

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

**PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA
JUSTIÇA II**

CELSO HIROSHI IOCOHAMA

RENATA ALBUQUERQUE LIMA

VALTER MOURA DO CARMO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Celso Hiroshi Iochama; Renata Albuquerque Lima; Valter Moura do Carmo – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-631-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II

Apresentação

Os artigos publicados foram apresentados no Grupo de Trabalho de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça II, durante o XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, realizado em Salvador-BA, entre os dias 13 a 15 de junho de 2018. O evento é promovido pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI em parceria com a Universidade Federal da Bahia – UFBA, com o tema Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural.

Os trabalhos apresentados abriram caminho para uma importante discussão, com a participação ativa de professores, pesquisadores, mestrandos e doutorandos de todo o país, o evento contribuiu significativa e democraticamente para a exposição de ideias, para o desenvolvimento de debates acadêmicos e para a apresentação dos resultados das pesquisas realizadas atualmente pelos Programas de Pós-Graduação em Direito do Brasil.

Nesse sentido, em uma perspectiva disciplinar, interdisciplinar e pluridisciplinar, própria dos tempos atuais, foram apresentados e/ou debatidos no âmbito do GT de Processo, jurisdição e efetividade da justiça II, temas absolutamente relevantes para o desenvolvimento do Direito no Brasil, tais como:

1) O trabalho intitulado “PRINCÍPIOS E REGRAS NA CONSTRUÇÃO DO PROCESSO DEMOCRÁTICO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA APLICAÇÃO DAS TUTELAS PROVISÓRIAS DE URGÊNCIA”, as autoras Renata Albuquerque Lima e Raphaella Prado Aragão de Sousa demonstram a conciliação dos princípios e regras do ordenamento processual civil brasileiro com base no instituto das tutelas provisórias de urgência.

3) No artigo “TUTELA PROVISÓRIA NA ARBITRAGEM: TRANSPOSIÇÃO DO ANTIGO MODELO CAUTELAR”, Thaís Andressa Carabelli e Marcelo Negri Soares pesquisam sobre as tutelas de urgência e sua concessão pelos árbitros, propiciando discussões jurídicas sobre a autoridade jurisdicional privada e seu impacto na efetivação da justiça.

4) O trabalho intitulado “ARBITRAGEM E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - UMA ANÁLISE SOBRE A ADEQUAÇÃO DO PROCESSO ARBITRAL AO REGIME JURÍDICO DE DIREITO PÚBLICO”, de Lucas Macedo Silva, estuda a possibilidade de utilização do instituto da arbitragem com o regime jurídico de Direito Público, analisando a Lei Federal n. 13.129/2015, que concedeu a autorização expressa para a utilização da via arbitral pelo Poder Público.

5) O artigo com a temática "O AMICUS CURIAE E O ASSISTENTE SIMPLES NA CONSTRUÇÃO DO PRECEDENTE", de Luís Carlos de Sousa Amorim, explora o princípio do contraditório sob uma nova perspectiva, ou seja, como fundamento que garante a ampla participação de terceiros interessados na construção da norma geral presente numa decisão judicial através da figura do amicus curiae e do assistente simples.

6) Já o artigo "O PRINCÍPIO DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES NO PROCESSO PREVIDENCIÁRIO", de Karoliny de Cássia Faria e Patrick Juliano Casagrande Trindade, analisa a decisão proferida no processo de requerimento de benefício previdenciário em primeira instância administrativa, pois a falta de fundamentação na decisão padrão enviada aos segurados compromete sua legitimidade por desrespeitar o direito ao contraditório e à decisão fundamentada.

7) A pesquisa intitulada "TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DA ALEMANHA: CORTE SUPERIOR OU CORTE SUPREMA?", dos autores Mariana Bisol Grangeiro e Marco Felix Jobim, faz uma análise da Corte Constitucional Federal Alemã, sob a

- 9) "EXEQUIBILIDADE DA PENHORA DE CRIPTOMOEDAS NO PROCESSO DE EXECUÇÃO BRASILEIRO", de Alexandre Ferreira de Assumpção Alves e Priscilla Menezes da Silva investiga a possibilidade de penhora das moedas virtuais.
- 10) O trabalho "PROCESSO CIVIL VIRTUAL: ENTRE A EFETIVIDADE E A CELERIDADE", de Renata Carrara Bussab e Leticia Nascimbem Colovati tem por objetivo estudar os avanços da tecnologia, e sua conseqüente contribuição no âmbito do Poder Judiciário, e, por conseguinte, do Processo Civil.
- 11) O artigo "A JUSTIÇA ITINERANTE COMO MEDIDA DE EFETIVAÇÃO DA JUSTIÇA", de Danilo Cordeiro Maia e Wallace Fabrício Paiva Souza defende que a justiça itinerante pode ser importante para efetivar o princípio constitucional do acesso à justiça e o constitucionalismo social implantado com a Constituição de 1988.
- 12) "LITISPENDÊNCIA E PROCESSOS COLETIVOS", de Vinícius José Rockenbach Portela tem como objetivo enfrentar esse problema, tratando do instituto da litispendência e a sua relação com as ações coletivas transindividuais e homogeneizantes.
- 13) O estudo "REPERCUSSÕES DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NO DIREITO PROCESSUAL PENAL: FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES" de André Luis Pontarolli e Andreza Cristina Baggio se propõe, mediante metodologia de revisão bibliográfica, ao estudo parcial das repercussões do novo Código de Processo Civil no Direito Processual Penal. A análise proposta recai (problema) sobre a viabilidade hipotética de aplicação ao Processo Penal das novas disposições processuais civis que reforçam o princípio constitucional da fundamentação decisória.
- 14) O trabalho "OS RECURSOS DO COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA PARA O FOMENTO DAS ATIVIDADES DOS CENTROS JUDICIÁRIOS DE

aplicação de recursos oriundos de termos de ajustamento de conduta e de ações civis públicas trabalhistas, fora do âmbito do Fundo de Amparo ao Trabalhador instituído pela Lei 7.998/90.

Espera-se que a publicação dos artigos apresentados durante o evento possa contribuir ainda mais para o desenvolvimento do ensino e da pesquisa do Direito Processual no país.

Prof. Dra. Renata Albuquerque Lima - UNICHRISTUS

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR

Prof. Dr. Celso Hiroshi Iocohama - Universidade Paranaense - UNIPAR

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

ARBITRAGEM E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - UMA ANÁLISE SOBRE A ADEQUAÇÃO DO PROCESSO ARBITRAL AO REGIME JURÍDICO DE DIREITO PÚBLICO

ARBITRATION AND PUBLIC ADMINISTRATION - AN ANALYSIS OF THE ADJUSTMENT OF THE ARBITRATION PROCESS TO THE PUBLIC LAW LEGAL REGIME.

Lucas Macedo Silva ¹

Resumo

O presente artigo possui como objetivo central analisar a compatibilização do instituto da arbitragem com o regime jurídico de Direito Público. Partiu-se da análise dos aspectos constitucionais que compõem a própria estrutura do Estado. Foram apresentados os postulados processuais básicos que caracterizam a arbitragem. Estudou-se a Lei Federal n. 13.129/2015, que concedeu a autorização expressa para a utilização da via arbitral pelo Poder Público. Por fim, faz-se o embate entre a disciplina processual privada e o regime jurídico de Direito Público, no intuito de encontrar quais as derrogações que o processo arbitral deve sofrer nas controvérsias envolvendo a Administração Pública.

Palavras-chave: Arbitragem, Administração pública, Contencioso administrativo, Regime jurídico de direito público, Lei federal n. 13.129/2015

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims the analysis of the compatibility of the arbitration with Public Law legal regime. We analyse the constitutional aspects that make up the State's structure. The basic procedural postulates of the arbitration were presented. We study the Federal Law n. 13,129 / 2015, which granted the authorization for the use of the arbitration channel by the Public Administration. Lastly, there is a clash between the private procedural discipline and the Public Law legal regime, in order to find out which exceptions the arbitration process must undergo in the controversies involving the Public Administration to be considered valid.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 optou pelo modelo inglês de jurisdição *una*, no qual o Poder Judiciário concentra em si a atribuição de processar e julgar todos os conflitos originados, inclusive os de natureza administrativa, ainda que com determinados limites. Entretanto, tendo em vista o alto número de demandas e a necessidade de conhecimentos técnicos muito específicos, o Judiciário, há muito, não tem conseguido prestar a atividade jurisdicional de modo eficiente e justo, causando prejuízos, inclusive, aos direitos do cidadão.

Nesse contexto, por meio da Lei Federal n. 9.307/97, institui-se a arbitragem como via alternativa para a resolução de conflitos envolvendo direitos patrimoniais disponíveis. Após anos de discussão doutrinária acerca da viabilidade da utilização da arbitragem pela Administração Pública, foi editada a Lei Federal n. 13.129/15, consolidando a possibilidade do procedimento arbitral, mas mantendo a premissa geral dos direitos que podem ser submetidos à arbitragem, de modo que se faz de rigor a análise das situações nas quais a Administração efetivamente pode se valer desse mecanismo alternativo.

Desse modo, o presente artigo destina-se a analisar a possibilidade da utilização da arbitragem pela Administração Pública, sendo revelado o objetivo central como sendo o de compatibilizar a utilização do processo arbitral, previsto na Lei n. 9.307/96, ao regime jurídico de Direito Público. Observando-se esse panorama temático, o presente trabalho, muito embora não intente encerrar o debate, busca a compreensão da possibilidade do uso da arbitragem como forma alternativa de resolver litígios de natureza administrativa e, simultaneamente, de promover a eficiência nas decisões e desafogar o Judiciário.

Sendo assim, a relevância social do tema é indubitável, dado que não há como negar a crise vivida pelo Poder Judiciário, que, em virtude do absurdo número de demandas administrativas e da especialidade da matéria, não tem conseguido cumprir satisfatoriamente a função de controle das relações envolvendo o Poder Público.

O presente trabalho analisa como o controle jurisdicional de litígios administrativos pela via arbitral se compatibiliza com a atual conjuntura normativa e axiológica atinente ao Direito Público, evidenciando a necessidade de o avanço para uma visão de Administração Pública Consensual, na qual os princípios administrativos, como o da indisponibilidade do interesse público, adquirem feições mais adequadas à realidade vigente e ao plano constitucional.

Para o melhor deslinde da pesquisa, a opção metodológica se ancora no modelo hipotético dedutivo, considerando que a construção do parâmetros-base e os resultados são obtidos por meio da análise e interpretação do subsídio teórico e normativo pertinente ao tema.

2. ARBITRAGEM E PODER PÚBLICO

A utilização da arbitragem nas controvérsias envolvendo o Poder Público representou ponto de forte debate dentro da doutrina nacional desde o advento da Lei Federal n. 9.307/96 – Lei de Arbitragem, a qual era omissa no que tange à autorização para que a Administração Pública pudesse se valer do aludido instituto. Antes mesmo da Lei Federal n. 13.129/2015, que positivou a referida autorização, a doutrina majoritária e leis esparsas já admitiam a utilização da arbitragem para determinadas controvérsias administrativas.

Apesar de a Lei de Arbitragem ter sido ambiciosa ao disciplinar, ainda que tardiamente, um instituto que, em outros países, já era amplamente difundido e utilizado, o Brasil não adotou, de pronto, a cultura da arbitragem, encontrando um forte ranço social que ainda duvidava do caráter jurisdicional dessa nova forma de solucionar litígios, sobretudo nas hipóteses em que o Poder Público figurava como parte (MOREIRA NETO, 1997, p.81). Entretanto, houve um significativo esforço da doutrina no sentido de dar mais credibilidade e efetividade para a arbitragem, destacando os impactos positivos na celeridade e na especialidade dos julgadores para dirimir a controvérsia instaurada (SANTANA, 2012. P.859).

Como resultado de tal incentivo, observou-se que a utilização da arbitragem passou a progredir consideravelmente, tendo surgido as denominadas “Cortes de Conciliação e Arbitragem” em alguns estados brasileiros, as quais chamaram atenção pela celeridade no rito e pela quantidade de problemas resolvidos sem a necessidade de ingerência do Poder Judiciário (DELGADO, 2004, p.13).

Em termos conceituais, a arbitragem corresponde à “técnica de solução de conflitos mediante a qual os conflitantes buscam em uma terceira pessoa, de sua confiança, a solução amigável e ‘imparcial’ [...] do litígio” (DIDIER JR., 2016, p.171). Dessa forma, representa um método heterocompositivo de se resolver litígios, na medida em que o terceiro, escolhido pelas partes, proferirá a decisão sobre o conflito posto, com força de sentença judicial, sem, no entanto, haver qualquer interferência do Estado (CARMONA, 2009, p. 31).

É importante elucidar, nesse ponto, que a arbitragem, apesar de comumente ser incluída nos chamados “meios alternativos de conflito”, que compreendem também a mediação

e a conciliação, deles difere por sua característica impositiva. A arbitragem, como será detidamente discutido em tópico próprio, representa uma atividade jurisdicional, possuindo, dentre outros traços, o da imperatividade da decisão proferida pelo terceiro imparcial (CARMONA, 2009, p.32-33).

Diante disso, vê-se que a arbitragem não significa transação nem renúncia de direitos, sendo, em verdade, uma convenção das partes de afastar a jurisdição estatal e confiar a um órgão arbitral o poder de decidir a controvérsia. Essa proposição é um dos aspectos relevantes para se pensar na possível compatibilidade da arbitragem com o princípio da indisponibilidade do interesse público, já que a Administração Pública não estaria dispondo indevidamente do direito, mas tão somente optando resolvê-lo por um meio mais adequado (SUNDFELD; CÂMARA, 2008, p.121).

A regulamentação da arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro ocorreu por meio da Lei Federal n. 9.307/96, a qual concentra em si a disciplina central atinente ao procedimento arbitral (SZKLAROWSKY, 2006, p.111). Nesse aspecto, destaca-se que a decisão de convencionar a submissão de uma controvérsia à arbitragem não é obrigatória em nenhum caso, sendo uma faculdade das partes, manifestada antes ou depois do surgimento do impasse. Além disso, a decisão em utilizar a arbitragem só é válida se for emitida por pessoas capazes e versarem sobre direitos disponíveis. Esse caráter optativo, juntamente com as limitações legais, retira qualquer vício de inconstitucionalidade, sendo entendimento pacificado a plena compatibilidade da arbitragem com os preceitos previstos na Carta Magna (DIDIER JR., 2016, p.171).

Como o objetivo do presente trabalho constitui a análise da adequação do procedimento arbitral ao regime jurídico de Direito Público, mostra-se relevante apontar algumas características que revestem o instituto da arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro, para, assim, posteriormente poder analisar as possíveis compatibilidades e adequações necessárias para utilização pela Administração Pública.

Em um primeiro plano, pontua-se que devem ser obedecidos, assim como em todo e qualquer procedimento, o contraditório e a ampla defesa, conforme disposição constitucional expressa no art. 5º, inciso LV¹. Na mesma linha do preceito constitucional, a Lei de Arbitragem

¹ LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

positivou, em seu art. 2, §2º², a necessidade de observância do devido processo legal no procedimento arbitral. Essa imposição constitucional e legislativa serve de baliza mínima para a validade do próprio procedimento, de modo que, inobservado o princípio do devido processo legal, os atos praticados serão nulos de pleno direito.

Já no campo da disciplina legislativa contida na Lei de Arbitragem, revela-se como uma característica da arbitragem a possibilidade de que as partes litigantes escolham as normas de direito material a ser aplicada, bem como optem se a decisão será tomada com base em princípios gerais de direito, nos usos e costumes e ainda por normas internacionais de comércio (DIDIER JR., 2016, p.172).

Outro aspecto importante da arbitragem é o de que a sentença arbitral independe de homologação judicial, constituindo um título executivo judicial e produzindo efeitos imediatamente após a sua prolação (DIDIER JR., 2016, p.172). A sentença arbitral, no que diz respeito ao mérito, é soberana e faz coisa julgada, sendo admitido o controle judicial apenas nas hipóteses previstas no art. 32 da Lei de Arbitragem³, as quais representam basicamente requisitos formais de validade da decisão (CARMONA, 2009, p. 28; DIDIER JR., 2016, p. 173).

Apesar de já haver leis esparsas que admitiam a adoção da arbitragem pelo Poder Público em determinadas hipóteses, muito se discutia acerca da sua constitucionalidade, sobretudo em virtude da ausência de autorização legal para tanto, argumento que foi utilizado, inclusive, pelo Tribunal de Contas da União para afastar tal possibilidade. No entanto, para encerrar a discussão nesse aspecto, o legislador pátrio, por meio da Lei Federal n. 13.129/2015, concedeu a autorização para que a Administração pudesse se valer da arbitragem nas controvérsias envolvendo direitos patrimoniais disponíveis e instituiu algumas características específicas nos casos em que a Administração Pública for parte. Desse modo, observar-se-á basicamente as características acima elencadas, havendo, entretanto, algumas derrogações em virtude do regime de Direito Público (CAVALCANTE, 2015, p. 15).

² § 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

³ Art. 32. É nula a sentença arbitral se:

- I - for nula a convenção de arbitragem; (Redação dada pela Lei nº 13.129, de 2015) (Vigência)
- II - emanou de quem não podia ser árbitro;
- III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei;
- IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem;
- VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva;
- VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e
- VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.

Por se tratar a arbitragem de um instituto eminentemente de direito privado, a concepção tradicional de gestão estatal é remansosa em aceitar a compatibilidade lógica da via arbitral no regime de Direito Público. Essa ideia de incompatibilidade provém de um modelo de Estado Liberal, que intentava limitar os campos de aplicação do Direito Público e do Privado, constituindo a chamada “*summa divisio*”. Havia, portanto, uma impermeabilização entre as duas searas, o que era motivado exatamente para evitar a ingerência estatal no âmbito econômico, que seria regulado pelas próprias regras de forma independente (BACELLAR FILHO, 2012, p.36).

Após isso, com o Estado Social, há um agigantamento do Estado, de modo que há uma predominância quase absoluta da dimensão pública em detrimento da privada. Nesse momento, é que se consolidam com mais força alguns dos conceitos clássicos de Direito Administrativo, tal como a supremacia do interesse público. Entretanto, o aludido sistema entrou em crise, o que permitiu a construção do Estado Democrático de Direito, fundamentado em uma participação ativa cidadã e que propõe uma fórmula mais harmonizada entre os interesses públicos e privados (BACELLAR FILHO, 2012, p.37).

No entanto, em que pese a permanência de postulados como a indisponibilidade e a própria supremacia do interesse público, o modelo constitucional brasileiro e de governança pública atual contemplam uma maior relação entre os entes públicos e privados, o que já denota uma superação da soberania estatal clássica. Nesse contexto, surge o fenômeno da consensualidade na Administração Pública, a qual remonta os postulados típicos com uma feição adequada à nova realidade fática e constitucional. O modelo de gestão consensual propõe o ato de “governar por contrato”, o que não impõe a renúncia da supremacia, mas uma maior utilização de vias horizontais para atender em maior grau as finalidades constitucionais (MONTEIRO, 2012, p.116).

Como o presente trabalho não possui como objeto a análise profunda da consensualidade na Administração Pública, ressalte-se que, para os fins desta pesquisa, é importante saber apenas que há um movimento social e doutrinário no sentido de reformular conceitos tradicionais do Direito Administrativo, estabelecendo uma fronteira mais flexível e uma interdisciplinaridade maior com institutos privados, dentre os quais está a arbitragem, com vistas a alcançar uma maior eficiência na consecução dos objetivos constitucionais. No caso da arbitragem, em específico, o próprio advento da Lei Federal n. 13.129/2015 representa um exemplo dessa tendência de se encontrar novos caminhos, uma vez que autoriza e delinea alguns aspectos da utilização da via arbitral pelo ente de natureza pública.

Com efeito, quando do advento da Lei Federal n. 9.307/96, o Poder Judiciário já se encontrava assoberbado de demandas que poderiam ser resolvidas por vias alternativas, de modo que a arbitragem emergiu como uma opção mais célere, com um decisor mais especializado no objeto da controvérsia, e simultaneamente como forma de desafogar a jurisdição estatal, que poderia focar nos litígios de sua competência absoluta. Apesar de, nesse contexto, já existir legislação esparsa administrativa, tal como a Lei Federal n. 8.987/95 – Lei de Concessões, que dialogava com os métodos alternativos de resolução de conflitos, havia uma certa resistência à aceitação da utilização da arbitragem pelo Poder Público, o que se embasava principalmente na indisponibilidade do interesse público (MOREIRA NETO, 1997, p.83/88).

Há que se destacar que Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1997, p.88/89), muito antes da atual alteração legislativa que autorizou expressamente o uso da arbitragem pela Administração Pública, defendeu tal possibilidade para as hipóteses nas quais o ente público estaria agindo enquanto contratante:

Toda a questão do cabimento da arbitragem na órbita interna se reduz, assim, à definição do campo contratual em que a Administração negocia e estatui como qualquer particular, excluídas, portanto, quaisquer cláusulas em que seja prevista a satisfação de um interesse finalístico da sociedade, cometido ao Estado, este sim, indisponível.

Vê-se que o trecho acima transcrito, ao mesmo tempo que aceita a ideia da utilização da arbitragem pelo ente público, já apresenta a limitação quanto ao objeto da controvérsia que poderia ser submetido à referida via jurisdicional, partindo da premissa de que a Administração também possui espaço de negociabilidade. Nesta senda, resta devidamente demonstrado que, com a insuficiência do Poder Judiciário para atender as demandas envolvendo o Poder Público tanto na questão da celeridade quanto a aspectos técnicos, se abriu uma busca por caminhos alternativos, tendo emergido a arbitragem como o método mais adequado para diversas controvérsias que compõem o contencioso administrativo.

3 DA ADEQUAÇÃO DO PROCEDIMENTO ARBITRAL AO REGIME DE DIREITO PÚBLICO

Tendo perpassado pela dogmática processualista que envolve o processo arbitral, bem como tendo enfrentado os postulados constitucionais basilares que regem o Direito Administrativo, vê-se que é possível se dizer que a possibilidade da utilização da arbitragem pela Administração Pública atualmente é relativamente pacífica. Entretanto, há que se observar,

além das próprias limitações subjetivas e objetivas que a própria Lei de Arbitragem impõe, que as relações envolvendo o Poder Público não são geridas pelo direito privado, de modo que, para a via arbitral ser considerada legal, é necessário que seja obedecido também o regime jurídico de Direito Público.

Antes de ingressar na análise da legislação envolvendo as demandas administrativas na contemporaneidade, merece lembrança o denominado “Caso Lage”, ocorrido em 1973, que representou um litígio dos herdeiros de Henrique Lage e a União, envolvendo a pendência da indenização devida pela desapropriação de bens das Organizações Lage. No caso em tela, a própria União decidiu se submeter ao processo arbitral e, após o trâmite nas instâncias primárias – que reconheceram a competência do juízo arbitral – a controvérsia chegou ao Supremo Tribunal Federal⁴, que manteve o entendimento sob o argumento de que a arbitragem é instituto consagrado historicamente no direito pátrio e que a sua utilização faria parte da autonomia contratual do Estado (MOREIRA NETO, 1997, p. 86; TIBURCIO, 2008).

O mencionado caso foi paradigmático, na medida em que o STF consolidou uma tendência *favor arbitratis* que já estava sendo amplamente difundida e aceita nos Tribunais de Justiça, sobretudo considerando que outras instituições, como o Tribunal de Contas da União e o ainda existente Tribunal Federal de Recursos, não admitiram a arbitragem como legítima para litígios envolvendo a Administração Pública. Diante desse cenário, o que prevalecia era a incerteza acerca da possibilidade de o Poder Público pactuar com o particular a submissão de eventual controvérsia ao juízo arbitral nas hipóteses em que não havia autorização legal expressa, o que, de certo modo, desestimulou a difusão do instituto e colaborou para a manutenção do tradicionalismo estatal (TIBURCIO, 2008).

Com a reaproximação entre o Poder Público e a iniciativa privada, no ano de 1993, foi editada a Lei Federal n. 8.666, comumente chamada de Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos, a qual não faz nenhuma menção à arbitragem. Pelo contrário, em seu art.55, §2º, a mencionada lei instituiu como cláusula obrigatória em qualquer contrato administrativo a que declara o foro da sede da Administração como o competente para dirimir eventuais conflitos, fazendo referência clara à jurisdição estatal⁵ (GUILHERME, 2008, p. 204).

Já a Lei Federal n. 8.987/1995, que disciplina o regime de concessão e permissão de serviços públicos, abriu as portas para as soluções alternativas, ao estabelecer, em seu art. 23,

⁴ STF, DJU 15 fev. 1973, AI 52.181/GB, Rel. Min. Bilac Pinto.

⁵ § 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, salvo o disposto no § 6º do art. 32 desta Lei.

inciso XV, cláusula contratual obrigatória relativa “ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais”. Como os contratos de concessão são contratos administrativos genuínos, também submetidos à Lei Geral, passou-se a admitir a validade da solução arbitral, uma vez que a expressão “modo amigável de solução” só poderia estar se referindo à mediação, conciliação e arbitragem (SZKLAROWSKY, 2006, p. 121; MOREIRA NETO, 1997, p. 88).

No ano seguinte, surgiu a Lei Federal n. 9.307/1996, a Lei de Arbitragem, que regulamentou o instituto e abriu as portas para a plena utilização da arbitragem dentro do âmbito do Direito Privado, não havendo nenhuma previsão expressamente direcionada à sua utilização pela Administração Pública. Apesar disso, o único requisito objetivo positivado foi a capacidade de contratar, o que, indubitavelmente, o Poder Público possuía. Independente desses aspectos controvertidos, o advento do aludido diploma foi de extrema importância para uma nova aproximação da arbitragem com a sociedade (GUILHERME, 2008, p. 206).

Seguindo a mesma tendência de reabertura para o processo arbitral, a Lei Federal n. 11.079/2004, que instituiu normas gerais para contratações de parcerias público-privadas, fez menção expressa à possibilidade de a Administração Pública pactuar a submissão de eventual litígio à arbitragem, como se depreende da literalidade do art. 11, inciso III, *in verbis*:

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

[...]

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

Dessa forma, para os contratos de parceria público-privada, a própria lei autorizou a possibilidade da solução arbitral, observando o disposto na Lei de Arbitragem e os princípios que regem a atuação administrativa (GUILHERME, 2008, p. 209). Logo após, a Lei Federal n. 11.196/2005 incluiu na Lei de Permissões e Concessões de Serviço Público o art. 23-A, com o seguinte texto: “o contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996”. Dada a similitude dos textos normativos acima transcritos, resta evidente a tendência legislativa a se admitir a utilização da arbitragem pela Administração Pública de modo amplo.

É importante ressaltar que os diplomas acima referenciados representam apenas exemplos de hipóteses em que a lei expressamente se manifestou acerca da utilização da

arbitragem pelo Poder Público, de modo que há diversas outras leis também editadas nesse período. Sendo assim, foram apresentadas acima apenas exemplos de fatos e da legislação com vistas a facilitar a compreensão do objeto.

3.1 A LEI FEDERAL N. 13.129/2015 E AS INOVAÇÕES INCREMENTADAS NA LEI DE ARBITRAGEM

Após anos de espera e de debates acerca da autorização legal para a utilização da arbitragem pela Administração Pública, eis que o legislador pátrio a concede por meio da Lei Federal n. 13.129/2015, que inclui no art. 1º da Lei de Arbitragem o §1º com a seguinte redação: “a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. O legislador, ao prever a autorização ampla e genérica, atuou de modo absolutamente inovador, consolidando um importante avanço para a matéria (CAVALCANTE, 2015, p. 15).

Do mesmo modo que ocorre nas situações ordinárias de Direito Privado, a utilização da arbitragem pela Administração Pública possui as mesmas limitações subjetivas e objetivas, destacando-se que, no que tange à autoridade que teria competência para celebrar a convenção de arbitragem, a lei afirma que é a mesma competente para realizar acordos e transações em nome do órgão ou do ente público⁶. A título exemplificativo, tem-se que, se um determinado secretário de estado é o competente para subscrever acordos e transacionar no âmbito de um determinado órgão, será ele igualmente competente para convencionar a arbitragem. Além disso, sob o aspecto do objeto, o Poder Público só poderá submeter à apreciação do júízo arbitral as controvérsias que versarem acerca de direitos patrimoniais disponíveis, como disposto no art. 1º, §1º, da Lei de Arbitragem (CAVALCANTE, 2015, p. 16).

3.1.1 A expressa vedação legal à arbitragem por equidade

A etimologia do termo “equidade” vem do latim *aequitas* e denota a ideia de justiça natural, de imparcialidade. Partindo-se para uma acepção técnica, tem-se que a equidade representa “o

⁶ Lei Federal n. 9.307/96: Art1º [...] § 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações.

juízo que respeita a igualdade de cada um, levando em consideração determinantes concretas (intenções, motivos e fatos), conforme o sentimento do que se considera justo, independente de previsão legal” (CARMONA, 2011, p. 233). Desse modo, a equidade corresponderia a um critério de julgamento que poderia ser utilizado pelo árbitro ou pelo juiz togado, desde que autorizado pelas partes ou pela própria lei, com vistas a encontrar a solução que melhor consagre o equilíbrio entre as partes litigantes (CARMONA, 2011, p.233).

A Lei de Arbitragem instituiu, em seu art.2º, *caput*, a possibilidade de que as partes possam decidir se a arbitragem será de direito ou de equidade⁷. Vê-se, então, que a lei dá ampla margem de escolha para que as partes, no exercício da sua autonomia da vontade, decidam qual o critério de julgamento a ser aplicado à controvérsia instaurada (CARMONA, 2009, p. 64/65).

No que diz respeito à utilização da arbitragem pela Administração Pública, a Lei Federal n. 13.129/2015 tratou de estabelecer uma vedação expressa à adoção do critério da equidade, o que fez por meio da inclusão do §3º ao art.2º da Lei de Arbitragem, com a seguinte redação: “a arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito [...]”. Tal disposição restritiva é decorrência da imperatividade do princípio da legalidade ao qual toda a atuação administrativa encontra-se vinculada, não podendo o Poder Público ser julgado sob critério não previsto em lei (CAVALCANTE, 2015, p. 16). Nesse aspecto, cumpre destacar que a legalidade estrita não ordena que o juízo arbitral só possa aplicar normas-regras ao suporte fático, permitindo também que o decisor se valha dos princípios explícitos e implícitos previstos no ordenamento e interprete-os à sua maneira para a resolução do conflito.

Dito isso, merece análise também os moldes pelos quais o art.2º, §1º, da Lei de Arbitragem seria utilizável pelo Poder Público, notadamente no que diz respeito à escolha das regras jurídicas aplicáveis ao litígio. Sabe-se que, apesar da existência da margem discricionária em diversos setores, a atuação administrativa é, por essência, vinculada à própria lei. Sob esse aspecto, também o exercício de autonomia do Estado para optar pelas regras de direito a serem aplicadas parece ser limitado, considerando que as normas de Direito Administrativo constituem dispositivos de ordem pública e são irrenunciáveis (CARMONA, 2011, p. 242). Dessa forma, havendo regra específica relativa ao objeto do litígio envolvendo a Administração Pública, a mesma não poderá ser afastada pela vontade das partes.

Com efeito, tendo em vista que diversos as demandas administrativas podem versar sobre bens ou serviços com características técnicas e específicas, é bastante comum que as relações sejam

⁷ Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

reguladas por normas técnicas diversas, como, por exemplo, pelas Normas Regulamentadoras emanadas pelo Ministério do Trabalho e Emprego. Nesses termos, é possível que o Poder Público e o particular contratante entendam que a aplicação de determinada norma técnica seja preferível à outra, o que, *a priori*, parece estar em plena conformidade com o regime jurídico de Direito Público e com o espaço de negociação que detém a Administração Pública.

Sendo assim, resta esclarecida a motivação do legislador ao vedar a adoção do critério de julgamento por equidade nas arbitragens em que o Poder Público for parte, que vem a ser a observância ao princípio da legalidade, previsto expressamente no art. 37, *caput*, da Constituição Federal. No entanto, a imposição de que a arbitragem administrativa seja sempre de direito não exclui, em absoluto, a utilidade e os benefícios que tal via jurisdicional acarreta para as partes e para a própria consecução da justiça.

3.1.2 Confidencialidade x Publicidade

A segunda parte do disposto no §3º incluído pela Lei Federal n. 13.129/2015 ao art. 2º da Lei de Arbitragem aponta para a necessidade de observância do princípio da publicidade, que deve reger a atuação administrativa. De rigor, sequer seria necessária tal previsão, uma vez que o art.37, *caput*, da Constituição Federal é imperativo quanto à obrigatoriedade de publicidade dos atos praticados pela Administração e por tudo o que lhe é pertinente. No entanto, a lembrança é importante para deixar claro que a arbitragem que tenha o Poder Público como parte se configura, via de regra, como exceção à confidencialidade bastante comum na arbitragem privada.

Em verdade, a Lei de Arbitragem não trata a confidencialidade como obrigatória em nenhuma hipótese, entretanto, como é bastante comum que a arbitragem privada envolva segredos industriais e outras informações privilegiadas da atividade empresarial, o sigilo acaba sendo mais um dos atrativos para a opção pela solução arbitral. No ordenamento jurídico pátrio, o Código de Processo Civil de 2015, em seu art.189, dispõe que os atos processuais serão públicos, excetuando algumas situações específicas em que o processo correrá em segredo de justiça. Vê-se, então, que a publicidade é a regra geral mesmo quando se trata de processo judicial (RODOVALHO, 2016, p. 1140).

Desse modo, tem-se que a publicidade é vista tanto na realidade processual quanto na atuação administrativa. Nesse último aspecto, contudo, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º,

inciso LX, ordena que “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”. Dessa forma, a Administração Pública está autorizada a participar de processo sigiloso quando envolver algum direito individual que atinja a intimidade do administrado ou quando houver um interesse público específico, tal como questões de segurança nacional, conforme lei específica. Conclui-se que, apesar de a regra ser a publicidade, há situações em que há, inclusive, o dever de sigilo, com o intuito de proteger um interesse superior, segundo um juízo de razoabilidade e proporcionalidade, aplicado ao caso concreto (DI PIETRO, 2015, p. 105/106).

Dito isso, instaura-se o questionamento acerca da possibilidade de haver exceções à regra de publicidade nas arbitragens envolvendo a Administração Pública, já que, de igual modo, há previsões de confidencialidade nos processos judiciais e até para a prática de determinados atos administrativos. Nesse aspecto, de antemão, é importante pontuar que, nessas situações, em razão dos princípios da publicidade e da transparência, a pactuação de uma cláusula de sigilo geral e apriorística deve ser entendida como nula, mas não compromete a validade da arbitragem como um todo (KLEIN, 2010, p. 103).

Sobre esse aspecto, o Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, após ampla discussão sobre os impactos do art. 189 do Código de Processo Civil de 2015, acima referenciado, nas arbitragens em que o Poder Público figura como parte, aprovou o Enunciado n. 15 com o seguinte conteúdo: “as arbitragens que envolvem a Administração Pública respeitarão o princípio da publicidade, observadas as exceções legais[...]”. Dessa forma, observa-se que o entendimento do Fórum é compatível com o defendido anteriormente, que vem a ser a possibilidade de mitigação parcial da publicidade quando houver outro interesse a ser resguardado (ROQUE; COUTINHO, 2016, p. 64).

Fundamental se mostra a lembrança de que a utilização da arbitragem pelo Poder Público possui a limitação objetiva que permite apenas submissão de controvérsias envolvendo direitos patrimoniais disponíveis, de modo que dificilmente será encontrada uma situação que justifique a aplicação da confidencialidade de modo pleno. Todavia, nada impede que sejam identificados dados ou documentos específicos que, para consagrar o interesse público, seja preferível a manutenção do sigilo, de modo que as partes podem convencionar essa mitigação parcial da publicidade. A justificativa lógica é a mesma utilizada para os processos estatais e para os atos administrativos sigilosos, sendo certo que cabe controle pelo juízo arbitral e a decisão deve ser devidamente fundamentada com a demonstração da real necessidade da confidencialidade daqueles documentos e/ou informações (KLEIN, 2015, p. 103).

Como visto, tomando como parâmetro a argumentação acima exposta, no caso da arbitragem envolvendo contratos administrativos, a publicidade é princípio de observância obrigatória e que deve ser atendido de maneira plena ou na maior proporção possível. Ocorre que, a depender das peculiaridades do caso concreto, é possível que a Administração Pública ou o particular contratante solicite a confidencialidade específica de determinado documento e/ou informação pertinente à demanda, na hipótese de que a publicidade de tal dado possa trazer prejuízos ao interesse público ou à esfera individual, respectivamente. A fundamentação para o pedido de sigilo deve estar amparada por alguma situação prevista em lei, cabendo à parte interessada demonstrar a subsunção da norma ao caso concreto.

3.2 A ESCOLHA DO ÁRBITRO/TRIBUNAL ARBITRAL: DA (DES)NECESSIDADE DE LICITAÇÃO PRÉVIA

Ainda na missão de compatibilizar o processo arbitral aos postulados típicos do Direito Público, parte-se para um aprofundamento acerca da forma como seria possível a escolha do juízo arbitral dos processos envolvendo a Administração Pública, notadamente no que diz respeito às normas de licitações. É importante ressaltar que o tema é de tal profundidade, que não se pretende esgotá-lo na presente pesquisa, de modo que será feito um apanhado dos posicionamentos doutrinários mais marcantes para identificar o posicionamento adotado. Nesse ponto, a Lei de Arbitragem permite que a controvérsia seja submetida a um ou mais árbitros, sempre em número ímpar⁸, e pertencentes a um órgão institucionalizado ou não.

Os requisitos imputados pela Lei de Arbitragem para o exercício da função arbitral se restringem a ser o árbitro pessoa natural capaz – nos mesmos moldes civis já expostos quando avaliadas a limitação subjetiva – e possuir a confiança das partes, conforme disposição expressa do art. 13 do citado diploma⁹. Cabe a ressalva de que é vedada a hipótese de o árbitro ser uma pessoa jurídica, o que não corresponde à proibição da estrutura institucional. No caso da arbitragem institucionalizada, os órgãos são responsáveis apenas pela organização, fornecimento dos meios, procedimento e operacionalização do processo arbitral, mas a sentença é proferida, com plena autonomia, pelo árbitro ou pelo tribunal arbitral, sendo a sua

⁸ Art. 5º, §1º: As partes nomearão um ou mais árbitros, sempre em número ímpar, podendo nomear, também, os respectivos suplentes.

⁹ Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes.

responsabilidade pessoal e equiparada a dos servidores públicos para os efeitos penais (CARMONA, 2009, p. 229; DIDIER JR., 2016, p. 172).

A distinção entre o árbitro e o tribunal arbitral diz respeito tão somente ao número de julgadores designados pelas partes¹⁰. A nomeação do árbitro ou do tribunal arbitral pode ser *ad hoc*, de maneira pessoal pelas partes, que buscarem alguém de sua confiança e com especialidade na matéria, ou institucionalizada. Os órgãos arbitrais institucionais constituem-se como entidades especializadas no estudo da arbitragem e que usualmente desenvolvem um estatuto organizacional próprio, com uma relação dos árbitros integrantes e o valor fixo das custas e honorários a serem cobrados (CARMONA, 2009, p. 129; KLEIN, 2010, p. 98).

Inicialmente, afirma-se que não há nenhum impedimento que a Administração Pública e o particular contratante decidam livremente quanto ao número de árbitros que julgarão a demanda posta. Em verdade, a Lei Federal n. 13.129/2015 que alterou a Lei de Arbitragem para incluir, dentre outras atribuições, a autorização legal para que a Administração Pública pudesse se valer da via arbitral, também fez expressamente algumas adequações procedimentais baseando-se no regime principiológico de Direito Público. Ainda assim, o processo de escolha do árbitro ou do tribunal arbitral não foi devidamente esclarecido.

Em um primeiro aspecto, há de se pensar se a Administração Pública pode se valer do processo arbitral *ad hoc* ou somente os institucionais. Considerando que não há qualquer vedação na Lei de Arbitragem, Paulo Osternack Amaral (2012, p.75) opina no sentido de que “não se vislumbra qualquer óbice a que o Estado elabora contrato administrativo com cláusula compromissória prevendo a instalação de uma arbitragem *ad hoc* para a resolução de controvérsias relacionadas com o contrato”. Para o mencionado autor, a escolha entre as duas possibilidades está inserida no exercício discricionário do Poder Público. Com a devida vênia ao posicionamento exposto, a presente pesquisa tende a perseguir um caminho diferente.

A escolha do árbitro ou do tribunal arbitral está bastante associada a ideia de confiança das partes. No caso das relações privadas, a confiança representa uma valoração subjetiva das partes, relacionada com a certeza de que o terceiro julgador atuará com imparcialidade e atenderá aos ideais de justiça aplicáveis ao caso. A Administração Pública não possui a pessoalidade necessária para manifestar a confiança baseando-se em critérios subjetivos. Considerando a infinidade de órgãos administrativos que compõem a Administração Pública

¹⁰ Art. 13, § 4º: Sendo nomeados vários árbitros, estes, por maioria, elegerão o presidente do tribunal arbitral. Não havendo consenso, será designado presidente o mais idoso.

direta, haveria um enorme cenário de insegurança jurídica se cada uma das autoridades correspondentes pudesse utilizar os seus critérios individuais de confiança. Nesse ponto, é importante diferenciar que a discricionariedade administrativa está presente na decisão em optar pela via arbitral, mas não a permitirá que aja como se fosse uma típica entidade privada.

Sendo assim, caminhando no sentido contrário ao posicionamento defendido pela maioria da doutrina, a exemplo de Paulo Osternack Amaral (2012, p. 75), Rafael Munhoz de Mello (2015, p. 73) e Aline Lícia Klein (2010, p. 98), acredita-se que, apesar de não haver restrição expressa nesse sentido, a arbitragem *ad hoc* nos casos envolvendo a Administração Pública revela-se incompatível com o regime jurídico de Direito Público, sobretudo em virtude dos princípios da segurança jurídica e da impessoalidade, de modo que se propõe que seja admitida apenas a utilização da arbitragem institucional.

O renome e/ou o notório conhecimento em determinado campo científico não são, sozinhos, suficientes para determinar a “confiança” da Administração Pública para permitir uma escolha dentro do âmbito da discricionariedade, sendo igualmente relevantes os aspectos objetivos relativos à estrutura organizacional que concede os meios para a realização do processo arbitral com a devida observância às garantias constitucionais. Isso sem contar com a dificuldade que a própria população teria de controlar os processos arbitrais, se cada órgão escolhesse os próprios árbitros sem qualquer tipo de sistematização. Por conta disso, a arbitragem institucional parece ser a melhor forma que a Administração Pública possui para se valer da solução arbitral com o pleno respeito aos postulados constitucionais para a atuação administrativa. Ademais, a escolha da câmara arbitral institucional para determinada matéria deve ser única em todo o âmbito daquela pessoa jurídica de direito público.

Após isso, parte-se para a análise do modo como seria escolhida a instituição de arbitragem pelo Poder Público. Isso porque, como se sabe, a Constituição Federal de 1988, em seu art.37, inciso XXI, dispôs acerca da obrigatoriedade de licitação para a celebração de contratos administrativos, salvo as exceções instituídas por lei¹¹. Dessa forma, caso não se enquadre em uma das exceções, sempre que a Administração Pública for contratar para a realização de obras, para o fornecimento de bens ou serviços ou para compras e alienações, a escolha do contratante deverá ser feita por meio de processo licitatório. Tal exigência também está presente para as

¹¹ XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

concessões e permissões de serviço público e para as parcerias público-privadas, pela literalidade do art.175 também da Carta Magna¹² (JUSTEN FILHO, 2015, p.480).

Não há dúvidas de que a realização do processo arbitral constitui um serviço a ser contratado pelo Poder Público. No entanto, a controvérsia doutrinária é iniciada quando se questiona se a contratação da câmara arbitral deverá ser precedida de licitação ou se enquadra na hipótese de inexigibilidade prevista no art. 25, inciso II, da Lei Federal n. 8.666/93¹³. A inexigibilidade de licitação ancora-se na inviabilidade de competição, sendo que o inciso II mencionado representa a impossibilidade de se realizar um julgamento objetivo sobre o objeto a ser licitado, que demandaria um grau de especialização tanto que seria impossível de se aferir por parâmetros objetivos (JUSTEN FILHO, 2015, p. 511).

Vê-se, então, que a singularidade do serviço se configura como um requisito para a incidência da regra da inexigibilidade. Nesse sentido, Carlos Alberto Salles (2011, p. 279) considera que o serviço prestado pela câmara arbitral se subsume inteiramente à hipótese legal, de modo que a escolha da Administração Pública não dependeria de prévio processo licitatório e poderia ser realizado de forma direta. No mesmo caminho, Paulo Osternack Amaral (2012, p. 75) dispõe que a contratação da câmara arbitral avaliaria aspectos como a reputação e a especialidade da matéria, os quais fugiriam do padrão de normalidade. Em arremate, Rafael Munhoz de Mello (2015, p. 73) afirma:

A escolha da câmara arbitral levará em conta elementos subjetivos que deverão ser avaliados pelo agente administrativo, conforme as necessidades do caso concreto: tradição do órgão institucional, qualidade do seu regulamento, localização da sua sede, reputação e experiência dos árbitros que integram a sua lista – além, é claro, do valor das custas e dos honorários dos árbitros, único elemento que admitiria aferição objetiva, insuficiente, por si só, para garantir uma escolha que bem atenda ao interesse público.

Na esteira dos posicionamentos acima elencados, o presente estudo chega à mesma conclusão, por considerar que a prestação jurisdicional por meio da arbitragem representa um serviço técnico-especializado, de complexidade tal que exige habilidades extraordinárias da instituição, não sendo possível a adoção de critérios objetivos para a escolha. Nesse aspecto, cabe a ressalva de que, ainda que a instituição arbitral possua elementos objetivos, tais como estrutura física e

¹² Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

¹³ Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

[...]

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

preços distintos, o serviço propriamente dito será realizado pelos árbitros, sendo de natureza eminentemente subjetiva.

Quando se fala em uma arbitragem institucional, estar-se-á a falar de uma entidade especializada da prestação jurisdicional por meio da arbitragem. Os critérios da tradição do órgão e da sua reputação não podem ser averiguados por meio de documentos ou de atestados. A experiência dos árbitros igualmente não pode ser aferida por parâmetros objetivos. Desse modo, só seria possível averiguar objetivamente se a instituição possui estrutura suficiente para organizar e tramitar os eventuais processos arbitrais que a ela forem submetidos, o que diz respeito a um aspecto anexo e não ao serviço propriamente dito. Por último, o preço também desponta como parâmetro objetivo para que o Poder Público possa encontrar efetivamente a proposta mais vantajosa, mas, dada a natureza da atividade, não pode ser colocado como único critério de escolha (MELLO, 2015, p. 73).

Não significa, no entanto, que o Poder Público possa fazer a escolha de modo arbitrário, devendo ser realizado um procedimento administrativo formal. Para a validade do processo de escolha, é preciso que se prove a notória especialização da instituição na matéria e que se apresente a compatibilidade do preço com o praticado no mercado. Desse modo, entende-se pela desnecessidade de prévia licitação para a contratação da câmara arbitral institucional pela Administração Pública, por considerar que o serviço tem natureza singular e está enquadrado em hipótese de inexigibilidade de licitação.

4 CONCLUSÃO

Durante todo o presente estudo, buscou-se apresentar os principais embates e situações jurídicas envolvendo a utilização da arbitragem pela Administração Pública. Ressalte-se que, por ser um tema recente e em plena construção doutrinária, muitas vezes, não foi possível conferir um posicionamento absoluto ou amplamente majoritário. Tal direito se encontra muito próximo da realidade social, na medida em que as demandas administrativas abarrotam o Poder Judiciário, o que faz com que haja prejuízo na duração razoável do processo e no próprio acesso à justiça. Desse modo, mostra-se essencial o enfrentamento do tema para dar maior efetividade a essas garantias.

Como se é cediço, o regime jurídico de Direito Público possui uma matriz axiológica própria, que está intimamente associada ao modelo de Estado consagrado na Carta Magna. No caso do

ordenamento jurídico brasileiro, o art.37, *caput*, da Constituição aponta os princípios básicos de observância para toda a atuação administrativa, vinculando todos os poderes no que couber. Nesse aspecto, são destacados os princípios explícitos da supremacia do interesse público, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, como os implícitos da economicidade e da razoabilidade/proporcionalidade. Para ser plenamente aplicável nos casos envolvendo o Poder Público, a arbitragem deve atender às aludidas normas, sob pena de ser considerada inconstitucional.

Antes de adentrar à compatibilização propriamente dita, visitou-se o histórico da arbitragem dentro da seara pública, destacando as legislações que guardam pertinência com os contratos administrativos até alcançar a Lei Federal n. 13.129/2015, que concedeu a autorização legal e impôs alguns requisitos para o uso da solução arbitral pelo Poder Público. No âmbito da aludida lei, foram reiteradas as limitações subjetivas e objetiva, pontuando que a autoridade competente para negociar em nome de determinado órgão administrativo será o competente para convencionar a arbitragem em sua esfera de atuação.

Também foi destacada a vedação legal à opção do critério da equidade nas arbitragens em que o Poder Público for parte, sendo admissível somente o critério de direito. Tal restrição se ancora no princípio da legalidade e parece ser acertada. Há também a ressalva legal de que, nesses processos arbitrais, deverá ser observado o princípio da publicidade. Entendeu-se, com o processo de pesquisa, que a publicidade é a regra, mas pode ser relativizada no caso concreto, caso haja o interesse público, no juízo de ponderação, oriente pela confidencialidade de determinadas informações ou documentos. Se a publicidade também pode ser mitigada pelo Judiciário, não há razão para que o juízo arbitral não possa fazê-lo, sobretudo na seara de direitos patrimoniais e disponíveis.

Ainda sobre a adequação da arbitragem ao regime de Direito Público, concluiu-se que, apesar de não haver previsão legal restritiva, a arbitragem *ad hoc* não seria compatível com os princípios gerais, devendo a Administração se valer da arbitragem institucional. Entretanto, o processo de escolha da câmara arbitral institucionalizada parece se adequar a hipótese de inexigibilidade de licitação, por ser serviço de natureza técnica singular que inviabiliza a competição. Isso não significa dizer que a escolha pode ser amplamente discricionária, devendo ser feita por processo administrativo e observadas as questões relativas à reputação da câmara e os custos envolvidos para fundamentar a motivação da escolha.

Tendo perpassado o processo de compatibilidade entre a arbitragem e o regime de Direito Público, percebeu-se que, cumpridas essas exigências, é plenamente possível a adoção da

solução arbitral pela Administração Pública. Considerando o princípio da eficiência, é possível que, em determinadas casos, a arbitragem não seja só possível, como meio mais adequado e mais vantajoso para os interesses da Administração Pública.

Como se viu, o tema é historicamente recente, de modo que não se intenta esgotar o debate em torno dele. O objetivo central foi o de sistematizar o conteúdo já produzido e sugerir novas formas de se enxergar conceitos tradicionais atinentes a atuação administrativa, com vistas a viabilizar a utilização da arbitragem. Esse movimento da consensualidade da Administração Pública parece ser um bom caminho de se adequar os ideais constitucionais à realidade contemporânea, que roga por celeridade e efetividade. Por tais razões, conclui-se pela plena admissibilidade e recomendação do uso da arbitragem nas controvérsias envolvendo o Poder Público, sendo necessária apenas a observância do regime principiológico de Direito Público.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Paulo Osternack. Vantagens, desvantagens e peculiaridades da arbitragem envolvendo o Poder Público. In: PEREIRA, César A. Guimarães. TALAMINI, Eduardo. **Arbitragem e Poder Público**. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Arbitragem e Administração Pública**: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle, Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O direito administrativo, a arbitragem e a mediação. **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 32, jan./mar., ano 9, São Paulo, 2012.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário a Lei nº 9.307/96. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. Julgamento por equidade em arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 30, jul./set., ano 8, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Comentários à Lei nº 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem). **Revista Síntese**, nº. 96, jul./ago., São Paulo, 2015.

DELGADO, José Augusto. A arbitragem no Brasil: evolução histórica e conceitual. **Revista Forense**, v. 100, n. 374, p. 127-142, jul./ago. 2004. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br//dspace/handle/2011/8302>>. Acesso em: 18 ago. 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento, 18. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2016.

GUILHERME, Luís Fernando de Almeida do Vale. A arbitragem nos contratos públicos. In: BONFIM, Ana Paula Rocha; MENEZES, Hellen Monique Ferreira de. (Coords.). **Manual de Mediação, Conciliação e Arbitragem**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**, 11 ed. rev. atual. e ampl., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015.

KLEIN, Aline Lícia. A arbitragem nas concessões de serviço público. In: PEREIRA, César A. Guimarães. TALAMINI, Eduardo. **Arbitragem e Poder Público**. São Paulo: Saraiva, 2010.

LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública**: fundamentos jurídicos e eficiência econômica, São Paulo: Quartier Lantin, 2007.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Rafael Munhoz de. Arbitragem e administração pública. **Revista jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná**, n. 6, p. 47-81, Curitiba, 2015. Disponível em: <http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/Revista_PGE_2015/Artigo_2_Arbitragem_e_Administracao_publica.pdf>. Acesso em 15 out. 2016.

MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do Rêgo. Administração pública consensual e a arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 35, out./dez., ano 9, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Arbitragem nos contratos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, n. 209, jul./set. Rio de Janeiro, 1997.

_____. **Curso de Direito Administrativo**, 16 ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RODOVALHO, Thiago. Os impactos do NCPC na arbitragem em consonância com a Lei n. 13.129 de 2015. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Novo CPC doutrina selecionada**, v.2, Salvador: Jus Podivm, 2016.

SANTANA, Rafael Carvalho. Alguns aspectos sobre a utilização da arbitragem como meio de solução de controvérsias nos contratos administrativos. In: CASTRO, João Antônio Lima. (Coord.). **Direito Processual**. Belo horizonte: PUC Minas, Instituto de Educação Continuada, 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, n. 248, maio/ago. São Paulo: Atlas, 2008.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. Arbitragem – Uma nova visão da arbitragem. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, ano 12, n. 58, set./out. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. A arbitragem e a Constituição. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, ano 14, n. 57, out./dez. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

TIBURCIO, Carmen. A arbitragem envolvendo a administração pública. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n. 60, dez. 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4307>. Acesso em 20 ago. 2016.