



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO – CAMPUS JOÃO PESSOA
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA

BRUNA KELLY DA SILVA

ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: LIMITES E VIABILIDADE

JOÃO PESSOA
2022

BRUNA KELLY DA SILVA

ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: LIMITES E VIABILIDADE

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba comorequisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Dr. André Luiz Cavalcanti Cabral

JOÃO PESSOA
2022

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

S586a Silva, Bruna Kelly da.

Arbitragem na administração pública: limites e viabilidade / Bruna Kelly da Silva. - João Pessoa, 2022.

62 f.

Orientação: André Luiz Cavalcanti Cabral.
Monografia (Graduação) - UFPB/CCJ.

1. Arbitragem. 2. Administração Pública. 3. Limites. 4. Viabilidade. I. Cabral, André Luiz Cavalcanti. II. Título.

UFPB/CCJ

CDU 34

BRUNA KELLY DA SILVA

ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: LIMITES E VIABILIDADE

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Dr. André Luiz Cavalcanti Cabral

DATA DA APROVAÇÃO: 01 DE DEZEMBRO DE 2022

BANCA EXAMINADORA:

ANDRE LUIZ CAVALCANTI
CABRAL:02357888482

Assinado digitalmente por ANDRÉ LUIZ CAVALCANTI CABRAL.32357886482
DN: CN=BR, OU=CP-Brasil, OU=Autoridade Certificadora Root Brasileira v2,
OU=CA SOLUTIS, OU=CA SOLUTIS Multisig, DN=20387330000162,
c=Brasileiro, o=CP-Brasil, ou=CA SOLUTIS Multisig, ou=CA SOLUTIS Multisig
c=Brasileiro, o=CP-Brasil, ou=CA SOLUTIS Multisig, ou=CA SOLUTIS Multisig
Localização: sua localidade de assinatura aqui
Data: 2023.12.15 15:30:07-0300
Tipo: CRL, Reader Vazio: 13.1.0

Prof. Dr. ANDRÉ LUIZ CAVALCANTI CABRAL
(ORIENTADOR)


Prof. Dra. MARÍLIA MARQUES REGO VILHENA
(AVALIADOR)

JONABIO BARBOSA DOS SANTOS
A conformidade com a assinatura pode ser verificada em
brasil.org.br/brasil.org.br/assinatura-digital

Prof. Dr. JONÁBIO BARBOSA DOS SANTOS
(AVALIADOR)

Dedico este trabalho Àquele que, em todos os momentos, foi a minha base de superação: Deus. E também aos meus queridos avós que se foram sem presenciar a concretização de um sonho.

AGRADECIMENTOS

Este trabalho é fruto de um sonho traçado na infância e de muitas abdições, pois, não é fácil sair do aconchego e tranquilidade do sertão para estudar na capital, deixando para trás, família e amigos queridos, os quais sempre me serviram de apoio e contribuíram para eu poder chegar ao final da graduação, motivo pelo qual, dedico este trabalho.

Em primeiro lugar, a Deus, que fez com que os meus objetivos fossem alcançados, durante toda a minha graduação, tendo permitido que eu tivesse saúde e determinação para não desanimar durante a realização deste trabalho.

Aos meus avós, Maria de Lourdes e Alfredo Paulino (*in memoriam*) que me incentivaram em todos os momentos difíceis e telefonaram todos os dias até o final das suas vidas para que eu não me sentisse sozinha, compreendendo a minha ausência.

As minhas irmãs, Brenda Kércya e Jenifer Kelly, por todo apoio, amor e companheirismo.

Aos meus amigos, Isac Fabrício, Leandro Oziel e Luciano Samuel, que sempre estiveram ao meu lado, pela amizade e por todo apoio demonstrado ao longo de toda a graduação, vocês são muito especiais.

Aos professores, por todos os ensinamentos, e em especial ao Prof. Dr. André Cabral, pela oportunidade que tive de ser sua monitora durante dois anos, e por ter sido o meu orientador, desempenhado tal função com dedicação e amizade.

Aos meus colegas do curso, com quem convivi durante os últimos anos, pela troca de experiências que me permitiram crescer, como pessoa e profissional.

À Universidade Federal da Paraíba, pelo incentivo ao desenvolvimento dos alunos, sendo essencial no meu processo de formação profissional, pela dedicação, e por tudo que aprendi durante o curso.

A todas as pessoas que participaram de forma direta ou indiretamente no desenvolvimento deste trabalho, enriquecendo o meu processo de aprendizado. Deixo aqui os meus sinceros agradecimentos. MUITÍSSIMO OBRIGADA!

“A felicidade é o sorriso da alma na dádiva de viver o simples”. Obrigada vovó Lourdes Lino e vovô Alfredo Paulino, por todo amor e carinho, vocês estão eternizados em minhas memórias.

RESUMO

A possibilidade de a administração pública participar de processos arbitrais vêm sendo objeto de discussão há muito tempo, principalmente quando os paradigmas constitucionais e do Direito Administrativos são postos em questão, como o princípio da legalidade, indisponibilidade do interesse público e princípio da publicidade, os quais por muito tempo foram vistos como incompatíveis com a arbitragem. Isso porque, a arbitragem é um meio de resolução de conflito, no qual as partes, por meio de uma cláusula compromissória ou compromisso arbitral delegam a uma pessoa, ou entidade privada (terceiro imparcial), a competência para certificar um direito. No presente trabalho, será analisada a evolução histórica do Direito Administrativo e as suas duas grandes reformas administrativas no Brasil, com abordagem da arbitragem como um meio de resolução de conflitos e sua evolução histórica legislativa no Brasil, viabilizando a sua implantação com a administração pública. Em seguida, será visitada a jurisdição contratual da Arbitragem, com a delimitação transacional no conflito de natureza puramente público, sendo enfrentadas as incompatibilidades à arbitragem com a administração pública e, ao final, será apresentado os resultados da pesquisa realizada sobre a viabilidade da arbitragem com a administração pública e os seus limites objetivos, ante os paradigmas constitucionais e do Direito Administrativo.

Palavras-chave: Arbitragem. Administração Pública. Limites. Viabilidade.

ABSTRACT

The possibility of public administration in taking part of arbitration process has been object of discussion for a long time, mainly when the constitutional paradigms and from Administration Law are in question, as the principle of legality, unavailability of public interest e the principle of publicity, which for a long period of time has been taken as incompatible with the arbitration. That is the reason, the arbitration is a way of conflict resolution, in which the parties by means of a compromise clause or arbitral compromise, delegate to an individual or private entity (impartial third party), the jurisdiction to certify a right. In the present paper, it will be analyzed the historical evolution of the Administrative Law and its two main administrative reviews in Brazil, approaching the arbitration as a method of conflict resolution and its historical legislative evolution in Brazil, enabling its implementation within the public administration. Then, the arbitration contractual jurisdiction will be reviewed, with the transactional delimitation in the strictly public nature conflict, facing the incompatibility to the arbitration with the public administration and, in the end, will be presented the results of the research about the viability of arbitration with the public administration and its limits, before the constitutional paradigms and the administrative law.

Keywords: Arbitration. Public administration. Limits. Viability

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANP— AGÊNCIA NACIONAL DE PETRÓLEO

ANTAQ— AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS

ANTT— AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES

CCEE— COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA

CF — CONSTITUIÇÃO FEDERAL

NUCLEP— NUCLEBRÁS EQUIPAMENTOS PESADOS

OMC — ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO

PDRAE— PLANO DIRETOR DA REFORMA DO APARELHO DO ESTADO

STJ— SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TMC— TERMINAL MULTIMODAL DA COROA GRANDE

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO ADMINISTRATIVO	16
2.1 A REFORMA DO ESTADO E OS NOVOS MODELOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	16
2.1.1 Reforma burocrática	17
2.1.2 Reforma gerencial	18
2.2 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	20
2.2.1 Natureza da Administração Pública.....	21
2.3 ATOS ADMINISTRATIVOS	21
2.3.1 Atos de gestão	22
2.3.2 Atos de império.....	22
2.3.3 Atos de expediente.....	23
2.4 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	23
2.5 PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS	23
2.5.1 Princípio da legalidade.....	24
2.5.2 Princípio da impessoalidade ou finalidade e igualdade	24
2.5.3 Princípio da moralidade.....	25
2.5.4 Princípio da publicidade	25
2.5.5 Princípio da eficiência	26
2.5.6 Considerações finais do capítulo.....	27
3 A ARBITRAGEM COMO MEIO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS	28
3.1 OS MEIOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS	29
3.1.1 Autotutela	29
3.1.2 Autocomposição.....	30
3.1.3 Heterocomposição	31
3.1.3.1 Jurisdição (estatal)	31
3.1.3.2 Arbitragem	31
3.2 ARBITRAGEM: JURISDIÇÃO CONTRATUAL.....	32
3.2.1 Delimitação dos direitos da administração pública que podem ser dirimidos na arbitragem.....	33
3.2.2 Arbitrabilidade Subjetiva	34
3.3.3 Arbitrabilidade Objetiva.....	35

3.3.4 Considerações finais do capítulo.....	37
4. DELIMITAÇÃO TRANSACIONAL NO CONFLITO DE NATUREZA PURAMENTE PÚBLICA	38
4.1 DA CONFIDENCIALIDADE DO PROCEDIMENTO ARBITRAL E A SUPOSTA INCOMPATIBILIDADE COM O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE	42
4.2 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA NO BRASIL VIABILIZANDO A ARBITRAGEM COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	43
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	51
REFERÊNCIAS	55

1 INTRODUÇÃO

A possibilidade de a administração pública participar de processos arbitrais vêm sendo objeto de discussão pelos tribunais e doutrinas há muito tempo, principalmente quando os paradigmas constitucionais e do Direito Administrativo são postos em questão. Isso porque a natureza da administração é *múnus público*, tendo o escopo de proteger os bens e interesses públicos da coletividade. Por isso, o administrador está obrigado a cumprir os fundamentos da Moral administrativa e do Direito, pois assume com a coletividade um compromisso de servi-la, não tendo discricionariedade de dar fim diverso aos objetivos prescritos em lei para as suas atividades.

No entanto, quando se analisam as características da arbitragem que é um meio de resolução de conflitos heterocompositivo, qual o seu objeto de atuação deve ser dotado de direito patrimonial disponível, observado à autonomia da vontade das partes envolvidas, uma vez que esse procedimento possui uma dinâmica de processo jurisdicional, mas não judiciário, porque a sua implementação não é realizada por órgão judiciário, porém as decisões proferidas pelos árbitros são obrigatórias.

Os entes públicos devem observar alguns princípios que *a priori* eram tidos como incompatíveis com a Lei de Arbitragem (Lei Federal nº 9.307/96) como o princípio da legalidade, interesse público e publicidade. Uma vez que os bens patrimoniais da administração pública em regra são indisponíveis, devido à observância da indisponibilidade do interesse público, não podendo o gestor ainda realizar contratos envolvendo a sua autonomia de vontade, pois os seus atos não são realizados em nome próprio, mas sim, em razão no interesse da coletividade.

Entretanto, com o intuito de preencher essa lacuna, e tendo em vista que a administração não pode praticar atos que não estejam previstos em lei, a Lei de Arbitragem passou em 2015 por uma reforma autorizando expressamente que as entidades da administração pública direta e indireta pudessem participar dos processos arbitrais, ainda assim, é questionável se a arbitragem está consolidada no meio público.

Nesse sentido, analisando os procedimentos iniciais das regras de instauração de um processo arbitral, é imprescindível a manifestação expressa das partes num contrato, como meio de externar as suas vontades, estabelecendo assim uma convenção arbitral, na qual é determinada a escolha dos árbitros, sua jurisdição, limitada aos poderes que as partes outorgaram-lhe, a delimitação do objeto da arbitragem, de modo que seja referente a sua patrimonialidade e disponibilidade, como também a definição do local onde será proferida a

sentença, verificando se ocorrerá no Brasil ou exterior. Vale ressaltar que quando não observada essas formalidades, a sentença arbitral poderá ser anulada, devido aos vícios procedimentais.

Não sendo, pois, possível, a instauração da arbitragem sem o preenchimento dessas formalidades procedimentais, sendo esses pressupostos fundamentais, podendo ainda esse acordo celebrado entre as partes instituir a forma de cláusula arbitral, em um contrato prévio, referindo-se à instauração de resolução de disputas futuras. Em suma, para se verificar a possibilidade da administração pública se submeter à Arbitragem, faz-se necessário analisar, previamente, se o ente preenche os requisitos da arbitrabilidade.

Com isso, a arbitrabilidade subjetiva é referente a quem pode participar da arbitragem, havendo uma delimitação a somente pessoas capazes na forma da lei civil, de acordo com o art. 1º da Lei nº 9.307/96, mas até 2015 com a ausência de previsão legal autorizando à participação da administração pública na arbitragem a capacidade de realizar essa contratação pelas pessoas jurídicas de direito público era questionável, por violabilidade do princípio da legalidade.

A arbitrabilidade objetiva é referente a que matéria de direito pode ser objeto em conflito a ser solucionado pelo juízo arbitral, portanto, para que a administração pública faça uso desse instrumento, é obrigatório o preenchimento dos dois requisitos de admissibilidade. Ato contínuo, os entes públicos atuam conforme a taxatividade normativa, por isso, a necessidade de entender o que pode ser arbitrado de acordo com os princípios administrativos e o direito público.

A partir dessa lógica, a lei anuncia que a arbitragem somente poderá ser utilizada para “dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.” No entanto, no âmbito jurídico a palavra “administração”, traz consigo a definição contrária a propriedade, isso significa que há uma gerência de interesses alheios, uma vez que em regra o proprietário é o próprio gestor dos seus bens e interesses.

No entanto, o ato de administrar está atrelado a ideia de zelo e cuidado dos bens e interesses da coletividade, enquanto a propriedade remete a ideia de disponibilidade e alienação, ao passo que os poderes do administrador devem ser limitados a sua gestão, necessitando obrigatoriamente de autorização especial dos bens para a realização de atos como alienação, distribuição, renúncia e oneração, os quais são inerentes da natureza patrimonial privada, enquanto que na administração pública, esse consentimento deve vir expresso em lei, sendo, portanto, a partir dessa lógica a arbitragem contrária ao princípio da indisponibilidade do interesse público.

Dessa forma, o caráter patrimonial que regula o instituto, bem como a disponibilidade do objeto, deve ser posto diante do princípio da indisponibilidade do interesse público. Isso porque, o interesse público sempre foi tido como indisponível. Assim, quando a Lei faz menção a esses direitos disponíveis, deve-se acatar que são aqueles que podem ser objeto de transação ou acordos entre as partes litigantes. Com isso, da união dos dois termos, “os direitos patrimoniais disponíveis são aqueles os quais os titulares têm plena disposição”, ou seja, são os possíveis de apropriação ou alienação, estando excluídos os direitos políticos, de família e da personalidade.

Assim, no âmbito da administração pública iremos analisar o objeto do litígio é compatível com a patrimonialidade e disponibilidade para haver a instauração de um processo arbitral, uma vez que, qualquer ato contrário à órbita dessa resolução acatada pelo instituto arbitral provocaria não só a inarbitrabilidade do litígio, mas também a anulação da sentença proferida pelo árbitro. A partir do momento em que o legislador de 1996, ao instituir a Lei de Arbitragem, regrou-a à resolução de conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, a maioria da doutrina pôs-se a refutar a sua entrada em boa parte dos conflitos envolvendo o Poder Público.

A análise do preenchimento desses requisitos será imprescindível, pois no ordenamento jurídico brasileiro, haverá situações em que não será admitida a atuação da via arbitral, mesmo que estejamos diante de direitos patrimoniais, sendo, portanto, sempre obrigatório o preenchimento do requisito da disponibilidade, caso contrário, a solução do litígio acontecerá por meio do poder judiciário.

Ato contínuo, o princípio da publicidade também é tido como ato contrário ao processo arbitral, isso porque, a confidencialidade é uma característica intrínseca da natureza da arbitragem, sendo, portanto, regra. Inclusive, possui previsão do seu regulamento, como também por disposição das próprias cláusulas compromissórias, o que afrontaria diretamente o princípio da publicidade administrativa prevista na Constituição Federal, o qual é de observância obrigatória para o bom desempenho do administrador e na interpretação do Direito Administrativo, uma vez que é decorrente da necessidade de transparência do poder público em relação aos atos públicos em face dos seus administrados, salvo nos casos de sigilo previstos em lei.

Nesse sentido, a divulgação dos atos administrativos é obrigatória desde a vigência do Decreto 572 de 1890, imposto pelo Decreto 4.520 de 2002, com escopo dar conhecimento público aos atos públicos, por meio de divulgação oficial. Restando evidente que a publicidade é um requisito de eficácia e moralidade, não sendo mero elemento

formativo do ato, uma vez que os atos, que estejam eivados de irregularidades não se convalidam com a publicidade, tampouco os regulares dispensam esse ato quando é exigido.

Ante o exposto, este trabalho almeja obter uma análise meticulosa dos argumentos antagônicos à arbitragem com a administração pública, de modo a evidenciar as suas incoerências e defender a sua viabilidade. Nesse sentido, para alcançar esses objetivos, será realizado um levantamento bibliográfico no acervo nacional e internacional sobre o tema, bem como pesquisa jurisprudencial e realização da análise das leis brasileiras, que tratem da arbitragem com a administração pública.

Para tanto, este estudo adotará como método de abordagem o hipotético dedutivo: a partir da formulação da hipótese acerca da limitação dos entes públicos em participar do processo arbitral ante as características do direito administrativo e principalmente dos princípios da legalidade, indisponibilidade do interesse público e publicidade, ante as teorias procedimentais da arbitragem em que são tidas como contrárias com a natureza jurídica da Administração Pública, que a inviabilizaria.

No que concerne ao método procedimental, utilizar-se-ão o hermenêutico, o analítico, o interpretativo e o histórico. Assim, partindo da abordagem acerca do surgimento do direito administrativo e da evolução histórica da viabilidade da arbitragem com a administração pública, apresentando a arbitragem como um meio de resolução de conflitos, bem como realizando uma delimitação transacional no conflito de natureza puramente pública em consonância com a análise da Lei nº 9.307/96, por meio da descrição analítica dos seus principais aspectos, cortejando-a com as características da administração pública e os seus princípios.

Por seu turno, as técnicas de pesquisa adotadas serão a documental e a bibliográfica. Os documentos a serem consultados são os que estão nas bases públicas e oficiais, como as leis, decretos, julgados e demais diplomas pertinentes ao tema. Ademais, a pesquisa bibliográfica contará com o suporte de livros, artigos, sites, revistas, repositórios de trabalhos acadêmicos e periódicos.

Preliminarmente, no segundo capítulo trataremos da evolução histórica do Direito Administrativo e as suas duas grandes reformas administrativas no Brasil, com destaque para implementação de um modelo administrativo gerencial recorrente da segunda reforma, que visava atrair interesses de investidores da iniciativa privada, para isso, o legislador autorizou a utilização da arbitragem nos contratos de concessão e de parceria público-privado, por meio das Leis nº 11.079/04 e 8.987/95. Além disso, será abordada a natureza da administração pública, a classificação dos atos administrativos, as principais características dos contratos

administrativos e por fim, a conceituação dos princípios básicos da administração pública que são de observância obrigatória.

Posteriormente, no terceiro capítulo abordaremos a arbitragem como um meio de resolução de conflitos, classificando os métodos em autotutela, autocomposição e heterocomposição, sendo explanada ainda a natureza jurídica contratual da arbitragem em consonância com os direitos da administração pública que podem ser dirimidos na arbitragem de acordo com os critérios da arbitrabilidade subjetiva e objetiva.

Ato contínuo, no quarto capítulo, é apresentada a delimitação transacional no conflito de natureza puramente público na arbitragem, sendo enfrentando os três argumentos principais contrários à arbitragem com a administração pública: princípio da legalidade, o princípio da indisponibilidade do interesse público e o princípio da publicidade, apresentado também a evolução histórica legislativa no Brasil, viabilizando a arbitragem com a administração pública e ao final do trabalho, serão apresentados os resultados da pesquisa realizada sobre a viabilidade da arbitragem com a administração pública e seus limites objetivos, ante os paradigmas constitucionais e do Direito Administrativo.

2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO ADMINISTRATIVO

A formação do Direito Administrativo foi impulsionada por Montesquieu, calçado na teoria da separação dos poderes e no princípio da legalidade, em 1748, tendo reconhecimento como ramo autônomo com o desenvolvimento do Estado de Direito. À criação do Estado de Direito foi um importante marco, ante a necessidade de segurança mínima entre os administrados e a Administração pública, restando ao direito a função de delimitar as funções governamentais, para garantir o interesse público.

Desse modo, o direito administrativo surgiu na França, no final do século XVIII e início do século XIX (pós-revolucionário), pois a tripartição das funções do Estado ensejou à especialização das atividades do governo, aliado a independência dos órgãos responsáveis pela realização dessas tarefas. De modo que é possível perceber atualmente todas essas características na Administração Pública, principalmente com relação ao princípio da legalidade.

2.1 A REFORMA DO ESTADO E OS NOVOS MODELOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

As reformas do Estado que ocorreram a partir da década de 30, foi um grande marco na evolução da administração pública, haja vista que o legislador estabeleceu normas vinculadoras ao administrador público, as quais deveriam ser preestabelecidas em lei. De acordo com Vagner Flausino¹, isso influenciou a descentralização dos serviços públicos, tendo como consequência a criação de mecanismos jurídicos como instrumentos contratuais.

Isso porque, essas reformas tinham como principal escopo, materializar a transferência da prestação de serviços públicos aos entes privados, com a finalidade de resguardar a proteção do patrimônio público e do investidor privado. Dessa forma, no Brasil, houve duas grandes reformas administrativas: a primeira foi iniciada na era Vargas em 1937, conhecida por sua rigidez, denominada de burocrática e a segunda em 1995, conhecida por sua flexibilidade e eficiência, responsável pela implantação de um modelo administrativo gerencial.

¹ FLAUSINO, Vagner Fabricio Vieira. Arbitragem nos Contratos de Concessão de Serviços Públicos e de Parceria Público-Privada. Curitiba: Juruá, 2015.

2.1.1 Reforma burocrática

Esse modelo é caracterizado por uma forte intervenção do Estado nos setores produtivos, à época o país solicitava uma nova ordem para solucionar os impasses decorrentes do plano político, econômico e social. Buscando uma substituição da administração patrimonialista decorrente das monarquias, uma vez que havia uma recorrente confusão patrimonial entre o patrimônio público e do soberano.

Por isso, os antigos moldes não estavam assegurando o progresso, daí a necessidade da intervenção do poder público, por meio da administração pública, para separar patrimônio público e privado para que o capitalismo pudesse se desenvolver, tendo em vista que administrar tornou-se incompatível com o capitalismo industrial do século XX.

No entanto, de acordo com Di Pietro², esse período ficou caracterizado por seu formalismo excessivo, resultando na criação de procedimentos mais rígidos com o fim de selecionar os recursos humanos para celebração dos contratos com a administração pública e consequentemente tendo implantação de um controle orçamentário público com maior eficiência nas prestações destinadas ao cidadão.

Para Luiz Pereira³, a administração pública burocrática demonstra ineficiência na prestação dos serviços públicos, principalmente no lapso da migração do Estado liberal para o social no século XX, havendo necessidade de uma reformulação do modelo adotado:

A Administração Pública burocrática clássica foi adotada porque era uma alternativa muito superior à administração patrimonialista do Estado. Entretanto, o pressuposto de eficiência em que se baseava não se revelou real. No momento em que o pequeno Estado liberal do século XIX deu definitivamente lugar ao grande Estado social⁴ e

²DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública. Concessão, Permissão, Franquias, Terceirização e outras formas. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2002.

³PEREIRA, Carlos Luiz Bresser. Da Administração Pública Burocracia Gerencial. Revista do Serviço Público. Disponível em: < Professor Bresser-Pereira (bresserpereira.org.br) > Acesso em: 10 out. 2022.

⁴"O Estado Social foi uma estratégia para aumentar a qualidade de vida e diminuir a desigualdade inerente ao capitalismo, porque o capitalismo é um sistema econômico bastante eficiente, mas é cego à justiça e à estabilidade. E um tipo de sociedade que vive em meio a crises e tende a concentrar a renda na mão dos mais poderosos, dos mais espertos, dos mais ladrões, dos mais inteligentes, aqueles que forem 'mais' alguma coisa, e que deixa os mais pacíficos e mais modestos fortemente prejudicados. Por outro lado, descobriu-se que se fossem criados grandes serviços públicos gratuitos de educação, de saúde, de assistência social, e se fosse montado um sistema de previdência social universal, a qualidade de vida da população poder ser substancialmente melhorada, a um custo relativamente baixo" (PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. É o Estado capaz de se autorreformular? In: Desigualdade & Diversidade - Dossiê Especial, segundo semestre de 2011. p. 16. Disponível em: [http://www.bresserpereira.org.br/papers/2011/11.36.Estado capaz autoreformar.pdf](http://www.bresserpereira.org.br/papers/2011/11.36.Estado%20capaz%20autoreformar.pdf)> Acesso em: 10 out. 2022.

econômico do século XX, verificou-se que não garantia nem rapidez, nem boa qualidade, nem custo baixo para os serviços prestados ao público.

Na verdade, a administração burocrática é lenta, cara, autorreferida, pouco ou nada orientada para o atendimento das demandas dos cidadãos. Assim, o resultado dessa interação foi um sistema administrativo que se tornou formalístico e ineficiente, tendo em vista as incongruências entre as normas estabelecidas e as relações sociais, sendo necessária a realização de uma segunda reforma.

2.1.2 Reforma gerencial

Essa segunda reforma se destacou a partir da metade da década de 80, lapso marcado por reformas mundiais⁵ nos modelos administrativos. Essa reforma foi uma resposta ao Estado Social, encarregando o poder público de ampliar o rol dos serviços ofertados ao cidadão, no entanto, essa iniciativa trouxe consigo problemas de ordem estrutural, porque o ente público não tinha a estrutura adequada para o fornecimento desses serviços, tornando-se imprescindível a participação da iniciativa privada para o atendimento dessas demandas.

Ato contínuo, a administração pública também tinha problemas de ordem econômica, uma vez que a escassez dos seus recursos delimitava os investimentos públicos, nas mais diversas áreas, como saúde, educação, transporte, etc., por outro lado, tem-se a iniciativa privada com poder aquisitivo e interesse no investimento público, ou seja, uma maior aproximação entre esses dois grupos seria algo muito benéfico tanto para o interesse público, como também para o desenvolvimento econômico do país.

Com isso, de acordo com Carlos Carvalho⁶, levando-se em consideração a estrutura física do Estado em consonância com sua insuficiência de recursos econômicos, com o advento do Estado Social, o ente público passa a assumir uma maior responsabilidade nas esferas sociais, mas diante da sua impossibilidade de administrar tais obrigações ver-se obrigado a transferir a execução de suas tarefas as empresas privadas, por meio de contratos de concessão de serviços públicos e de parcerias.

⁵Na Grã-Bretanha, originou-se a Reforma Gerencial, buscando tornar os administradores públicos mais autônomos e as agências executoras dos serviços mais descentralizadas. Nos EUA, esse processo foi marcado pelas iniciativas de descentralização, desregulação e delegação de atividades estatais para as organizações não governamentais.

⁶CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. Os Novos Caminhos do Direito Administrativo no Contexto Evolutivo do Estado de Direito In: FLAUSINO, Vagner Fabricio Vieira. Arbitragem nos Contratos de Concessão de Serviços Públicos e de Parceria Público-Privada. Curitiba: Juruá, 2015.

Diante disso, era necessária a criação de medidas que estimulassem os interesses dos novos investidores, atento a isso, em 1995, o governo de Fernando Henrique Cardoso, iniciou à reforma administrativa com o modelo gerencial, elaborando um Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE), o presidente estava buscando o incentivo das parcerias com o setor privado, com o fim de aumentar a eficiência da gestão pública, devido à crise que estava assolando o Estado.

Dessa forma, esse plano tinha como escopo diminuir a dívida pública e ampliar sua capacidade de arrecadação, para que melhor pudesse atender as necessidades dos cidadãos, aliado com isso, no plano político se buscava a participação das pessoas na gestão pública. Nesse contexto, foram editadas algumas leis⁷ para privilegiar a eficiência nas prestações dos serviços públicos e atrair investidores do setor privado, para direcionar esses investimentos principalmente em obras de infraestruturas.

Por conseguinte, era necessário implementar outras medidas para atrair os interesses da iniciativa privada além da garantia do retorno financeiro, principalmente no tocante à resolução de conflitos. Por isso, o legislador autoriza a utilização da arbitragem nos contratos de concessão e de parceria público-privado, por meio das Leis nº 11.079/04 e 8.987/95. Seguindo os ensinamentos de Vagner Flaúsino⁸, essa implementação da arbitragem foi extremamente necessária, uma vez que a subordinação dessas disputas entre o setor público e privado perante o judiciário não eram bem recepcionadas pela iniciativa privada, principalmente por dois motivos:

1- Os procedimentos judiciais são burocráticos e passíveis de muitos recursos, o que impossibilita que a resolução do conflito aconteça de modo célere e econômico;

2- A incerteza do resultado ao processo, uma vez que há um ativismo judicial em prol do ente público, o que ocasiona aos investidores riscos aos investimentos.

Carlos Salles⁹, explica que o procedimento de arbitragem é um meio de resolução de conflito que gera um dinamismo sendo fundamental à efetivação da solução do litígio, principalmente as controvérsias decorrentes na execução de contratos ou acordos, pois a ausência desses mecanismos pode gerar inseguranças aos negócios celebrados com o Poder Público, ante a perspectiva da necessidade de um processo judicial com anos de duração.

⁷Cita-se a título de exemplo as seguintes leis: Lei de Concessões de Serviços Públicos (Lei 8.987/95); Lei nº 11.079/04 (regulamentou as parcerias público-privado).

⁸ FLAUSINO, Vagner Fabricio Vieira. Arbitragem nos Contratos de Concessão de Serviços Públicos e de Parceria Público-Privada. Curitiba: Juruá, 2015.

⁹SALLES, Carlos Alberto de. Arbitragem em Contratos Administrativos. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

Além disso, quando se observa a natureza jurídica da administração pública e os condicionamentos em que o agente público está limitado na forma da lei para garantir a finalidade do interesse público, sob pena de cometer ilícitos de desvio de finalidade moral e legal, esses atos causam insegurança no investidor da iniciativa privada, pois há uma clara superioridade na relação contratual administrativa da pessoa pública com relação ao ente privado.

Por isso a necessidade de implementação da arbitragem como um meio de resolução de conflitos ante os contratos celebrando entre o meio público e privado, porque as características administrativas causam espanto a pessoa jurídica privada, ante principalmente, seus processos burocráticos e relação contratual desequilibrada, tendo em vista que sua natureza jurídica é o *múnus público*, senão vejamos, os traços do Direito Administrativo.

2.2 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

De acordo com André Ramo¹⁰, o poder de um Estado seria uno e indivisível, representando sua soberania, sendo esse poder manifestado por suas funções, que, no entanto, seriam exercidas por órgãos, mas não afrontando o princípio da unicidade, uma vez que essas divisões de funções seriam essenciais ao Estado, uma vez que não se poderia assegurar direitos sem que o Estado estivesse estruturado na separação dos poderes, isso garante que nenhum poder consiga erradicar direitos sem violar a ordem constitucional.

Assim, no âmbito jurídico, a palavra administração, traz consigo definição contrária a propriedade, isso significa que existe uma gerência de interesses alheios, uma vez que em regra o proprietário é o próprio gestor dos seus bens e interesses. Diante disso, ressalta-se que o ato de administrar está atrelado a ideia de zelo e cuidado dos bens e interesses da coletividade

Enquanto que a propriedade remete a ideia de disponibilidade e alienação, ao passo que os poderes do administrador devem ser limitados a sua gestão, necessitando obrigatoriamente de autorização especial dos bens para a realização de atos como alienação, distribuição, renúncia e oneração, os quais são inerentes da natureza patrimonial privada, à medida que na administração pública, esse consentimento deve vir expresso em lei, por isso a necessidade de compreender os atos administrativos.

¹⁰TAVARES, André Ramo. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2002.

2.2.1 Natureza da Administração Pública

Seguindo os ensinamentos de Hely Lopes¹¹, a natureza da administração é a um múnus público, isso é visa a conservação dos bens, serviços e interesses da coletividade. Por isso, o administrador está obrigado a cumprir os fundamentos da moral administrativa e do Direito, pois o agente assume com a coletividade um compromisso de servi-la, seguindo os interesses do Estado. Toda a atividade do administrador deve ser orientada pelo fim do bem comum da coletividade administrada, caso aconteça um desvio dessa finalidade ou afastamento, há uma traição ao mandato, porque a sociedade instituiu o administrador para alcançar o bem-estar social, sendo imorais e ilícitos os atos praticados contra os interesses da coletividade.

Assim, o agente público não tem discricionariedade de dar fim diverso aos objetivos prescrito em lei para as suas atividades, porque seus deveres e poderes são outorgados em benefícios da comunidade administrada. Com isso, Celso Antônio Bandeira¹², faz uma distinção, com base em Renato Alessi, do interesse primário e do interesse secundário do Estado, mencionando que estes interesses só podem ser buscados pelo Estado quando “coincidentes com os interesses primários, ou seja, com os interesses públicos propriamente ditos”.

Haja vista que, os fins da Administração Pública estão entrelaçados com o interesse público primário, de modo que os atos ou contratos administrativos firmados sem observância desse preceito restam configurados de desvio de finalidade. Ou seja, quando o gestor age de modo destoante dos interesses estabelecidos para a máquina do Estado, descumprindo a lei e a constituição, há desvio, de modo que, esses atos são desprovidos de validade, não podendo produzir efeitos.

2.3 ATOS ADMINISTRATIVOS

Hely Lopes¹³ define atos administrativos como, “toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações

¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE, Carla Rosado; FILHO, José Emmanuel Burle. Direito Administrativo Brasileiro, ed. 42, São Paulo: Malheiros, 2016.

¹² Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, 32ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2015, p. 67.

¹³ MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE, Carla Rosado; FILHO, José Emmanuel Burle. Direito Administrativo Brasileiro, ed. 42, São Paulo: Malheiros, 2016

aos administrados, ou a si própria”. Nessa diáfora esses atos possuem características especiais, tais como, presunção de legitimidade.

Pois, são considerados válidos dotados de exigibilidade, pois a administração pública não precisa ingressar com um processo judicial para aplicar punições como ocorre com empresas privadas, possui autoexecutoriedade e imperatividade, usa a força por si mesma além de criar obrigações com tipicidade, haja vista que estão previstos em lei. Ante o exposto, faz-se necessário distinguir o que são os atos de império, atos de gestão e atos de expediente na administração pública.

2.3.1 Atos de gestão

De acordo com Maria Sylvia Zanella¹⁴, são aqueles exercidos sem que a administração Pública empregue sua supremacia sobre os particulares, em posição de igualdade, inclusive esses atos são regidos pelo Direito Privado, ou seja, é aquele que ordena a conduta interna da Administração e também dos seus servidores, seja com a criação de direitos e obrigações entre eles, seja com execução de serviços públicos mediante despacho, aluguel de imóvel de propriedade de uma autarquia, movimentação de funcionários com atos de provimento de cargo, autorizações e permissões, alienação ou aquisição de bens e contratos em geral. Esses atos não são administrativos, mas são típicos de administração, sendo semelhantes aos praticados por pessoas privadas, por isso, são regidos pelo Direito Privado.

2.3.2 Atos de império

Alexandre Mazza¹⁵ define como sendo, aqueles que detêm uma ordem ou decisão coercitiva da Administração Pública para com os seus administrados, em posição de superioridade. Assim, a obediência a esses não é uma faculdade do particular, são praticados *ex officio*, uma vez que se faz presente o princípio da Supremacia do Interesse Público, não podendo, portanto, os interesses públicos se submeterem aos interesses privados, devendo em regra ser sempre priorizado, são exemplos desses atos: decreto expropriatório, requisição de bens, interdição de atividade ou apreensão de mercadorias, etc. Assim, isso ocorre, porque o Estado está atuando em defesa do interesse público propriamente dito, ou seja, os chamados interesses primários.

¹⁴PIETRO, Maria Sylvia Zanella (2008). Direito Administrativo (21ª ed.). São Paulo: Atlas.

¹⁵MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo (2ª ed.). São Paulo: Saraiva, 2012.

2.3.3 Atos de expediente

Conforme os ensinamentos de Celso Antônio de Melo¹⁶, são atos interno da Administração com escopo de dar curso aos serviços desenvolvidos por uma entidade, ou órgão de uma repartição, envolvendo todo preparo e movimento de processos, como despachos, expedição de papéis, recebimento, sem que haja decisão do mérito administrativo. Ou seja, resta desprovido de características de conteúdo decisório, vez que tais atos não podem vincular a administração com os administrados.

2.4 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

De acordo com Francisco Otávio de Almeida¹⁷, os contratos administrativos são instrumentos jurídicos estabelecidos entre a Administração Pública enquanto poder estatal e os particulares em consonância com as demais entidades administrativas, ordenadas pelas normas do direito público, sempre visando o atendimento ao interesse público. São instrumentos formais e escritos, enquadrando-se da categoria de contrato de adesão, regidos pelo princípio da pessoalidade *instituto personae* de modo que sua execução deve ser efetivada pela pessoa que se obrigou diante da Administração Pública.

Ante o interesse público envolvido nos contratos administrativos, a Administração possui garantias de superioridade sobre o contratante, sendo essa regra uma forma de proteger o interesse público. Nesse contexto, quando um ente privado celebra negociação com o ente público, essas regras devem ser observadas, como também os seus princípios básicos, as quais serão a seguir.

2.5 PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS

Os princípios básicos da administração pública são de observância obrigatória para o bom desempenho do administrador e na interpretação do Direito Administrativo, estando especificados no artigo 37 da Constituição Federal, que prevê o seguinte: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do

¹⁶ Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, 32ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2015.

¹⁷ PRADO, Francisco Octávio de Almeida. Improbidade administrativa. São Paulo: Malheiros, 2001.

Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.”

2.5.1 Princípio da legalidade

É uma garantia que ninguém será obrigado a fazer alguma coisa, sem haver previsão legal, no entanto, esse princípio não está restrito a interpretação do que é permitido ou proibido por lei, mas o sistema jurídico brasileiro poderá atribuir limitação à autonomia privada aliado a obrigatoriedade da atuação administrativa.

Uma vez que segundo, Bobsin Arthur¹⁸, no âmbito do direito administrativo, esse princípio representa o seguinte: “no direito privado, tudo aquilo que não é proibido, é permitido. No direito administrativo, só é permitido aquilo que é autorizado por lei.” Isso significa que o agente público em sua atividade funcional deve estar regido por esse princípio se condicionado as exigências legais, não havendo margem para desvio de sua função tampouco afastamento, sob pena de cometimento de ilícito como responsabilidade criminal, civil e disciplinar, conforme análise de cada caso concreto.

Haja vista que, na Administração Pública não existe vontade pessoal, vez que só realiza as atividades autorizadas em lei, enquanto do outro lado, quando comparado com o âmbito jurídico particular, é lícito tudo aquilo que a lei não proíbe, sendo a omissão legislativa uma faculdade. Ainda nesse sentido, Hely Lopes¹⁹, defende que as leis administrativas, comumente são de ordem pública, significando que não podem ser descumpridas, devido aos seus poderes-deveres, os quais são irrevogáveis pelos agentes públicos.

2.5.2 Princípio da impessoalidade ou finalidade e igualdade

Representa o imperativo de a administração pública aplicar as leis de modo isonômico e equânime para os administrados, uma vez que todos são iguais perante a lei, buscando impedir atribuições de vantagens indevidas por vontades pessoais do administrador.

¹⁸BOBSIN, Arthur. Os 5 mais Importantes Princípios do Direito Administrativo na CF. Aurum, 2020. Disponível em: <https://www.aurum.com.br/blog/principios-do-direito-administrativo/#:~:text=A%20administra%C3%A7%C3%A3o%20p%C3%BAblica%20direta%20e%20indireta%20de%20qualquer%20dos%20Poderes%20da%20Uni%C3%A3o%2C%20dos%20Estados%2C%20do%20Distrito%20Federal%20e%20dos%20Munic%C3%ADpios%20obedecer%C3%A1%20aos%20princ%C3%ADpios%20de%20legalidade%2C%20impessoalidade%2C%20moralidade%2C%20publicidade%20e%20efici%C3%A2ncia.%E2%80%9D> Acesso em 16 out. 2022.

¹⁹MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE, Carla Rosado; FILHO, José Emmanuel Burle. Direito Administrativo Brasileiro, ed. 42, São Paulo: Malheiros, 2016.

Com isso, Hely Lopes, leciona que, esse princípio representa a finalidade imposta ao administrador praticar o fim legal da lei, o qual seria o ato da forma impessoal, excluindo a promoção pessoa seja de autoridades ou servidores públicos, pelas suas realizações, para proteger o interesse público e evitar o desvio de finalidade²⁰. Assim, o princípio da finalidade veda a realização de atos administrativos sem a observância do interesse público ou até mesmo conveniência para a Administração, para que o ato sempre tenha finalidade pública, impedindo a satisfação de interesses próprios do agente ou de terceiros envolvidos nos interesses privados, ocasionando o desvio de conduta dos agentes públicos podendo inclusive constituir abuso de poder.

2.5.3 Princípio da moralidade

É imprescindível para que o princípio da impessoalidade seja respeitado. Pois é o responsável por impedir a obtenção de vantagens desprovidas de boa-fé. Assim, esse princípio estabelece a validade dos atos administrativos, tratando-se de uma moral jurídica, que de acordo com Hauriou²¹, seria um conjunto de regras de conduta as quais foram retiradas da disciplina interna da Administração Pública, pois o agente público na condição de humano é racional, possuindo capacidade para diferenciar o que é o honesto ou não, portanto nas suas atividades funcional na Administração Pública não pode descartar o elemento ético na sua conduta.

Com isso, o agente público além de observar os princípios da legalidade, impessoalidade deve decidir entre o que é honesto e desonesto no campo do Direito e da Moral, pois nem tudo que é legal será ético, portando, a moral jurídica é para disciplinar o agente público no âmbito da administração interna. A moralidade administrativa no dizer de Fraco Sobrinho está intimamente ligada ao conceito de bom administrador, caracterizado pela sua competência legal em cumprir as regras vigentes, como também observar a moral comum. Sendo, portanto, notório que essa moral é elemento integrativo indissociável do Direito.

2.5.4 Princípio da publicidade

²⁰A lei de ação popular (Lei nº 4.717/65, art. 2º, parágrafo único, “e”) conceitua desvio de finalidade como sendo: o fim diverso daquele previsto, implícita ou implicitamente, na regra de competência do agente.

²¹HAURIOU, Maurice. Précisélementaires de Droit Administratif. Paris, 1926.

É decorrente da necessidade de transparência do poder público em relação aos atos públicos em face dos seus administrados, salvo nos casos de sigilo²². A divulgação dos atos administrativos é obrigatória desde a vigência do Decreto 572 de 1890, imposta pelo Decreto 4.520 de 2002, no entanto, as leis só obtiveram vigência com a publicação do art. 1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Portanto, a publicidade é uma divulgação oficial com escopo dar conhecimento público aos atos públicos, por isso as leis, atos e contratos que possuem resultados jurídicos externo aos órgãos que exigem publicidade são dotados de validade perante as partes e terceiros, ou seja, é universal. Nesse sentido, resta evidente que a publicidade é um requisito de eficácia e moralidade, não sendo mero elemento formativo do ato, uma vez que os atos em que estejam eivados de irregularidades não se convalidam com a publicidade, tampouco os regulares dispensam esse ato quando é exigido.

Assim, a publicação do ato é a regra, admitindo-se sigilo apenas nos casos de segurança nacional, interesse superior da Administração nos processos declarados, sigilos nos termos da lei e também nos casos de investigações policiais. Além disso, esse princípio também abrange atuação estatal, não apenas no campo da divulgação oficial, mas também para propiciar conhecimento da conduta interna do agente público.

2.5.5 Princípio da eficiência

Tem como principal objetivo evitar falhas e desperdícios na Administração Pública. Pois os recursos públicos devem ser utilizados de modo produtivo, com a potencialização dos recursos econômicos, tendo como resultado, maiores índices de eficiência com rendimento funcional. Com a emenda 45/2002, esse princípio passou a ser um direito constitucional, conforme art. 5, inciso LXXVII²³, uma vez que essa norma estabelece celeridade nos processos judiciais e administrativos, nas tomadas de decisões e no seu cumprimento.

Logo, a tardança no processo afronta diretamente uma norma constitucional e um princípio administrativo, o que poderá ensejar na responsabilidade do servidor que provocou a

²²A previsão de sigilo deve ser previamente declarada conforma as Leis nº 8.159/91; Lei nº 12.527/2011 e Decreto nº 2.134/97

²³O título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, inseriu no art. 5º o inc. LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

afronta. Inclusive nos conflitos entre particulares e o ente público, a solução do impasse deve ocorrer no sentido de abarcar o princípio da eficiência, haja vista a necessidade de resolver o conflito com menor tempo e custo, garantindo a segurança jurídica.

2.5.6 Considerações finais do capítulo

Pretendeu-se com esse capítulo tratar da evolução histórica do Direito Administrativo, abordando as duas reformas do Estado responsável pela implementação dos novos modelos da Administração, como a reforma burocrática e a reforma gerencial, sendo nesta última autorizada a utilização da arbitragem nos contratos de concessão e de parceria público-privado. Além disso, abordou-se a natureza jurídica da Administração Pública, as definições de atos administrativos, a conceituação de contratos administrativos em consonância com a abordagem dos princípios básicos da administração pública, os quais são de observância obrigatória para o bom desempenho da administração. Passaremos, então, ao exame da arbitragem como um meio de resolução de conflitos.

3 A ARBITRAGEM COMO MEIO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

A civilização é decorrente da própria natureza humana. No entanto, quando se escolhe adentrar em um grupo, é necessário o cumprimento de regras, incluindo a realização de cessões de direitos, cumprimentos de deveres e obrigações, com o fim último da paz social, surgindo o Estado juridicamente, para organizar a coletividade estatal.

Esse agrupamento social exige do homem uma capacidade negocial, principalmente em seus aspectos individuais, para dividir os bens disponíveis da coletividade, com os seus semelhantes. Essa ordenação é elaborada para ser seguida pelos cidadãos enquanto estado fisiológico do Direito, mas com a inobservância de preceitos da conduta, instaura-se uma colisão de interesses sociais, surgindo o conflito que necessita ser solucionado.

O conflito está presente na humanidade desde os seus primórdios, sendo inevitável em circunstâncias consideradas antagônicas, podendo-se ainda assegurar que derivam das confusões das relações sociais e sua resolução frequentemente dar-se-á por meio do Direito. No entanto, de acordo com Carnelutti²⁴, o simples conflito de interesse não tem relevância jurídica, pois seria possível a conformação da insatisfação por quem tem interesse.

Mas, ao contrário, quando há relevância jurídica, é possível que adote atitudes para adquirir o bem objeto do conflito, exercendo assim, sua pretensão, tendo como consequência, a sua satisfação do interesse, quando não há resistência, mas havendo esse obstáculo, estaríamos diante de um conflito de interesses com pretensões resistidas, ou seja, uma lide. Assim, ocorreria ao ter interesse, exerce-se a pretensão sobre o objeto, mas com resistência da contraparte.

Neste caso, uma situação que inicialmente mostrava-se apenas como um simples conflito de interesse, que é quando duas pessoas possuem interesse sobre o mesmo bem, passa a ser qualificada como uma pretensão resistida. Outrossim, os termos conflitos e litígios, frementemente, de modo errôneo, confundem-se como sinônimos. Todavia, adotando o conceito de lide, descrito por Carnelutti, seria coerente abordar litígio como sinônimo de lide, enquanto, o conflito, estaria em uma concepção *lato sensu*, englobando, qualquer conflito de interesse, mesmo que não tenha havido uma manifestação pretensão e resistência.

²⁴ Cf. Sistema didirittoprocessualecivile, t. I, p. 44.

3.1 OS MEIOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

De acordo com Petronio Calmon²⁵, muitos conflitos não encontram uma resolução, é o que ele determina como litigiosidade contida, considerando como um problema crônico para a sociedade, porque com a resolução de um conflito há também a restauração da paz social. No mais, esse impasse não é solucionado muitas vezes porque, não é compensatório valer-se do processo judicial e os outros meios de resolução de conflitos não se apresentam eficazes para prover essa deficiência.

Além disso, é importante ressaltar que, a ordem jurídica brasileira, apenas disponibiliza os direitos patrimoniais disponíveis para serem dirimidos por meio alternativos de solução de conflitos. Segundo a doutrina majoritária, existem três métodos de resolução de conflitos. Autotutela, autocomposição e heterocomposição.

3.1.1 Autotutela

Conhecida também como autodefesa, atualmente vedada pelo ordenamento jurídico, sendo considerado crime, pois uma das partes se utiliza da força para submissão da outra, ou seja, uma das partes impõe o sacrifício de interesse da outra, na solução do conflito, com o uso da ameaça, esperteza e até mesmo da força, conduzindo um descontrole social, tendo como consequência à prevalência da violência.

Logo, é a solução dos conflitos pelo uso das próprias formas, a chamada “justiça com as próprias mãos”. No campo do direito penal, a única excludente de ilicitude para esse tipo de conduta seria a legítima defesa, a qual, nos termos do art. 25 do Código Penal, seria o uso moderado dos meios necessários para repelir uma injusta agressão atual ou iminente, podendo ainda ser com relação a direito próprio ou de outrem.

Não obstante, no direito civil, de acordo com André Almeida²⁶, existem duas hipóteses da autotutela na lei, as quais seriam a legítima defesa da posse, quando ela é ameaçada e o desforço imediato, quando a posse é perdida. Mas vale ressaltar que em todos os exemplos citados, tanto no campo do direito criminal, como no direito civil, a aplicação excessiva da violência poderá incorrer em desproporcionalidade e em consequente responsabilização.

²⁵CALMON, Petronio. Fundamentos da Mediação e da Conciliação, 3ª ed. Gazeta Jurídica, 2015, Brasília, DF.

²⁶ ALMEIDA, André. Autotutela da Posse: desforço imediato x Legítima Defesa. JusBrasil, 2016. Disponível em: <<https://www.google.com/amp/s/dedf5.jusbrasil.com.br/noticias/427683198/autotutela-da-posse-desforco-imediato-x-legitima-defesa/amp>> Acesso em 26 de nov. 2022. Acesso em 26 de nov. 2022.

3.1.2 Autocomposição

Seria quando as partes diante de uma lide passível de disponibilidade, tendo de modo consciente, sacrificam o seu próprio interesse, total ou parcialmente, ou seja, chegam a um acordo sem emprego de conectividade, manifestando-se exclusivamente por meio da vontade de modo unilateral ou bilateral, podendo inclusive acontecer dentro ou fora do processo por meio da mediação e conciliação.

A mediação é um procedimento voluntário e confidencial, com há a presença de um terceiro neutro e imparcial, denominado mediador, sendo um mecanismo que facilita e incentiva à realização de acordos, porém o terceiro não tem nenhum poder de decisão, sendo um ato informal, com métodos próprios, porém coordenado. Esse procedimento é indicado quando as partes possuem um nível de envolvimento entre elas, existindo uma relação prévia a instauração do método.

Por outro lado, a conciliação, é um dos meios mais utilizados, como uma forma de evitar a jurisdição ou até mesmo para acelerar a resolução de uma pretensão processual. Assim, é um mecanismo que tem como objetivo incentivar, facilitar e auxiliar as partes a chegarem em um acordo com incentivo de um terceiro imparcial, utilizando-se de uma metodologia que permite a apresentação de proposição, por meio de um conciliador.

Outrossim, William Ury e Roger Fisher²⁷, também classificam a negociação como um mecanismo da autocomposição caracterizado pela conversa direta entre os envolvidos, de modo, que não há intervenção de um terceiro para auxiliar ou até mesmo facilitar o diálogo, uma vez que, essa é uma atividade inerente a condição humana, tratando-se de uma prática que pode ser informal e pessoal, haja vista que é algo natural da convivência humana na sociedade.

Denominando-se autocomposição judicial a resolução do conflito obtido pelas próprias partes e homologado posteriormente na via judicial, sendo procedimento é indicado quando as partes não possuem nível de envolvimento entre elas, não existindo uma relação prévia a instauração do método.

²⁷FISHER, Roger; URY, William. Como Chegar ao Sim: Como Negociar Acordos sem Fazer Concessões, 3ª ed. Solomon, 2014, Rio de Janeiro, RJ.

3.1.3 Heterocomposição

A heterocomposição é um meio de resolução de conflito, no qual as partes contrapostas buscam uma resolução, quando não conseguem ajustar suas divergências automaticamente, buscando então solucionar o impasse mediante um terceiro com poder de decisão, porém desinteressado, com as mesmas prerrogativas do poder judiciário, sendo esse método o mais conhecido atualmente, podendo-se inclusive citar como exemplo dessa forma, a arbitragem e a jurisdição, as quais possuem atuação de um árbitro ou juiz/tribunal, respectivamente.

3.1.3.1 Jurisdição (estatal)

A jurisdição estatal é um método de resolução de conflitos, com delimitação de um raio, os quais podem ser especificados por assuntos, territórios ou até mesmo em razão da pessoa. Mas semanticamente, significa direito, ou seja, consistente no poder que o Estado possui para certificar e satisfazer o direito a um determinado caso, promovido por um juiz mediante o método processual, com tutela jurisdicional, com o fim de resguardar a ordem jurídica e autoridade da lei, além dos fins sociais e políticos.

3.1.3.2 Arbitragem

A arbitragem é regida atualmente pela Lei 9.307/96. Assim como a jurisdição, a arbitragem é um mecanismo heterocompositivo de solução de conflitos, no qual as partes escolhem uma pessoa ou entidade privada (terceiro imparcial) para certificar um direito, caso existente, solucionando a controvérsia apresentada na sua exata satisfação, sem a participação do poder judiciário. Diferenciando-se da atividade estatal devido a sua natureza privada.

No entanto, uma característica primordial desse procedimento é a vontade das partes, de modo que essa anuência precisa está expressa em um contrato antecedente ou mediante compromisso após o surgimento do conflito, assim a opção pela arbitragem pode ocorrer em dois momentos:

1- Preventivamente: por meio de cláusula arbitral, as partes acordam mediante contrato que qualquer impasse que venha surgir da relação contratual será analisado pela Câmara de Mediação e Arbitragem ou por meio de um Juízo arbitral;

2- Posteriormente: por meio do compromisso arbitral, o conflito surge em momento posterior a relação contratual, no entanto, as partes possuem a possibilidade de firmarem compromisso convencionando que a controvérsia já existente será solucionada por meio da arbitragem.

Tendo em vista que, o árbitro tem poderes de prolatar sentença de conhecimento e promover inclusive o seu cumprimento, pondo fim ao conflito, visto que a sentença proferida por um árbitro tem a mesma validade da sentença proferida pelo juiz estatal com natureza de título executivo judicial. As vantagens desse método é a celeridade, pois, caso as partes não tenham estipulado prazo para o procedimento, o árbitro terá até 6 meses para proferir sentença, contados da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro.

Também se pode citar a economia processual, uma vez que a sentença arbitral não é passível de recursos, sendo irrecurável, além dos custos do procedimento serem inferiores aos das demandas judiciais. Ato contínuo, a arbitragem é pautada no princípio da autonomia das partes, de modo que isso possibilita ao procedimento uma maior flexibilidade, uma vez que as regras podem ser estabelecidas pelas próprias partes com base nas regras de direito, instituições, dando ao árbitro poder de decidir pelo que considere justo, sem vinculação obrigatória na base legal.

Além disso, as partes podem contratar árbitros especialistas na matéria que está sendo discutida, sendo esse conhecimento específico do árbitro muito vantajoso no momento de decidir a matéria contratual para dar uma solução adequada. Nesse sentido, é possível afirmar que a arbitragem é um meio de resolução de conflito heterocompositivo que pode ser instaurado previamente mediante cláusula arbitral, ou posteriormente mediante compromisso arbitral, sendo prevalente sempre a vontade das partes, de modo que há necessidade de consentimento expresso das partes em via contratual.

3.2 ARBITRAGEM: JURISDIÇÃO CONTRATUAL

A arbitragem é um meio de resolução de conflitos heterocompositivo, o qual deve ser dotado de direito patrimonial disponível. Além disso, possui como principal característica a autonomia da vontade envolvida no processo, o qual possui a dinâmica do processo jurisdicional. O Ministro Francisco Rezek²⁸ leciona que “da arbitragem diz-se, com acerto, que é um mecanismo jurisdicional não judiciário”.

²⁸ REZEK, J. Francisco. Direito Internacional Público- Curso Elementar: São Paulo, Saraiva, 1995.

Sendo, portanto, jurisdicional, porque as decisões proferidas pelos árbitros são obrigatórias, no entanto, não sendo judiciárias, porque sua implementação não é realizada por órgão judiciários²⁹. Nádia de Araújo denomina a arbitragem como sendo “um meio jurídico de solução de controvérsias, presentes ou futuras, baseadas na vontade das partes envolvidas, as quais elegem por si mesma e diretamente, ou por mecanismo por elas determinados, árbitros para serem os juízes da controvérsia, confiando-lhe a missão de decidir de forma obrigatória o litígio através da prolação de um laudo arbitral”³⁰.

Assim, para que um processo arbitral tenha prosseguimento é necessária manifestação expressa das partes, como meio de externar suas vontades de acordo, estabelecendo assim uma convenção arbitral, nesse acordo será determinado à jurisdição dos árbitros, limitada aos poderes que as partes lhe outorgaram, não sendo possível a instauração da arbitragem sem o preenchimento dessa formalidade procedimental.

Tendo em vista que esse pressuposto é fundamental, podendo ainda esse acordo celebrado entre as partes instituir a forma de cláusula arbitral, em um contrato prévio, referindo-se à instauração de resolução de disputas futuras, ou se o acordo de celebração de arbitragem ocorrer em momento posterior à assinatura do contrato que originou a controvérsia, essa hipótese é denominada de compromisso arbitral.

Restando evidente o caráter contratual da arbitragem aliado ao seu fundamento jurisdicional, além disso, de acordo com Sérgio Lima³¹, por meio da cláusula ou compromisso arbitral, as partes podem expressar suas vontades em pelo menos cinco fatores envolvendo o processo arbitral, os quais seriam: “modalidade da arbitragem, árbitros, direito processual aplicável à arbitragem, direito material aplicável ao caso e o local da arbitragem”.

3.2.1 Delimitação dos direitos da administração pública que podem ser dirimidos na arbitragem

Nesse capítulo, a discussão será centralizada em definir quais os limites da utilização da arbitragem nas entidades públicas e o que pode ou não ser dirimido pelo método arbitral. Em suma, para se verificar a possibilidade da administração pública se submeter à Arbitragem, faz-se necessário analisar, previamente, se o ente preenche os requisitos da arbitralidade.

²⁹ “Além disso, há a assinalar as categorias anômalas de jurisdições não judiciárias, para a composição de litígios (...).” MARQUES, José Frederico. Manual de Direito processual Civil. São Paulo, Saraiva, 1990.

³⁰ ARAÚJO, Nádia de. Arbitragem- A Nova Lei Brasileira e a Praxe Internacional. São Paulo, LTr, 1197.

³¹ LIMA, Sérgio Mourão. Arbitragem: aspectos fundamentais. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

Com isso, Roberto Portugal³², define arbitrabilidade como sendo o conjunto de condições objetivas e subjetivas que informam a possibilidade de que um conflito possa ser submetido à arbitragem, sendo que o pressuposto subjetivo será referente a quem poderá participar da arbitragem, enquanto o objetivo será relativo à que matéria ou direito pode ser objeto em conflito a ser solucionado por juízo arbitral³³.

Portanto, para que a administração pública faça uso desse instrumento, é obrigatório o preenchimento dos dois requisitos de admissibilidade objetiva e subjetiva. Além disso, os entes públicos atuam conforme a taxatividade normativa, seguindo principalmente o princípio da legalidade, por isso, a necessidade de entender o que pode ser arbitrado em conformidade com os princípios administrativos e o direito público.

3.2.2 Arbitrabilidade Subjetiva

Não são todas as pessoas que podem participar de uma arbitragem, havendo uma delimitação a somente pessoas capazes na forma da lei civil. Com isso, a Lei nº 9.306/196 (Lei de Arbitragem), sem sua redação original, dispunha na segunda parte do art. 1º: as pessoas capazes de contratar podem utilizar a arbitragem “(...) para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”³⁴. Sendo inegável a capacidade de contratar às pessoas jurídicas de direito público, mas a ausência de previsão expressa legal autorizando essa participação, restringiu, por muitos anos, o ingresso da Administração Pública na arbitragem.

Isso aconteceu porque, segundo as orientações do princípio da legalidade, no direito administrativo só é permitido tudo aquilo autorizado por lei, não havendo margem ao agente público para o desvio da sua atividade funcional, sob pena de cometimento de ilícito, já que, não existe no âmbito público vontade pessoal, sendo, portanto, esse princípio um obstáculo à arbitragem com entidades públicas até 2015.

Outrossim, esse impasse foi solucionado com a publicação da Lei nº 13.129/2015, que passou a admitir, de forma expressa³⁵, a possibilidade de a administração pública

³²BARCELA, Roberto Portugal. Mediação e arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2012. E-Book. ISBN: 978-85-02-17182-4. Disponível em: < LIVRO Mediação e Arbitragem - Roberto Portugal Bacellar | Mariane Duarte - Academia.edu>. Acesso em 28 de ago. 2022.

³³Vide PEREIRA, Cesar A. Guimarães, op. cit., p. 49: “A arbitrabilidade pode ser vista sob um ângulo subjetivo, ou seja, quem pode submeter-se à arbitragem, e objetivo, relativo às matérias ou tipos de controvérsias ou pretensões passíveis de solução arbitral. De certo modo, definir a arbitrabilidade corresponde a se examinar a possibilidade jurídica da arbitragem em uma certa situação”.

³⁴Em sentido semelhante, o art. 851 do Código Civil admite o “compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que podem contratar”.

³⁵Lei nº 13.129 de 2015, art. 1º, § 1º administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

participar na arbitragem, não havendo dúvida quanto à capacidade dos entes da Administração Pública na utilização da arbitragem, como meio de resolução de conflitos, pois o princípio da legalidade não estaria mais sendo violado. Disso resulta a possibilidade de admissão da cláusula compromissória não apenas nos contratos administrativos, como os com fulcro na Lei nº 8.666/93, mas também em contratos de gestão, convênios, termo de cessão, permissão de uso, etc.

3.3.3 Arbitrabilidade Objetiva

A lei enuncia que a arbitragem poderá ser utilizada para “dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.” Assim, a dificuldade é delimitar, dentro dos direitos titulares do Poder Público, se o objeto do litígio é patrimonial disponível, para ser possível a resolução do conflito, por meio da arbitragem. Dessa forma, o caráter patrimonial que regula o instituto, bem como a disponibilidade do objeto, deve ser posto diante do princípio da indisponibilidade do interesse público³⁶. Isso porque, o interesse público sempre foi tido como indisponível.

A partir dessa lógica (direitos patrimoniais disponíveis), é necessário avaliar se a lide que se pretende submeter a via arbitral é passível de patrimonialidade e acima de tudo, disponibilidade, sendo esses os dois requisitos necessários para que a administração pública se submeta ao juízo arbitral, no âmbito da arbitrabilidade objetiva. Assim, quando a Lei faz menção a esses direitos disponíveis, deve-se acatar, os quais são aqueles que podem ser objeto de transação ou acordos entre as partes litigantes. Com isso, da união dos dois termos, “os direitos patrimoniais disponíveis são aqueles os quais os titulares têm plena disposição”, ou seja, são os possíveis de apropriação ou alienação, estando excluídos os direitos políticos, de família e da personalidade.

Destaca-se que a natureza patrimonial não está restrita a monetariedade, como apontado por Eduardo Talamini³⁷: patrimonialidade também se configura pela aptidão de o

³⁶“A indisponibilidade dos interesses públicos significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade - internos ao setor público -, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los - o que é também um dever - na estrita conformidade do que dispuser a intentio legis. [...] Em suma, o necessário - parece-nos - é encarecer que na administração os bens e os interesses não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador. Antes, para este, coloca-se a obrigação, o dever de curá-los nos termos da finalidade a que estão adstritos. É a ordem legal que dispõe sobre ela”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 74.

³⁷TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória) – versão atualizada para o CPC/2015. Revista de Processo, v. 264, ano 42, p. 83-107, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 99

inadimplemento ser reparado, compensado ou neutralizado por medidas com conteúdo econômico. Caio Mário Da Silva Pereira defende que uma obrigação contratual geralmente terá um caráter patrimonial, elencando ainda que:

Via de regra e na grande maioria dos casos, a prestação apresenta-se francamente revestida de cunho pecuniário, seja por conter em si mesma um dado valor, seja por estipularem as partes uma pena convencional para o caso de descumprimento. E, como tal pena traduz por antecipação a estimativa das perdas e danos, a natureza econômica do objeto configura-se indiretamente o por via de consequência. Poderá, entretanto, acontecer que a patrimonialidade não se ostente na obrigação mesma, por falta de uma estimação pecuniária que os interessados, direta ou indiretamente, lhe tenham atribuído”. Contudo, o caráter econômico estará presente “ainda no caso de se não fixar um valor para o objeto, a lei o admite implícito, tanto que converte em equivalente pecuniário aquele a que o devedor culposamente falta, ainda que não tenham as partes cogitado do seu caráter econômico originário, e isto tanto nas obrigações de dar como nas de fazer, demonstrando que a patrimonialidade do objeto é ínsita em toda obrigação.

Ante o exposto, os conflitos aparentes ao descumprimento de obrigações contratuais sem razões econômicas, ou seja, cláusulas sem natureza obrigacional (dever de confidencialidade) podem ser arbitradas, desde que tenha consequências patrimoniais. A exemplo, prejuízos decorrentes de indenizações, por falta de cumprimento contratual. Em contradição à observação legislativa, a doutrina minoritária³⁸ vem defendendo que basta o objeto do litígio ser patrimonial que a solução arbitral é possível, no entanto, a doutrina majoritária em consonância com a jurisprudência abrande os dois aspectos- patrimonialidade e disponibilidade- como imprescindíveis para instauração de um litígio arbitral.

Vez que, qualquer ato contrário à órbita de resolução acatada pelo instituto arbitral provocaria não só a inarbitrabilidade do litígio, mas também a anulação da sentença proferida pelo árbitro. A partir do momento em que o legislador de 1996, ao instituir a Lei de Arbitragem, regrou-a à resolução de conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, a maioria da doutrina se pôs a refutar a sua entrada em boa parte dos conflitos envolvendo o Poder Público.

Há uma razão para o preenchimento desses dois requisitos, no ordenamento jurídico, pois haverá situações em que não será admitida a atuação da via arbitral, mesmo que estejamos diante de direitos patrimoniais, sendo, portanto, obrigatória a solução do litígio aconteça por meio do poder judiciário. Como, por exemplo, a falência empresarial, embora

³⁸Leonardo de Faria Beraldo faz uma aprofundada resenha de várias posições doutrinárias sobre o tema, concluindo que a tese da derrogação do art. 1º da Lei nº 9.307 pelo art. 851 do Código Civil é “bastante razoável, especialmente se se atentar para o disposto no art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro” (Curso de arbitragem nos termos da Lei nº 9.307/96, p. 16). Cf. também PEREIRA, Cesar A. G. Arbitragem e Constituição. Direito constitucional brasileiro, v. I, p. 818.

envolva questões patrimoniais, devido aos fatores de natureza coletiva, a lei impõe a condução do litígio pelo judiciário.

Outro exemplo, com o direito público, citam-se as questões patrimoniais que envolvem atos do interesse público, com atuação do poder de império do Estado, o que é vedada, vez que somente os atos de gestão são passíveis de arbitrabilidade, levando-se em consideração sua natureza transacionável, por isso, a necessidade do preenchimento dos requisitos de patrimonialidade e disponibilidade. Assim, ante o cumprimento desses requisitos pela administração pública, note-se que o problema está em delimitar até onde e o que pode ser transacionado no conflito de natureza puramente pública.

3.3.4 Considerações finais do capítulo

Foi realizado uma abordagem da arbitragem como um meio de resolução de conflito, em consonância com isso, classificando-se os métodos em autotutela, autocomposição e heterocomposição, sendo, pois, a arbitragem um método heterocompositivo. Além disso, foi explanado sua jurisdição contratual de natureza privada e em razão disso, realizou-se uma delimitação dos direitos da administração pública que podem ser dirimidos na arbitragem, ante sua natureza jurídica de direito público, de acordo com os critérios da arbitrabilidade subjetiva e objetiva, concluindo-se que para a administração pública participar de um processo arbitral, deve ser preenchido esses dois requisitos procedimentais.

4. DELIMITAÇÃO TRANSACIONAL NO CONFLITO DE NATUREZA PURAMENTE PÚBLICA

João Pedro Accioly³⁹ menciona que o aporte trazido pelo Direito Comparado tende a ser iluminador para a resolução dessas questões no Brasil, pois pior do que a inadmissão *in totum* da arbitragem no Direito Administrativo, seria a indefinição ao que se pode ou não arbitrar⁴⁰. Sendo, inclusive, do ponto de vista jurídico, um importante instrumento para propiciar a uniformização normativa, no ponto de vista global.

Na belíssima alegoria de Gunter Frankenberg⁴¹, o Direito Comparado é equiparado ao ato de viajar, vejamos: “O viajante e o comparatista são convidados a interromper a rotina diária, a encontrar o inesperado e, talvez, a conhecer o desconhecido. Viajar oferece a oportunidade de aprender tanto sobre a cultura e o país visitado quanto sobre a própria cultura e país de origem”.

Isso porque, de acordo com Dolinger; Tiburcio⁴², esses fatores demonstram uma melhor compreensão do direito contemporâneo, sendo esse comparativíssimo relevante, sobretudo ao estudo da arbitragem, o qual consiste em um dos principais métodos de solução de controvérsias internacionais. Accioly defende que os particulares, têm uma preferência pelo método arbitral quando uma das partes consiste em um ente político ou entidade administrativa, ante os benefícios materiais e processuais para a administração pública, vez que em regra possui forte influência sobre o poder judiciário local, além de possuir conhecimento no Direito Interno.

Com isso, é possível perceber que em setores com forte atuação estatal, como o petrolífero, o energético, o de transportes e o de telecomunicações, essas questões podem ser

³⁹ ACCIOLY, João Pedro. Arbitragem e Administração Pública: Um Panorama Global; Revista Digital de Direito Administrativo, USP, São Paulo, 2017, disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda>. Acesso em: 01 set. 2022.

⁴⁰Em alguns casos relevantes, tribunais arbitrais foram suspensos, por decisão liminar, logo após serem instituídos. A contenda judicial quanto à extensão de suas competências se arrasta com alguma frequência até o Superior Tribunal de Justiça (e.g., CC nº 139519), consumindo anos e, por vezes, mesmo décadas. Nesse cenário, valores fundamentais às arbitragens – como a segurança jurídica e a celeridade – são frustrados antes mesmo de a atividade cognitiva se iniciar.

⁴¹FRANKENBERG, Günter. Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law. Harvard International Law Review, vol. 26, n. 2, p. 411-455, 1985.

⁴²DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. Direito Internacional Privado. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

facilmente, verificadas. Terry Griffiths e Thimothy Tyler⁴³, como bem ilustram o argumento ao analisar as arbitragens internacionais no setor de óleo e gás:

Quando um acordo internacional de petróleo e gás dá errado, as partes irão resolver suas disputas por meio de negociação, litígio ou arbitragem. Se as partes não optarem pela arbitragem e as negociações não forem bem-sucedidas, a situação resultará em litígio. Dado que nenhuma das partes quer que um litígio ocorra na cidade da outra parte – o que ocorre especialmente quando uma das partes é de um país estrangeiro ou uma empresa estatal de óleo e gás – as partes costumam escolher a arbitragem.

Por isso, a importância de uma abordagem comparada para a melhor compreensão do fenômeno arbitral e, mais especificamente, das arbitragens no âmbito das entidades estatais: na dinâmica globalizada do comércio internacional, para que a temática não seja abordada de formas distintas em cada país (Loquin⁴⁴). A tendência é que o regramento interno da arbitragem envolvendo a Administração pública entre em consenso internacional, pois esse seria o principal locus para o desenvolvimento de uma *lex mercatória*⁴⁵ pública.

Essa é a tese do *Lex Mercatoria* publica, desenvolvida com o apoio do *EuropeanResearchCouncil* do instituto Max-Planck em parceria com a Universidade de Amesterdam, o qual constitui mecanismo de governança regulatória global. Em razão de todos esses fatores é imprescindível entender a indefinição ao que se pode ou não arbitrar.

Preliminarmente, frisa-se que o Estado não está imune à responsabilidade patrimonial, tendo em vista que de modo semelhante ao que acontece na esfera privada, a administração pública, também tem o dever de reparar o dano que causa a terceiros. “Como qualquer outro sujeito de direitos, o Poder Público pode vir a se encontrar na situação de quem causou prejuízo a alguém, do que lhe resulta obrigação de recompor os agravos patrimoniais oriundos da ação ou abstenção lesiva” (Bandeira de Mello⁴⁶).

Assim, na análise dos contratos que envolva a administração pública, para haver sua arbitralidade, deve-se observar sua delimitação transacional, pois, devem ter como

⁴³GRIFFITHS, Terry; TYLER, Thimothy. Arbitrating International oil and gas disputes: practical considerations. In: KRONMAN, George; FELIO. International oil and gas ventures: a business perspective. Tulsa: AAPG, 2000. p. 187-198.

⁴⁴LOQUIN, E. L’application de règles nationales dans l’arbitrage commercial international. L’apport de la jurisprudence arbitrale. Paris: CCI, 1987.

⁴⁵Valendo-nos das lições de Luís Roberto Barroso, podemos esclarecer que a *lex mercatoria* consagra “o primado dos usos no comércio internacional”, materializando-se “por meio dos contratos e cláusulas-tipo, jurisprudência arbitral, regulamentação de profissionais elaboradas por suas associações representativas e princípios gerais comuns às legislações dos países”. BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. Revista Forense, v. 358, 2001, p. 93.

⁴⁶Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, Curso de Direito Administrativo, São Paulo, Malheiros, 15o ed., 2002, p. 569/70.

objetos direitos patrimoniais, ou seja, estão atrelados aos atos de gestão do Estado, tendo, portanto, a administração margem para negociações desses contratos no campo do direito privado, uma vez que esses objetos não são conflitantes com o interesse público⁴⁷, tendo em vista que no Direito Administrativo, há matérias que são de direitos indisponíveis, quando o ente público age com poder de império.

Por interesse público, pode-se determinar um bem comum, isto é, aquilo que se faz acessível para que a coletividade não unicamente viva ou sobreviva, mas viva ou sobreviva bem (Lemes⁴⁸). Sendo, portanto, um fator representativo as necessidades particulares; que compete ao ente público a sua manutenção, sob boa administração, com eficiência e eficácia. Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁴⁹ classifica o interesse público em primário e secundário.

O primeiro interliga-se às relações de grande relevância para sociedade, estando, portanto, atrelados ao princípio da indisponibilidade absoluta, devendo o Estado satisfazê-lo como atos de império. Por outro lado, o interesse público secundário tem natureza instrumental, referindo-se às pessoas jurídicas que os administram, auxiliando a satisfação dos direitos primários como um meio, sendo, portanto, disponíveis, assim esclarece que:

“[...] são disponíveis, nesta linha, todos os interesses e os direitos deles derivados que tenham expressão patrimonial, ou seja, que possam ser quantificados monetariamente, e estejam no comércio, e que são, por esse motivo e normalmente, objeto de contratação que vise a dotar a Administração ou os seus delegados, dos meios instrumentais de modo a que estejam em condições de satisfazer os interesses finalísticos que justificam o próprio Estado.”

Assim, seguindo os ensinamentos do jurista argentino Rafael Bielsa⁵⁰: o interesse público primário estaria relacionado aos atos administrativos de autoridade cuja indisponibilidade é absoluta. Enquanto o interesse público secundário ou derivado ficam ligados aos atos de simples gestão (gestão patrimonial). Nesse sentido, a sentença arbitral no âmbito da administração pública só pode versar sobre matéria do interesse público secundário.

⁴⁷Para verificação da questão no Direito Comparado cf nosso artigo “Arbitragem na Concessão de Serviço Público - Perspectivas”, Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, n° 17:342-54, jul./set. 2002 e em “Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação”, André Gomma AZEVEDO (org.), Brasília, UNB, Ed. Brasília Jurídica, 2002, p. 45/61.

⁴⁸LEMES, Selma M. Ferreira, Arbitragem na Concessão dos Serviços Públicos-Arbitrabilidade Objetiva. Confidencialidade ou Publicidade Processual?, São Paulo, 2003, CACB, disponível em: < http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri15.pdf > acesso em 02 de set. 2022.

⁴⁹Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, Arbitragem nos Contratos Administrativos, Revista de Direito Administrativo, 218/84, jul./set. 1997.

⁵⁰Cf Rafael BIELSA, Estudios de Derecho Publico, Buenos Aires, Depalma, 1949, p. 290.

Além disso, Eros Roberto Grau⁵¹ ao examinar os contratos administrativos firmado com particulares avalia que “[...] embora Administração disponha, no dinamismo do contrato administrativo, de poderes que se tornam como expressão de *‘puissance publique’* [alteração unilateral da obrigação, v.g.], essa relação não deixa de ser contratual, os atos praticados pela Administração enquanto parte nessa mesma relação, sendo expressivos de meros ‘atos de gestão’.

Dessa forma, é preciso distinguir o Estado –aparato- a Administração- atua pelas mesmas estipulações que vinculam o particular e, o Estado- ordenamento, que, no entanto, não exerce ato de autoridade na relação contratual, mas ambos se submetem a lei. Selma M. Ferreira Lemes⁵², defende a permissão da utilização da arbitragem nos contratos administrativos, no que tange os direitos patrimoniais disponíveis, conforme apregoa Bandeira de Mello⁵³ a respeito dos contratos administrativos:

“é um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições do interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado”.

Pois o poder público, assim como outro sujeito de direitos, pode causar prejuízos a terceiros, seja por meios de abstenção obrigacionais ou inclusive ações lesivas. Portanto, para ser viável à possibilidade da administração pública dirimir seus conflitos no âmbito arbitral, seu objetivo de litígio, deve ser observado, a título de exemplo, sua relação contratual abranja atos de gestão, envolvendo unicamente direitos patrimoniais disponíveis em uma avença travada entre o Estado e terceiros, pois quando atua no âmbito das atividades-meio, está satisfazendo os interesses institucionais, no que concernem os seus atos de serviços e pessoas.

No entanto, se o objeto do contrato na arbitragem estiver relacionado às atividades-fim, como saúde, educação e bem-estar, não são passíveis de transigência pelo poder público, sendo, portanto, supremas e indisponíveis, e sem dúvida não passível da arbitragem para dirimir quaisquer conflitos, pois como visto, a lei é proibitiva, devendo

⁵¹ 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, 18/401, out./dez.2002.

⁵² LEMES, Selma M. Ferreira, Arbitragem na Concessão dos Serviços Públicos-Arbitrabilidade Objetiva. Confidencialidade ou Publicidade Processual?, São Paulo, 2003, CACB, disponível em: < http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri15.pdf > acesso em 02 de set. 2022.

⁵³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, 28. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

sempre a administração pública cumprir o princípio da legalidade em todos os seus atos, sendo, pois as únicas vias possíveis de resolução desses conflitos o poder jurisdicional, por meio de sentença por juiz competente. Por conseguinte, a administração pública incorrendo em condenação na demanda arbitral ou jurisdicional, a reparação em regra ocorre em pecúnia, ante o princípio da inalienabilidade dos bens públicos.

4.1 DA CONFIDENCIALIDADE DO PROCEDIMENTO ARBITRAL E A SUPOSTA INCOMPATIBILIDADE COM O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

Seguindo os ensinamentos de Carmem Tibúrcio e Thiago Magalhães⁵⁴, em regra geral o processo de arbitragem é confidencial, no entanto, nos procedimentos envolvendo a Administração Pública, a Lei nº 9.307/1996⁵⁵, prevê explicitamente que o princípio da publicidade deve ser observado. Isso porque, um dos principais objetivos do princípio da publicidade é levar transparência a sociedade com relação às atividades administrativas, sendo essas informações um direito de todo cidadão, uma vez que o Brasil é um país republicado.

Inclusive, de acordo com os arts. 74, §2º e 75, da CF/1998, qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato, como membro da sociedade política, tem a faculdade/dever de controlar os seus agentes, sendo partes legítimas para denunciar atos de irregularidades aos Tribunais de Contas, realizarem representações ao Ministério Público e as comissões parlamentares e os cidadãos podem realizar proposições de ações populares.

Além disso, o Ministério Público enquanto órgão de controle precisa ter acesso às informações referentes ao patrimônio público e atos de gestão do Estado. Ainda com relação ao princípio da publicidade e a arbitragem, duas exigências devem ser observadas. Em primeiro lugar, com relação ao princípio da publicidade administrativa, ressalta-se que a mera divulgação das informações referentes ao processo arbitral pela via arbitral não é suficiente para satisfação dos objetivos desse princípio, devendo as entidades administrativas, por meios próprios, divulgarem ao público as informações relevantes.

⁵⁴TIBURCIO, Carmen; PIRES Thiago Magalhães. Métodos Alternativos de solução de Conflitos- ADR, Arbitragem Envolvendo a Administração Pública: Notas sobre as Alterações Introduzidas pela Lei 13.129/2005. Revista de processo, 2016. Disponível em: < RPro_n.254.21.PDF (mpsp.mp.br) > Acesso em: 21/10/2022.

⁵⁵Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§ 3o A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015).

As informações que devem ser divulgadas pela Administração Pública (art. 37, caput, da CF/98)⁵⁶ não estão limitadas a participação da Administração Pública na arbitragem, mas deve ser divulgado as escolhas dos árbitros, o compromisso arbitral firmado com o contrato, avisos de licitações, a submissão ao procedimento de uma Câmara de arbitragem, sendo imprescindível que essa publicação ocorra por meio da imprensa oficial, para que todos os cidadãos tenham acesso. Em segundo lugar, a Lei 13. 129/2015, também faz exigência com relação ao princípio publicidade prevista no art. 5º, LV, da CF/98, no que menciona a publicidade dos atos processuais, isso significa que todas as provas produzidas durante o processo, assim como todos os atos, devem estar disponíveis para todos que quiserem ter acesso ao seu inteiro teor.

No entanto, estando presentes os requisitos necessários para decretação do segredo de justiça na arbitragem, o órgão judicial competente poderá decidir sobre o tema, não cabendo tal competência ao árbitro, uma vez que a divulgação dessas informações é considerada um direito fundamental do cidadão. Portanto, é plenamente possível a compatibilização do sigilo arbitral com as publicidades dos seus atos, quando a Administração Pública estiver participando do processo em respeito ao princípio da publicidade, não afetando a eficiência desse método de resolução de conflito.

4.2 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA NO BRASIL VIABILIZANDO A ARBITRAGEM COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Com toda liberdade poética, podemos dizer que a arbitragem no Brasil passou da idade média a idade contemporânea em menos de 20 anos. Nesta comparação histórica, o marco temporal inicial é correspondente à queda do império Romano até a promulgação da Lei de Arbitragem brasileira em 1996, pois os métodos de resolução de conflitos surgiram antes mesmo do próprio processo em *lato sensu*.

No entanto, neste capítulo haverá uma limitação da evolução legislativa da arbitragem enquanto método de resolução de conflitos com a administração pública. A evolução da arbitragem no Brasil decorre diretamente de várias atuações, como o poder judiciário, legislativo, as academias, universidades, como veremos adiante. A história da arbitragem com a administração pública no Brasil inicia-se em meados de 1973 com o relato

⁵⁶ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

do caso Lage⁵⁷, o qual pode ser extraído do acórdão proferido no Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Agravo de Instrumento nº 52.181, sendo considerado, um dos primeiros marcos do uso da arbitragem pela Administração Pública no Brasil⁵⁸.

Tornando-se inclusive um precedente do STF, conhecido como “Caso Lage”, em que a União se submeteu a um juízo arbitral com escopo de dirimir conflito com a Organização Lage, constituída por empresas privadas. A lide da questão se resume aos seguintes fatos, por meio do Decreto-Lei nº 4.648, de 2 de setembro de 1942, foi incorporado ao patrimônio nacional os bens e direitos das empresas da Organização Lage, em especial os acervos das empresas de navegação, estaleiros e portos, tudo no interesse da defesa nacional e no contexto da Segunda Guerra Mundial.

Não chegaram as partes a um consenso quanto ao valor da indenização a ser paga e, em função disso, foi editado o Decreto Lei nº 9.521, de 26 de julho de 1946, que incumbiu a um juízo arbitral a fixação do quantum indenizatório. Outro marco legislativo muito importante ocorreu em 1996 com criação da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96), a qual previa em seu art. 1º, a possibilidade de pessoas capazes de contratar vale-se da arbitragem para solucionar os conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Por conseguinte, em 1997, é criada a Lei Federal nº 9.478/97- Lei da Agência Nacional de Petróleo (ANP), prevendo a utilização da arbitragem em seu art. 43, inciso X⁵⁹. Ato contínuo, em 2001 tem a criação da Lei Federal nº 10.233/01- Lei da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ). Nessa diáspora, por força do seu art. 35, inciso XVI, o setor de transportes terrestres e aquaviários têm autorização explícita para compactuar arbitragem como meio de resolução e conflitos.

No entanto, nesses casos específicos, a arbitragem⁶⁰ deve observar às resoluções nº nº 5.845 de 2019 e 5.960 de 2022, as quais lecionam sobre os procedimentais que devem ser seguidas na autocomposição e na arbitragem no âmbito da ANTT. O setor de comercialização de energia elétrica, em 2004, também passa a deter autorização expressa para a solução de litígios arbitrais com o surgimento da Lei Federal nº 10. 848/04 (Lei da Comercialização de Energia Elétrica- CCEE), a qual possibilitou a participação de empresas

⁵⁷STF, Tribunal Pleno, AI 52181/GB, Relator Ministro Bilac Pinto, julgado em 14/11/1973, DJU de 15/02/1974.

⁵⁸ GONÇALVES, Rafaela Burity Campello. A Aplicabilidade da Arbitragem Envolvendo a Administração Pública. Brasília, 2017. Disponível em: < Caso Lage - A ARBITRAGEM E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (1library.org)> Acesso em 22 de set. 2022.

⁵⁹Art. 43. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais: X - As regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional.

⁶⁰ Além disso, a arbitragem é reforçada no art. 44 da Resolução Normativa ANNEL nº 957 de 2021.

públicas, sociedades de economia mista, titulares de concessão e suas controladoras, permissão e autorização na CCEE na arbitragem, a partir do seu art. 4º⁶¹, §§ 5º e 6º⁶², nesse sentido, essa previsão é importante, devido à forte presença do Estado nesses setores.

Além disso, de acordo com a Revista *Aceris Law*⁶³, a Resolução Normativa 109 de 2004 instituiu o dever de que os Agentes da CCEE e da própria CCEE resolvesse os seus litígios por meio da arbitragem, como também a adesão à Convenção Arbitral. Por conseguinte, a partir da aprovação do texto da convenção arbitral, a Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem foi escolhida para tratar os litígios entre os agentes da CCEE.

Sendo esse evento um grande marco na legislação brasileira, haja vista a obrigatoriedade da instrução do processo de mediação prévio ao procedimento arbitral, havendo previsão de aplicabilidade de multa em caso de descumprimento da regra. Dessa forma, a inclusão da arbitragem no setor de comercialização de energia, foi inovador para as necessidades de um novo mercado.

Contudo, a partir do século XX, no contexto de abertura econômica, a globalização da economia mundial em consonância com a busca de investimentos externos, visando o desenvolvimento do país, atrelada a escassez de recursos orçamentários, principalmente nas áreas de infraestrutura, com atividades ligadas à indústria e comércio e da intensificação dos processos de desestatização para prestação de serviços públicos, em 2004 e 2005 foram aprovadas duas leis para permitir a transferência de atividades à iniciativa privada, com escopo de criarem um ambiente mais confortável ao investidor de projetos públicos.

Primordialmente, foi aprovada a Lei das Parcerias Público-Privadas (Lei Federal nº 11.079/2004), a qual tinha como principal objetivo atrair investimentos de empresas privadas para mudar esse cenário de falta de recursos para alcançar o desenvolvimento econômico, com atuação ao lado do poder público na implementação de projetos de energia, habitação, áreas de saneamento, etc.

⁶¹ Art. 4º [...] § 5º As regras para a resolução das eventuais divergências entre os agentes integrantes da CCEE serão estabelecidas na convenção de comercialização e em seu estatuto social, que deverão tratar do mecanismo e da convenção de arbitragem, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. § 6º As empresas públicas e as sociedades de economia mista, suas subsidiárias ou controladas, titulares de concessão, permissão e autorização, ficam autorizadas a integrar a CCEE e a aderir ao mecanismo e à convenção de arbitragem previstos no § 5º deste artigo.

⁶² Art. 35. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais, ressalvado o disposto em legislação específica, as relativas a: XVI – Regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem.

⁶³ *Aceris Law*. Arbitragem no Setor de Comercialização de Energia Elétrica no Brasil, 2019. Disponível em: <Arbitragem no setor comercialização de energia elétrica no Brasil • Aceris Law> Acesso em: 22 de set. 2022.

De acordo com Amanda Brisola⁶⁴, dentre os dispositivos inovadores da lei, estava a previsão da arbitragem, como meio de resolução de conflitos oriundos dos contratos das parcerias público-privadas:

Art. 11 O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei 8.937, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever: III - **o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem**, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei n.º 9.307 de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato". Grifo nosso

Ante o exposto, é notório que a constituição dessa lei, foi um grande incentivo à utilização da arbitragem, o qual ainda hoje é pouco utilizado no país, em comparação a outros países da América Latina, o qual já tem uma maior consolidação, como na Colômbia, Chile, Peru, locais, onde a cultura arbitral possui maior propagação. Ato contínuo, em 2005, foi implantada a Lei das Concessões (Lei nº 11.1196/2005) a qual previa o emprego de mecanismo privados para a resolução de conflitos decorrentes ou relacionadas aos contratos, incluindo inclusive a arbitragem.

André Junqueira⁶⁵, menciona que a promulgação dessas duas leis, foi um marco regulatório que atenuou a rigidez procedimental da Lei Federal nº 8.666/93, tendo em vista a facilitação da implementação de compromissos obrigacionais de longo prazo, uma vez que: O conceito de infraestruturas públicas e os arranjos jurídicos e econômicos decorrentes assumem importância na execução dos grandes projetos, mas o aparato judicial estatal se revelou pouco preparado para julgar os litígios de tais avenças.

Em 2006, houve um marco muito importante no entendimento jurisprudencial brasileiro, pois o Superior Tribunal de Justiça (STJ) confirma que a administração pública pode utilizar a arbitragem. Em síntese, a primeira seção do STJ⁶⁶ decidiu que empresa de economia mista poderia utilizar da arbitragem, como meio de dirimir controvérsias contratuais. O processo tinha como partes o TMC Terminal Multimodal de Coroa Grande SPE e a sociedade de economia mista Nuclebrás Equipamentos Pesados (Nuclep), empresa vinculada ao Ministério da Ciência e Tecnologia.

⁶⁴ FERNANDES, Amanda Brisolla. Arbitragem e Aspectos da Cláusula Arbitral no Âmbito das PPPs, Migalhas, 2006. Disponível em: <Arbitragem e aspectos da cláusula arbitral no âmbito das PPPs (migalhas.com.br)>. Acesso em: 27 de set. 2022.

⁶⁵ JUNQUEIRA, André Rodrigues. Arbitragem na Administração Pública: Um Estudo de Caso sobre a Eficiência do Instituto nas Parcerias Público-Privadas do Estado de São Paulo. Dissertação de Mestrado, USP, São Paulo, 2017. Disponível em: <Arbitragem na administração pública: estudo de caso sobre a eficiência do instituto... (usp.br)> Acesso em: 27 de set de 2022.

⁶⁶ AgRg no Mandado de Segurança nº 11.308- DF(2005/0212763-0), Relator: Sr. Ministro Luiz Fux, julgado em: 28/06/2006. Acesso em: 27 de set. 2022.

Nesse julgamento, o STJ entendeu que o uso da arbitragem não é vedado aos agentes da administração pública, no entanto, o direito público que pode ser passível da via arbitral é o “disponível”, pois possui natureza contratual privada. Pode-se notar que com decorrer dos anos, em linha com orientação na doutrina e em decisões proferidas pelo judiciário brasileiro, a administração pública vem ganhando força na participação na via arbitral que versem sobre direitos e obrigações patrimoniais disponíveis.

No mais, em 2011, foi implementado uma Lei Mineira⁶⁷ (Lei Estadual- nº 19.477/2011) que também possibilita a adoção da arbitragem pelos entes públicos de Minas Gerais, desde que presentes os requisitos da arbitrabilidade objetiva, ou seja, que o direito envolto do procedimento possa ser solucionado por arbitragem. Além disso, devem-se respeitar os princípios norteadores da administração pública, previstos no art. 37, da Constituição Federal.

Nesse aspecto, observa-se o julgado do STJ⁶⁸:

"[...] quando os contratos celebrados pela empresa estatal versem sobre atividade econômica em sentido estrito - isto é, serviços públicos de natureza industrial ou atividade econômica de produção ou comercialização de bens, suscetíveis de produzir renda e lucro -, **os direitos e as obrigações deles decorrentes serão transacionáveis, disponíveis e, portanto, sujeitos à arbitragem.** [...] Por outro lado, quando as atividades desenvolvidas pela empresa estatal **decorram do poder de império da Administração Pública** e, conseqüentemente, sua consecução esteja diretamente relacionada ao **interesse público primário, estarão envolvidos direitos indisponíveis e, portanto, não-sujeitos à arbitragem.**" Grifo nosso

De acordo com Ricardo Dalmaso e Fernanda Dias⁶⁹, o principal objetivo dessa lei, foi regulamentar a participação do Estado de Minas Gerais, como também os seus entes, determinando os procedimentos a serem respeitados pelo administrador público, na aplicação de cláusula compromissória em contratos administrativos, como também em procedimentos arbitrais.

No entanto, a promulgação dessa lei não foi importante apenas para o Estado de Minas Gerais, tendo em vista que foi objeto de grande discussão pelos profissionais da área, por parte da comunidade arbitralista brasileira. Dentre as questões debatidas cita-se a suposta

⁶⁷ Lei Mineira de Arbitragem: "Art. 3º: A inclusão de cláusula compromissória em contrato celebrado pelo Estado e a estipulação de compromisso arbitral obedecerão ao disposto na Lei Federal nº 9.307, de 1996, nas normas que regulam os contratos administrativos e nesta Lei, respeitados os princípios que orientam a administração pública, estabelecidos na Constituição da República e na Constituição do Estado.

⁶⁸ REsp 612.439/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/10/2005, DJ 14/09/2006, p. 299.

⁶⁹ MARQUES, Ricardo Dalmaso; ALMEIDA, Fernanda Dias. A Submissão de Entes da Administração Pública à Arbitragem- a Lei Mineira de Arbitragem (Lei Estadual 19.477/11), Migalhas, 2011. Disponível em: < A submissão de entes da Administração Pública à arbitragem - a lei mineira de arbitragem (lei estadual 19.477/11) (migalhas.com.br)> Acesso em: 27 de set. 2022.

inconstitucionalidade formal do artigo 5º da lei⁷⁰, pela imposição de requisitos para possibilitar a atuação do árbitro adicional, previsto na lei Federal de arbitragem nº 9.307/96. Tendo em vista, uma suposta violação de competência privativa da União para legislar sobre matéria processual, como também a competência suplementar estadual para legislar sobre matéria procedimental:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

XI - procedimentos em matéria processual;

§ 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

Nessa diáspora, é possível afirmar que as disposições da lei estão de acordo com a Lei nº 9.307/96, pois está confere as partes autonomia para sujeição da cláusula arbitral, restando apenas a administração pública mineira configurar as condições impostas para que a implementação da arbitragem atenda o interesse público no Estado. Seguidamente, em 2015 foi editada a Lei nº 12.815/2013, a qual tinha o objetivo de desenvolver a infraestrutura portuária, disciplinando a exploração de portos e instalações portuária pela União.

Com isso, a referida lei, também trouxe em seu dispositivo a previsibilidade expressa da arbitragem⁷¹, como um meio de resolução de conflitos relativos a débitos de tarifas portuárias, além de outras obrigações de caráter financeiros ante a administração da Agência Nacional de Transportes Aquaviários e dos portos, nos termos da Lei nº 9.307/96. Carlos Alberto⁷² destaca que, a utilização da arbitragem seria um meio adequado para o desenvolvimento de atividades de infraestrutura, uma vez que esse tipo específico de litígio,

⁷⁰ Lei Mineira de Arbitragem: "Art. 5º São requisitos para o exercício da função de árbitro:

I - ser brasileiro, maior e capaz;

II - deter conhecimento técnico compatível com a natureza do contrato;

III - não ter, com as partes nem com o litígio que lhe for submetido, relações que caracterizem os casos de impedimento ou suspeição de Juízes, conforme previsto no Código de Processo Civil;

IV - ser membro de câmara arbitral inscrita no Cadastro Geral de fornecedores de Serviços do Estado."

⁷¹Art. 62. O inadimplemento, pelas concessionárias, arrendatárias, autorizadas e operadoras portuárias no recolhimento de tarifas portuárias e outras obrigações financeiras perante a administração do porto e a Antaq, assim declarado em decisão final, impossibilita a inadimplente de celebrar ou prorrogar contratos de concessão e arrendamento, bem como obter novas autorizações. § 1º Para dirimir litígios relativos aos débitos a que se refere o caput, poderá ser utilizada a arbitragem, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

⁷² CARMONA, Carlos Alberto. A Arbitragem no Setor de Infraestrutura Portuária e as Jabuticabas. Migalhas, 2015. Disponível em: < A arbitragem no setor de infraestrutura portuária e as jabuticabas (migalhas.com.br)> Acesso em: 28 de set. 2022.

também exige um corpo de julgadores técnicos especializados para melhor decidir com qualidade e eficiência a lide.

No entanto, menciona que dois anos após a publicação da lei, houve uma reforma, pois, Presidente da República da época regulamentou o art. 62, parágrafo 1º da referida lei, por meio do Decreto nº 8.465/2015, promulgando em seguida a Lei da Reforma da Arbitragem nº 13.129/2015. Defendendo que, esta lei criou uma espécie de segunda classe de arbitragem, a qual tinha o objetivo de atender litígios atrelados ao setor portuário, o qual ele considera inconstitucional.

Pois, a lei que disciplinou a infraestrutura portuária, não necessitava de uma autorização para realização de arbitragem nesse setor, tampouco nos litígios envolvendo a infraestrutura portuária. Nesse sentido, restou ao art. 62, a função de mero incentivo ao desenvolvimento arbitral nos portos. Diante desse cenário, em 2016, vários órgãos da administração pública federal, sob a coordenação do Programa de Parcerias de Investimentos, gestaram-se a Medida Provisória 752/2016, a qual tinha o objetivo de viabilizar novos investimentos em projetos de parcerias e saneamentos de contratos de concessão em vigor para dar continuidade à exploração dos serviços concessionários.

Tendo em vista que, a infraestrutura é uma condição para o crescimento econômico no país, principalmente, por meio de investimentos privados. De acordo com Adalberto Santos⁷³, os resultados dessa Medida Provisória são aquém de imperiosas para atingir sua finalidade de edição, as quais são: “Três prorrogações de ferrovias concretizadas; uma concessão de ferrovia com decreto de relicitação; uma concessão de rodovia com termo aditivo assinado; uma concessão de rodovia com decreto de qualificação no PPI para relicitação; duas concessões de rodovias com pedidos de relicitação junto à ANTT; dois aeroportos com termo aditivo de relicitação assinado”.

No entanto, apenas três ativos de infraestrutura tiveram marco mútuo concluído, que foi a assinatura do termo aditivo entre a poder concedente e a concessionária que anuiu com o processo de licitação, uma vez que algumas concessionárias não conseguiram aderir à relicitação, em razão da ausência de norma regulamentadora, que somente veio ocorrer em 2019, pelo Decreto 9.957, o qual regulamentou a Lei nº 13.448/2017.

⁷³VASCONCELOS, Adalberto Santos. Relicitação: Comentários sobre a Lei 13.448 de 2017, portal da infra, 2021. Disponível em: <Relicitação: comentários sobre a Lei 13.448 de 2017 – Agência Infra (agenciainfra.com)> Acesso em: 29 de set. 2022.

Dessa forma, a Lei nº 13.448/2017, trouxe a definição de prorrogação contratual, prorrogação antecipada e relicitação em seu artigo 4º⁷⁴, como um instrumento para extinção de contratos de parceria de forma amigável, com a possibilidade de novo ajuste negocial, em novas condições e contratados, por meio de licitações, que possuem essa finalidade, prevendo também regras para prorrogações com alteração dos prazos de vigência desses contratos.

Dentre os dispositivos dessa lei ressaltam-se os artigos 15⁷⁵ e 31⁷⁶, que prevê a possibilidade da utilização da arbitragem como meio de resolução de conflitos, o qual pode ser utilizado nas hipóteses de prorrogação como de relicitação, no entanto, esse procedimento deve ser realizado no Brasil na língua oficial do país, no que se refere exclusivamente aos direitos patrimoniais disponíveis, após decisão definitiva de autoridade competente. No entanto, é importante ressaltar que nova lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021) foi promulgada em abril de 2021, colocando fim as discussões sobre a possibilidade de utilização da arbitragem como meio de resolução de conflitos nas licitações e contratos administrativos. Com isso, esses marcos legislativos foram primordiais para autorizar a implementação da arbitragem com a administração pública no âmbito da legalidade.

⁷⁴Art. 4º Para os fins desta Lei, considera-se: I - prorrogação contratual: alteração do prazo de vigência do contrato de parceria, expressamente admitida no respectivo edital ou no instrumento contratual original, realizada a critério do órgão ou da entidade competente e de comum acordo com o contratado, em razão do término da vigência do ajuste; II - prorrogação antecipada: alteração do prazo de vigência do contrato de parceria, quando expressamente admitida a prorrogação contratual no respectivo edital ou no instrumento contratual original, realizada a critério do órgão ou da entidade competente e de comum acordo com o contratado, produzindo efeitos antes do término da vigência do ajuste; III - relicitação: procedimento que compreende a extinção amigável do contrato de parceria e a celebração de novo ajuste negocial para o empreendimento, em novas condições contratuais e com novos contratados, mediante licitação promovida para esse fim.

⁷⁵ Art. 15. A relicitação do contrato de parceria será condicionada à celebração de termo aditivo com o atual contratado, do qual constarão, entre outros elementos julgados pertinentes pelo órgão ou pela entidade competente: III - o compromisso arbitral entre as partes com previsão de submissão, à arbitragem ou a outro mecanismo privado de resolução de conflitos admitido na legislação aplicável, das questões que envolvam o cálculo das indenizações pelo órgão ou pela entidade competente, relativamente aos procedimentos estabelecidos por esta Lei.

⁷⁶Art. 31. As controvérsias surgidas em decorrência dos contratos nos setores de que trata esta Lei após decisão definitiva da autoridade competente, no que se refere aos direitos patrimoniais disponíveis, podem ser submetidas a arbitragem ou a outros mecanismos alternativos de solução de controvérsias.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É possível afirmar que a arbitragem é regida atualmente pela Lei 9.307/96, sendo um mecanismo heterocompositivo de solução de conflitos, no qual as partes escolhem uma pessoa ou entidade privada (terceiro imparcial) para certificar um direito, caso existente, solucionando a controvérsia apresentada na sua exata satisfação, sem a participação do poder judiciário. Diferenciando da atividade estatal devido a sua natureza privada.

No entanto, o objeto da resolução deve ser dotado de direito patrimonial disponível, por meio de manifestação expressa das partes, externando suas vontades de acordo, estabelecendo assim uma convenção arbitral, nesse acordo será determinada a jurisdição dos árbitros, limitada aos poderes que as partes lhe outorgaram. Não sendo possível, a instauração da arbitragem sem o preenchimento dessa formalidade procedimental, sendo esse pressuposto fundamental, podendo ainda esse acordo ser celebrado em um conflito pré-existente ao contrato, por meio de um compromisso arbitral, ou em momento posterior, hipótese em que será celebrada uma cláusula arbitral.

Com isso, a possibilidade de a administração pública participar de processos arbitrais vêm sendo objeto de discussão, principalmente quando os paradigmas constitucionais e do Direito Administrativo são postos em questão, devido à natureza pública da administração. Uma vez que, os entes públicos devem observar alguns princípios, como, princípio da legalidade, interesse público e publicidade, os quais por muito tempo foram tidos como incompatíveis com a Lei de Arbitragem, pois não preenchia os requisitos da arbitrabilidade.

Em suma, para se verificar a possibilidade da administração pública se submeter ao juízo arbitral é necessário o preenchimento dos requisitos da arbitrabilidade, os quais são um conjunto de condições subjetivas e objetivas. Sendo o pressuposto subjetivo alusivo a quem poderá participar da arbitragem, enquanto o objetivo é referente a matéria ou direito que pode ser objeto do conflito.

Dessa forma, como os entes públicos atuam de acordo com a taxatividade normativa, é imprescindível o preenchimento dos requisitos da arbitrabilidade conforme os princípios administrativos, da moral e do direito público. Assim, a arbitrabilidade subjetiva está atrelada a quem tem capacidade de participar da arbitragem, segundo a lei civil. De modo que na lei de arbitragem em sua redação original dispunha que as pessoas capazes, poderiam se dispor da arbitragem para dirimir seus conflitos, desde que fossem relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

No entanto, não havia previsão expressa quanto a possibilidade de a administração pública dirimir seus conflitos patrimoniais por meio da arbitragem, o que impossibilitava a sua participação na arbitragem, por violação do princípio da legalidade, uma vez que no direito administrativo, só é permitido aquilo autorizado por lei. Ato contínuo, em 2015, a Lei nº 9.307/96, passou por uma reforma autorizando de forma expressa a participação da administração pública direta e indireta na arbitragem para dirimir conflitos, relativos a direitos patrimoniais disponíveis⁷⁷.

Restando evidente, que o princípio da legalidade não constitui obstáculos suficientes à arbitribilidade subjetiva, sendo sanada a lacuna proibitiva com a autorização de a administração pública participar do processo arbitral com a reforma da lei. Ademais, com relação à arbitribilidade objetiva, que é relativa à matéria ou direito que pode ser objeto do conflito a ser solucionada, a lei anuncia que a arbitragem somente poderá dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

No entanto, a administração pública gerencia interesses alheios, estando o ato de administrar atrelado a ideia de zelo e cuidado de bens e interesses da coletividade, ao passo que os poderes do administrador devem ser limitados a sua gestão, necessitando obrigatoriamente de autorização especial para realizar atos de alienação, distribuição, renúncia e oneração, pois são inerentes da natureza patrimonial privada e a administração pública é regida pelo princípio da indisponibilidade do interesse público nos seus interesses primários.

Uma vez que a natureza da administração é a um *múnus público*, isso é visa a conservação dos bens, serviços e interesses da coletividade. Por isso, o administrador está obrigado a cumprir os fundamentos da moral administrativa e do Direito, pois o agente assume com a coletividade um compromisso de servi-la, seguindo os interesses do Estado. Assim, o agente público não tem discricionariedade de dar fim diverso aos objetivos prescrito em lei para as suas atividades, porque seus deveres e poderes são outorgados em benefícios da comunidade administrada, de modo que, os atos ou contratos administrativos firmados sem observância do interesse primário, configura desvio de finalidade.

Dessa forma, o caráter patrimonial que regula o instituto da arbitragem, bem como a disponibilidade do objeto, deve ser posto diante do princípio da indisponibilidade do interesse público. Assim, ante o cumprimento desses requisitos pela administração pública,

⁷⁷Lei nº 13.129 de 2015, art. 1º, § 1º administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

note-se que o problema está em delimitar até onde e o que pode ser transacionado no conflito de natureza puramente pública.

Portanto, da análise dos contratos que envolvam a administração pública para que haja sua arbitrabilidade, deve acontecer uma delimitação transacional aos atos de gestão do estado, pois estes são referentes a interesses secundários, tendo, portanto, a administração margem de negociações nesses contratos no campo do direito privado, uma vez que esses objetos não são conflitantes com o interesse público primário, tendo em vista que no Direito Administrativo, há matérias que são de direitos indisponíveis, quando o ente público age com poder de império.

Assim, o interesse público pode ser classificado em primário e secundário. O primeiro interliga-se às relações de grande relevância para sociedade, estando, portanto, atrelados ao princípio da indisponibilidade absoluta, devendo o Estado satisfazê-lo como atos de império. Por outro lado, o interesse público secundário tem natureza instrumental, referindo-se às pessoas jurídicas que os administram, auxiliando a satisfação dos direitos primários como um meio, sendo, portanto, disponíveis, estando atrelados aos atos de simples gestão (gestão patrimonial).

Por fim, com relação confidencialidade do processo arbitral e a suposta incompatibilidade com o princípio da publicidade, é possível afirmar que, embora o processo arbitral em regra seja confidencial, quando o procedimento envolve a administração pública essa regra não é observada, conforme prevê explicitamente a própria lei de arbitragem, seguindo o princípio da legalidade.

Isso porque, um dos principais objetivos do princípio da publicidade é levar transparência a sociedade com relação às atividades administrativas, sendo essas informações um direito de todo cidadão. De modo que, as informações relevantes ao processo arbitral não são divulgadas tão somente pela própria via arbitral, mas também por meios próprios das entidades administrativas, por meio da imprensa oficial.

Restando evidente que, é plenamente possível a compatibilização do sigilo arbitral com o princípio da publicidade, quando a Administração Pública estiver participando do processo, não afetando a eficiência desse método de resolução de conflito. Portanto, resta a conclusão de que a arbitragem é um método de resolução de conflito, viabilizado com a Administração Pública, ante os paradigmas constitucionais e do direito administrativo, não havendo incompatibilidade com os princípios da legalidade, indisponibilidade do interesse público e publicidade.

Preenchendo, assim, os requisitos de arbitrabilidade subjetiva, no entanto, na arbitabilidade objetiva, possui uma delimitação transacional nos conflitos de natureza puramente pública, de modo que, somente podem dirimir conflitos relacionados os interesses públicos secundários, atrelados aos seus atos de gestão (gestão patrimonial). No entanto, resta vedado a participação da administração pública quando o objeto do conflito seja relacionado aos direitos de interesses primários do Estado, os quais são referentes aos seus atos de império, não podendo ser transacionados devido à incompatibilidade com o princípio do interesse público da coletividade. Nesse sentido, a sentença arbitral no âmbito da administração pública só pode versar sobre matéria do interesse público secundário.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, João Pedro. **Arbitragem e Administração Pública: Um Panorama Global**; Revista Digital de Direito Administrativo, USP, São Paulo, 2017, disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda>. Acesso em: 01 set. 2022.

Aceris Law. **Arbitragem no Setor de Comercialização de Energia Elétrica no Brasil**, 2019. Disponível em: <Arbitragem no setor comercialização de energia elétrica no Brasil • Aceris Law> Acesso em: 22 de set. 2022.

AgRg no **Mandado de Segurança nº 11.308- DF(2005/0212763-0)**, Relator: Sr. Ministro Luiz Fux, julgado em: 28/06/2006. Acesso em: 27 de set. 2022.

ALMEIDA, André. Autotutela da Posse: desforço imediato x Legítima Defesa. JusBrasil, 2016. Disponível em: <[Autotutela da Posse: desforço imediato X Legítima Defesa | Jusbrasil](#)> Acesso em: 26 de Nov. 2022.

ARAÚJO, Nádia de. Arbitragem- **A Nova Lei Brasileira e a Praxe Internaional**. São Paulo, LTr, 1197.

AZEVEDO, André Gomma. Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, nº 17:342-54, jul./set. 2002 e em “**Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação**” (org.), Brasília, UNB, Ed. Brasília Jurídica, 2002, p. 45/61.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**, São Paulo, Malheiros, 15 ed., 2002.

BARCELA, Roberto Portugal. **Mediação e arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2012. E-Book. ISBN: 978-85-02-17182-4. Disponível em: < LIVRO Mediação e Arbitragem - Roberto Portugal Bacellar | Mariane Duarte - Academia.edu>. Acesso em 28 de ago. 2022.

BOBSIN, Arthur. **Os 5 mais Importantes Princípios do Direito Administrativo na CF**. Aurum, 2020. Disponível em: < <https://www.aurum.com.br/blog/principios-do-direito-administrativo/#:~:text=A%20administra%C3%A7%C3%A3o%20p%C3%BAblica%20direta%20e%20indireta%20de%20qualquer%20dos%20Poderes%20da%20Uni%C3%A3o%2C%20dos%20Estados%2C%20do%20Distrito%20Federal%20e%20dos%20Munic%C3%ADpios%20obedecer%C3%A1%20aos%20princ%C3%ADpios%20de%20legalidade%2C%20impessoalidade%2C%20moralidade%2C%20publicidade%20e%20efici%C3%AAncia.%E2%80%9D> > Acesso em 16 out. 2022.

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Constituição 1988. **Emenda constitucional nº 45**, de 30 de dezembro de 2004. Lex: legislação federal e marginalia, Diário Oficial da União, Brasília, DF, 30 Dez. 2004.

BRASIL. **Decreto nº 4.520, de 16 de dezembro de 2002.** Dispõe sobre a publicação do Diário Oficial da União e do Diário da Justiça pela Imprensa Nacional da Casa Civil da Presidência da República. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 dez. 2002.

BRASIL. **Decreto nº 8.465, de 08 de junho de 2015.** Dispõe sobre a Regulamentação do § 1º do art. 62 da Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, para dispor sobre os critérios de arbitragem para dirimir litígios no âmbito do setor portuário. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 08 jun. 2015.

BRASIL. **Decreto nº 9.957, de 06 de agosto de 2019.** Regulamenta o procedimento para relicitação dos contratos de parceria nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário de que trata a Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 06 Ago. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.648, de 02 de setembro de 1942.** Dispõe sobre a Incorporação ao patrimônio nacional os bens e direitos das empresas da chamada "Organização Lage" e do espólio de Henrique Lage. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 02 Set. 1942.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 9.521, de 26 de julho de 1946.** Dispõe sobre a Modificação dos Decretos-leis ns. 4.648, de 02 de setembro de 1942, e 7.024, de 06 de novembro de 1944, regula o destino dos bens deixados por Henrique Lage. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 26 Jul. 1946.

BRASIL. **Lei Estadual nº 19.477, de 12 de janeiro de 2011.** Dispõe a adoção do juízo arbitral para a solução de litígio em que o Estado seja parte e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 12 Jan. 2011.

BRASIL. **Lei Federal nº 10.233, de 05 de junho de 2001.** Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 Jun. 2001.

BRASIL. **Lei Federal nº 10.848, de 15 de março de 2004.** Dispõe sobre a comercialização de energia elétrica, altera as Leis nºs 5.655, de 20 de maio de 1971, 8.631, de 4 de março de 1993, 9.074, de 7 de julho de 1995, 9.427, de 26 de dezembro de 1996, 9.478, de 6 de agosto de 1997, 9.648, de 27 de maio de 1998, 9.991, de 24 de julho de 2000, 10.438, de 26 de abril de 2002, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 15 Mar. 2004.

BRASIL. **Lei Federal nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004.** Dispõe normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 30 Dez. 2004.

BRASIL. **Lei Federal nº 14.300, de 06 de janeiro de 2022.** Institui o marco legal da microgeração e minigeração distribuída, o Sistema de Compensação de Energia Elétrica (SCEE) e o Programa de Energia Renovável Social (PERS); altera as Leis nºs 10.848, de 15 de março de 2004, e 9.427, de 26 de dezembro de 1996; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 06 Jan. 2022.

BRASIL. **Lei Federal nº 9.478/97, de 06 de agosto de 1997.** Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 06 Ago. 1997.

BRASIL. **Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004.** Dispõe sobre normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 30 Dez. 2004.

BRASIL. **Lei nº 12.815, de 05 de junho de 2013.** Dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários; altera as Leis nºs 5.025, de 10 de junho de 1966, 10.233, de 5 de junho de 2001, 10.683, de 28 de maio de 2003, 9.719, de 27 de novembro de 1998, e 8.213, de 24 de julho de 1991; revoga as Leis nºs 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, e 11.610, de 12 de dezembro de 2007, e dispositivos das Leis nºs 11.314, de 3 de julho de 2006, e 11.518, de 5 de setembro de 2007; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 Jun. 2013.

BRASIL. **Lei nº 13.448, de 05 de junho de 2017.** Dispõe sobre Diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal, e altera a lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, e a lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 Jun. 2017.

BRASIL. **Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965.** Dispõe sobre a ação popular. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 29 Jun. 1965.

BRASIL. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.** Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 Fev. 1995.

BRASIL. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.** Dispõe sobre a arbitragem. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 23 Set. 1996.

BRASIL. **Medida provisória nº 752, de 24 de novembro de 2016.** Dispõe sobre diretrizes gerais para a prorrogação e a relicitação dos contratos de parceria que especifica e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 Nov. 2016.

CALMON, Petronio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**, 3ª ed. Gazeta Jurídica, 2015, Brasília, DF.

CARMONA, Carlos Alberto. **A Arbitragem no Setor de Infraestrutura Portuária e as Jabuticabas**. Migalhas, 2015. Disponível em: < A arbitragem no setor de infraestrutura portuária e as jabuticabas (migalhas.com.br)> Acesso em: 28 de set. 2022.

CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. **Os Novos Caminhos do Direito Administrativo no Contexto Evolutivo do Estado de Direito** In: FLAUSINO, Vagner Fabricio Vieira. Arbitragem nos Contratos de Concessão de Serviços Públicos e de Parceria Público-Privada. Curitiba: Juruá, 2015.

Cf Rafael BIELSA, **Estudios de Derecho Publico**, Buenos Aires, Depalma, 1949, p. 290.

Cf. **Sistema didirittoprocessualecivile**, t. I, p. 44.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública. Concessão, Permissão, Franquias, Terceirização e outras formas**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2002.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. **Direito Internacional Privado**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FERNANDES, Amanda Brisolla. **Arbitragem e Aspectos da Cláusula Arbitral no Âmbito das PPPs**, Migalhas, 2006. Disponível em: <Arbitragem e aspectos da cláusula arbitral no âmbito das PPPs (migalhas.com.br)>. Acesso em: 27 de set. 2022.

FISHER, Roger; URY, William. **Como Chegar ao Sim: Como Negociar Acordos sem Fazer Concessões**, 3ª ed. Solomon, 2014, Rio de Janeiro, RJ.

FLAUSINO, Vagner Fabricio Vieira. **Arbitragem nos Contratos de Concessão de Serviços Públicos e de Parceria Público-Privada**. Curitiba: Juruá, 2015.

FRANKENBERG, Günter. **CriticalComparisons: Re-thinkingComparative Law**. Harvard International Law Review, vol. 26, n. 2, p. 411-455, 1985.

GONÇALVES, Rafaela Burity Campello. **A Aplicabilidade da Arbitragem Envolvendo a Administração Pública**. Brasília, 2017. Disponível em: < Caso Lage - A ARBITRAGEM E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (1library.org)> Acesso em 22 de set. 2022.

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, 18/401, out./dez.2002.

GRIFFITHS, Terry; TYLER, Timothy. **ArbitratingInternationaloilandgas disputes: practicalconsiderations**. In: KRONMAN, George; FELIO. **Internationaloilandgas ventures: a business perspective**. Tulsa: AAPG, 2000. p. 187-198.

HAURIOU, Maurice. **Précisélémentaires de DroitAdministratif**. Paris, 1926.

JUNQUEIRA, André Rodriguês. **Arbitragem na Administração Pública: Um Estudo de Caso sobre a Eficiência do Instituto nas Parcerias Público-Privadas do Estado de São Paulo**. Dissertação de Mestrado, USP, São Paulo, 2017. Disponível em: <Arbitragem na administração pública: estudo de caso sobre a eficiência do instituto... (usp.br)> Acesso em: 27 de set de 2022.

LEMES, Selma M. Ferreira, **Arbitragem na Concessão dos Serviços Públicos-Arbitrabilidade Objetiva. Confidencialidade ou Publicidade Processual?**, São Paulo, 2003, CACB, disponível em: < http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri15.pdf> acesso em 02 de set. 2022.

LIMA, Sérgio Mourão. **Arbitragem: aspectos fundamentais**. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LOQUIN, E. **L'application de règles nationales dans l'arbitrage commercial international**. L'apport de la jurisprudence arbitrale. Paris: CCI, 1987.

MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito processual Civil**. São Paulo, Saraiva, 1990.

MARQUES, Ricardo Dalmaso; ALMEIDA, Fernanda Dias. **A Submissão de Entes da Administração Pública à Arbitragem- a Lei Mineira de Arbitragem (Lei Estadual 19.477/11)**, Migalhas, 2011. Disponível em: < A submissão de entes da Administração Pública à arbitragem - a lei mineira de arbitragem (lei estadual 19.477/11) (migalhas.com.br)> Acesso em: 27 de set. 2022.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo** (2ª ed.). São Paulo: Saraiva, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE, Carla Rosado; FILHO, José Emmanuel Burle. **Direito Administrativo Brasileiro**, ed. 42, São Paulo: Malheiros, 2016.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Arbitragem nos Contratos Administrativos**, Revista de Direito Administrativo, 218/84, jul./set. 1997.

PRADO, Francisco Octávio de Almeida. **Improbidade administrativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.

PEREIRA, Carlos Luiz Bresser. **Da Administração Pública Burocracia Gerencial**. **Revista do Serviço Público**. Disponível em: < Professor Bresser-Pereira (bresserpereira.org.br) > Acesso em: 10 out. 2022.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **É o Estado capaz de se autorretormar?** In: Desigualdade & Diversidade - Dossiê Especial, segundo semestre de 2011. p. 16. Disponível em: [http://www.bresserpereira.org.br/papers/2011/11.36.Estado capaz autoreformar.pdf](http://www.bresserpereira.org.br/papers/2011/11.36.Estado%20capaz%20autoreformar.pdf)> Acesso em: 10 Out. 2022.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella (2008). **Direito Administrativo** (21ª ed.). São Paulo: Atlas.

REsp 612.439/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/10/2005, DJ 14/09/2006, p. 299.

REZEK, J. Francisco. **Direito Internacional Público- Curso Elementar**: São Paulo, Saraiva, 1995.

STF, Tribunal Pleno, **AI 52181/GB**, Relator Ministro Bilac Pinto, julgado em 14/11/1973, DJU de 15/02/1974.

TALAMINI, Eduardo. **A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória)** – versão atualizada para o CPC/2015. Revista de Processo, v. 264, ano 42, p. 83-107, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 99

TAVARES, André Ramo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002.

TIBURCIO, Carmen; PIRES Thiago Magalhães. **Métodos Alternativos de solução de Conflitos- ADR, Arbitragem Envolvendo a Administração Pública: Notas sobre as Alterações Introduzidas pela Lei 13.129/2005**. Revista de processo, 2016. Disponível em: < RPro_n.254.21.PDF (mpsp.mp.br) > Acesso em: 21/10/2022.

VASCONCELOS, Adalberto Santos. **Relicitação: Comentários sobre a Lei 13.448 de 2017**, portal da infra, 2021. Disponível em: <Relicitação: comentários sobre a Lei 13.448 de 2017 – Agência Infra (agenciainfra.com)> Acesso em: 29 de set. 2022.

