um caráter extremamente legalista de procedimentos, visto que os gestores e servidores possuem deveres legais e podem vir a ser responsabilizados por seus atos em nome da Administração.

Diante disso, a regulamentação específica pelo Poder Executivo federal estabelecendo o *modus operandi* da aplicação da arbitragem no âmbito do setor público, apesar de desnecessária do ponto de vista de eficácia legal, se mostraria extremamente oportuna para proporcionar mais segurança à atuação do gestor. Conforme analisado neste trabalho, a constatação dessa necessidade foi inclusive trazida à tona durante o processo legislativo da reforma da Lei de Arbitragem, restando claro que havia entendimento do legislador pela indispensabilidade de futura regulamentação, não constando da redação final tal previsão apenas para evitar o engessamento do uso do instituto, condicionando-o à edição de um ato futuro e incerto por parte do Poder Executivo. Seria de fundamental importância que fossem disciplinados ao menos parâmetros gerais de forma de escolha e regime de contratação dos árbitros ou órgãos arbitrais e também o regime de publicidade a ser aplicado em arbitragens envolvendo a Administração Pública, especificando também as condições para os casos de necessidade de sigilo de forma a não atingir direitos de terceiros nem, por outro lado, prejudicar a transparência.

Dessa forma, a conclusão desse trabalho é que o uso da arbitragem em conflitos da Administração Pública é plenamente legal e legítimo, não representando nenhuma ofensa ao interesse público, pelo contrário, constituindo um elemento que favorece seu propósito, sendo necessário, no entanto, um esforço mais ativo por parte do Estado para fornecer segurança à sua adoção e fomentar a mudança de cultura necessária para que haja uma maior disseminação de seu uso, a fim de que as consequências positivas possam ser observadas pela sociedade.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Paulo Osternack. **Arbitragem e administração pública: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle**. 1ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BINENBOJM, Gustavo. **A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos**. In: Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado (RERE), n. 13, mar./abr./mai. 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-13-MAR%C7O-2007-GUSTAVO-BINENBOJM.PDF>. Acesso em 30 de maio de 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Departamento de Pesquisas Judiciárias. **100 maiores litigantes**. Brasília, 2011.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Departamento de Pesquisas Judiciárias. **Justiça em Números 2017: ano-base 2016**. Brasília, 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

BRASIL. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.** Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, 1996.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, 2002.

BRASIL. **Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004.** Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública.

BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015.** Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2o do art. 6o da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997. Brasília, 2015.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 7.108/2014.** 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, a sentença arbitral e o incentivo ao estudo do instituto da arbitragem; e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei 406/2013.** 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, a sentença arbitral e o incentivo ao estudo do instituto da arbitragem.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Decisão 286/1993.** Plenário. Brasília, 1993.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Decisão 763/1994.** Plenário. Brasília, 1994.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 188/1995**. Plenário. Brasília, 1995.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 584/2003**. Segunda Câmara. Brasília, 2003.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 587/2003**. Plenário. Brasília, 2003.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 906/2003**. Plenário. Brasília, 2003.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1.271/2005**. Plenário. Brasília, 2005.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 537/2006**. Segunda Câmara. Brasília, 2006.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 157/2012**. Plenário. Brasília, 2012.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 2.573/2012**. Plenário. Brasília, 2012.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 2905/2014**. Plenário. Brasília, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento 52.181 – GB. Brasília: STF, 1973.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Mandado de Segurança 2005/0212763-0. Mandado de Segurança 11.308/DF.

BOCEHENEK, Antônio César. **A litigiosidade cível e a Justiça Federal brasileira**. 25ª edição. Porto Alegre: Revista de Doutrina da 4ª Região, agosto de 2008.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição**. 3ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

BUCHÉB, José Alberto. **A arbitragem internacional nos contratos da indústria do petróleo**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

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

CINTRA, Antonio Carlos Araujo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 30ª edição. São Paulo: Malheiros, 2014.

DALLARI, Adilson Abreu. **Arbitragem na concessão de serviço público**. Revista de Informação Legislativa, volume 32, nº 128. Outubro de 1995.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento – volume 1**. 17ª edição. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 5ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

G1 Política. **Estoque de processos na Justiça cresce em média 3,4% ao ano, diz CNJ**. Notícia publicada em 23/09/2014 disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2014/09/estoque-de-processos-na-justica-cresce-em-media-34-ao-ano-diz-cnj.html>>. Acesso em: 09 de maio de 2016.

GOMES, Conceição. **O tempo dos Tribunais: um estudo sobre a morosidade da Justiça**. 1ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

GRAU, Eros Roberto. **Arbitragem e contrato administrativo**. Revista Trimestral de Direito Público, número 32. São Paulo: Malheiros, 2000.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade – volume 1**. Tradução de Flávio Beno. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

LEMES, Selma. **Arbitragem na Administração Pública. Fundamentos jurídicos e eficiência econômica**. São Paulo: Saraiva, 2007.

LOPES, Ilza de Fátima Wagner; MIRANDA, Fernando Silveira M. Plentz. **A conciliação nos juizados especiais cíveis**. Revista eletrônica Direito, Justiça e Cidadania. Volume 1, número 1, 2010.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARTINS, André Chateaubriand. **A administração pública na reforma da lei de arbitragem**. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira & SALOMÃO, Luis Felipe (coordenação). Arbitragem e mediação: a reforma da legislação brasileira, São Paulo: Atlas, 2017.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Arbitragem e administração pública: Contribuição para o sepultamento do tema**. Revista Trimestral de Direito Público – RTDP, Belo Horizonte, n. 54, 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=120441>>. Acesso em: 5 de junho de 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. [colaboração] Délcio Balestero Aleixo, José Emmanuel Burle Filho. **Direito administrativo brasileiro**. 40ª edição. São Paulo: Malheiros, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

Ministério da Justiça. **Ministério da Justiça lança estratégia para diminuir número de processos judiciais**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/news/ministerio-da-justica-lanca-estrategia-para-diminuir-numero-de-processos-judiciais>>. Acesso em: 09 de maio de 2016.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. 15ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

REALE, Miguel. **O Projeto do Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 1986.

SALES DA SILVA, Paulo Eduardo. **Solução de controvérsias: métodos adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados**, in

BRAGA NETO, Adolfo. **Negociação, mediação e arbitragem: curso básico para programas de graduação em direito**. Coordenação de Carlos Alberto Salles, Marco Antônio Garcia Lopes Lorencini, Paulo Eduardo Alves da Silva; autor: Adolfo Braga Neto. 1ª edição. São Paulo: Método, 2013.

SANTOS, Ricardo Goretti. **Manual de mediação de conflitos**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

SCHMIDT, Gustavo da Rocha. **A arbitragem nos conflitos envolvendo a administração pública: uma proposta de regulamentação**. 2016. 140 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: < <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/16218>>. Acesso em: 16 de abril de 2018.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República v. II**. 2ª edição. São Paulo: Renovar, 2012.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas: modelos, processo, ética e aplicações**. 5ª edição. São Paulo: Método, 2016.

VIANNA, Duval. **Lei de Arbitragem - Comentários à Lei 9.307, de 23-9-96**. 1ª edição. São Paulo: Adcoas, 1998.

WALD, Arnoldo; MORAES, Luíza Rangel de; WALD, Alexandre de M. **O direito de parceria e a lei de concessões**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Poder Judiciário - crise, acertos e desacertos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ZYMLER, Benjamin; ALMEIDA, Guilherme Henrique de la Rocque. **O controle externo das concessões de serviços públicos e das parcerias público-privadas**. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

