



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE DIREITO

LISSA MARIA LÔBO MARQUES FERREIRA

A DEFESA DO INTERESSE PÚBLICO NOS PROCEDIMENTOS
ARBITRAIS ENVOLVENDO O PODER PÚBLICO

FORTALEZA
2020

LISSA MARIA LÔBO MARQUES FERREIRA

A DEFESA DO INTERESSE PÚBLICO NOS PROCEDIMENTOS
ARBITRAIS ENVOLVENDO O PODER PÚBLICO

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharela em Direito.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Janaína Soares Noleto Castelo Branco

FORTALEZA

2020

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária
Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

F441d Ferreira, Lissa Maria Lôbo Marques.
A DEFESA DO INTERESSE PÚBLICO NOS PROCEDIMENTOS ARBITRAIS ENVOLVENDO O
PODER PÚBLICO / Lissa Maria Lôbo Marques Ferreira. – 2020.
61 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito,
Curso de Direito, Fortaleza, 2020.

Orientação: Profa. Dra. Janaína Soares Noleto Castelo Branco.

1. Arbitragem. 2. Administração Pública. 3. Interesse Público. I. Título.

CDD 340

LISSA MARIA LÔBO MARQUES FERREIRA

A DEFESA DO INTERESSE PÚBLICO NOS PROCEDIMENTOS
ARBITRAIS ENVOLVENDO O PODER PÚBLICO

Monografia apresentada ao Curso de Direito
da Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Ceará, como requisito parcial à
obtenção do título de Bacharela em Direito.

Aprovada em: _____ / _____ / _____.

BANCA EXAMINADORA

Prof^ª. Dr^ª. Janaína Soares Noleto Castelo Branco (Orientadora)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof^ª. MSc. Fernanda Cláudia Araújo da Silva
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. William Paiva Marques Júnior
Universidade Federal do Ceará (UFC)

A Deus, pela minha vida.

Aos meus pais, que sempre estiveram ao meu lado em todos os meus projetos.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pelas oportunidades que me foram concedidas e que me permitiram chegar à conclusão da graduação.

À minha mãe Rita, por ser a mais querida amiga que eu tenho na vida, meu porto seguro, minha companheira leal e meu grande exemplo de fé.

Ao meu pai Renato, por todo o suporte emocional e financeiro despendido ao longo dos anos, por sua força e por ser a minha grande inspiração.

Ao meu irmão Felipe, por sempre acreditar no meu potencial e demonstrar o orgulho que sente de mim.

À minha tia e madrinha Iêda, pelo carinho de sempre, pelos melhores conselhos e por me ensinar tanto sobre a beleza de se doar aos outros.

Aos amigos Leonardo, Matheus Emanuel, Marina, Thales e Valéria, que me acompanham desde os tempos de escola e que com certeza levarei por toda a minha vida.

Aos amigos que fiz na faculdade, Alan, Damares, Daniel, Hugo, João Lucas, Lara Luna, Lara Muniz, Mariana, Pedro, Raul, Vinícius e Vitória, com quem vivi tantos bons momentos que estarão gravados eternamente na minha memória.

Ao Gabriel, com quem compartilhei, durante toda a graduação, as preocupações com os estudos e as alegrias das conquistas, minha gratidão e incondicional torcida.

Aos colegas de trabalho durante meu estágio na 19ª Vara Cível de Fortaleza, Anielly, Jonathas, Larissa e Sara, com os quais compartilhei uma excelente experiência profissional e desenvolvi valiosos vínculos de amizade, respeito, confiança e admiração.

Aos professores e servidores da Universidade Federal do Ceará, que tanto contribuíram para a minha formação profissional e pessoal.

À professora Janaína Noletto Soares Castelo Branco, pela orientação neste trabalho.

Ao querido professor William Paiva Marques Júnior, que marcou a minha trajetória como graduanda, e à professora Fernanda Cláudia Araújo da Silva que, tão prontamente, aceitou participar da banca examinadora deste trabalho.

RESUMO

Tendo em vista que, atualmente, as críticas propostas pela doutrina à possibilidade de instauração de procedimento arbitral envolvendo a Administração Pública concentram seu fundamento em um suposto prejuízo aos interesses da coletividade, pesquisa-se sobre a defesa do interesse público nesses casos, a fim de demonstrar a possibilidade de, utilizando a arbitragem como meio de solução dos conflitos nos quais figura como parte, o Poder Público alcançar sua finalidade principal de realizar o interesse público. Para tanto, é necessário esclarecer em que consistem esses interesses, apresentar a tendência de aplicação da consensualidade na Administração e refutar os mais relevantes embasamentos utilizados em oposição à utilização da arbitragem em demandas que envolvam a Administração. Realiza-se então uma ampla pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e legislativa acerca do tema. Diante disso, constata-se que é plenamente possível a realização de arbitragem que envolva a Administração Pública e que o procedimento, ao contrário do que defendem grande parte dos críticos, viabiliza a melhor e mais eficiente realização dos interesses da coletividade.

Palavras-chave: Arbitragem. Administração Pública. Interesse Público.

ABSTRACT

Considering that, currently, the criticisms proposed by the doctrine to the possibility of initiating arbitration proceedings involving the Public Administration concentrate their basis on an alleged damage to the interests of the community, research is being done on the defense of the public interest in such cases in order to demonstrate the possibility of, using arbitration as a means of resolving the conflicts in which it is a party, the Public Power achieve its main purpose of acting on the public interest. Therefore, it is necessary to clarify what these interests consist of, to present the tendency to apply consensus in the Administration and to refute the most relevant grounds used in opposition to the use of arbitration in conflicts involving the Administration. A broad bibliographic, jurisprudential and legislative research is then carried out on the subject. In view of this, it is clear that arbitration involving the Public Administration is fully possible and that the procedure, contrary to what most critics defend, enables the best and most efficient realization of the interests of the community.

Keywords: Arbitration. Public Administration. Public Interest.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	A SUPREMACIA E A INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO COMO PILARES DO REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO: DA ORIGEM AO ENTENDIMENTO ÚLTIMO	11
2.1	Evolução histórica do Direito Administrativo e gênese da primazia do interesse público	12
2.2	O interesse público como conceito jurídico determinável: delimitação e definição	14
2.3	A categorização dos interesses públicos em primários ou secundários	16
2.4	Necessária reconstrução da compreensão do princípio da supremacia do interesse público	19
3	A CONSENSUALIDADE ADMINISTRATIVA E A UTILIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO ARBITRAL COMO MEIO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS	24
3.1	A tendência da consensualidade na atuação da Administração Pública	25
3.2	A natureza jurídica do procedimento arbitral	29
3.3	O tratamento dispensado à arbitragem na legislação brasileira e a possibilidade de sua utilização na solução de demandas que envolvem o Poder Público	33
4	ARBITRAGEM E SATISFAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO: CONSIDERAÇÕES RELEVANTES	38
4.1	A utilização de contratos pelo Poder Público	38
4.2	A aplicação do procedimento arbitral às demandas envolvendo Administração Pública e a defesa do interesse público	42
4.2.1	<i>A suposta impossibilidade de ocorrência de arbitragem que envolva o Poder Público</i>	43
4.2.2	<i>A admissão da arbitragem envolvendo a Administração: distinção entre a disponibilidade de direitos patrimoniais e a disponibilidade de interesses</i>	44

	<i>públicos</i>	
4.2.3	<i>A desnecessidade de existência de lei específica acerca dos interesses que podem ser submetidos à arbitragem</i>	45
4.3	O afastamento do sigilo nos procedimentos arbitrais que envolvem o Poder Público	46
4.4	Análise casuística de procedimentos envolvendo arbitragem com o Poder Público no Brasil à luz do entendimento dos tribunais superiores	49
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	53
	REFERÊNCIAS	56

1 INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea, em conformidade com os ditames do Estado Democrático de Direito, não mais admite que a Administração atue de forma autoritária e unilateral em nome de uma supremacia absoluta dos interesses públicos.

Nesse sentido, a tendência da ordem administrativa atual é o modelo conhecido como Administração consensual ou concertada, conforme a qual ganham prestígio os meios consensuais entre o público e o privado, visando à máxima realização dos interesses, privados e públicos, envolvidos nas relações.

Tal consensualidade é manifestada, no âmbito da Administração Pública, em modalidades distintas, dentre as quais realiza-se, neste trabalho, o estudo do campo da solução de conflitos, notadamente da utilização da arbitragem.

A análise proposta tem relevância diante da oposição de parte da doutrina à instauração do procedimento arbitral em casos que envolvam o Poder Público, de modo que urge esclarecer a amplitude do princípio da supremacia do interesse público diante dos moldes do regime jurídico atual e dos direitos fundamentais dos indivíduos, bem como expor de que modo a arbitragem se compatibiliza com as demais diretrizes desse regime.

Tem-se, então, como objetivo geral desta pesquisa demonstrar a possibilidade de a Administração utilizar a arbitragem como meio de solução dos conflitos dos quais é parte e, por meio dela, alcançar sua finalidade principal de melhor satisfazer os interesses da coletividade e; como objetivos específicos, a análise dos principais embasamentos utilizados por aqueles que se opõem a essa possibilidade, buscando-se demonstrar que a arbitragem se coaduna com os princípios da inafastabilidade da jurisdição, da legalidade, da publicidade e, em especial, da indisponibilidade e da supremacia do interesse público.

Em relação aos aspectos metodológicos, foi realizada vasta pesquisa bibliográfica, além de pesquisa jurisprudencial e da legislação vigente.

No que tange à finalidade, a pesquisa é básica pura, já que visa unicamente ao aprofundamento do estudo sobre o assunto e apresenta abordagem qualitativa, posto que é realizada uma análise valorativa das informações coletadas, com objetivos descritivos das referências utilizadas.

No primeiro capítulo, expõe-se, inicialmente, a evolução histórica do Direito Administrativo, esclarecendo como surgiu a ideia dos interesses públicos e de sua primazia diante dos interesses particulares.

Em sequência, elucida-se a dificuldade de conceituação do termo interesse público e os meios a serem utilizados para delimitá-lo diante de um caso concreto, bem como são explanadas as classificações nas quais a doutrina costuma enquadrar esses interesses, concluindo o capítulo com a análise da compreensão contemporânea do princípio da supremacia do interesse público.

Já no segundo capítulo, é desenvolvida a compreensão da atividade administrativa de modo consensual como uma tendência contemporânea, em função da qual os meios de solução de conflitos alternativos ao Poder Judiciário, dentre eles a arbitragem, ganham relevância e despertam variados questionamentos.

Nesse sentido, analisa-se a natureza jurídica da arbitragem, de modo a compreender seus efeitos e demonstrar que o procedimento não resulta em afastamento da jurisdição, explanando-se também o tratamento dispensado à arbitragem na legislação brasileira, mormente acerca da utilização do procedimento na solução de demandas que envolvem a Administração Pública.

No terceiro capítulo, realiza-se uma análise do procedimento arbitral à luz dos princípios da legalidade e da publicidade, bem como da satisfação dos interesses públicos no contexto dos contratos firmados pela Administração e dos eventuais conflitos oriundos desses negócios jurídicos que venham a ser submetidos ao procedimento arbitral.

Por fim, são colacionadas relevantes decisões proferidas pelos tribunais superiores em casos concretos nos quais se discutiam aspectos da realização de arbitragem com a Administração, sendo abordados os principais elementos destes julgados.

Logo, nesta pesquisa aborda-se, inicialmente, o histórico do Direito Administrativo e da ideia de interesses públicos e seus principais desdobramentos, bem como são traçadas as diretrizes gerais acerca da natureza e regulamentação do procedimento arbitral, para enfim chegarmos ao objetivo central desta pesquisa de demonstrar a possibilidade de a Administração utilizar a arbitragem como meio de solução dos conflitos dos quais é parte e, por meio dela, alcançar sua finalidade principal de melhor satisfazer os interesses da coletividade.

2 A SUPREMACIA E A INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO COMO PILARES DO REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO: DA ORIGEM AO ENTENDIMENTO ÚLTIMO

O Direito Administrativo, enquanto ramo de direito público, tem como objeto, além das relações entre órgãos e entidades administrativas e entre a administração e os administrados, as atividades da administração exercidas por particulares, bem como as relações nas quais a administração não se reveste na qualidade de Poder Público ao contratar com o particular.

Em todas essas situações, mesmo que em variável medida, serão também as relações sujeitas às diretrizes do regime jurídico administrativo, o qual é regido por postulados fundamentais que representam cânones pré-normativos, estabelecendo diretrizes ao modo de agir da Administração Pública (CARVALHO FILHO, 2015).

Esses postulados são os princípios administrativos, que podem estar expressos no texto constitucional, como os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência¹; ou implícitos, como o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade do interesse público, sendo esses últimos examinados nesse ponto.

Isso porque, para que possamos debater os meios extrajudiciais de conflitos, especialmente a arbitragem, aplicados a relações jurídicas que envolvam o Poder Público, é basilar a compreensão acerca dos mandamentos que direcionam a correta aplicação do direito, já que o envolvimento do interesse público impõe bastante prudência ao intérprete.

No presente capítulo, visando a esclarecer melhor a base principiológica aplicável a tais situações, com enfoque na salvaguarda dos interesses coletivos, examina-se o surgimento da concepção de interesse público como finalidade essencial do Estado, seu conceito e suas classificações, bem como elucida-se o conteúdo dos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, além de seus principais desdobramentos.

¹Art. 37, *caput*, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

2.1 Evolução histórica do Direito Administrativo e gênese da primazia do interesse público

O período histórico da Idade Média foi marcado pelas monarquias absolutistas, que em nada favoreciam o desenvolvimento do Direito Administrativo, já que, nesse período, o monarca gozava de poder absoluto, vigorando a teoria da irresponsabilidade do Estado em prejuízo aos direitos individuais e aos interesses do povo.

É somente com a Revolução Francesa de 1789, com o lema de “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”, que o Direito Administrativo nasce como ramo autônomo, impulsionado pelos ideais de limitação do poder soberano do monarca, com a consagração da separação de poderes de Montesquieu, que desconcentra o poder das mãos do monarca; e pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que confere aos indivíduos os direitos fundamentais de primeira geração (NOHARA, 2019).

Ainda acerca das inovações trazidas pela Revolução Francesa, foi em consequência dela que o termo interesse público passou a ser largamente utilizado, sendo, a partir de então, a Administração Pública vista como a executora da vontade geral e guardiã do interesse público, enquanto os interesses privados seriam perseguidos pelos particulares (OLIVEIRA, 2013).

Esse momento histórico após a Revolução Francesa inaugura um modelo de Estado Liberal, no qual a igualdade era vista em sentido formal, marcado por acentuada desigualdade social — posto que, diante da relevância dada à autonomia da liberdade dos indivíduos e à livre iniciativa no período, ganharam destaque os interesses da burguesia, o que impulsionou a ação opressora dos economicamente poderosos e perpetuou injustiças sociais.

Somente com as mudanças sociais surgidas com o advento da Revolução Industrial que passou-se a trabalhar a ideia de igualdade material, concepção segundo a qual deve-se buscar igualar os indivíduos que são essencialmente desiguais. Mas é apenas após a Segunda Guerra Mundial que surge o Estado Social de Direito, consagrando-se a intervenção estatal na economia, com o alargamento das atividades estatais (NOHARA, 2019).

Nesse sentido, José dos Santos Carvalho Filho (2015, p. 34) acrescenta que:

[...] saindo da era do individualismo exacerbado, o Estado passou a caracterizar-se como o Welfare State (Estado/bem-estar), dedicado a atender ao interesse público. Logicamente, as relações sociais vão ensejar, em determinados

momentos, um conflito entre o interesse público e o interesse privado, mas, ocorrendo esse conflito, há de prevalecer o interesse público.

Essa prevalência é consagrada no princípio da supremacia do interesse público, que rege todo o regime jurídico-administrativo brasileiro, decorrendo do referido cânone outro princípio, o da indisponibilidade do interesse público, que em compêndio tem o seguinte conteúdo:

[...] a Administração Pública não pode dispor desse interesse geral da coletividade, nem renunciar a poderes que a lei lhe deu para tal tutela, mesmo porque ela não é titular do interesse público, cujo titular é o Estado, como representante da coletividade, e por isso, só ela, pelos seus representantes eleitos, mediante lei, poderá autorizar a disponibilidade ou renúncia. (MEIRELLES, 2016, p. 113).

Muito embora ambos os princípios não estejam constitucionalmente expressos no direito brasileiro, é nítida a sua adoção pelo ordenamento pátrio, posto que a Constituição de 1988 consagra a igualdade sob o aspecto material como um dos princípios estruturantes do sistema constitucional vigente; além de outros diversos direitos fundamentais e sociais, que, para sua concretização, dependem da interferência social do Estado nas relações jurídicas e econômicas, de modo a assegurar a prevalência dos interesses da coletividade.

Já no âmbito das normas infraconstitucionais, os princípios em comento estão expressamente previstos no artigo 2º, *caput* e parágrafo único, II e XIII, da Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, *litteris*:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

[...]

II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei;

[...]

XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação. (BRASIL, 1999, online).

Desse modo, é inequívoco que o interesse público é irrenunciável pela autoridade administrativa, que deve, em sua atuação, geri-lo de modo a satisfazer aos anseios e às necessidades da coletividade, sendo vedado ao agente da administração praticar ato não benéfico ao povo, sob pena de eivar o ato administrativo de nulidade.

Sob essa ótica, importa analisar o sentido do termo interesse público, o qual, em razão de sua imprecisão, tem notável relevância quando tratamos de mecanismos

consensuais de solução de conflitos aplicados às relações em que o poder público figura como parte, conforme ilustra-se adiante.

2.2 O interesse público como conceito jurídico determinável: delimitação e definição

A salvaguarda do interesse público, como já explanado, inspira a atuação do legislador e dos demais agentes públicos, por meio dos princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade do interesse público, cânones que fundamentam o regime jurídico-administrativo e limitam a disposição dos bens, dos valores e das atividades públicas.

Nesse sentido, cabe destacar a imprecisão da definição do termo interesse público, a qual é amplamente debatida na doutrina, havendo posicionamento majoritário no sentido de que o termo tem natureza de conceito jurídico indeterminado.

De outro modo, Carvalho Filho (2015, p. 34), leciona que:

A despeito de não ser um conceito exato, aspecto que leva a doutrina em geral a configurá-lo como conceito jurídico indeterminado, a verdade é que, dentro da análise específica das situações administrativas, é possível ao intérprete, à luz de todos os elementos do fato, identificar o que é e o que não é interesse público. Ou seja: é possível encontrar as balizas do que seja interesse público dentro de suas zonas de certeza negativa e de certeza positiva. Portanto, cuida-se de conceito determinável.

Nessa toada, o jurista sustenta que o conceito de interesse público é, em verdade, determinável, ou seja, trata-se de conceito que, muito embora não seja bem delimitado legalmente, pode ter sua abrangência determinada por meio da confrontação entre o que certamente é relacionado ao termo (zona de certeza positiva) e o que certamente não é relacionado ao termo (zona de certeza negativa), valorando, o intérprete, no caso concreto, o conteúdo dos fatos que restam entre a zona de certeza positiva e negativa.

Desse modo, com a devida valoração no caso concreto, seria possível aclarar os fatos jurídicos compreendidos como interesse público, entendimento esse com o qual filiamo-nos na presente pesquisa.

No entanto, ainda que tenhamos definido o modo de delimitação da abrangência do termo, nossa análise ainda demanda conceituar o termo interesse público.

Acerca da definição de interesse público, Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 60) assim ministra:

É que, na verdade, o interesse público, o interesse do todo, do conjunto social, nada mais é que a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade (entificada juridicamente no Estado), nisto se abrigo também o depósito intertemporal destes mesmos interesses, vale dizer, já agora, encarados eles em sua continuidade histórica, tendo em vista a sucessividade das gerações de seus nacionais.

Sob essa ótica, o interesse público consiste na face coletiva das pretensões individuais, de modo que, ao mesmo tempo em que não é um mero somatório delas, também não deve ser tido como contrário a elas.

Explica-se. Cada indivíduo possui suas ambições particulares relacionadas à sua vida privada, ao mesmo tempo em que, esse mesmo indivíduo, enquanto partícipe da sociedade, tem interesses sociais, os quais são deveras inspirados nos valores consagrados à época e pelas normas jurídicas vigentes, sendo esses últimos, conforme a conceituação aqui adotada, o denominado interesse público.

Assim, o interesse público não se sobrepõe ou contraria o interesse particular dos indivíduos que compõem a sociedade, mas sim consubstancia-se na feição pública desses interesses.

Partindo da ideia segundo a qual os interesses públicos, apesar de não representarem a mera soma das pretensões individuais, são a elas conexos, e diante da pluralidade de grupos sociais e de relações entre o Estado e os indivíduos, a professora Irene Nohara (2019, *e-book*) esclarece que “a expressão interesse público não pode ser usada, com rigor, do ponto de vista singular, pois o direito público lida com variados interesses públicos, e não com um único interesse público”.

Nesse sentido, Marco Antonio Rodrigues (2016, p. 9) complementa que:

Com efeito, o interesse público corresponde as tarefas constitucionais e infraconstitucionais atribuídas ao Estado, não só em favor da coletividade, mas também aos membros do todo individualmente. Assim sendo, é mais adequado falar em interesses públicos, tendo em vista que se está diante de diversos objetivos a serem cumpridos. Ademais, cumpre anotar que pode ser que nas situações concretas pode até mesmo haver interesses públicos conflitantes a atingir, como interesses de grupos sociais distintos.

Assim, o interesse público não consiste em apenas um único interesse comum e homogêneo, havendo, na verdade, um conjunto de interesses públicos diversos em uma mesma sociedade que podem até mesmo ser conflitantes entre si.

Em tais casos de interesses conflitantes, o Estado deverá realizar ponderação, de modo a equilibrar os direitos envolvidos, buscando em primeiro lugar os ditames constitucionais, especialmente a dignidade da pessoa humana que, em razão da primazia

dada pela Constituição, goza de superioridade na ponderação a ser efetuada (RODRIGUES, 2016).

Quanto ao interesses que não tenham patamar constitucional, em caso de conflito, também é imprescindível a atividade ponderativa que “tem importante papel na definição do interesse público que deve prevalecer, e que pode ser mesmo um interesse de um único indivíduo, e não da coletividade ou arrecadatório do Estado” (RODRIGUES, 2016, p. 9).

Concluimos, então, que o interesse público é o dito conjunto dos interesses dos indivíduos integrantes de uma sociedade em sua feição pública, sendo determinável diante da valoração da situação concreta e podendo até mesmo incluir interesses conflitantes, hipótese em que caberá a aplicação da ponderação, observados os ditames constitucionais, em especial a dignidade da pessoa humana.

Em sequência, serão analisadas as categorias nas quais se enquadram esses diversos interesses públicos que coexistem no meio social, bem como o tratamento jurídico a eles dispensado, de modo a compreender as possibilidades e limites dos agentes públicos, aqui compreendidos em sentido amplo, ao dispor sobre eles.

2.3 A categorização dos interesses públicos em primários ou secundários

A classificação dos interesses públicos em primário e secundário surgiu na doutrina italiana, introduzida pelo autor Renato Alessi, em sua obra *Sistema Istituzionale Del Diritto Amministrativo Italiano*, lançada em 1960 (NOHARA, 2019). A diferença entre ambas as categorias, segundo Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2020), reside nos conteúdos abrangidos por cada uma delas.

Nesse sentido, estabelece que o interesse público primário é ligado às necessidades coletivas, como a justiça e a segurança, que são satisfeitas por meio das atividades administrativas executadas em prol da coletividade, como a prestação de serviços públicos, o exercício do poder de polícia e a intervenção na ordem econômica (OLIVEIRA, 2020).

Já o interesse público secundário, para o autor, consiste em “interesse do próprio Estado, enquanto sujeito de direitos e obrigações, ligando-se fundamentalmente à noção de interesse do erário, implementado por meio de atividades administrativas instrumentais necessárias para o atendimento do interesse público primário” (OLIVEIRA, 2020, *e-book*).

O interesse público primário é, então, o interesse da sociedade na satisfação de necessidades coletivas, tais como segurança e bem-estar, e o interesse público secundário é o interesse da Administração Pública enquanto sujeito, concretizando-se por meio das atividades administrativas instrumentais, que consistem em atividades-meio do Estado.

Já para Carvalho Filho (2015), a diferenciação entre os interesses primários e secundários decorre do caráter da essencialidade, tendo os interesses primários natureza essencial e os interesses secundários natureza não essencial, defendendo ainda que o caráter de essencialidade é variável conforme o tempo e o lugar.

Sob essa perspectiva, diante de interesse primário, a Administração Pública deve garantir a sua prestação na maior dimensão possível, posto que, ao realizá-lo, atenderá a demanda essencial para a coletividade; já diante de interesse secundário, a concretização dele decorrerá da análise do próprio Estado, que tem interesse em realizá-lo por alguma razão específica (CARVALHO FILHO, 2015).

De modo distinto, Celso de Mello (2015) defende que os interesses públicos propriamente ditos — aqueles que, conforme já pormenorizado, consistem no interesse dos indivíduos enquanto partícipes da sociedade — englobam unicamente os interesses primários, excluindo os interesses secundários do Estado.

Para o autor, os ditos interesses secundários representam interesses individuais da pessoa jurídica de direito público quando participa de uma relação jurídica, de modo semelhante aos interesses individuais dos particulares, motivo pelo qual tais intentos não necessariamente refletem o interesse público, podendo ter finalidades distintas (MELLO, 2015).

Em sua obra, frisa ainda que, diferentemente dos particulares, que podem defender seus interesses privados, o Estado só poderá perfilhar os interesses secundários quando não destoarem dos lídimos interesses públicos, ou seja, dos interesses primários. (MELLO, 2015).

Isso porque a satisfação do interesse público deve ser sempre buscada pelo Estado, de modo que não é legítimo que a Administração possua interesses contrários ao interesse público (BRANCO, 2018).

No caso dos interesses financeiros, tratados por parcela da doutrina como secundários, quando o Estado pretende reverter a vantagem econômica na realização do interesse público, o interesse econômico não deve ser compreendido como secundário, já que, por seus próprios fins de satisfazer a coletividade, o interesse é simplesmente público (BRANCO, 2018).

Nessa toada, Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 66) esclarece ainda que os interesses secundários têm caráter instrumental, só devendo ser perseguidos quando forem essenciais à satisfação de interesses públicos primários, *litteris*:

Isto porque a generalidade de tais sujeitos pode defender estes interesses individuais, ao passo que o Estado, concebido que é para a realização de interesses públicos (situação, pois, inteiramente diversa da dos particulares), só poderá defender seus próprios interesses privados quando, sobre não se chocarem com os interesses públicos propriamente ditos, coincidam com a realização deles. Tal situação ocorrerá sempre que a norma donde defluem os qualifique como instrumentais ao interesse público e na medida em que o sejam, caso em que sua defesa será, ipso facto, simultaneamente a defesa de interesses públicos, por concorrerem indissociavelmente para a satisfação deles.

De modo a corroborar com o entendimento no sentido do afastamento de interesses secundários da abrangência do interesse público, Kaline Ferreira Davi (2009) acrescenta que admitir a aplicação da supremacia do interesse público sobre o privado na realização dos supostos interesses públicos secundários prestigiaria, em determinados casos, os interesses político-partidários dos agentes públicos em exercício, já que a ideia dos interesses secundários legitima o Estado como sujeito de interesses próprios e que, portanto, podem ser destoantes dos interesses primários.

Nesse ponto, importa esclarecer que, além de garantir o tratamento isonômico entre os cidadãos, o princípio da impessoalidade, de acordo com José Afonso da Silva (2005, p. 667), ainda define que:

O princípio ou regra da impessoalidade da Administração Pública significa que os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica mas ao órgão ou entidade administrativa em nome do qual age o funcionário. Este é mero agente da Administração Pública, de sorte que não é ele o autor institucional do ato.

Assim, consoante o princípio da impessoalidade e sendo o Estado quem está praticando o ato quando o agente público age, as decisões tomadas não podem visar a promover posicionamento político do governante, como pode ocorrer caso se admita que a Administração Pública tenha interesses próprios contrários ao da coletividade, de modo que os ditos interesses secundários não podem ser considerados interesses públicos, já que não refletem as reais necessidades sociais.

Frente a todo o exposto, verifica-se que os interesses públicos classificados como secundários, muito embora expressos por pessoa jurídica de direito público, não gozam de supremacia diante dos demais interesses privados.

2.4 Necessária reconstrução da compreensão do princípio da supremacia do interesse público

O princípio da supremacia do interesse público pode ser definido, em uma concepção tradicionalista, como aquele que “proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último” (MELLO, 2015, p. 70).

Ocorre que, apesar de ser amplamente adotado pela doutrina, tem-se discutido a modificação da compreensão de seu sentido, havendo críticas essencialmente no que tange ao seu suposto caráter autoritário, respaldadas no entendimento de que: a concepção literal do princípio estabelece uma superioridade de tais interesses ditos públicos independentemente da análise do caso concreto, indicando limites demasiadamente rígidos entre o espaço ocupado pela seara privada e o âmbito público, o que alegadamente não se compatibiliza com o caráter garantista da Constituição de 1988, essencialmente quanto à centralidade da dignidade da pessoa humana.

Diante das críticas, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2018) defende que os opositores à aplicação do princípio da supremacia do interesse público respaldam suas críticas em uma interpretação equivocada do princípio, entendendo haver uma generalização das situações que, na verdade, nunca existiu, já que o cânone é aplicado em consonância com os demais princípios que regem o ordenamento jurídico.

Esclarece ainda que defender a aplicação da razoabilidade não implica no afastamento do princípio da supremacia do interesse público, ao contrário, a razoabilidade, ao pretender equilibrar os meios e os fins, contribui para a defesa dos interesses públicos na medida em que proporciona o equilíbrio entre eles e os interesses individuais. Caso não houvesse esse equilíbrio, diante da robustez do Estado, nem mesmo seria possível garantir o exercício dos direitos individuais (DI PIETRO, 2018).

Sob a ótica apresentada, o princípio não macula quaisquer direitos individuais, como defende parte dos críticos, pelo contrário, protege-os, posto que sua aplicação deve ocorrer em conformidade com os demais princípios que regem o direito brasileiro.

Já para o professor Humberto Ávila (2001), a supremacia do interesse público sobre o privado não é verdadeiramente um princípio, fundamentando esse entendimento essencialmente na ideia de que o dito princípio consiste em imposição, não comportando relativização no caso de conflito. Pondera ainda que não há fundamentos jurídico-positivos de validade deste princípio, posto que não resulta da análise sistemática dos direitos,

especialmente diante da Constituição de 1988, que “é uma Constituição cidadã, justamente pela particular insistência com que protege a esfera individual e pela minúcia com que define as regras de competência da atividade estatal” (ÁVILA, 2001, p. 10), defendendo ainda a indissociabilidade entre o interesse privado e o público, o que o faz sob o fundamento de que, mesmo entre os próprios fins do Estado, estão incluídos elementos privados.

Esclarece também o autor que suas reflexões não visam a contestar a relevância dos interesses públicos, mas sim objetivam demonstrar a necessidade de se buscar uma ponderação de interesses diante do caso concreto, explanando que:

Não se está a negar a importância jurídica do interesse público. Há referências positivas em relação a ele. O que deve ficar claro, porém, é que, mesmo nos casos em que ele legitima uma atuação estatal restritiva específica, deve haver uma ponderação relativamente aos interesses privados e à medida de sua restrição. É essa ponderação para atribuir máxima realização aos direitos envolvidos o critério decisivo para a atuação administrativa. E antes que esse critério seja delimitado, não há cogitar sobre a referida supremacia do interesse público sobre o particular. (ÁVILA, 2001, p. 29).

Desse modo, o autor defende que, muito embora o interesse público tenha grande importância jurídica, a supremacia do interesse público não pode ser tida como mandamento nuclear, refutando a sua adoção como princípio. Em sua visão, para a realização dos interesses coletivos, devem ser ponderados os interesses privados e a medida da restrição por eles sofrida.

De modo contrário ao afastamento do cânone, Carvalho Filho (2015, p. 35) defende que “a prevalência do interesse público é indissociável do direito público” e que a supremacia do interesse público é pilar do regime democrático, posto que é fundamentado na preponderância das maiorias. Não obstante, sustenta que, embora inconcebível o afastamento do princípio, admite-se uma nova interpretação mais adequada à realidade social.

É justamente sob essa perspectiva, segundo a qual não é cabível o afastamento do princípio da supremacia do interesse público, mas admitindo um novo olhar sobre a sua aplicação, que se constrói esta pesquisa.

Desse modo, entendendo que o referido cânone não é inquestionável, podendo ser relativizado perante conflito de interesses no caso concreto, busca-se obstar arbitrariedades e preservar os direitos e garantias fundamentais assegurados pela Constituição Federal.

Isso porque, fundamentar a supremacia do Estado puramente na defesa de um suposto interesse público que, como vimos, não possui sequer um conceito delimitado, seria consentir a atuação dos agentes públicos de modo arbitrário e desprezar os demais princípios que regem as relações jurídicas (OLIVEIRA, 2020).

Assim, os atos do Poder Público devem sempre visar à máxima realização dos interesses envolvidos, ponderando cada um deles diante da situação concreta, cabendo ainda frisar que não necessariamente os interesses públicos serão contrários aos interesses particulares, de modo que, para a sua realização, nem sempre será necessária a imposição de qualquer superioridade, podendo se falar em uma defesa de finalidades públicas ao invés de supremacia de interesses públicos (OLIVEIRA, 2020).

A respeito do procedimento a ser adotado nos casos em que efetivamente haja conflitos de interesses, Oliveira (2020, *e-book*) sustenta que:

[...] a solução ou, ao menos, a sinalização para resolver eventuais colisões entre interesses públicos e interesses privados pode ser estabelecida a priori, quando possível, pela própria legislação, que já procederá a uma ponderação abstrata, estabelecendo os “parâmetros preferenciais”, devendo assim o próprio legislador estabelecer as hipóteses e o modo como o impasse entre interesses públicos e privados deve ser coordenado pela Administração Pública.

No entanto, diante da diversidade que envolve as relações sociais, é possível que haja casos não previstos pelo legislador, de modo que não existam parâmetros previamente definidos pela legislação para a solução do impasse, situação em a ponderação deverá ser feita em concreto, com fundamento no princípio da razoabilidade (OLIVEIRA, 2020).

Nessa senda, importa analisar as relevantes considerações de Gustavo Binenbojm (2005, p. 30) acerca da necessidade de ponderação dos valores à luz do contexto fático-probatório do caso concreto, destacando que:

[...] o melhor interesse público só pode ser obtido a partir de um procedimento racional que envolve a disciplina constitucional de interesses individuais e coletivos específicos, bem como um juízo de ponderação que permita a realização de todos eles na maior extensão possível. O instrumento deste raciocínio ponderativo é o postulado da proporcionalidade.

Desse modo, é o princípio da proporcionalidade o instrumento da ponderação, considerados também seus subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, que consiste na máxima realização dos interesses em jogo. À luz dos mencionados princípios, deve-se, então, buscar causar o menor sacrifício possível de cada um dos interesses conflitantes, só se justificando a restrição a esses

interesses quando: a limitação se mostrar apta a garantir a sobrevivência do interesse contraposto; não houver solução menos gravosa e; o benefício alcançado com a restrição a um interesse compensar o grau de sacrifício imposto ao interesse contrário (SARMENTO, 2000, *apud* BINENBOJM, 2005, p. 21).

A jurisprudência também tem admitido a referida ponderação entre os interesses individuais e públicos envolvidos. Nesse sentido, observe-se o julgado colacionado abaixo, de relatoria do Ministro Dias Toffoli:

EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Administrativo. Servidor público federal. Remoção. Circunstâncias fáticas que nortearam a decisão do Tribunal a quo em prol do princípio da proteção à família. Fatos e provas. Reexame. Impossibilidade. Precedentes. 1. **A Corte de origem concluiu, em razão de circunstâncias fáticas específicas, que o princípio da proteção à família deveria prevalecer em relação ao princípio da supremacia do interesse público, ante o evidente prejuízo que a não remoção acarretaria para a unidade familiar.** 2. **Ponderação de interesses** que, in casu, não prescinde do reexame do conjunto fático-probatório da causa, o qual é inadmissível em recurso extraordinário. Incidência da Súmula nº 279/STF. 3. Agravo regimental não provido. 4. Inaplicável o art. 85, 11, do CPC, pois os agravados não apresentaram contrarrazões. (BRASIL, 2017, online, grifos nossos).

No caso em tela, a remoção de servidor público instalou uma situação de quebra da unidade familiar, tendo o Supremo Tribunal Federal (STF) confirmado sentença na qual se entendeu que, mesmo havendo interesse público na referida remoção — considerando que, no caso concreto, o removido é servidor público federal, podendo, portanto, exercer suas funções em qualquer unidade da federação — não é razoável que a realização do interesse público suplante o direito de proteção à família, previsto no art. 226 da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Desse modo, para chegar à conclusão do caso, a demanda exigiu a ponderação de diferentes interesses aqui defendidos, tendo prevalecido, no caso concreto, o interesse individual de um único servidor.

Conforme o exame aqui realizado, mesmo mantida a salvaguarda do interesse público como alicerce da ordem jurídico-administrativa, a atuação da administração pública é limitada pelos demais princípios constitucionais, devendo-se exercer o juízo de ponderação caso haja interesses em conflito de modo que ocorra restrição na menor medida possível.

Essa análise inicial dos posicionamentos doutrinários acerca da primazia do interesse público ganha contornos muito relevantes quando se investiga, como será realizado nos capítulos seguintes, a possibilidade de a Administração Pública utilizar a

arbitragem para dirimir conflitos dos quais seja parte, o que já foi expressamente autorizado no art. 1º, §1º, da Lei de Arbitragem (BRASIL, 1996), incluído pela Lei nº 13.129/2015, mas ainda suscita muitas incertezas em seu viés prático.

3 A CONSENSUALIDADE ADMINISTRATIVA E A UTILIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO ARBITRAL COMO MEIO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Diante dos ditames do Estado Democrático de Direito e das diretrizes contemporâneas do Direito Administrativo, a sociedade não mais admite que a Administração Pública atue sempre de modo unilateral, passando a exigir que sejam adotados meios consensuais entre o público e o privado, desde a elaboração de políticas públicas e até mesmo para a solução de eventuais conflitos de interesse.

Esse modelo de Administração é conhecido como consensual ou concertada, e ganha força no Brasil após a promulgação da Constituição de 1988. Nessa perspectiva, o estímulo à busca de meios adequados para a solução de conflitos é uma tendência que se fortalece ainda mais diante dos problemas gerados pela litigiosidade excessiva, como a insegurança jurídica e a demora em obter um provimento judicial.

Discorrendo particularmente acerca dos litígios nos quais o Estado figura como parte, verifica-se que essas demandas representam importante parcela dos processos em trâmite a nível nacional.

O estudo “O uso da justiça no Brasil”, desenvolvido pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB, 2015) e coordenado pela professora Maria Tereza Sadek, com auxílio do estatístico Fernão Dias de Lima, analisou os dados de Tribunais de Justiça de 11 unidades da federação nos anos de 2010 a 2013, e nos traz um panorama dessa situação.

A pesquisa revela que, dentre os cerca de 100 milhões de processos em trâmite no Brasil, grande parte deles é apresentada por um número reduzido de atores, dentre os quais têm grande relevância as instituições do poder público municipal, estadual e federal (AMB, 2015).

No Distrito Federal, por exemplo, a Fazenda Pública figurou no polo ativo em 71% (setenta e um por cento) das demandas de primeiro grau entre os 100 maiores litigantes; já em São Paulo, as demandas com origem no setor público municipal representaram 62,3% (sessenta e dois vírgula três por cento) dos processos da mesma natureza (AMB, 2015).

Verifica-se assim que a adoção dos meios adequados de resolução de conflitos é de suma importância para um melhor andamento dessas demandas que geram sobrecarga ao Poder Judiciário e obstaculizam a eficiência da prestação jurisdicional.

Somado a esses fatos, frise-se ainda que o emprego da consensualidade na resolução de conflitos também possibilita o alcance de uma decisão satisfatória para ambas as partes envolvidas, o que em muito favorece o fortalecimento do Estado, visto que, em razão da satisfação alcançada com a ponderação, as decisões são, em regra, mais prontamente atendidas, e que a soma de esforços entre o setor público e o privado importa em maior eficiência na realização dos interesses públicos.

Diante do exposto, para seguir com a análise proposta acerca da arbitragem, é necessário elucidar o contexto social no qual os mecanismos de solução consensual de conflitos ganham notoriedade, a sua diferenciação da jurisdição estatal, bem como esclarecer a evolução legislativa acerca do assunto.

3.1 A tendência da consensualidade na atuação da Administração Pública

Como analisamos no exame da evolução histórica do Direito Administrativo, resta completamente afastada a concepção de imperatividade dos atos do Estado e de irresponsabilidade pelos efeitos deles decorrentes, devendo a atuação dos agentes ter por finalidade realizar o melhor interesse público.

Além disso, verifica-se que até mesmo a supremacia do interesse público tem ganhado novos contornos, com uma tendência de flexibilização diante da situação concreta e dos demais princípios administrativos.

Nessa perspectiva de descrédito do autoritarismo por parte do Estado e do afastamento da proeminência absoluta de seus interesses, é reduzida a dicotomia entre o público e o privado, passando a Administração Pública a cada vez mais utilizar instrumentos que tradicionalmente eram reservados ao campo privado, como os contratos e os demais mecanismos de negociação entre os particulares e o Poder Público (SCHIRATO; PALMA, 2011).

Frise-se ainda que, também sob a perspectiva do Direito Privado, há a tendência de ter suas normas influenciadas pelas normas de ordem pública. É o que ocorre, por exemplo, quando se restringe a autonomia da vontade das partes em uma relação contratual em razão da função social da propriedade, ou quando determinada atividade é limitada em razão da atividade regulatória do Estado (SCHIRATO; PALMA, 2011).

O referido prestígio aos meios consensuais entre o público e o privado, usualmente conhecido na doutrina como consensualidade administrativa, consiste justamente em uma Administração Pública pautada cada vez menos na imperatividade e

mais na abertura aos acordos e negociações acerca dos direitos dos particulares (MEDAUAR, 2018).

Nesse ponto, importa ressaltar o avanço da nova percepção da democracia no sentido da democracia substantiva, que ganha espaço especialmente diante da complexidade e da diversidade dos problemas da sociedade pluralista contemporânea, os quais demandam soluções mais diferenciadas de modo a atender suas especificidades, sendo inclusive a efetividade social das políticas públicas condicionadas à participação (MOREIRA NETO, 2003a).

Desse modo, não é suficiente o consenso na escolha dos políticos por meio do voto, devendo haver um consenso mais amplo sobre as políticas públicas em geral, o que o professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2003a) chama de processualidade participativa.

Sobre o assunto, o autor acrescenta que:

É sobre esses fundamentos material e formal – a busca da eficiência das políticas públicas e o rigor do atendimento da processualidade - que se vai erguendo a formidável arquitetura juspolítica governamental das democracias substantivas, capaz de atender aos desafios institucionais de nosso tempo. Parece que o êxito e a robustez dessas teses já estão mais que comprovados pela rapidez e entusiasmo com que o Direito Público dos povos à vanguarda da civilização vem avançando na consensualidade. (MOREIRA NETO, 2003a, p. 107).

Desse modo, verifica-se o direcionamento da estrutura do Estado para um modelo em que a sociedade participa mais efetivamente tanto das soluções de conflitos que envolvem a administração, quanto dos atos e políticas públicas, havendo não só uma maior participação da sociedade nas escolhas públicas, mas também uma verdadeira cooperação entre o público e o privado, buscando sempre a máxima realização de ambos os interesses envolvidos.

Sob essa perspectiva, no que tange aos interesses públicos, Moreira Neto acrescenta que:

A partir da premissa de que o **interesse público** é próprio do Estado, que deve persegui-lo e realizá-lo na forma da lei e do Direito, **mas não é dele exclusivo**, pois a sociedade organizada **pode** e em certos casos **deve** ter ação concorrente, abre-se um vasto campo, que a doutrina tem denominado de **administração privada associada de interesses públicos**, sempre com a notável característica sinérgico – sociopolítica de potenciar a capacidade de ação do Estado pela composição e pela soma de esforços entre os setores público e privado. (MOREIRA NETO, 2003a, p. 121, grifos do autor).

Observe-se então que, embora o interesse público não seja tido modernamente como absoluto, a consensualidade na Administração Pública, também chamada de

administração concertada, não admite a sua negociação, mas sim viabiliza potencializar a ação do Estado em razão da soma de esforços entre o setor público e o privado.

Desse modo, o particular passa a ter um papel mais importante e ativo na vida pública, podendo até mesmo participar da gestão dos interesses públicos, por meio de instrumentos como a concessão e a permissão de serviços públicos a pessoas jurídicas de direito privado.

Com esse estímulo à diversificação dos modos de atuação e das formas de solução de conflitos envolvendo o Poder Público, é possível alcançar uma maior eficiência na realização do interesse público, prestigiando uma estrutura estatal participativa que atinge os ideais democráticos.

Importa destacar que, apesar do prestígio atual da administração consensual, os atos bilaterais não devem ser utilizados de modo genérico, havendo questionamento acerca de seus limites, os quais decorrem essencialmente do princípio da legalidade e da compreensão dele.

É que, classicamente, entende-se o princípio da legalidade como o mandamento segundo o qual a Administração Pública só pode fazer o que é expressamente admitido na legislação, é a chamada vinculação positiva à lei formal.

No entanto, sob a ótica da vinculação negativa, que entendemos cabível no que tange aos atos bilaterais, apenas se houver expressa previsão contrária à aplicação de meios consensuais no exercício da função pública é que a Administração Pública estará impedida de utilizá-los (SCHIRATO; PALMA, 2011).

Isso porque a Administração Pública deve observar o bloco de legalidade como um todo, incluindo os princípios, como a celeridade e a eficiência, normas e práticas do regime jurídico-administrativo, e não apenas a lei formal, além de que há na legislação dispositivos que indicam expressamente em qual determinada hipótese é vedada a consensualidade, como é o caso artigo 17, §1º, da Lei 8.429/92, que veda a utilização de mecanismos consensuais na ação de improbidade administrativa (SCHIRATO; PALMA, 2011).

Sobre o assunto, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 253.885, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, entendeu que é prescindível a expressa autorização legislativa para a celebração de acordos com a administração pública, exceto se a matéria do pacto versar sobre renúncia a direitos, alienação de bens ou assunção de obrigações extraordinárias pela Administração (BRASIL, 2002).

Desse modo, na administração consensual, não há um abandono do regime jurídico-administrativo. O que se preza na verdade é justamente fortalecer o Estado por meio da soma dos esforços envolvidos e da ponderação de interesses, aplicando-se os mecanismos consensuais em determinadas situações em que a Administração e o particular se disponham a buscar um consenso e que não versem sobre renúncia a direitos, alienação de bens ou assunção de obrigações extraordinárias pela Administração, sempre observando a inexistência de lei impeditiva da atuação concertada e prezando pelos princípios da Administração Pública, como a eficiência, e demais diretrizes do ordenamento jurídico, como a celeridade.

Segundo Moreira Neto (2003b), existem modalidades distintas dessa administração consensual, as quais se diferenciam por suas finalidades imediatas, que são: (i) a função decisória administrativa, que se dá pela promoção do interesse público; (ii) a função executiva das decisões administrativas, realizada na satisfação do interesse público; e (iii) a função de recuperação do interesse público ou judicativa administrativa, que consiste na superação de conflitos.

Todas as referidas modalidades comportam a atuação concertada, no entanto, no presente estudo importa investigar mais pormenorizadamente o campo da recuperação do interesse público, amplamente prestigiado pelo ordenamento brasileiro especialmente com o advento do Código de Processo Civil de 2015, que consagrou o chamado modelo multiportas de acesso à justiça, o qual consiste na possibilidade e estímulo à solução dos conflitos sociais por meios alternativos ao processo judicial.

A arbitragem, objeto desta análise, é um desses meios alternativos, consistindo em forma de heterocomposição, já que há um terceiro técnico e imparcial, o árbitro, que decide o conflito mediante convenção privada das partes envolvidas, tendo sua utilização nos contratos em que a Administração Pública figura como parte sofrido diversas críticas pela doutrina (OLIVEIRA, 2020).

Por fim, ressalte que, além da arbitragem, são formas de composição de conflitos a mediação, a conciliação e os *dispute boards*. Quanto à mediação e à conciliação, diferem essencialmente na postura de quem conduz o diálogo, tendo o mediador postura neutra e imparcial, prestando auxílio às partes na composição, mas interferindo minimamente na composição; enquanto o conciliador, embora mantenha a neutralidade e a imparcialidade, participa mais ativamente da conversa, podendo apresentar sugestões de acordos aos envolvidos (OLIVEIRA, 2020).

Acerca dos *dispute boards*, ou Comitê de Resolução de Conflitos, trata-se de uma forma mais recente de resolução de conflitos na qual as partes, no momento da celebração do contrato, indicam indivíduos com conhecimento técnico sobre o assunto para compor um órgão colegiado que deve acompanhar a execução do contrato, podendo emitir recomendações ou decisões sobre o negócio (OLIVEIRA, 2020).

Com esse acompanhamento da execução do contrato, além de promover a solução de eventuais conflitos, o uso de *dispute boards* também previne o surgimento de problemas, já que permite a composição sobre as questões manifestadas pelas partes ao longo do andamento da atividade pactuada.

Diante da explanação acerca da administração consensual e seus principais aspectos, importa analisar particularmente a arbitragem, sua natureza jurídica e a legislação que a rege.

3.2 A natureza jurídica do procedimento arbitral

A jurisdição, segundo o professor Fredie Didier Júnior (2015), consiste na atribuição da função de operar o Direito a um terceiro imparcial, que, de modo imperativo e criativo, deve definir solução de situações jurídicas concretas, por meio de decisão que não é controlada por outros poderes e que pode vir a se tornar definitiva com a formação de coisa julgada.

Essa função tem como características essenciais (i) o caráter substitutivo, que consiste na substituição da vontade das partes pela devida aplicação da lei, proporcionando a pacificação social; (ii) a lide, ou seja, o conflito de interesses; (iii) a inércia, que consiste na necessidade de provocação do interessado para que haja uma movimentação inicial da jurisdição; e a (iv) definitividade, sendo a decisão proferida por meio jurisdicional a única capaz de formar coisa julgada material (NEVES, 2018).

Acerca da jurisdição no ordenamento jurídico brasileiro, é vedada, nos termos do art. 5º, inciso XXXV, da Carta Magna, a exclusão de qualquer lesão ou ameaça a direito da apreciação do Poder Judiciário (BRASIL, 1988), consagrando o princípio da inafastabilidade da jurisdição e incluindo-o no rol de direitos e garantias fundamentais, sendo o Estado tradicionalmente o detentor da função jurisdicional.

Segundo Daniel Amorim Assumpção Neves (2018), o Estado tem o chamado monopólio estatal da jurisdição, mas não tem o monopólio da solução de conflitos, podendo as partes resolverem o melhor modo de solucionar o conflito no qual estão envolvidas,

optando por quaisquer das formas alternativas de resolução de conflitos admitidas no ordenamento brasileiro, as quais de modo algum substituem a atuação constitucional do Poder Judiciário, mas sim se apresentam como diferentes caminhos.

Interessante observar que a natureza jurisdicional ou não da arbitragem é discutida na doutrina, havendo doutrinadores que a consideram mero equivalente jurisdicional, sendo os princípios da jurisdição, especialmente os da indelegabilidade, do juiz natural e da investidura, os pontos centrais do debate, razão pela qual importa esclarecer o conteúdo de cada um.

Acerca do princípio da indelegabilidade, consiste na vedação da delegação do poder decisório de um órgão jurisdicional a outro sujeito, havendo a possibilidade da delegação dos poderes instrutório, diretivo e de execução (DIDIER JR., 2015).

É o que ocorre, por exemplo, no caso de o relator de ação rescisória devolver os autos ao juiz que proferiu a decisão rescindenda para a produção de novas provas, conforme determina o artigo 972 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015a). Já no caso das cartas precatórias, não há delegação de competência, já que a necessidade de cooperação decorre justamente do fato do juiz deprecante não ser competente para o ato necessário ao andamento processual (DIDIER JR., 2015).

Quanto ao princípio do juiz natural, Humberto Theodoro Júnior (2014, *e-book*) sintetiza sua concepção nos termos que seguem:

Toda origem, expressa ou implícita, do poder jurisdicional só pode emanar da Constituição, de modo que não é dado ao legislador ordinário criar juízes ou tribunais de exceção, para julgamento de certas causas, nem tampouco dar aos organismos judiciários estruturação diversa daquela prevista na Lei Magna.

Importa ainda frisar que, segundo o jurista Alexandre Freitas Câmara (2013), o princípio do juiz natural tem duas dimensões a serem observadas: a primeira relacionada ao juízo enquanto órgão jurisdicional e a segunda à pessoa natural do juiz.

No que tange ao órgão jurisdicional, o cânone estabelece justamente o que foi manifestado na concepção citada, no sentido de que é proibida a criação de juízos de exceção, devendo todo processo tramitar perante juízos que tenham sua competência preestabelecida constitucionalmente (CÂMARA, 2013).

Já quando ao juiz enquanto pessoa natural no exercício da função jurisdicional, o princípio impõe a imparcialidade para que a decisão proferida seja legítima. Desse modo, o juiz não deve ter interesse pessoal na demanda, sob pena de desobedecer ao princípio em tela (CÂMARA, 2013).

Além de ser exercida por um juiz imparcial, com competência definida abstratamente e previamente, o princípio da investidura estabelece que a jurisdição só pode ser exercida por indivíduo regularmente investido no cargo de juiz, de modo que “a ausência de investidura implica óbice intransponível para o exercício da jurisdição, que é pressuposto processual da própria existência do processo” (GONÇALVES, 2014, *e-book*).

Esclarecido o conteúdo dos princípios que suscitam a objeção à atribuição de caráter jurisdicional aos tribunais arbitrais, importa esclarecer os principais argumentos que fundamentam a referida oposição.

Para o jurista Luiz Guilherme Marinoni (2008, p. 151), “a jurisdição somente pode ser exercida por uma pessoa investida na autoridade de juiz, após concurso público de provas e títulos”. A jurisdição, portanto, é indelegável, assim como os demais poderes atribuídos pela Constituição Federal; bem como demanda um juiz natural, pré-definido pela Constituição ou pela lei, o que representa uma das mais importantes garantias do cidadão frente à jurisdição.

Entendendo que a arbitragem não se enquadra nas referidas características, o autor ressalta que a escolha da arbitragem implica na abdicação de diversas garantias, somente podendo ser acertada, como veremos pormenorizadamente adiante, entre pessoas capazes de contratar e em casos que envolvam direitos patrimoniais disponíveis (MARINONI, 2008).

Desse modo, é utilizada principalmente no meio empresarial, devido aos seus altos custos e especificidades técnicas dessa parcela das demandas, de modo que concentra suas atenções nas peculiaridades desse meio, desqualificando a essência da jurisdição, a qual tem o dever de proteger os direitos, os nortes da organização do Estado e da sociedade, conforme estabelecidos na Constituição Federal (MARINONI, 2008).

Além disso, a arbitragem poderia representar uma exclusão de parte relevante dos conflitos privados do controle do Estado, exatamente os conflitos de uma classe social privilegiada, o que pode “permitir a relativização do conceito de direito indisponível, viabilizando a sua acomodação às intenções daqueles que querem se livrar do controle do Estado” (MARINONI, 2008, p. 156).

De modo contrário, Didier Júnior (2015) esclarece que, no caso da arbitragem, não há delegação de poderes, já que é um modo de jurisdição privado autorizado pelo Estado, sendo os árbitros investidos na função por meio da designação na convenção de arbitragem, não havendo, portanto, qualquer ofensa aos princípios da indelegabilidade e da investidura.

Verifica-se ainda que a Lei de Arbitragem também assegura o respeito ao princípio da imparcialidade em seu art. 21, §2º, sendo indivíduo de confiança das partes e escolhido por elas na convenção de arbitragem, a qual também delimita a sua competência, de modo que se garante também o juiz natural, já que os limites de sua atuação são previamente pactuados (DIDIER JR., 2015).

Quanto aos argumentos de que a arbitragem ampara apenas os direitos patrimoniais disponíveis e é restrita a uma parcela privilegiada da sociedade devido aos seus altos custos, tratam-se de meros fatos que em nada contrariam a natureza jurisdicional da arbitragem, não havendo qualquer exclusão de direito de pessoas economicamente menos favorecidas, sendo inclusive admitida a instituição da arbitragem nas causas sujeitas aos Juizados Especiais, em conformidade com o artigo 24 da Lei nº 9.099/95 (DIDIER JR., 2015).

No mesmo sentido, Arruda Alvim (2016) defende que deve prevalecer, na análise da natureza da arbitragem, o foco na finalidade da jurisdição, superando a visão tradicional de que a titularidade dela seria exclusiva do Estado, visão que em nada macula o princípio da inafastabilidade da jurisdição, já que a opção pela arbitragem é faculdade das partes; além de que, com o advento da Lei nº 9.307/96, foram conferidos aos árbitros poderes mais amplos para proferir sentença com a mesma eficácia de uma sentença proferida pelo Poder Judiciário.

Ademais, estão presentes no instituto da arbitragem os elementos essenciais que caracterizam a jurisdição, isto é: é dotada de substitutividade, pois o árbitro aplica o direito em substituição à vontade das partes; a sentença arbitral é definitiva, já que, assim como a sentença judicial, produz coisa julgada; e é revestida de imparcialidade e de inércia, já que conta com a atuação de terceiro com poderes decisórios e desinteressado na demanda, o árbitro, que deve ser provocado pelas partes (ALVIM, 2016).

Por todo o exposto, compreende-se que a arbitragem é modalidade jurisdicional privada, o que se justifica em razão de o instituto exercer a mesma função e produzir os mesmos efeitos que a jurisdição estatal, bem como possuir as características essenciais da definição de jurisdição, importando agora, após discutida sua natureza, esclarecer o tratamento dado à arbitragem pela legislação brasileira.

3.3 O tratamento dispensado à arbitragem na legislação brasileira e a possibilidade de sua utilização na solução de demandas que envolvem o Poder Público

Muito embora neste trabalho tenha sido enfatizada a notoriedade dos meios alternativos de solução de conflitos, dentre os quais está a arbitragem, como um fenômeno contemporâneo, importa frisar que a arbitragem é um dos meios pioneiros de solução de conflitos por heterocomposição, ou seja, com a interferência de um terceiro imparcial (SCAVONE JÚNIOR, 2014).

As origens do instituto remetem ao Direito Romano e, mesmo no Brasil, desde a Constituição de 1824 já havia referências ao juízo arbitral, tendo inclusive, com o advento do Código Comercial de 1850, sido obrigatória a sua utilização nas causas de natureza mercantil, o que logo foi alterado para a voluntariedade após críticas dos juristas da época (FIGUEIRA JÚNIOR, 2019).

O Código Civil de 1916 também trazia previsão expressa acerca da arbitragem, sob o título de compromisso, enquanto o vigente Código Civil de 2002, não trata do instituto (FIGUEIRA JÚNIOR, 2019).

Mesmo não sendo um mecanismo novo, é após a edição da Lei nº 9.307/96, a qual representa o mais importante marco da regulamentação legal da arbitragem no Brasil, que a arbitragem finalmente tem garantida a sua real aplicabilidade (BRASIL, 1996).

Isso porque, anteriormente, as disposições do Código de Processo Civil de 1973 criavam obstáculos à utilização do mecanismo, dentre os quais destacam-se o desprestígio à cláusula compromissória e a necessidade de homologação judicial do laudo arbitral (CARMONA, 2009).

Nesse ponto, é necessário esclarecer que, para submeter o conflito ao juízo arbitral, conforme a Lei 9.307/96, as partes precisam ser capazes de contratar e o objeto da demanda deve se tratar de direitos patrimoniais disponíveis (BRASIL, 1996).

Presentes tais requisitos, os interessados em submeter o conflito ao procedimento arbitral devem firmar convenção de arbitragem por meio de uma de suas espécies: a cláusula compromissória ou o compromisso arbitral. Estas se diferenciam pelo fato de que, pela primeira, as partes firmam o compromisso de submeterem eventuais controvérsias decorrentes do negócio jurídico a um juízo arbitral; já pela segunda, há uma controvérsia atual que as partes submetem a um juízo arbitral (CUNHA, 2020).

Sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973, a regra geral era a vedação à instauração do juízo arbitral na ausência do compromisso arbitral, de modo que,

mesmo existindo cláusula compromissória anteriormente firmada, não havia força cogente, entendendo os tribunais que a inobservância dela não admitia a execução de obrigação de fazer, sendo resolvido o inadimplemento em perdas e danos (CARMONA, 2009).

Com o advento da Lei 9.307/96, ambas as espécies de convenção de arbitragem passaram a ser suficientes para afastar a jurisdição estatal e instituir a arbitragem, não sendo o compromisso pressuposto necessário nos casos em que contratualmente já havia cláusula arbitral pactuada (CARMONA, 2009).

Também a necessidade de homologação do laudo arbitral fazia da arbitragem uma opção pouco vantajosa, já que a interferência do Poder Judiciário na demanda prejudicava o sigilo buscado pelos envolvidos, frustrava a celeridade almejada — uma vez que, além da espera pela homologação, o provimento jurisdicional ainda estava sujeito a sucessivos recursos — e acarretava em um aumento dos custos do procedimento (CARMONA, 2009).

Após a edição da Lei de Arbitragem, o laudo, agora tratado como sentença arbitral, prescinde de homologação pelo Poder Judiciário, sendo a sentença arbitral condenatória um título executivo judicial apto a ensejar uma execução forçada por meio de cumprimento de sentença, na hipótese de o vencido não satisfazer a determinação espontaneamente (FIGUEIRA JÚNIOR, 2019).

Caso não haja o cumprimento espontâneo da sentença pelo vencido, será necessário mover a jurisdição estatal para impulsionar o cumprimento de sentença, isso porque o árbitro tem unicamente o poder de dizer o direito, enquanto o Estado-Juiz detém com exclusividade o poder de império (FIGUEIRA JÚNIOR, 2019), ou seja, o poder de, com base nas prerrogativas da administração, utilizar meios coercitivos em face do particular (DI PIETRO, 2018).

Frise-se ainda que a retromencionada atuação do Poder Judiciário só se justifica no caso de sentenças arbitrais descumpridas que tenham natureza condenatória, mandamental e executiva, já que demandarão um cumprimento forçado. No que tange às sentenças arbitrais de natureza declaratória e constitutiva, que envolvem apenas o plano dos fatos e em nada interferem na esfera patrimonial e volitiva do vencido, não há necessidade de mover a jurisdição estatal, posto que se exaurem nelas mesmas (FIGUEIRA JÚNIOR, 2019).

Embora a Lei da Arbitragem tenha esclarecido parte dos temas polêmicos acerca do mecanismo e que prejudicavam a sua ampla utilização, questões como a da

utilização da arbitragem no caso de demandas envolvendo o poder público, que já foi alvo de muitas controvérsias, não foram clarificadas com a edição da Lei nº 9.307/96.

Apesar disso, antes mesmo que houvesse um marco regulatório da matéria, já havia decisões judiciais no sentido de autorizar o uso de arbitragem pelo Estado, ainda que esse entendimento enfrentasse oposição de parte dos doutrinadores e até mesmo de órgãos públicos como o Tribunal de Contas da União (TCU).

Nesse sentido, um marco jurisprudencial é o Caso Lage, julgado em 1973, sob a relatoria do Ministro Bilac Pinto, no qual o Supremo Tribunal Federal entendeu que o juízo arbitral é constitucional e poderia até mesmo ser utilizado em causas contra a Fazenda Pública, conforme ementa a seguir colacionada:

INCORPORAÇÃO, BENS E DIREITOS DAS EMPRESAS ORGANIZAÇÃO LAGE E DO ESPOLIO DE HENRIQUE LAGE. JUÍZO ARBITRAL. CLÁUSULA DE IRRECORRIBILIDADE. JUROS DA MORA. CORREÇÃO MONETÁRIA. 1. LEGALIDADE DO JUÍZO ARBITRAL, QUE O NOSSO DIREITO SEMPRE ADMITIU E CONSGROU, ATÉ MESMO NAS CAUSAS CONTRA A FAZENDA. PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2. LEGITIMIDADE DA CLÁUSULA DE IRRECORRIBILIDADE DE SENTENÇA ARBITRAL, QUE NÃO OFENDE A NORMA CONSTITUCIONAL. 3. JUROS DE MORA CONCEDIDOS, PELO ACÓRDÃO AGRAVADO, NA FORMA DA LEI, OU SEJA, A PARTIR DA PROPOSITURA DA AÇÃO. RAZOAVEL INTERPRETAÇÃO DA SITUAÇÃO DOS AUTOS E DA LEI N. 4.414, DE 1964. 4. CORREÇÃO MONETÁRIA CONCEDIDA, PELO TRIBUNAL A QUO, A PARTIR DA PUBLICAÇÃO DA LEI N. 4.686, DE 21.6.65. DECISÃO CORRETA. 5. AGRAVO DE INSTRUMENTO A QUE SE NEGOU PROVIMENTO. (BRASIL, 1974, online).

Na época, como a admissão de utilização da arbitragem com a Administração Pública não era tema pacífico na jurisprudência e na doutrina, o caso foi de grande relevância para a consolidação desse entendimento.

No entanto, mesmo com a adoção do referido posicionamento pelo Supremo Tribunal Federal, ainda existiam críticos da submissão de litígios que envolvam o Poder Público a tribunais arbitrais. O Tribunal de Contas da União, por exemplo, ao manifestar-se sobre o tema, costumava se opor à ideia, com fundamento na inexistência de lei que admitisse expressamente o uso do mecanismo nessa hipótese, bem como no princípio da indisponibilidade do interesse público (PARADA, 2016), conforme observa-se do trecho do acórdão de nº 1271/2005, relatado pelo Ministro Marcos Bemquerer, a seguir:

Primeiro, assiste razão à unidade técnica ao rejeitar a previsão contratual do mecanismo da arbitragem em contratos administrativos. Este tem sido, de fato, o entendimento predominante nesta Corte de Contas, que fundamenta sua crítica à previsão de arbitragem nos contratos administrativos na inexistência de expressa autorização legal para tanto, sem a qual não pode o administrador público, por

simples juízo de oportunidade e conveniência, adotar tão relevante inovação. Nesse sentido, foi a Decisão nº 286/1993 - Plenário, proferida em sede de consulta a esta Corte, formulada pelo então Ministro das Minas e Energia.

Poder-se-ia pensar que tal problema não mais existiria após a edição da Lei nº 9.307/1996, que, ao dispor sobre a arbitragem, introduz, verdadeiramente, o instituto no direito positivo brasileiro. No entanto, este Tribunal em julgado da 2ª Câmara sobre processo envolvendo contratos que a Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial - CBEE firmava com produtores independentes de energia, entendeu que o art. 1º da referida Lei, ao estabelecer que a via arbitral estava aberta aos detentores de direitos patrimoniais disponíveis, retirava os contratos administrativos da esfera de incidência de suas disposições, consoante se pode depreender pelo exceto do voto condutor do Acórdão 584/2003 - Segunda Câmara, *verbis*:

Em relação à pretensa autorização contida na própria Lei nº 9.307/96, o seu art. 1º determina que poderão ser objeto de solução via arbitral questões envolvendo direitos patrimoniais disponíveis. Não se pode falar em direito disponível quando se trata de fornecimento de energia elétrica, com o objetivo de atender boa parte da população brasileira que estava sofrendo os efeitos do racionamento de energia. E, conforme já mencionei, os serviços de energia elétrica são serviços públicos exclusivos do Estado. A própria CBEE só foi criada em função do racionamento de energia. Não se poderia admitir, por exemplo, que ela vendesse a energia contratada com os produtores independentes para empresas fora do país. A energia contratada destinava-se a atender à situação de emergência por que passava a sociedade brasileira. Claramente, portanto, não se estava tratando de direitos disponíveis da empresa".

Verifica-se que tese acima transcrita é a defendida pela Secex/RS e que foi também encampada no Acórdão 587/2003 - Plenário, citado pela unidade técnica. No entanto, sem a pretensão de esgotar o tema, tenho que tal entendimento ainda não se encontra consolidado. (BRASIL, 2005, online).

Contudo, André Luis Nascimento Parada (2016, p. 195) esclarece que tem ocorrido “uma clara flexibilização e evolução na exegese histórica do órgão que começa a desgarrar-se de sua relutância tradicional para vislumbrar a possibilidade de uso do instituto com as condicionantes que entende necessárias”, postura forçosa diante das mudanças interpretativas no que tange à supremacia do interesse público e das inovações legislativas trazidas com a publicação da Lei nº 13.129/15, que alterou parcialmente a Lei de Arbitragem (BRASIL, 2015b).

Isso porque a referida Lei solucionou a inquietação ao ampliar o espectro de legitimados e demandas que podem ser submetidas aos tribunais arbitrais, tendo incluído expressamente a administração pública direta e indireta nos conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis (FIGUEIRA JÚNIOR, 2019).

Observe-se a redação artigo 1ª da Lei nº 9.307 (BRASIL, 1996, online), após as alterações em comento:

Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

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

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

Havendo expressa previsão da possibilidade de a Administração Pública direta e indireta figurar como parte em procedimento arbitral, o que encerra as discussões outrora contumazes, e tendo sido expostos os aspectos fundamentais acerca da arbitragem, interessa analisar de qual modo esse meio de solução de conflitos, enquanto jurisdição exercida de modo privado, pode cooperar para a realização e preservação dos interesses públicos.

4 ARBITRAGEM E SATISFAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO: CONSIDERAÇÕES RELEVANTES

Como visto, a consensualidade é uma tendência no âmbito da Administração Pública, manifestando-se em modalidades distintas, dentre as quais, neste trabalho, realiza-se especial análise do campo da solução de conflitos, notadamente da utilização da arbitragem.

Isso porque o cabimento da arbitragem nas demandas que envolvam o Poder Público é alvo de muitas críticas, mesmo após a edição da Lei nº 13.129/15, que alterou parcialmente a Lei de Arbitragem, incluindo a expressa autorização de sua utilização no contexto em análise.

Tal oposição é fundamentada essencialmente em um suposto prejuízo ao interesse público decorrente da utilização da arbitragem como modalidade de jurisdição privada e em entendimentos segundo os quais até mesmo a mera contratualização das demandas da Administração obstaculiza a satisfação dos interesses da coletividade.

Diante do exposto, no presente capítulo serão estudadas as principais críticas exprimidas pelos opositores da utilização da arbitragem pelo Poder Público, inicialmente no que tange aos contratos firmados com a Administração, dos quais decorrem muitas das demandas que podem vir a ser submetidas à arbitragem e, mais adiante, ao próprio procedimento arbitral, analisando ainda o tratamento dado aos casos concretos pelos tribunais superiores.

4.1 A utilização de contratos pelo Poder Público

Como visto, no modelo de administração consensual, a dicotomia entre o público e o privado é reduzida, havendo o prestígio da participação do particular na vida pública, até mesmo na gestão dos interesses públicos, bem como um amplo descrédito do autoritarismo do Poder Público e uma maior abertura a negociações quanto aos interesses e direitos dos particulares.

Diante dessa concepção contemporânea da Administração Pública, ampliaram-se as possibilidades de o Estado firmar contratos. Tais negócios jurídicos, no entanto, não devem ter afastadas suas características próprias diante de casos em que a Administração figure como parte, assim como, muito embora sejam instrumentos tipicamente de Direito

Privado, não devem desprezar completamente as prerrogativas que o Poder Público detém (CARVALHO FILHO, 2015).

A Administração Pública pode, então, realizar contratações e, ao realizá-las, exerce atividade administrativa, cuja execução resulta dos critérios de conveniência e de oportunidade que são privativos do Poder Público, sendo eivada de inconstitucionalidade a disposição legal estadual que imponha como requisito para a celebração de tais contratos a prévia autorização do Poder Legislativo ou registro no Tribunal de Contas (CARVALHO FILHO, 2015).

Nesse sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal, em 2 de fevereiro de 2009, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 916 – MT, sob a relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, *litteris*:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO E FINANCEIRO. TRIBUNAL DE CONTAS. NORMA LOCAL QUE OBRIGA O TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL A EXAMINAR PREVIAMENTE A VALIDADE DE CONTRATOS FIRMADOS PELA ADMINISTRAÇÃO. REGRA DA SIMETRIA. INEXISTÊNCIA DE OBRIGAÇÃO SEMELHANTE IMPOSTA AO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. 1. Nos termos do art. 75 da Constituição, as normas relativas à organização e fiscalização do Tribunal de Contas da União se aplicam aos demais tribunais de contas. 2. O art. 71 da Constituição não insere na competência do TCU a aptidão para examinar, previamente, a validade de contratos administrativos celebrados pelo Poder Público. Atividade que se insere no acervo de competência da Função Executiva. 3. É inconstitucional norma local que estabeleça a competência do tribunal de contas para realizar exame prévio de validade de contratos firmados com o Poder Público. Ação Direta de Inconstitucionalidade conhecida e julgada procedente. Medida liminar confirmada. (BRASIL, 2009, online).

Observa-se, portanto, que a contratação pela Administração Pública não pode sofrer restrição em razão de norma local que extrapola as competências constitucionalmente determinadas dos tribunais de contas, sendo competência do Poder Executivo examiná-los.

Apesar da referida tendência de aumento das contratações realizadas pelo Poder Público, há grandes controvérsias acerca dos contratos administrativos, existindo doutrinadores que negam a existência dos contratos administrativos, outros que classificam qualquer contrato firmado pela Administração como contrato administrativo e aqueles que admitem a existência dos contratos administrativos, enquadrando-os como uma espécie do gênero contrato (DI PIETRO, 2018).

Os defensores da inexistência de contratos administrativos alegam que os referidos negócios não conservam princípios que regem os contratos, como o da igualdade

entre as partes, o da autonomia da vontade e o da força obrigatória das convenções (DI PIETRO, 2018).

Em conformidade com a mencionada corrente doutrinária, Mello (2015, p. 638) elucida que, nos contratos firmados com o Poder Público, há disposições que não podem sofrer influência da vontade do contratante privado ou ser objeto de acordo, esclarecendo acerca delas que:

Em suma: são alheias ao acordo. E, se lhe são estranhas, como podem ser contratuais? Segue-se que o contratual seria apenas o que podia ser objeto de pacto e foi pactuado, a saber: a parte econômica convencionada. Logo, só existe contrato com relação a isto. O mais provém de ato unilateral da Administração Pública sob cuja regência coloca-se o particular, sujeitando-se a uma situação cambiável. Tais circunstâncias deveriam ser suficientes para evidenciar que as relações jurídicas constituídas entre o Poder Público e particular sob a égide do regime em apreço apresentam radical disparidade em relação aos contratos. Daí a inconveniência de abrigar sob um único rótulo figuras jurídicas tão distintas e submissas a critérios e princípios completamente diversos. Esta argumentação, entretanto, não sensibilizou nossa doutrina e jurisprudência.

Assim, o autor defende que o termo contrato não é aplicável nesses casos, já que a Administração tem poderes para a prática de atos unilaterais que são inerentes ao regime jurídico ao qual se submete, os quais são inderrogáveis e insuscetíveis de transação, não podendo ser, portanto, objeto de contratos (MELLO, 2015).

De modo contrário, há doutrinadores que, além de defenderem a existência de contratos administrativos, assim classificam todos os contratos firmados pelo Poder Público, porque acreditam que todos os acordos dos quais a Administração é parte sofrem interferência do regime jurídico administrativo, não havendo contratos dessa natureza regidos pelo direito privado (DI PIETRO, 2018).

Por fim, há uma terceira corrente, adotada neste trabalho, que classifica os contratos firmados pela Administração em contratos administrativos e contratos privados.

Sob essa perspectiva, o termo contratos da Administração é o gênero que engloba todos os contratos firmados pelo Poder Público, sob regime de direito privado ou de direito público, enquanto a expressão contrato administrativo abrange apenas os pactos firmados segundo o regime jurídico de direito público (DI PIETRO, 2018).

No âmbito dos contratos de direito privado, a relação jurídica é caracterizada pelo traço da horizontalidade, não tendo a Administração vantagens perante o particular; enquanto, nos contratos administrativos, a Administração exerce seu poder de império sobre o particular, de modo que a relação jurídica é caracterizada pela verticalidade (DI PIETRO, 2018).

Assim, ao passo que os contratos administrativos são regulados pelas normas de direito público, só se aplicando as normas de direito privado supletivamente, nos contratos privados a Administração não goza de qualquer vantagem fora do sistema contratual comum (CARVALHO FILHO, 2015).

Como exemplo dos contratos privados, podemos citar os contratos de compra e venda e de permuta. Já entre os contratos administrativos temos a concessão de serviço público, a de obra pública, a de uso de bem público, a concessão patrocinada, a concessão administrativa, o contrato de prestação ou locação de serviços, o de obra pública, o de fornecimento, o de empréstimo público e o de função pública (DI PIETRO, 2018).

Desse modo, o que diferencia os gêneros dos contratos com a Administração é o regime jurídico aplicável (CARVALHO FILHO, 2015). A respeito da referida diferenciação, importa destacar ainda que ambas as espécies, contratos administrativos e contratos da administração, devem ter como finalidade a realização do interesse público, de modo que, mesmo indiretamente, o objeto do contrato deve ser benéfico à coletividade (CARVALHO FILHO, 2015).

Frise-se ainda que a essência dos contratos consiste no acordo de vontades, conforme o qual as partes firmam o compromisso de cumprir as obrigações acordadas (CARVALHO FILHO, 2015), havendo entendimento de que é completamente inexistente essa autonomia da vontade da Administração, posto que as contratações realizadas devem ter sempre a satisfação do interesse público como finalidade (SOUSA, 2012).

O entendimento em tela, no entanto, não merece prosperar, visto que toma como premissa uma visão inflexível do princípio da indisponibilidade do interesse público, a qual não se coaduna com a experiência atual de administração consensual.

Isso porque, mesmo não a exercendo de forma plena, a Administração expressa sua vontade. Ocorre que ela é restringida pela legalidade e pelo interesse público, que limitam, portanto, a liberdade de contratar, visando a evitar arbitrariedades (SOUSA, 2012).

Nos contratos firmados pelo Poder Público a vontade representa apenas um complemento de um interesse público anterior previsto em lei, a exemplo da licitação, procedimento ao qual a Administração deve, em regra, submeter-se anteriormente à contratação (SOUSA, 2012).

Pelo exposto, a existência de contratos firmados pela Administração sob o regime jurídico de direito privado e a ocorrência de mitigação da autonomia da vontade nos contratos firmados pelo Poder Público não são suficientes para obstar a finalidade primordial dos atos da Administração, que é a realização do interesse público, o que

corroborar com a ideia segundo a qual a contratualização é uma tendência que vem a prestigiar a eficiência das atividades estatais.

4.2 A aplicação do procedimento arbitral às demandas envolvendo Administração Pública e a defesa do interesse público

Assim como as críticas feitas à contratualização administrativa, as oposições feitas à aplicação dos meios consensuais de solução de conflitos às demandas decorrentes deles concentram sua fundamentação em uma suposta ofensa ao interesse coletivo.

Desse modo, para realizarmos uma análise do tratamento dado aos interesses públicos no âmbito da arbitragem, importa esclarecer alguns pontos do regramento dado ao tema na legislação em vigor.

A Lei da Arbitragem (Lei nº 9.307/1996) estabelece requisitos para que seja admitida a instauração da arbitragem, os quais a doutrina chama de arbitrabilidade, segmentando-se em arbitrabilidade subjetiva, que estabelece quem pode se submeter à arbitragem, e arbitrabilidade objetiva, que se relaciona com o objeto do litígio, indicando as matérias que podem ser resolvidas por juízo arbitral (MEDEIROS, 2003).

No tocante à Administração, a Lei de Arbitragem, com as modificações trazidas pela Lei nº 13.129/2015, admite expressamente a utilização da arbitragem pela Administração Pública direta e indireta, de modo que haveria, então, arbitrabilidade subjetiva (CUNHA, 2020).

Já acerca da arbitrabilidade objetiva, a Lei 9.307/1996 estabelece que o Poder Público poderá se valer da arbitragem para solucionar conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, determinando ainda, que, caso seja identificada controvérsia quanto a direitos indisponíveis no curso do procedimento arbitral, ocorrerá a suspensão deste e a remessa da demanda à autoridade competente do Poder Judiciário (MEDEIROS, 2003).

Ocorre que a verificação do preenchimento desses pressupostos não é tarefa simples, já que a questão da arbitragem com o Poder Público sempre despertou muitos questionamentos e oposições.

Acerca do assunto, há, tradicionalmente, três correntes doutrinárias: uma primeira que inadmita a arbitragem envolvendo a Administração Pública com fundamento na indisponibilidade do interesse público; uma segunda que admite sempre, com fundamento na diferenciação entre o interesse do Poder Público e o interesse público; e

uma terceira corrente que admite a arbitragem quando houver lei específica para determinada atividade pública, fundada no princípio da legalidade (CUNHA, 2020).

Diante de tais posições, importa discorrermos acerca dos principais fundamentos de cada uma, bem como esclarecer seu cabimento ou descabimento conforme as diretrizes doutrinárias adotadas neste trabalho.

4.2.1 A suposta impossibilidade de ocorrência de arbitragem que envolva o Poder Público

A posição doutrinária no sentido da inadmissibilidade da arbitragem com a Administração Pública é embasada, essencialmente, na ideia literal do princípio da indisponibilidade do interesse público (CUNHA, 2020), segundo a qual é vedado à Administração Pública dispor do interesse da coletividade ou renunciar poderes a ela conferidos em função da tutela desses interesses (MEIRELLES, 2016).

Essa corrente, atualmente, não tem grande relevância, pois a Lei da Arbitragem, com as alterações trazidas pela Lei nº 13.129/15, expressamente admite a participação da Administração Pública em procedimento arbitral.

Apesar disso, muitas das críticas se fundamentam ainda na equivocada analogia entre a transação e o compromisso arbitral, de modo que, já que a Administração Pública não pode transacionar em virtude da indisponibilidade dos direitos envolvidos, também não poderia dispor deles mediante a utilização da arbitragem, que é um dos meios de solução de litígios alternativos ao Poder Judiciário (PEREIRA; GIOVANINI, 2017).

Ocorre que, tal fundamento não merece prosperar, primeiro porque o art. 1048 do Código Civil de 1916, que poderia embasar o referido entendimento ao dispor que “ao compromisso se aplicará, quanto possível, o disposto acerca da transação” (BRASIL, 1916, online), não foi reproduzido pelo Código Civil vigente; segundo porque, com a arbitragem, apenas se desloca a demanda da seara judicial para a arbitral, não sendo plausível entender que, com isso, o ente público estaria transigindo com o interesse público (LEMES, 2007, *apud* PEREIRA; GIOVANINI, 2017).

Desse modo, sendo o procedimento arbitral, como já esclarecido neste trabalho, uma verdadeira modalidade jurisdicional privada, exercendo a mesma função e produzindo os mesmos efeitos que a jurisdição estatal, não é cabível entender que ao submeter-se à arbitragem, a Administração estaria dispondo dos interesses da coletividade.

Assim, resta esclarecido que a ideia de vedação completa à submissão de litígios envolvendo o Poder Público à arbitragem em razão da aplicação do princípio da indisponibilidade do interesse público é obsoleta, não sendo amparada pela legislação em vigor.

4.2.2 A admissão da arbitragem envolvendo a Administração: distinção entre disponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade do interesse público

A Lei da Arbitragem, ao admitir que o Poder Público poderá se valer da arbitragem, estabelece que, nesses casos, os conflitos devem ser relativos a direitos patrimoniais disponíveis, determinando ainda que, caso seja identificada controvérsia quanto a direitos indisponíveis no curso do procedimento arbitral, ocorrerá a suspensão deste e a remessa da demanda à autoridade competente do Poder Judiciário (MEDEIROS, 2003).

Diante da limitação da abrangência da arbitragem aos direitos patrimoniais disponíveis, a corrente doutrinária que admite a participação da Administração nos procedimentos arbitrais diferencia a indisponibilidade dos interesses públicos da disponibilidade de direitos patrimoniais.

É que, quando a legislação estabelece que podem ser objeto da arbitragem direitos patrimoniais disponíveis, não significa dizer que esses direitos devem estar à livre disposição. Em verdade, quando se diz que os bens devem ser disponíveis, significa dizer que podem ser negociados pela Administração Pública por meio de institutos regidos pelo direito privado, como a compra e venda e a locação (DI PIETRO, 2015).

Sob essa ótica, há, dentre o patrimônio público, direitos disponíveis, ou seja, que são passíveis de valoração econômica. Isso porque a Administração Pública, apesar de não ter titularidade sobre esses bens, tem o dever de administrá-los de modo a melhor atender o bem da coletividade, podendo ser mais interessante, no caso concreto, a disposição do bem do que a sua preservação (DI PIETRO, 2015).

Assim, disponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade do interesse público são questões distintas, existindo bens sobre os quais não podem ser firmadas negociações diante de sua destinação pública e bens que possibilitam a melhor realização dos interesses públicos exatamente mediante sua disponibilidade (GRAU, 2002).

Sob essa perspectiva, quando a Administração puder contratar, havendo então disponibilidade de direitos patrimoniais, será admitido pactuar cláusula de arbitragem, não configurando forma de disposição do interesse público (GRAU, 2002).

Esclarecida a distinção entre disponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade do interesse público, ainda podemos fundamentar a admissão da arbitragem com o Poder Público na diferenciação dos atos administrativos em atos de império e atos de gestão.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 437), os atos de império são “os que a Administração praticava no gozo de prerrogativas de autoridade” como a ordem de interdição de um estabelecimento, já os atos de gestão são “os que a Administração praticava sem o uso de poderes comandantes”, como a venda de um bem.

Partindo dessa distinção, no exercício dos atos de gestão não há prerrogativas próprias de autoridade, havendo muitas vezes a aplicação do direito privado aos contratos celebrados, podendo os conflitos decorrentes desses atos serem submetidos à arbitragem (DI PIETRO, 2015).

Já no que tange aos atos de império, praticados com as prerrogativas de autoridade do ente em atuação em nome do Estado, não é admitida a submissão dos litígios deles decorrentes ao juízo arbitral, sendo cabível apenas a utilização da arbitragem quanto aos efeitos patrimoniais das decisões, já que possuem valoração econômica (DI PIETRO, 2015).

Lauro Gama Júnior (2005) correlaciona ainda o interesse público primário, que é ligado às necessidades coletivas, aos atos de império e o interesse público secundário, relacionado a interesses patrimoniais do Estado, aos atos de gestão.

Assim, correspondendo os interesses secundários a interesses patrimoniais da Administração, a indisponibilidade não se aplica a eles, de modo que a indisponibilidade é regra apenas no caso dos interesses primários (GAMA JÚNIOR, 2005).

4.2.3 A desnecessidade de existência de lei específica acerca dos interesses que podem ser submetidos à arbitragem

Há ainda, na doutrina, corrente que admite a arbitragem desde que haja lei específica para determinada atividade pública, fundada no princípio da legalidade (CUNHA, 2020) e na supremacia do interesse público sobre o interesse privado como regra geral que confere privilégios materiais e processuais ao Poder Público, em razão dos quais

seria necessária autorização legislativa para que se pudesse considerar disponíveis direitos contratuais que se pretende submeter à arbitragem (GAMA JÚNIOR, 2005).

Ocorre que, rememorando matéria já tratada neste trabalho, a tendência atual do Direito Administrativo é de uma compreensão mais flexível da supremacia do interesse público e do próprio conceito de interesse público, sempre pautada na razoabilidade e na ponderação diante do caso concreto.

Nesse sentido, exigir a existência de uma lei específica que autorize a Administração a dispor de determinado direito por meio da arbitragem contraria as diretrizes administrativas atuais, posto que reflete o autoritarismo não mais admitido nas relações entre o Poder Público e o particular e não se compatibiliza com a contratualização vista no modelo de administração consensual (GAMA JÚNIOR, 2005).

Além disso, como visto, a própria compreensão da natureza dos atos administrativos e dos interesses públicos envolvidos no conflito é suficiente para determinar a disponibilidade ou não dos direitos envolvidos, de modo que é prescindível a existência de lei específica disciplinando a disponibilidade de determinado interesse ou direito contratual firmado pelo Poder Público, sendo a sua exigência inclusive contrária às características de eficiência e celeridade do procedimento arbitral (GAMA JÚNIOR, 2005).

Assim, muito embora não possa haver a livre disposição dos bens como ocorre nas relações regidas exclusivamente pelo direito privado, para o emprego da arbitragem pelo Poder Público não há necessidade de lei específica determinando os direitos que podem ser submetidos a ela, devendo haver uma análise concreta à luz do princípio da razoabilidade.

4.3 O afastamento do sigilo nos procedimentos arbitrais que envolvem o Poder Público

Ainda acerca dos supostos impedimentos à utilização da arbitragem pelo Poder Público, muito se discute a respeito da confidencialidade, padrão nesse tipo de procedimento, que supostamente não se compatibilizaria com o princípio constitucional da publicidade que rege a atuação da Administração Pública.

Para Hely Lopes Meirelles (2016, p. 100), a publicidade consiste na “divulgação oficial do ato para conhecimento público e início de seus efeitos externos”, ou seja, é somente após tornarem-se públicos que atos e contratos administrativos, bem como as leis, adquirem validade perante terceiros.

Desse modo, caso não seja atendida a publicidade dos atos e contratos administrativos, não serão produzidos seus regulares efeitos, além de estarem sujeitos à invalidação (MEIRELLES, 2016).

A essencialidade da observância da publicidade na atuação administrativa é notória, sendo imprescindível para a realização do controle pelos interessados diretos e pela sociedade civil, por meio dos meios constitucionais como o mandado de segurança e a ação popular (MEIRELLES, 2016), bem como pelos órgãos de controle administrativo, como o Ministério Público e o Tribunal de Contas (VALLE, 2018).

Desse modo, a publicidade, além de validar o ato ou contrato administrativo, colabora com o controle de possíveis arbitrariedades e com a satisfação do interesse público, na medida em que possibilita o controle finalístico das atividades da Administração Pública.

No que tange à arbitragem, objeto de nosso estudo, a publicidade ganha contornos diferenciados. É que, por se tratar de um procedimento privado de solução de conflitos, a confidencialidade é regra geral, tanto no Brasil, como no exterior (BRAGHETTA, 2013).

Frise-se que a Lei de Arbitragem não traz expressamente o sigilo como pressuposto da arbitragem, no entanto, entre os deveres dos árbitros, elencados em seu artigo 13, parágrafo 6º, determina-se que é dever do árbitro agir com discrição no desempenho de sua função (BRAGHETTA, 2013).

Além disso, independentemente de disposição legal acerca da confidencialidade, normalmente esta é regra nas arbitragens, por haver previsão no regulamento da instituição arbitral que realizará o procedimento ou por escolha das partes na cláusula compromissória (BRAGHETTA, 2013).

De fato, a confidencialidade tem muita importância no contexto da arbitragem em razão do tipo de demanda que geralmente é submetida a ela, muitas vezes envolvendo tecnologia, logística e estratégias de empresas (BRAGHETTA, 2013), no entanto, quando tratamos de arbitragem envolvendo o Poder Público a questão se torna controversa em razão do dever de observância ao princípio da publicidade que rege a atuação administrativa.

Diante do referido conflito entre o princípio da publicidade e a confidencialidade dos procedimentos arbitrais, a Lei nº 13.129/2015, alterando a Lei de Arbitragem, estabeleceu como condição de validade da arbitragem com o Poder Público a aplicação do princípio da publicidade (OLIVEIRA; FIGUEIROA, 2015).

A legislação em comento, em seu artigo 2º, §3º, assim dispõe: “A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade” (BRASIL, 2015b).

Já no âmbito infraconstitucional, a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011), garante que qualquer interessado possa pedir acesso a informações no âmbito da Administração Direta e Indireta (CUNHA, 2020).

Sob a ótica da arbitragem, os dispositivos legais mencionados garantem que qualquer indivíduo integrante da sociedade civil possa requerer informações a respeito de procedimentos arbitrais que envolvam o Poder Público, cabendo à Administração cumprir com o dever de dar publicidade aos atos e não à instituição onde tramita a arbitragem (CUNHA, 2020).

A incumbência de promover a publicidade, no entanto, não deve ser absoluta, podendo o pedido de acesso ser negado caso haja fundamento para a limitação de acesso à informação. Nesse sentido o enunciado nº 128 do Fórum Nacional do Poder Público estabelece que:

O juízo arbitral não se subordina aos pedidos de informação realizados com base na Lei 12.527/2011, quando a Administração Pública for parte no processo arbitral, fundado em razões que justifiquem a limitação de acesso à informação. (RODRIGUES; NOLASCO, 2019, online).

Assim, mesmo diante de arbitragem na qual a Administração Pública é parte, pode haver necessidade de se compatibilizar o princípio da publicidade com a confidencialidade caso existam razões que justifiquem essa limitação de acesso à informação, de modo que, mesmo observando o princípio da publicidade, nesses casos o Poder Público deve dar publicidade apenas o que for necessário para garantir transparência das suas atividades (MARTINS, 2016).

Outrossim, a publicidade será mitigada nas hipóteses de sigilo previstas em lei, tendo o Fórum Nacional do Poder Público consagrado esse entendimento no enunciado nº 104, *in verbis*: “Na arbitragem com a Administração Pública, a publicidade dos atos e documentos do processo está sujeita à mitigação em função dos casos de sigilo previstos em lei” (CUNHA, 2020, *e-book*).

Importa destacar que, mesmo fora do âmbito da Administração Pública, há uma tendência de conferir maior transparência ao procedimento arbitral, garantindo confiança nas instituições e nos árbitros, bem como possibilitando um mais amplo conhecimento da sociedade acerca do procedimento arbitral (OLIVEIRA; FIGUEIROA, 2015).

Assim, verifica-se a possibilidade de compatibilizar o princípio da publicidade com a confidencialidade, podendo haver a relativização do sigilo normalmente garantido no procedimento arbitral mesmo nos casos em que estejam envolvidos apenas direitos privados, dependendo da natureza do litígio ou de seu objeto (OLIVEIRA; FIGUEIROA, 2015).

Diante dessa tendência de relativização do sigilo, surgem questionamentos acerca de um suposto desvirtuamento da essência do procedimento arbitral, tomando como fundamento a confidencialidade como pressuposto da arbitragem (OLIVEIRA; FIGUEIROA, 2015).

Esse entendimento não merece prosperar, posto que o sigilo não é requisito para a instauração da arbitragem, sendo apenas uma característica geral da estruturação dos procedimentos que consagra a autonomia da vontade das partes, esse sim um pressuposto da arbitragem (OLIVEIRA; FIGUEIROA, 2015).

Vemos, então, que é possível a aplicação do princípio da publicidade aos procedimentos arbitrais, sendo inclusive uma tendência que gradualmente vem sendo admitida nos tribunais arbitrais em geral e uma regra na legislação brasileira no que tange aos procedimentos em que a Administração Pública figura como parte.

Desse modo, a utilização da arbitragem pelo Poder Público em nada obstaculiza a realização do interesse público, pelo contrário, prestigia-o em razão de sua celeridade e eficiência, não sendo cabível fazer oposição ao procedimento em razão de uma suposta confidencialidade que não coaduna com o regime-jurídico da administração, conforme restou esclarecido.

4.4 Análise casuística de procedimentos envolvendo arbitragem com o Poder Público no Brasil à luz do entendimento dos tribunais superiores

Esclarecidos os principais posicionamentos doutrinários acerca da utilização da arbitragem na solução de controvérsias envolvendo o Poder Público, é pertinente perquirir o tratamento dado a esses casos nas hipóteses em que as demandas foram levadas aos tribunais superiores.

Dentre os casos de arbitragem com a Administração julgados pelo Supremo Tribunal Federal, o Caso Lage, já citado neste trabalho, é emblemático e representa um marco jurisprudencial acerca do tema no Brasil (1974).

Na ocasião de seu julgamento, no ano de 1973, décadas antes de haver marco regulatório da arbitragem no País, o Pretório Excelso entendeu pela legalidade da instauração de juízo arbitral mesmo nas demandas contra a Administração e reconheceu a constitucionalidade da cláusula de irrecorribilidade da sentença arbitral (BRASIL, 1974).

Já após a publicação da Lei nº 9.307/96, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), sob relatoria do Ministro João Otávio de Noronha, julgou o Recurso Especial nº 606.345/RS, demanda na qual a Companhia Estadual de Energia Elétrica do Estado do Rio Grande do Sul, sociedade de economia mista, e a empresa Uruguaiana Empreendimentos LTDA, discutiam a legalidade de cláusula compromissória, a qual foi reconhecida pelo tribunal nos termos que seguem:

PROCESSO CIVIL. JUÍZO ARBITRAL. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ART. 267, VII, DO CPC. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. DIREITOS DISPONÍVEIS. 1. Cláusula compromissória é o ato por meio do qual as partes contratantes formalizam seu desejo de submeter à arbitragem eventuais divergências ou litígios passíveis de ocorrer ao longo da execução da avença. Efetuado o ajuste, que só pode ocorrer em hipóteses envolvendo direitos disponíveis, ficam os contratantes vinculados à solução extrajudicial da pendência. 2. A eleição da cláusula compromissória é causa de extinção do processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, inciso VII, do Código de Processo Civil. 3. **São válidos e eficazes os contratos firmados pelas sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços (CF, art. 173, § 1º) que estipulem cláusula compromissória submetendo à arbitragem eventuais litígios decorrentes do ajuste.** 4. Recurso especial provido. (BRASIL, 2007, online, grifos nossos).

No mesmo sentido, no julgamento do Recurso Especial nº 904.813/PR, interposto pela Companhia Paranaense de Gás Natural – Compagás em face da empresa Consórcio Carioca Passarelli, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu não haver óbice à estipulação de arbitragem com o Poder Público, especialmente com as sociedades de economia mista, conforme ementa colacionada abaixo:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. LICITAÇÃO. ARBITRAGEM. VINCULAÇÃO AO EDITAL. CLÁUSULA DE FORO. COMPROMISSO ARBITRAL. EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO DO CONTRATO. POSSIBILIDADE. 1. A fundamentação deficiente quanto à alegada violação de dispositivo legal impede o conhecimento do recurso. Incidência da Súmula 284/STF. 2. O reexame de fatos e provas em recurso especial é inadmissível. 3. A ausência de decisão sobre os dispositivos legais supostamente violados, não obstante a interposição de embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial. Incidência da Súmula 211/STJ. 4. Não merece ser conhecido o recurso especial que deixa de impugnar fundamento suficiente, por si só, para manter a conclusão do julgado. Inteligência da Súmula 283 do STF. 5. **Tanto a doutrina como a jurisprudência já sinalizaram no sentido de que não existe óbice legal na estipulação da arbitragem pelo poder público, notadamente pelas sociedades de economia mista, admitindo como válidas as cláusulas compromissórias previstas em editais convocatórios de licitação e contratos.**

6. 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. 7. 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. 8. A cláusula de eleição de foro não é incompatível com o juízo arbitral, pois o âmbito de abrangência pode ser distinto, havendo necessidade de atuação do Poder Judiciário, por exemplo, para a concessão de medidas de urgência; execução da sentença arbitral; instituição da arbitragem quando uma das partes não a aceita de forma amigável. 9. A controvérsia estabelecida entre as partes - manutenção do equilíbrio econômico financeiro do contrato - é de caráter eminentemente patrimonial e disponível, tanto assim que as partes poderiam tê-la solucionado diretamente, sem intervenção tanto da jurisdição estatal, como do juízo arbitral. 10. A submissão da controvérsia ao juízo arbitral foi um ato voluntário da concessionária. Nesse contexto, sua atitude posterior, visando à impugnação desse ato, beira às raias da má-fé, além de ser prejudicial ao próprio interesse público de ver resolvido o litígio de maneira mais célere. 11. Firmado o compromisso, é o Tribunal arbitral que deve solucionar a controvérsia. 12. Recurso especial não provido. (BRASIL, 2012, online, grifos nossos).

Além disso, a referida decisão firmou o entendimento de que a ausência de previsão da arbitragem no edital da licitação ou no contrato não é suficiente para invalidar compromisso arbitral pactuado posteriormente, e de que a cláusula de eleição de foro não é incompatível com o procedimento arbitral, em razão de abranger apenas eventuais participações necessárias do Poder Judiciário.

Já em novembro de 2019, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça entendeu ser o Poder Judiciário competente para o julgamento de demandas indenizatórias movidas por investidores da Petrobrás em face da União e da companhia em razão da desvalorização das ações resultante da Operação Lava Jato, mesmo existindo cláusula compromissória no Estatuto Social da Petrobrás (BRASIL, 2020).

A decisão de afastamento da arbitragem, embora reconheça a possibilidade de sua utilização pela Administração Pública, fundamenta-se na ausência de arbitrabilidade subjetiva, em razão de não haver autorização legal para a submissão da União ao procedimento arbitral na condição de acionista e controladora da empresa pública e de que, nos termos previsão estatutária, não é possível inferir que seus efeitos abrangem a União.

Além disso, a posição é respaldada na ausência de arbitrabilidade objetiva, posto que a natureza indenizatória da demanda extrapola o objeto determinado na cláusula compromissória analisada.

Observe-se a ementa do julgado proferido sob relatoria da Ministra Nancy Andriahi:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. ARBITRAGEM OU JURISDIÇÃO ESTATAL. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. ART. 58 DO ESTATUTO SOCIAL DA PETROBRAS. SUBMISSÃO DA UNIÃO A PROCEDIMENTO ARBITRAL. IMPOSSIBILIDADE. DISCUSSÃO ACERCA DA PRÓPRIA CONDIÇÃO DE EXISTÊNCIA DA CLÁUSULA AO ENTE PÚBLICO. COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DA JURISDIÇÃO ESTATAL. INEXISTÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO LEGAL OU ESTATUTÁRIA. PLEITO INDENIZATÓRIO COM FUNDAMENTO NA DESVALORIZAÇÃO DAS AÇÕES POR IMPACTOS NEGATIVOS DA OPERAÇÃO "LAVA JATO". PRETENSÃO QUE TRANSCENDE AO OBJETO SOCIETÁRIO. 1.No atual estágio legislativo, não restam dúvidas acerca da possibilidade da adoção da arbitragem pela Administração Pública, direta e indireta, bem como da arbitrabilidade nas relações societárias, a teor das alterações promovidas pelas Leis nº 13.129/2015 e 10.303/2001. 2. A referida exegese, contudo, não autoriza a utilização e a extensão do procedimento arbitral à União na condição de acionista controladora da Petrobrás, seja em razão da ausência de lei autorizativa ou estatutária (arbitrabilidade subjetiva), seja em razão do conteúdo do pleito indenizatório que subjaz o presente conflito de competência na hipótese, o qual transcende o objeto indicado na cláusula compromissória em análise (arbitrabilidade objetiva). 3. Nos exatos termos da cláusula compromissória prevista no art. 58 do Estatuto da Petrobras, a adoção da arbitragem está restrita "às disputas ou controvérsias que envolvam a Companhia, seus acionistas, os administradores e conselheiros fiscais, tendo por objeto a aplicação das disposições contidas na Lei nº 6.404, de 1976, neste Estatuto Social". 4. Em tal contexto, considerando a discussão prévia acerca da própria existência da cláusula compromissória em relação ao ente público - circunstância em que se evidencia inaplicável a regra da "competência-competência" - sobressai a competência exclusiva do Juízo estatal para o processamento e o julgamento de ações indenizatórias movidas por investidores acionistas da Petrobrás em face da União e da Companhia. 5. Conflito de competência conhecido para declarar a competência do Juízo Federal suscitado. (BRASIL, 2020, online).

Verifica-se então que, embora o entendimento dos tribunais superiores brasileiros tradicionalmente seja no sentido de admissão da participação da Administração Pública em procedimentos arbitrais, e embora a Lei nº 13.129/15 tenha alterado parcialmente a Lei de Arbitragem prevendo expressamente essa possibilidade, na prática, a questão ainda não foi esgotada e é capaz de suscitar complexos dilemas ao intérprete da lei.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No sentido de asseverar a possibilidade de a Administração utilizar a arbitragem como meio de solução dos conflitos dos quais é parte e, por meio dela, alcançar sua finalidade principal de satisfazer os interesses públicos, objetivo central deste trabalho, buscou-se realizar um estudo pormenorizado dos principais embasamentos da resistência apresentada por parcela da doutrina, figurando então, como objetivos específicos desta pesquisa, a demonstração de que a arbitragem se coaduna com os princípios da inafastabilidade da jurisdição, da legalidade, da publicidade e, em especial, da indisponibilidade e da supremacia do interesse público.

Quanto à crítica no sentido da inaplicabilidade da arbitragem em razão da impossibilidade de ser afastada a jurisdição, vimos que o argumento não tem qualquer respaldo, já que o procedimento arbitral, muito embora não seja executado pelo Poder Judiciário, constitui verdadeiramente uma modalidade jurisdicional privada, exercendo a mesma função e produzindo os mesmos efeitos que a jurisdição estatal.

Não é plausível também embasar a contrariedade no princípio da legalidade, posto que a Lei nº 13.129/15 incluiu na Lei de Arbitragem a expressa autorização de sua utilização no contexto das demandas em que a Administração Pública direta ou indireta figure como parte.

Além disso, diante da compreensão do alcance e natureza dos interesses públicos envolvidos na demanda, torna-se desnecessária a edição de lei que especifique a disponibilidade ou não de determinado interesse ou direito contratual pactuado pelo Poder Público, obstando, o entendimento contrário, a celeridade e eficiência buscadas com a utilização da arbitragem.

Sob a ótica da salvaguarda do interesse público, opor-se à utilização da arbitragem no contexto em análise contraria o novo olhar dado ao princípio da supremacia do interesse público, segundo o qual é admitida a mitigação de tal primazia diante da situação concreta; e contraria a tendência de consensualidade administrativa, que prestigia a máxima realização de todos os interesses envolvidos nas demandas, representando esse entendimento um engessamento da estrutura da Administração que não traz qualquer benefício aos administrados.

Isso porque, mesmo no exercício de sua liberdade de contratar, a Administração não a exerce de modo pleno, sendo a expressão da sua vontade limitada pela legalidade e pelo interesse público, não sendo a tendência da consensualidade capaz de atrapalhar o

alcance da finalidade primordial dos atos da administração, que é a realização dos interesses da coletividade.

No que tange especificamente à disposição desses interesses nos casos de solução dos litígios da Administração por meio do procedimento arbitral, os críticos partem de fundamentação equivocada que não diferencia a indisponibilidade dos interesses públicos da disponibilidade de direitos patrimoniais.

Nessa toada, é imprescindível reavivar a existência de direitos passíveis de valoração econômica entre os interesses públicos, podendo o Poder Público optar pela disposição desses bens ao invés de sua preservação como forma de melhor atender o bem da coletividade.

Além disso, nem todos os atos praticados pelos agentes públicos gozam de prerrogativas próprias de autoridade decorrentes da atuação em nome do Estado, é o que se convencionou chamar de atos de gestão.

Esses atos, que não são revestidos de prerrogativas especiais, admitem, em certa medida, a aplicação do regramento de direito privado aos contratos celebrados e aos conflitos deles decorrentes, de modo que é inquestionável o cabimento da arbitragem na solução de tais casos.

Importa rememorar ainda a distinção entre interesses públicos primários, ligados às necessidades coletivas propriamente ditas; e secundários, que correspondem aos interesses da Administração enquanto sujeito, relacionando-se essencialmente a interesses patrimoniais do Estado.

Esses interesses públicos secundários, por serem interesses da própria Administração e não da sociedade, não gozam de tratamento diferenciado, de modo que não se aplica a eles a indisponibilidade, que é regra geral no caso dos interesses da sociedade, ou seja, dos interesses primários.

Por fim, ressalte-se que, mesmo a crítica acerca do sigilo que normalmente se aplica aos procedimentos arbitrais, o qual supostamente não se coaduna com o princípio administrativo da publicidade, encontra-se superada, posto que a publicidade é uma tendência que gradualmente vem sendo admitida nos tribunais arbitrais, mesmo nos casos em que a demanda envolva apenas particulares, e, quanto aos procedimentos em que a Administração Pública figura como parte, é condição de validade da arbitragem no Brasil, conforme alterações à Lei de Arbitragem aplicadas com o advento da Lei nº 13.129/2015.

Assim, atendeu-se aos objetivos do presente trabalho já que, embora haja questões de cunho prático que suscitem dificuldades em sua efetivação, foi demonstrado o

completo cabimento da utilização arbitragem na solução de demandas envolvendo o Poder Público, tendo sido verificado ainda que as críticas realizadas são fundamentadas em premissas equivocadas.

Em verdade, a arbitragem, além de cabível na hipótese em análise, representa opção que, ao contrário do que tentam convencer as críticas aqui refutadas, favorece a eficiente realização dos interesses públicos, figurando, em muitos casos, a melhor alternativa para a solução de controvérsias decorrentes de contratos firmados pela Administração Pública.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. Sobre a natureza jurisdicional da arbitragem. *In*: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre. **Arbitragem**: estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-5-2015. São Paulo: Saraiva, 2016.

AMB. Associação dos Magistrados Brasileiros. **O uso da Justiça e o litígio no Brasil**. [S.l.], 2015. p. 92. Disponível em: <https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2018/05/Pesquisa-AMB-10.pdf>. Acesso em: 2 set. 2020.

ÁVILA, Humberto. Repensando o "princípio da supremacia do interesse público sobre o particular". **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 7, out. 2001. Disponível em: https://livros-e-revistas.vlex.com.br/vid/repensando-supremacia-interesse-particular-59626899?_ga=2.4033017.836363807.1590633757-1019722684.1590633757. Acesso em: 12 jun. 2020.

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 239, p. 1-31, jan. 2005. Fundação Getulio Vargas. <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v239.2005.43855>. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43855/44713>. Acesso em: 28 maio 2020.

BRAGHETTA, Adriana. Confidencialidade é regra geral na arbitragem. **Revista Consultor Jurídico**, [S.l.], 19 abr. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-abr-19/adriana-bragheta-confidencialidade-regra-geral-arbitragem?1561556698167>. Acesso em: 8 ago. 2020.

BRANCO, Janaína Soares Noletto Castelo. **Advocacia Pública e solução consensual dos conflitos**. Salvador: JusPodivm, 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 3 set. 2020.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 jan. 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 3 set. 2020.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869impresao.htm. Acesso em: 3 set. 2020.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 27 set. 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 3 set. 2020.

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 24 set. 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9307.htm. Acesso em: 3 set. 2020.

BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 mar. 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm. Acesso em: 3 set. 2020.

BRASIL. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações [...] e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 18 nov. 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm. Acesso em: 3 set. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 mar. 2015a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 3 set. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, [...] e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 27 maio 2015b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm. Acesso em: 3 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 151130 SP 2017/0043173-8 – Decisão Monocrática. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Brasília, DF. **Jusbrasil**, [Brasília, DF], maio 2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/576434898/conflito-de-competencia-cc-151130-sp-2017-0043173-8/decisao-monocratica-576434908>. Acesso em: 3 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 151130 SP 2017/0043173-8. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Brasília, DF, 27 nov. 2019. **Jusbrasil**, [Brasília, DF], fev. 2020. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/858140636/conflito-de-competencia-cc-151130-sp-2017-0043173-8?ref=serp>. Acesso em: 3 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 606345 RS 2003/0205290-5. Relator: Ministro João Otávio de Noronha, Brasília, DF, 17 maio 2007. **Jusbrasil**, [Brasília, DF], jun. 2007. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8926234/recurso-especial-resp-606345-rs-2003-0205290-5/inteiro-teor-14086267>. Acesso em: 3 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 904813 PR 2006/0038111-2. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Brasília, DF, 20 out. 2011. **Jusbrasil**, [Brasília, DF], fev. 2012. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21612526/recurso-especial-resp-904813-pr-2006-0038111-2-stj/inteiro-teor-21612527>. Acesso em: 3 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 916 MT. Relator: Ministro Joaquim Barbosa, Brasília, DF, 2 fev. 2009. **Jusbrasil**, [Brasília, DF], mar. 2009. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2909613/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-916-mt/inteiro-teor-101170287?s=paid>. Acesso em: 3 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 52181GB. Relator: Ministro Bilac Pinto, Brasília, DF, 14 nov. 1973. **Jusbrasil**, [Brasília, DF], fev. 1974. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/712725/agravo-de-instrumento-ai-52181-gb>. Acesso em: 2 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 992000 CE - CEARÁ. Relator: Ministro Dias Toffoli, Brasília, DF, 31 mar. 2017. **Jusbrasil**, [Brasília, DF], abr. 2017. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/769762496/agreg-no-recurso-extraordinario-com-agravo-agr-are-992000-ce-ceara/inteiro-teor-769762547>. Acesso em: 2 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 253.885-0 MG – MINAS GERAIS. Relatora: Ministra Ellen Gracie, Brasília, DF, 4 jun. 2002. **Diário da Justiça**, [Brasília, DF], 21 jun. 2002, p 118. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=258322>. Acesso em: 2 set. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1271/2005. Plenário. Relator: Ministro Marcos Bemquerer, Brasília, DF, 24 ago. 2005. **Tribunal de Contas da União – Pesquisa Integrada**. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/%2520Ac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%25201271%252F2005/%2520DTR-ELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uid=d5fddb00-d5fc-11ea-b651-43dba3000217>. Acesso em: 3 ago. 2020.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**: Volume 1. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

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

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book*.

DAVI, Kaline Ferreira. Composição de Litígios Pela Administração Pública Sem Intervenção do Judiciário. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 18, abr. 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/kaline-ferreira-davi/composicao-de-litigios-pela-administracao-publica-sem-intervencao-do-judiciario>. Acesso em: 12 jun. 2020.

DIDIER Jr., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. v. I.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. As possibilidades de arbitragem em contratos administrativos. **Revista Consultor Jurídico**, [S.l.], 24 set. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-24/interesse-publico-possibilidades-arbitragem-contratos-administrativos2>. Acesso em: 7 ago. 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 31. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GAMA JÚNIOR, Lauro. Sinal verde para a arbitragem nas parcerias público-privadas (a construção de um novo paradigma para os contratos entre o estado e o investidor privado). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 241, p. 121-157, jul./set. 2005. ISSN 2238-5177. Fundação Getulio Vargas. <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v241.2005.43331>. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43331/44671>. Acesso em: 4 set. 2020.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil, Volume 1**: teoria geral e processo de conhecimento. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-book*.

GRAU, Eros Roberto. Da arbitrabilidade de litígios envolvendo sociedades de economia mista e da interpretação de cláusula compromissória. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, [S.l.], v. 5, n. 18, p. 395-405, out./dez. 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARTINS, André Chateaubriand. Arbitragem e Administração Pública. In: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre. **Arbitragem**: estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-5-2015. São Paulo: Saraiva, 2016.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEDEIROS, Suzana Domingues. Arbitragem envolvendo o Estado no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 233, p. 71-101, jul./set. 2003. ISSN 2238-5177. Fundação Getulio Vargas. <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v233.2003.45444>. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45444/44988>. Acesso em: 8 ago. 2020.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed., atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros, 2016. 968 p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século – o caso brasileiro. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**, Rio de Janeiro, v. 57, p. 106-126, 2003a. Disponível em: <https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=ODc3OQ%2C%2C>>. Acesso em: 21 jul. 2020.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 231, p. 129-156, jan. 2003b. ISSN 2238-5177. Fundação Getulio Vargas. <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v231.2003.45823>. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45823/45108>>. Acesso em: 21 jul. 2020.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 10 ed. Salvador: Jus Podivm, 2018.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019. *E-book*.

OLIVEIRA, Gustavo Justino; FIGUEIROA, Caio Cesar. Arbitragem é conciliável com os princípios da transparência e publicidade. **Revista Consultor Jurídico**, [S.l.], 9 dez. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-dez-09/arbitragem-conciliavel-transparencia-publicidade>. Acesso em: 7 ago. 2020.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020. *E-book*.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Princípios do direito administrativo**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

PARADA, André Luis Nascimento. Análise crítica das decisões do Tribunal de Contas da União acerca da utilização da arbitragem em contratos administrativos. Evolução interpretativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 273, p. 165-198, set. 2016. ISSN 2238-5177. Fundação Getulio Vargas. <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v273.2016.66660>. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/66660>>. Acesso em: 3 ago. 2020.

PEREIRA, Ana Lucia Pretto; GIOVANINI, Ana Elisa Pretto Pereira. Arbitragem na Administração Pública brasileira e indisponibilidade do interesse público. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 2, p. 1146-1161, 27 abr. 2017. Universidade de Estado do Rio de Janeiro. <http://dx.doi.org/10.12957/rqi.2017.23491>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/23491/20498>. Acesso em: 6 ago. 2020.

RODRIGUES, Marco Antonio. **A Fazenda Pública no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

RODRIGUES, Marco Antonio; NOLASCO, Rita Dias. Enunciados do V Fórum Nacional do Poder Público. **JOTA**. [S.l.], 29 set. 2019. Disponível em: <https://>

www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/tribuna-da-advocacia-publica/enunciados-do-v-forum-nacional-do-poder-publico-29092019. Acesso em: 3 set. 2020.

SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antonio. **Manual de arbitragem**. 5. ed. rev., atual.e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SCHIRATO, Vitor Rhein; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Consenso e Legalidade: vinculação da Atividade Administrativa Consensual ao Direito. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 24, dez. 2011. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/vitor-rhein-schirato/consenso-e-legalidade-vinculacao-da-atividade-administrativa-consensual-ao-direito>. Acesso em: 21 jul. 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUSA, Guilherme Carvalho e. A liberdade de contratar para a administração pública: a autonomia da vontade no contrato administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 260, p. 183-201, jan. 2012. ISSN 2238-5177. Fundação Getúlio Vargas. <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v260.2012.8834>. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8834>. Acesso em: 2 set. 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**, Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2014. *E-book*.

VALLE, Vivian Lima López. Arbitragem administrativa e consensualidade: análise pontual do novo paradigma da ação administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 277, n. 3, p. 209-245, nov. 2018. ISSN2238-5177. Fundação Getúlio Vargas. <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v277.2018.77682>. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77682/74645>. Acesso em: 8 ago. 2020.

VITAL, Danilo. Sem lei que autorize, União não pode ir a arbitragem como acionista da Petrobras. **Revista Consultor Jurídico**, [S.l.], 26 fev. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-26/lei-autorize-uniao-nao-ir-arbitragem-acionista>. Acesso em: 3 set. 2020.