



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

AMANDA DOS SANTOS NASCIMENTO

**JUSTIÇA MULTIPORTAS E TUTELA ADEQUADA: ANÁLISE DA CLÁUSULA
COMPROMISSÓRIA ARBITRAL NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE
SERVIÇOS PÚBLICOS**

**JOÃO PESSOA
2022**

AMANDA DOS SANTOS NASCIMENTO

**JUSTIÇA MULTIPORTAS E TUTELA ADEQUADA: ANÁLISE DA CLÁUSULA
COMPROMISSÓRIA ARBITRAL NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE
SERVIÇOS PÚBLICOS**

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 da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Dr. Fábio dos Santos Bezerra

**JOÃO PESSOA
2022**

FICHA CATALOGRÁFICA

Catálogo na publicação Seção de Catalogação e Classificação

N244j Nascimento, Amanda Dos Santos.

Justiça multiportas e tutela adequada: análise da cláusula compromissória arbitral nos contratos de concessão de serviços públicos / Amanda Dos Santos Nascimento. - João Pessoa, 2022.

77 f.

Orientação: Fábio dos Santos Bezerra.

TCC (Graduação) - UFPB/CCJ.

1. Justiça Multiportas. 2. Serviços Públicos. 3. Lei de Arbitragem. 4. Parcerias público-privadas. 5. Concessões. I. Bezerra, Fábio dos Santos. II. Título.

UFPB/CCJ

CDU 34

AMANDA DOS SANTOS NASCIMENTO

**JUSTIÇA MULTIPORTAS E TUTELA ADEQUADA: ANÁLISE DA CLÁUSULA
COMPROMISSÓRIA ARBITRAL NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE
SERVIÇOS PÚBLICOS**

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 da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Dr. Fábio dos Santos Bezerra

DATA DA APROVAÇÃO: 27/05/2022

BANCA EXAMINADORA:

**Prof. Dr. FÁBIO DOS SANTOS BEZERRA
(ORIENTADOR)**

**Prof. Me. WERTON MAGALHÃES COSTA
(AVALIADOR)**

**Prof. Dr. MARCELO WEICK POGLIESE
(AVALIADOR)**

À família, aos amigos e aos mestres, que são, para mim, o que Dulcineia foi para Dom Quixote: “dia da minha noite, glória da minha pena, norte dos meus caminhos, estrela da minha ventura”.

“Vou mostrando como sou e vou sendo como posso, jogando meu corpo no mundo, andando por todos os cantos, e pela lei natural dos encontros eu deixo e recebo um tanto...”

(Novos Baianos)

RESUMO

Este trabalho visa demonstrar a forma como a cultura da litigiosidade deu origem ao abarrotamento do Poder Judiciário, conjuntura que contribuiu para a estruturação de outros modelos de resolução de conflitos, com fulcro na teoria da Justiça Multiportas encabeçada por Frank Sander. Para tanto, evidenciou-se a evolução da concepção de jurisdição, que passou a ser interpretada ao lado dos seus equivalentes, bem como sob pálio da arbitragem, privilegiando o modelo regulador ou de garantia, responsável por incentivar e orientar as atividades de interesses desenvolvidas no âmbito privado, impactando sobremaneira a tradicional visão de organização administrativa hierarquizada. Superada a relação verticalizada de outrora, demonstrou-se a adoção da arbitragem como instrumento de solução de conflitos, acarretando a mitigação da indisponibilidade do interesse público. Por fim, sublinhou-se a impossibilidade de o Estado centralizar em suas as mãos a prestação de todos os serviços públicos, motivo pelo qual a concessão desses serviços tornou-se uma realidade. Neste intento, a presença da cláusula compromissória se firmou como uma importante ferramenta para o enfrentamento da morosidade inerente ao Poder Judiciário, que representa, muitas vezes, óbice à adequada tutela dos eventuais impasses contratuais.

Palavras-chave: Justiça Multiportas. Lei de Arbitragem. Serviços Públicos. Parcerias público-privadas. Concessões.

ABSTRACT

This academic work aims to demonstrate the way that litigious culture gave rise to the overcrowding of Judiciary Branch, conjuncture that contributed to the structuring of other models of conflict resolution, with fulcrum on the Multi-door Courthouse theory headed by Frank Sander. Therefore, it became evident the evolution of jurisdiction's conception which came to be interpreted alongside its equivalents, as well as under arbitration, giving privilege to the regulatory or guarantee model, responsible for encouraging and guiding the activities of interests developed in the private sphere, greatly impacting the traditional vision of a hierarchical administrative organization. Overcoming the vertical relationship of the past, the adoption of arbitration as an instrument for conflict resolution was demonstrated, leading to the mitigation of the unavailability of the public interest. Finally, it was highlighted the impossibility of the State to centralize the provision of all public services in its hands, which is why the concession of these services became a reality. In this attempt, the presence of the arbitration clause has established itself as an important tool to face the sluggishness inherent to the Judiciary, which often represents an obstacle to the adequate protection of any contractual impasses.

Keywords: Multi-door Courthouse. Arbitration Law. Public Services. Public-Private Partnerships. Concessions.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CNJ - Conselho Nacional de Justiça

IPC-Jus - Índice de Produtividade Comparada da Justiça

AMB - Associação dos Magistrados Brasileiros

CPC - Código de Processo Civil

UNICITRAL - Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional

CJF - Conselho da Justiça Federal

FPPC - Fórum Permanente de Processualistas Cíveis

CF - Constituição Federal

RPV - Requisição de Pequeno Valor

LINDB - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

LICC - Lei de Introdução ao Código Civil

IBDA - Instituto Brasileiro de Direito Administrativo

PPP - Parceria Público-Privada

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE JURISDIÇÃO	12
2.1 A INSTRUMENTALIDADE E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA NOVA CONCEPÇÃO DE JURISDIÇÃO.....	17
2.2 DOS EQUIVALENTES JURISDICIONAIS.....	19
2.3 O PAPEL DA ARBITRAGEM NA REESTRUTURAÇÃO DA JURISDIÇÃO	23
3 MICROSSISTEMA DE RESOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS PARA A FAZENDA PÚBLICA	26
3.1 OS DESAFIOS PARA A IMPLEMENTAÇÃO DA ARBITRAGEM NAS DEMANDAS ENVOLVENDO A FAZENDA PÚBLICA	28
3.1.1 Arbitrabilidade: indisponibilidade absoluta do interesse público?	28
3.1.2 Submissão da sentença arbitral à remessa necessária	34
3.1.3 Arbitragem institucional ou arbitragem <i>ad hoc</i>	36
3.1.4 Sujeição ao sistema de precatórios ou requisição de pequeno valor	38
3.2 ART. 26 DA LINDB COMO CLÁUSULA GERAL AUTORIZATIVA DA AUTOCOMPOSIÇÃO NO ÂMBITO DO PODER PÚBLICO	39
3.3 DISPUTE BOARD NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	43
4 CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO	45
4.1 DA NECESSIDADE DE RELEITURA DAS CLÁUSULAS EXORBITANTES DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	45
4.2 A CONTRATUALIZAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE SUPERAÇÃO DA DICOTOMIA “PÚBLICO-PRIVADO”	52
4.3 ARBITRAGEM NO ÂMBITO DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS	57
4.3.1 Parcerias público-privadas na Lei nº 11.079/2004	58
4.3.2 A presença das cláusulas compromissórias nos contratos de PPPs	62
4.4 ARBITRAGEM NAS CONCESSÕES COMUNS DE SERVIÇO PÚBLICO	64
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	67
REFERÊNCIAS	69

1 INTRODUÇÃO

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), exercendo seu relevante papel no controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, divulga, desde o ano de 2003, o relatório “Justiça em Números”, importante instrumento para a garantia da transparência e governança do Poder Judiciário pátrio.

Nesse projeto, o CNJ evidencia a cultura da litigiosidade existente no Brasil, que resulta no abarrotamento de processos nas cortes pátrias, refletindo na morosidade da marcha processual. Para a análise, busca mensurar a atividade judicial utilizando indicadores reconhecidos internacionalmente, avaliando, entre diversos outros aspectos, a eficiência, economicidade, congestionamento e, por conseguinte, o Índice de Produtividade Comparada da Justiça (IPC-Jus).

Contudo, como sublinhado por Andréa Maciel Pachá em entrevista cedida à revista eletrônica Consultor Jurídico (ConJur), boa parte dessa demanda não envolve aqueles que, de fato, necessitam da atividade jurisdicional¹. Na oportunidade, a magistrada ressaltou que muitos desses conflitos sequer precisariam ter chegado aos tribunais. Isso posto, a demasiada litigiosidade que vige no país se torna cada vez mais visível, motivo pelo qual o direito brasileiro vem desenvolvendo, paulatinamente, a pluralização das vias de tutela de direitos, por meio da institucionalização dos métodos adequados de resolução de disputas.

Dessa maneira, buscou-se, no primeiro capítulo, minudenciar a evolução da concepção de jurisdição, que saiu do reducionismo causado pela restrita ideia de “dizer o direito”, sendo atrelado, portanto, a um simplório conjunto de atos processuais, distante da relação de direito material causadora desse liame, para o momento metodológico do formalismo-valorativo, alicerçado na garantia do acesso à justiça e na efetividade da prestação jurisdicional, ensejando o desenvolvimento das técnicas autocompositivas.

É sob esse contexto que surge o conceito de Justiça Multiportas, cuja origem remonta ao professor Frank Sander, que mencionava, já em 1976, a necessidade de existir um Tribunal Multiportas, ou “centro abrangente de justiça”².

¹ SOUZA, Giselle. **Judiciário está sobrecarregado, mas não está sendo usado por quem mais precisa**. CONJUR, 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-out-26/entrevista-andrea-pacha-ouvidora-tribunal-justica-rj>. Acesso em: 16 de maio de 2022.

² O conceito foi apresentado na palestra de abertura da *Pound Conference*, em *Saint Paul, Minnessotta*, no ano de 1976, conforme explica Frank Sander em: “Diálogos entre os professores Frank Sander e

Conforme leciona Leonardo Cunha³, a expressão decorre de uma metáfora: seria como se houvesse, no átrio do fórum, várias portas; a depender do problema apresentado, as partes seriam encaminhadas para a porta da mediação, da conciliação, da arbitragem ou da própria justiça estatal.

Em que pese o reconhecimento de que o escopo do processo não é mais o de apenas julgar, valorizando-se, neste momento, a sua instrumentalidade positiva, analisaram-se, no capítulo seguinte, as balizas do direito administrativo tradicional, responsáveis por municiar o Poder Público no que tange a recusa da adoção dos múltiplos métodos para resolução dos conflitos, sobretudo a partir do dogma da indisponibilidade absoluta de todo e qualquer interesse público e da dicotomia entre interesses públicos primários e secundários. Isso porque, como evidenciado pelo CNJ desde o ano de 2011, a Administração Pública brasileira, considerando todas as esferas e todos os entes da federação, é um dos maiores litigantes de todo o Poder Judiciário.

Com fulcro na conjuntura minudenciada, demonstrou-se como a doutrina contemporânea, ao identificar a necessidade de superação do modelo burocrático, elucidou o fato de o interesse público não ser antagônico aos interesses privados, possibilitando a superação da relação autoritária e verticalizada anteriormente vigente, em favor do arranjo mais paritário entre os contendores, de modo a incentivar os modelos consensuais de integração e o novo contratualismo administrativo, que passa a contar com a efetiva participação do contratante.

Ante a superação do modelo burocrático, o Direito Administrativo passou por importantes transformações, decorrentes do reconhecimento de que o Estado não é hábil para concentrar todas as atividades a ele atribuídas, sendo necessário, por conseguinte, a colaboração entre o setor público e o privado para a execução dos serviços públicos essenciais à população, viabilizando projetos de interesse público.

Desta feita, se outrora não se demonstrava aceitável que particulares pudessem solver contendas nas quais estejam em lide interesses concernentes a serviços públicos, taxados como indisponíveis, esta linha de argumentação alicerçada no princípio da indisponibilidade não encontra mais amparo, uma vez que o interesse da Administração não se confunde com o interesse privado. Sob esse jaez, observou-

Mariana Hernandez Crespo: explorando a evolução do Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil”.

³ CUNHA, Leonardo Carneiro. **A Fazenda Pública em Juízo**. 17ª ed. Editora Gen, 2020.

se que os atos de gestão da Administração Pública, por exemplo, corresponderiam, em certa medida, ao plexo de interesses insofismavelmente disponíveis.

Destarte, tendo por plano de fundo a desregulamentação, privatização e desestatização, a busca pela prestação adequada dos serviços públicos, tornou-se patente a necessidade de que o Estado seja copartícipe, com o cidadão, das preocupações dessa natureza. Substituiu-se, paulatinamente, o campo da unilateralidade e imperatividade, priorizando-se a consensualização, dando ensejo à “economia contratada” ou “contratual”, que espelham a participação do cidadão.

Nessa conjuntura, apanha-se uma nova concepção de Administração Pública, pautada em sua contratualização, abarcando as ideias de participação, consenso e flexibilidade. Esse viés contratual e participativo da Administração Pública moderna tem encontrado amplo amparo na legislação pátria, que vem instituindo avanços com menor número de prerrogativas ao ente público e maiores garantias para ambos os contratantes, conforme regido pelas Leis de nº 8.987/1995 e de nº 11.079/2004, motivo pelo qual passará a ser detidamente perscrutado.

2 A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE JURISDIÇÃO

Etimologicamente, a palavra “jurisdição” encontra origem no latim *iuris dictio*, estando atrelada à ideia de “dizer o Direito”. Consiste, portanto, na possibilidade de aplicação do Direito ao caso fático que foi submetido à apreciação do magistrado⁴.

Entretanto, essa visão clássica do que seria jurisdição não se demonstra suficiente para responder adequadamente às demandas que surgem na sociedade, motivo pelo qual deve ser compreendida como a possibilidade de, além de definir o que é o Direito, efetivá-lo. Nesse sentido, sobleva Jürgen Habermas que “a interpretação do direito constitui também uma resposta aos desafios de determinada situação social⁵”.

Isso porque, após as revoluções europeias, o princípio da separação dos poderes, ladeado por grandes codificações, voltou-se não apenas contra o absolutismo que vigia na época, mas também em face da tirania dos juízes. Ante o cenário de desconfiança quanto à parcialidade dos magistrados, bem como a ideia de que a única fonte legítima do Direito provém do Poder Legislativo, o Poder Judiciário, como asseverou Thomas Hobbes, transformou-se no “oráculo da vontade do soberano, a quem cabe decidir o que é justo e injusto⁶”.

A filosofia desenvolvida por Hobbes foi decisiva para a sustentação do conceito de jurisdição como função subalterna, atribuída aos magistrados para serem meros pronunciadores dos comandos legais, sob a lógica da subsunção e do silogismo. Desta feita, a justiça não estaria atrelada à razão humana, mas à vontade do soberano, que a manifesta pela lei, distanciando-se das reais necessidades da sociedade.

Que a lei nunca pode ser contrária à razão é coisa com que nossos juristas concordam, assim como com que não é a letra (isto é, cada uma de suas frases) que é a lei, e sim aquilo que é conforme à intenção do legislador. Isto é verdade, mas subsiste a dúvida quanto àquela

⁴ HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. **Curso Completo do Novo Processo Civil**. 5ª ed. Niterói: Impetus, 2019.

⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Vol. 1. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

⁶ HOBBS, Thomas. **Os elementos da lei natural e política**. 1ª ed. São Paulo: Cone, 2017.

cuja razão deve ser aceite como lei. Não pode tratar-se de nenhuma razão privada, porque nesse caso haveria tantas contradições nas leis como as há nas Escolas. Nem tampouco (como pretende Sir Edward Coke) de uma perfeição artificial da razão, obtida através de muito estudo, observação e experiência (como era a dele). Porque é possível que muito estudo fortaleça e confirme sentenças errôneas, e quando se constrói sobre falsos fundamentos quanto mais se constrói maior é a ruína. Além disso, as razões e resoluções dos que estudam e observam com igual diligência e durante tempo igual são e sempre serão discordantes.

Portanto, **o que faz a lei não é aquela *juris prudência*, ou sabedoria dos juízes subordinados, mas a razão deste nosso homem artificial, o Estado, e suas ordens. E sendo o Estado, em seu representante, uma só pessoa, não é fácil surgir qualquer contradição nas leis, e quando tal acontece a mesma razão é capaz, por interpretação ou alteração, de eliminar a contradição.** Em todos os tribunais de justiça quem julga é o soberano (que é a pessoa do Estado). O juiz subordinado deve levar em conta a razão que levou o soberano a fazer determinada lei, para que sua sentença seja conforme a esta, e nesse caso a sentença é uma sentença do soberano, caso contrário é dele mesmo, e é injusta⁷.

Corroborando com essa perspectiva, Beccaria aduziu que “*o juiz deve fazer um silogismo perfeito. A maior deve ser a lei geral; a menor, a ação conforme ou não à lei; a consequência, a liberdade ou a pena. Se o juiz for obrigado a elaborar um raciocínio a mais, se o fizer por sua conta, tudo se torna incerto e obscuro*”⁸.

Sob essa mesma perspectiva, tem-se o instituto do *refere legislatif*, presente desde o direito romano, responsável por impor ao juiz, quando diante de divergências quanto ao conteúdo legal, ou em âmbito normativo, o dever de consultar o legislativo para interpretar e esclarecer o real significado da norma.

O direito romano havia criado vários procedimentos sumários para a interpretação da lei. Podemos citar o uso de pontífices no direito

⁷ HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

⁸ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Hemos.

romano primitivo. Ademais, devemos lembrar especialmente das constituições de Justiniano. Sabemos que a ambição de Justiniano era remover todas as incertezas e controvérsias em matéria de direito. No entanto, ele teve que admitir que os juízes poderiam ter dificuldades na aplicação de textos que lhe parecessem ambíguos. Neste caso, **ele os instruiu a se referirem ao imperador, “a quem compete exclusivamente estabelecer as leis e interpretá-las”**. Foi com referência à Constituição de Justiniano de 529 que os comentadores forjaram o famoso adágio que fundamenta o princípio da súmula legislativa⁹.

Patente a consolidação do pensamento jurídico de que a lei gozava de sentido único e certo, de modo que ao juiz caberia, tão somente, descobrir a verdade e exarar-la na sentença. Nesse diapasão, encontra-se também Montesquieu, cujas ideias foram de suma importância para o movimento racionalista, responsável por assentar a função de *bouche de la loi* (“boca da lei”) do juiz, sob pena de usurpação das competências próprias do legislador, aspecto que, em razão da separação dos poderes, traria acentuado prejuízo à liberdade dos cidadãos¹⁰. Para Montesquieu, o “poder de julgar” era, de qualquer modo, um “poder nulo” (*en quelque façon, nulle*)¹¹.

Não se pode olvidar que ao lado das concepções liberais, a ideia de jurisdição presente no século XIX também recebeu influência do positivismo jurídico que, em síntese, tinha por linha condutora a redução do direito à lei. Contudo, apesar dos vários séculos de distância que nos separa da forma pela qual a jurisdição foi abordada em diferentes momentos históricos, atualmente ainda se prestam tributos às definições observadas nesse ínterim.

O conceito chiovendiano de jurisdição é um exemplo claro, uma vez que influenciado indiscutivelmente pela doutrina racionalista e, conseqüentemente, pelos ideais iluministas e valores da Revolução Francesa. Sob esse ângulo, depreende-se que a jurisdição seria função essencial própria do Estado, estabelecendo-se a separação das funções do legislador e do juiz. A lei regularia todas as situações de

⁹ Trecho traduzido e adaptado. Original em: RUELLE, Annette; BERLINGIN, Maxime. **Le référé législatif en 1832. La difficile séparation des pouvoirs**. Le droit romain d’hier à aujourd’hui. Collationes et oblationes. Bruxelles, 2009. Disponível em: <http://books.openedition.org/pusl/953>. Acesso em: 16 de mar. de 2022.

¹⁰ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO; Daniel. **Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil**. V. I. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

um caso concreto, cabendo ao Estado ater-se à atuação da vontade concreta da norma, dando-lhe atuação prática¹². Nesse sentido, assevera o jurista:

Mesmo quando entre as partes existe um contraste, não é o objetivo imediato do processo compô-lo, mas dizer e atuar a vontade da lei (...) **se por 'justa' composição se entende a que é conforme à lei, resolve-se na atuação a vontade da lei**, se porém, se entende uma composição qualquer que seja, contanto que ponha termo à lide, deve-se radicalmente repudiar uma doutrina que volveria o processo moderno, inteiramente inspirado em alto ideal de justiça, ao processo embrionário dos tempos primitivos, só concebido para impor a paz, a todo custo, aos litigantes¹³.

Chiovenda demonstrou, desde o início da década de 20, preocupação em minudenciar o atuar jurisdicional. Para ele, a partir do momento em que a divisão das funções estatais fosse assentada, não mais se admitiria que instituições ou sujeitos alheios ao Estado constituíssem órgãos para a atuação da lei. Rechaçou, portanto, a extensão desse *múnus* para organizações paralelas.

Entre as três funções da soberania, observa-se uma separação conceitual relativamente clara, mas difícil de determinar. A contraposição entre a função legislativa e jurisdicional é bastante simples, porque àquela pertence a competência de determinar as normas reguladoras da atividade dos cidadãos e dos órgãos públicos (supra p. 29), e a esta aplicá-las (supra. 65 e ss.).¹⁴

Por esse ângulo, com o método jurisdicional enfrentam-se fatos sobre os quais se alcança um comando jurídico (concreto), formado a partir de normas (leis) preexistentes. Doutra banda, com o método legislativo se estabelecem, em abstrato,

¹² SILVA, Ovídio. A. Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

¹³ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. II. 2. ed. Tradução de J. Guimarães Menegale e notas de Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Saraiva, 1965.

¹⁴ BORGES, Claria Maria Roman. **Jurisdição e normalização**: uma análise foucaultiana da jurisdição penal. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/33496/R%20-%20T%20-%20CLARA%20MARIA%20ROMAN%20BORGES.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 16 de mar. de 2022.

normas genéricas (*lex generalis*). Com o jurisdicional, obtém-se uma *lex specialis*, voltada para o fato controvertido, e que se veste da força de um verdadeiro comando¹⁵.

Sem embargo, importa repisar arguto raciocínio de Fredie Didier, de que “os problemas jurídicos não podem ser resolvidos apenas com uma operação dedutiva (geral-particular)¹⁶”. Nessa toada, o sistema legal na teoria de Niklas Luhmann, denominados “*hard cases*” evidencia uma situação em que os textos jurídicos existentes, aplicados de maneira estritamente dedutiva, não apresentam soluções claras.

Para Luhmann, a decisão judicial, eis que operação comunicativa especial do sistema jurídico, deve espelhar a complexidade sistêmica e refletir a sua abertura cognitiva, de forma a manter a integridade do sistema (heterorreferência), e o seu fechamento operacional, sem que seus elementos se dissociem do sistema macro, que é o sistema social (autorreferência)¹⁷.

Com base no exposto, tem-se que as concepções originárias de jurisdição abalizadas não estavam preocupadas com os casos concretos, tampouco com os direitos ali discutidos. Deflui, dessa visão clássica do fenômeno jurisdicional, o que se convencionou chamar de “instrumentalidade negativa do processo”, uma vez que as formas processuais deixam de ser instrumentos de atuação da ordem jurídica para tornarem-se embaraços à boa solução dos conflitos.

No entanto, apesar de não haver a pretensão de descontextualizar a discussão, despreendendo o conceito de jurisdição dos quadros históricos no qual este foi gestado, urge a necessidade, em razão do Estado contemporâneo, que possui contingências distintas das do passado, de um ideário de jurisdição que atenda aos anseios do Estado e da sociedade, mormente sob a perspectiva da concretização dos Direitos Fundamentais.

Dessa maneira, vem sendo reconhecida e valorizada a “instrumentalidade positiva do processo”, atribuindo-lhe a missão de realizar os escopos da jurisdição. Sob essa ótica, a prestação jurisdicional ganha maior força, superando a simples e

¹⁵ THEODORO JR, Humberto. **Jurisdição e competência**. Revista da Faculdade de Direito da UFMG [recurso eletrônico], Belo Horizonte, 2000. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/1167/1100>. Acesso em: 21 mar. 2022.

¹⁶ DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo do Conhecimento**. Vol. I. 21ª ed. Salvador: Juspodvm, 2019.

¹⁷ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra. **A coerência do sistema jurídico em Luhmann: uma proposta ao fechamento operacional e a abertura cognitiva da decisão judicial**. Disponível em: <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2011v32n62p323>. Acesso em: 21 de mar. de 2022.

fria aplicação das regras do direito material, para tornar-se “uma garantia de tutela adequada e efetiva das posições jurídicas de vantagem¹⁸”.

2.1 A INSTRUMENTALIDADE E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA NOVA CONCEPÇÃO DE JURISDIÇÃO

Como esmiuçado, a jurisdição, sob o ângulo monopolista, passou a não atender aos anseios da sociedade, uma vez que o mero pronunciamento da lei, por meio de juízes “neutros”, influenciados pelo idealismo liberal do século XIX, inviabilizou o exercício da tão importante função, que encontrou óbice, em razão da submissão ao Poder Legislativo, para assegurar a adequada solução dos conflitos que surgiram em decorrência dos novos direitos presentes na primeira metade do século XX, em especial os de segunda dimensão, reputados como “sociais”.

Assim, o processo, meio pelo qual se instrumentaliza a jurisdição, foi reduzido a um simplório conjunto de atos processuais, demasiadamente apegado ao formalismo, fruto da fase autonomista do direito processual. Em análise à conjuntura, importa sobrelevar:

Os processualistas se aperceberam de que o **processo não é um modo de exercício dos direitos**, colocados no mesmo plano que os demais modos indicados pelo direito privado, mas caminho para obter uma especial proteção por obra do juiz a tutela jurisdicional. O **objeto das normas de direito processual não são os bens da vida** (cuja pertinência, uso, disponibilidade, etc. o direito privado rege), **mas os próprios fenômenos que na vida do processo têm ocorrência, a saber: a jurisdição, a ação, a defesa e o processo** (institutos fundamentais, ou categorias amplíssimas em que se contêm todos os demais institutos do direito processual)¹⁹.

Observou-se, ainda nesse período, o desenvolvimento das grandes premissas metodológicas, bem como o esboço de toda a estrutura sistemática dessa

¹⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil. 25ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2014.

¹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14º ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

nova ciência. Autores de renome foram importantes para definir o campo de estudo do processo: Bülow e Goldschmidt, na Alemanha; os italianos Chiovenda, Calamandrei e Liebman etc. Entretanto, em razão de toda a sua introspectividade, a fase autonomista foi alvo de diversas críticas, posto que, ao analisar profundamente os institutos que circundam o processo, distanciou-se da relação de direito material causadora desse liame²⁰.

Dessa maneira, incontroverso que, apesar do avanço no que se refere ao estado puro do processo, faltou a adoção de uma postura mais crítica, que atribuísse a devida utilidade a esse avanço científico, motivo pelo qual materializou-se num sistema falho no que se refere à missão de avalizar a justiça. Vejamos:

Faltou, na segunda fase, uma postura crítica. O sistema processual era estudado mediante uma **visão puramente introspectiva, no exame de seus institutos, de suas categorias e conceitos fundamentais**; e visto o processo costumeiramente como mero instrumento técnico predisposto à realização da ordem jurídica material, **sem o reconhecimento de suas conotações deontológicas e sem a análise dos seus resultados na vida das pessoas ou preocupação pela justiça que ele fosse capaz de fazer**²¹.

Nesse hiato, a visão centralizadora da jurisdição existente outrora, dá espaço, em razão da sua patente incapacidade de fazer frente às novas demandas, para o momento metodológico que se convencionou chamar de fase instrumentalista ou formalismo-valorativo. O processo, sob essa nova epistemologia, deixa de ser vislumbrado isoladamente, pautando-se na garantia do acesso à justiça e na efetividade dessa prestação jurisdicional, em nítida contraposição ao paradigma autonomista.

Assim sendo, supera-se o conceito clássico de que a jurisdição se restringe à mera atividade de “dizer o direito”, transformando-se em uma ferramenta primordial para o ideal democrático de proteção dos cidadãos, cabendo-lhe solucionar os

²⁰ BENTEMULLER, Rodrigo. **Evolução do Direito Processual Civil**: parte 2. Disponível em: <https://blog.ebeji.com.br/evolucao-do-direito-processual-civil-parte-2>. Acesso em: 23 de mar. de 2022.

²¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 24^o ed. Malheiros: São Paulo, 2008.

conflitos de interesse para a pacificação social, promovendo, por fim, a constitucionalização do processo, harmonizando o sistema processual à realidade constitucional vigente.

Cediço que a fase instrumentalista inaugurou uma nova maneira de interpretar o processo, que agora não pode mais se dar à revelia do texto constitucional, em especial dos direitos fundamentais, impossível deixar de sublinhar que, o que hoje parece uma obviedade, era quase revolucionário numa época em que a nossa cultura jurídica hegemônica não destinava à Constituição o status de norma²².

Essa recente constitucionalização do processo possibilitou o aumento do campo de atuação da própria jurisdição, dando ensejo às chamadas “*ondas renovatórias*” de Mauro Cappelletti e Bryant Garth²³, que apontaram para a necessidade de centralizar a atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, bem como nos sujeitos e procedimentos utilizados para processar e prevenir disputas nas sociedades modernas.

Nesse diapasão, sabido que o Poder Judiciário se encontra sobrecarregado, não conseguindo dar vazão ao contingente de demandas, patente a necessidade de garantir a prestação jurisdicional adequada não apenas pelos mecanismos tradicionais já observados, mas também mediante a adoção de outros meios igualmente adequados para a solução de conflitos, haja vista a inexistência de hierarquia entre esses métodos.

2.2 DOS EQUIVALENTES JURISDICIONAIS

De acordo com Ulpiano, “*ubi homo ibi societas; ubi societas, ibi jus*”, ou seja, “onde existe o homem, há sociedade; onde existe sociedade, há direito”. Inconcebível, portanto, a ideia do “homem-solitário”, havendo uma propensão inata e natural para o ser humano se agregar em comunidades²⁴. No mesmo engano incide a ideia de uma sociedade sem um mínimo de ordem, segurança e paz social.

²² SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Disponível em: https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/criminal/artigos/neoconstitucionalismo_-_daniel_sarmento.pdf. Acesso em: 23 de mar. 2022.

²³ CAPPELLETTI, M; GARTH, B. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. (Porto Alegre: Fabris, 1988).

²⁴ RODRIGUES, Cláudio Ferreira. **Normatividade Jurídica**. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/11/normatividadejuridica_46.pdf. Acesso em: 24 de mar. 2022.

Dessa forma, ciente de que o ser humano, ao longo de sua existência, apresenta interesses infinitos, torna-se renunciado a ocorrência de conflitos, que, com o fulcro de se manter a harmonia coletiva, devem ser rapidamente solucionados.

Nesse sentido, em razão de os abalos e as instabilidades geradas pelos conflitos comprometerem a existência da própria sociedade, depreende-se, dos ordenamentos jurídicos em geral, desde os mais primitivos aos mais sofisticados, mecanismos para contornar essas situações.

Em princípio, o “juiz da causa” era um dos contendores, vigendo a vontade do mais forte, seja ela física, moral, religiosa, afetiva ou econômica, em decorrência da justiça privada ou justiça pelas próprias mãos. Essa técnica, entretanto, perdeu espaço na maioria dos ordenamentos jurídicos civilizados, sendo tipificada como crime no Direito Brasileiro (exercício arbitrário das próprias razões, se particular; ou abuso de direito, se for o Estado)²⁵.

Todavia, há de se abalizar que, não obstante toda a brutalidade exercida sob a égide da autotutela, há vozes no sentido de que a mediação já se fazia presente nessa época, para tratar litígios bíblicos, especialmente nas comunidades judaicas²⁶.

Paralelamente, desenvolveu-se a autocomposição, técnica em que a) os litigantes fazem concessões mútuas, solucionando o conflito; ou b) um dos litigantes se submete, voluntariamente, à pretensão do outro, abdicando dos seus interesses. Acerca do tema, assevera Fredie Didier que a autocomposição “*é a solução altruísta do litígio. Considerada prioritária na pacificação social (art. 3º, § 2º, do CPC). Avança-se no sentido de acabar com o dogma da exclusividade estatal para a solução dos conflitos de interesses*”²⁷.

Essa preocupação em tornar a solução judicial *ultima ratio*, como já exposto, deu-se em razão de o poder impositivo estatal nem sempre conseguir resolver adequadamente a situação de instabilidade constatada. A resposta recebida, frequentemente, não atende plenamente aos interesses das partes envolvidas na lide. Apesar disso, curial assentar que essa dificuldade não se dá sem um porquê. É inquestionável que o aumento da complexidade das relações, aliado à multiplicação

²⁵ DIDIER, Fredie. **Curso de processo civil**: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo do Conhecimento. 20ª ed. Salvador: Juspodvm, 2018.

²⁶ SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação de conflitos**: da teoria à prática. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

²⁷ DIDIER, op cit.

das demandas levadas a julgamento, dificultam a devida prestação da atividade jurisdicional pelo Estado de forma efetiva.

É sob esse prisma que os equivalentes jurisdicionais têm ganhado cada vez mais espaço no ordenamento jurídico pátrio, realçando a inexistência de monopólio estatal no que se refere à solução dos conflitos.

Conforme aduz a doutrina especializada, essa noção foi desenvolvida por Carnelutti, que apesar de reconhecer que esses atos não são fruto da atuação estatal, aponta para a capacidade que esses instrumentos têm de fruir de idoneidade para alcançar o mesmo escopo ao qual tende a jurisdição²⁸.

Notório que a partir dessas considerações, o próprio conceito de “equivalentes jurisdicionais” passa a ser autoexplicativo, uma vez que, embora não sejam jurisdição, funcionam como técnica de tutela dos direitos, resolvendo conflitos ou certificando situações jurídicas, equivalendo-se às técnicas propriamente jurisdicionais.

Apanha-se, dessa nova justiça social, os equivalentes jurisdicionais consensuais da mediação e conciliação, marcados pela intervenção de sujeitos estatais ou paraestatais. O incentivo à adoção desses métodos para a solução conflitos é facilmente verificado no ordenamento pátrio. Sobre essa atividade, o § 3º do art. 3º do CPC/15 emana que “*a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial*”.

Outrossim, colhe-se do art. 165 do diploma legal retrocitado que “*os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.*”

No entanto, essa discussão acerca dos equivalentes jurisdicionais se intensifica em virtude de uma outra técnica para a resolução extrajudicial de conflitos, qual seja, a arbitragem. Isso porque, para alguns doutrinadores, a arbitragem não é um equivalente jurisdicional, tratando-se, na verdade, do exercício de jurisdição por autoridade não estatal. Portanto, não é equivalente por ser, propriamente, jurisdição²⁹.

²⁸ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 6ª ed. São Paulo: Editora Gen, 2020.

²⁹ DIDIER, op cit.

Em contrapartida, Athos Carneiro não acolhe a natureza jurisdicional da arbitragem, apesar de reconhecer o *múnus* público exercido pelo árbitro, em sua atividade privada³⁰.

Também negando o status jurisdicional, têm-se os professores Marinoni, Arenhart e Mitidiero. Segundo os estudiosos, a arbitragem representa o intento de excluir a apreciação de uma questão do Poder Judiciário, sendo contraditório o ato de atribuir natureza jurisdicional à arbitragem. Além disso, apontam para uma diferença qualitativa entre a arbitragem e a atividade prestada pelo Judiciário, pois aquela se fundamenta na autonomia das partes, enquanto o processo judicial é calcado na soberania estatal, imbuído da observância das normas constitucionais³¹.

O posicionamento, com a *devida vênia*, não parece estar em conformidade com a presente realidade. Primeiro porque, como destaca a doutrina majoritária, a Lei nº 9.307/1996, que dispõe sobre a arbitragem, adotou a teoria publicista no que tange a sua natureza jurídica, em razão da outorga de poderes concedidos ao árbitro para dirimir os conflitos de interesse das partes. Exercem, portanto, verdadeira atividade jurisdicional³².

Há de se ressaltar que com o advento da Lei nº 9.307/1996, a sentença arbitral foi equiparada à judicial, constituindo título executivo e prescindindo de homologação judicial³³, tendo o legislador adotado a tese da jurisdicionalidade da arbitragem.

Ademais, soa inadequado buscar hierarquizar os meios de prestação dos serviços de justiça. O Estado, ao incentivar a adoção de outros métodos para resolução dos conflitos, conecta-se com a complexidade da contemporaneidade. A modificação e evolução dos paradigmas da sociedade, inegavelmente, repercutem na própria compreensão acerca do papel estatal, que, por conseguinte, deve estabelecer políticas para atender aos diferentes tipos de demandas que surgem.

Reconhecendo a natureza jurisdicional da arbitragem, CARMONA (2009) traz importante observação, cujo teor vale ser transcrito *in litteris*. Vejamos:

³⁰ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

³¹ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO; op. cit.

³² Art. 18, da Lei nº 9.307/96: “o **árbitro é juiz de fato e de direito**, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.”

³³ Art. 31, da Lei nº 9.307/96: “A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os **mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário** e, sendo condenatória, constitui **título executivo**.”

Certamente continuarão a surgir críticas, especialmente de processualistas ortodoxos que não conseguem ver atividade processual - e muito menos jurisdicional - fora do âmbito da tutela estatal estrita. Para rebater tal ideia tacanha de jurisdição, não há lição mais concisa e direta que a de Giovanni Verde: “[A] **experiência tumultuosa destes últimos quarenta anos nos demonstra que a imagem do Estado onipotente e centralizador é um mito, que não pode (e talvez não mereça) ser cultivado. Deste mito faz parte a ideia que a justiça deva ser administrada em via exclusiva pelos seus juízes**”³⁴.

A contemporaneidade exige, portanto, o rompimento do viés estático da jurisdição, devendo esta se separar da noção de estrita manifestação de poder estatal, assumindo uma feição dinâmica no que se refere ao acolhimento de diversos mecanismos tendentes à consecução da pacificação social com justiça, potencializando a sua efetividade.

Em arremate, faz-se oportuno destacar, em perfunctória referência ao direito comparado, o preceito inscrito no art. 41 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, que estabeleceu o “direito fundamental à boa administração pública”. Corroborando de forma precursora no Brasil, Juarez Freitas evidenciou o dever de a administração observar, em suas relações, a totalidade dos princípios constitucionais, principalmente aqueles relacionados à administração eficiente, cumpridora de seus deveres, transparente e imparcial³⁵.

2.3 O PAPEL DA ARBITRAGEM NA REESTRUTURAÇÃO DA JURISDIÇÃO

Apesar de a origem da arbitragem remontar aos primórdios da humanidade, antecedendo até mesmo a existência do juiz estatal e do próprio legislador³⁶, o instituto vem experimentado considerável evolução e desenvolvimento apenas nas últimas décadas.

³⁴ CAMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei nº 9.307/1996. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

³⁵ FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

³⁶ FIUZA, Cezar. **Teoria geral da arbitragem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

Ora, embora tenha ocupado espaço importante no século XVIII durante a Revolução Francesa, após ser alçada como método eficaz para a solução de controvérsias, esse feito apenas se deu em razão da desconfiança que a população nutria pelas manifestações de poder do Estado. Essa outorga, no entanto, foi rapidamente cessada, por obra da concepção de que a função jurisdicional era privativa do poder estatal. É tanto que, conforme se apanha do Código de Processo Civil francês de 1806 e dos italianos de 1865 e 1940, a adoção da arbitragem foi considerada atentatória à unidade da função judiciária estatal³⁷.

De todo modo, mesmo naqueles ordenamentos em que a arbitragem era permitida, o conjunto procedimental não estimulava a adoção do método, seja em razão da cláusula compromissória não ser efetiva – o descumprimento pela parte não atraía a imposição de qualquer sanção -, seja pelo fato de a decisão proferida pelo árbitro ficar sujeita à ulterior homologação judicial. Essa era, inclusive, a realidade em que o Brasil estava inserido, sob a voga dos Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973, que começa a se modificar paulatinamente ao longo do século XX, paralelamente à evolução do estudo da matéria processual e à intelecção de que o processo, *per si* não é hábil para dar cabo de todos os conflitos sociais.

Esse contexto fez com que diversos países reformassem suas legislações, dando ensejo, sobretudo em razão da Lei Modelo sobre a Arbitragem Comercial Internacional adotada pela Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL)³⁸, a um novo marco legal para a arbitragem.

O ordenamento pátrio, atento às novas tendências, editou a Lei de Arbitragem no ano de 1996, endossando amplamente o desenvolvimento desse método. O diploma normativo, visando sanar o principal ponto de enfraquecimento do juízo arbitral, concedeu à cláusula arbitral os mesmos efeitos do compromisso arbitral para a instauração do juízo de arbitragem, que passou a ser título executivo.

³⁷ BONATO, Guilherme. **Panorama da arbitragem na França e na Itália. Perspectiva de direito comparado com o sistema brasileiro.** Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/208504/mod_resource/content/0/BONATO%2C%20Arbitragem%20na%20França%20e%20na%20Italia..pdf. Acesso em: 25 de mar. de 2022.

³⁸A Lei Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional, adotada pela Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional – UNCITRAL em 1985, tem sido o instrumento de referência para a uniformização das legislações domésticas sobre arbitragem internacional. Seus conceitos e soluções serviram de base para o direito interno de 80 países e inspiraram a legislação e jurisprudência de tantos outros, fazendo da Lei Modelo um dos mais importantes instrumentos de soft law produzidos por organizações internacionais nas últimas décadas.

Como narra BONATO (2014), *“tanto na Europa quanto no Brasil a arbitragem floresceu na prática e se colocou ao lado do processo estatal como um meio adequado ou mais adequado de solução das controvérsias, chegando a ponto de se reconhecer a existência de um imperativo vinculado ao seu [da arbitragem] desenvolvimento”*.

A inovação não passou despercebida pelo Supremo Tribunal Federal que, no longínquo ano de 2001, exarou, no julgamento do recurso em processo de homologação de sentença estrangeira (SE 5.206), o entendimento de que a arbitragem representa um mecanismo adicional de acesso à justiça, consistindo em uma forma de complementar a oferta de serviços de natureza jurisdicional por parte do Estado³⁹.

Na oportunidade, o Ministro Carlos Veloso esclareceu que a lei, ao tratar de direitos disponíveis, permite às partes renunciarem ao direito de recorrer à Justiça estatal, uma vez que o preceito contido no art. 5º, XXXV, da CF⁴⁰, consiste em um direito à ação, e não em uma imposição. Dessa maneira, rechaçar a arbitragem implicaria em invalidar indevidamente qualquer tentativa de resolução de controvérsias por negociação, transação judicial, cessão de direitos etc.

A Corte Suprema, ao reafirmar a constitucionalidade do instituto, permitiu que diversas discussões fossem inseridas na legislação processual, com o escopo de atender ao maior número possível de demandas, substanciando o tratamento adequado dos conflitos e a concretização do processo como mecanismo de pacificação social.

Em que pese todo esse movimento legislativo ser oriundo das agruras enfrentadas pelo Estado na prestação da atividade jurisdicional, fruto da massificação das relações jurídicas, a Lei de Arbitragem não possui, como desígnio principal, o intento de desafogar os tribunais pátrios. Na verdade, essa crise é introduzida para reivindicar uma nova apreciação do fenômeno da jurisdição, mais preocupada com os seus resultados concretos e menos com as particularidades estritamente teóricas.

O Código de Processo Civil de 2015, por exemplo, no desiderato de harmonizar-se com as disposições constitucionais, bem como à Lei de Arbitragem,

³⁹ _____. **Ag. Reg. Na Sentença Estrangeira 5.206-7**. Constitucionalidade da lei nº 9.307/96. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889>. Acesso em: 25 de mar. de 2022.

⁴⁰ “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

ratificou o fomento a meios consensuais de abordagem de conflitos, seguindo as disposições presentes na Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça⁴¹.

A arbitragem, desta feita, foi pensada para representar um mecanismo complementar e igualmente apropriado para a solução de controvérsias, não se restringindo à mera substituição do modelo de “juízo arbitral” até então previsto na legislação brasileira, superando o tradicional conceito de jurisdição e, por conseguinte, a suposta imprescindibilidade da atuação do Estado.

3 MICROSSISTEMA DE RESOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS PARA A FAZENDA PÚBLICA

O sistema tradicional de justiça estatal subverte a lógica ao erigir a disputa em si como sua finalidade última, perdendo de vista a efetiva resolução do conflito. Outro resultado não seria possível, senão o da crise de efetividade da jurisdição em que o Brasil está inserido, dando ensejo à prestação jurisdicional muitas vezes intempestiva ou inadequada. Essa conjuntura, no entanto, não se apanha apenas do ordenamento pátrio, sendo facilmente observado ao redor do mundo.

Enfrentando o tema, o professor norte-americano, Frank E. A. Sander, elaborou, em 1976, a ideia de Justiça Multiportas. Em sua proposta, valeu-se da imagem de um fórum com várias portas, cada uma delas levando as partes a uma técnica de resolução de disputas distinta. Na oportunidade, Sander sublinhou o perigo de se pensar o Poder Judiciário como a única maneira de se resolver os conflitos entre os indivíduos que buscam por uma solução⁴².

Asseverou-se a necessidade de introduzir, no âmbito do Poder Judiciário, mecanismos múltiplos de resolução de conflitos para que fossem aproveitados durante o curso do processo ou até mesmo antes do ajuizamento de uma ação judicial, impondo uma reformulação na ideia de acesso à justiça, contemplando, como anteriormente minudenciado, outros meios heterônomos de solução de litígios que

⁴¹ Esta Resolução dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/Resolucao_n_125-GP.pdf. Acesso em: 25 de mar. de 2022.

⁴² SALES, L. M. de M.; DE SOUSA, M. A. **O Sistema de Múltiplas Portas e o judiciário brasileiro**. Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça, [S. l.], v. 5, n. 16, p. 204–220, 2011. DOI: 10.30899/dfj.v5i16.360. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/360>. Acesso em: 8 abr. 2022.

não o Poder Judiciário. Ou seja, apesar de a via judicial estar sempre à disposição do sujeito, ela não deve ser encarada como primeira ou única opção.

Não obstante o reconhecimento de que o escopo do processo não é mais apenas o de julgar, dando ensejo a sua fase dialógica, oriunda da terceira onda de acesso à justiça, o Poder Público ainda se mostra resistente quanto à adoção desses métodos, pautando-se no dogma da primazia *prima facie* do interesse público sobre o interesse privado, da indisponibilidade absoluta de todo e qualquer interesse público e da dicotomia entre interesses públicos primários e secundários. Essas noções, que configuravam o alicerce do direito administrativo em sua tradicional acepção, são os principais obstáculos à adoção da arbitragem no âmbito da Fazenda Pública.

Contudo, hoje é assente a compreensão de que o interesse público não se mostra totalmente desassociado ou antagônico aos interesses privados dos cidadãos, dado que, embora a atuação do administrador esteja adstrita à legalidade, a Constituição Federal exige a concretização, na maior medida possível, do bem-estar da sociedade e dos direitos individuais, com arrimo no princípio da dignidade da pessoa humana, bem como no conteúdo do princípio da eficiência.

Apesar do modelo burocrático e da relação verticalizada existente entre “Administração-administrado” terem se mostrado inadequados para a solução das demandas mais complexas, oriundas da dinamicidade da sociedade, há de se destacar que, ao buscar a implementação da autocomposição no âmbito da Fazenda Pública, sobretudo o da arbitragem, com vistas a “desafogar” o Poder Judiciário, não há o intento de afastar, a todo custo, as prerrogativas, os princípios e as limitações próprias do ente.

Entretanto, os dogmas da administração autoritária e unilateral não podem servir de óbice para a realização de soluções autocompositivas, principalmente em razão de a Fazenda Pública ter se tornado litigante habitual, contribuindo sobremaneira para o estado falimentar da estrutura judiciária.

Partindo desses pressupostos, a Administração, em nítida superação ao modelo constitutivo que vigeu no século XX, ao implementar novas formas para a solução dos conflitos, deu ensejo ao modelo regulador ou de garantia, incentivando e orientando as atividades de interesse desenvolvidas no âmbito privado, impactando sobremaneira a tradicional visão de organização administrativa hierarquizada.

3.1 OS DESAFIOS PARA A IMPLEMENTAÇÃO DA ARBITRAGEM NAS DEMANDAS ENVOLVENDO A FAZENDA PÚBLICA

3.1.1 Arbitrabilidade: indisponibilidade absoluta do interesse público?

O art. 1º da Lei nº 9.307/96 dispõe que “*as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis*”. Com amparo nessa disposição, a melhor doutrina passou a apontar para a necessidade de aferir, no âmbito da arbitragem, a presença da arbitrabilidade, que pode ser subjetiva e objetiva⁴³. No entanto, antes de adentrar na mencionada classificação, urge a necessidade de expor, com precisão o significado de arbitrabilidade. Para tanto, tornam-se pertinentes as lições de DOLINGER e TIBURCIO (2003). Vejamos:

Mesmo se partindo da premissa que a jurisdição – aplicação da lei ao caso concreto – é uma das funções do Estado, admite-se que as partes possam decidir submeter a solução de seus litígios à arbitragem ao invés de à jurisdição estatal. O Estado conserva, todavia, o poder de impedir que determinadas questões sejam dirimidas pela via da arbitragem, resultando no estabelecimento da regra da competência exclusiva da jurisdição estatal no que se refere a determinadas controvérsias. Nesse caso, diz-se que o litígio não é possível de ser resolvido por arbitragem, ou melhor, não é arbitrável. Dessa forma, a **arbitrabilidade é uma condição de validade da convenção arbitral e conseqüentemente da competência dos árbitros.**

A arbitrabilidade, como evidenciado em linhas anteriores, é subdividida em subjetiva e objetiva, sendo a cumulação desses requisitos condição de validade da convenção arbitral.

Em relação a arbitrabilidade subjetiva, tem-se a necessidade de que a parte seja capaz, nos moldes da legislação civil. Ocorre que apesar do reconhecimento da capacidade de contratar das pessoas jurídicas de direito público, a ausência de

⁴³ CUNHA, op cit.

expressa previsão legal tolheu, durante muitos anos, a utilização da arbitragem com a Administração Pública, sob o imperativo do princípio da legalidade.

Não obstante a inicial restrição da adoção da via arbitral no âmbito fazendário, restrita àquelas situações em que presente lei específica para determinada atividade pública, este aspecto foi equacionado quando da publicação da Lei nº 13.129/2015, que introduziu, no art. 1º da Lei nº 9.307/96, o § 1º, prescrevendo que “a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

Cediço que o ente estatal se enquadra no conceito genérico de “pessoas” do art. 1º da Lei nº 9.307/96, não há qualquer controvérsia acerca da presença da arbitrabilidade subjetiva para a celebração da convenção de arbitragem, podendo o administrador agir mesmo sem determinação legal expressa nesse sentido, alicerçando-se em princípios constitucionais administrativos. Corroborando este posicionamento, importa ressaltar a seguinte lição:

Num sinal de elogiável evolução, alvorece na doutrina pátria uma série de trabalhos que buscam a necessária adaptação do direito administrativo a um discurso efetivamente moderno e apto ao seu papel essencial, qual seja, o de compatibilizar a existência de prerrogativas públicas, imprescindíveis à atuação estatal, com uma série de direitos e garantias fundamentais assegurados na Carta Política vigente, inserindo o ser humano na condição de aspecto nuclear na ordem jurídica,⁶ como se pode extrair — já numa concepção topográfica — da Constituição Federal de 1988, adequadamente concebida como cidadã⁴⁴.

Ademais, a constitucionalização do Direito permite e impulsiona o administrador a tornar efetivas as normas constitucionais da forma mais ampla possível, motivo pelo qual o conceito de legalidade administrativa cada vez dá mais espaço ao princípio da juridicidade. Nesse sentido, a Administração deixa de estar

⁴⁴ MAFFINI, Rafael. **Administração pública dialógica (proteção procedimental da confiança)**. Em torno da Súmula Vinculante nº 3, do Supremo Tribunal Federal. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8051>. Acesso em: 17 de abr. de 2022.

estritamente vinculada à preexistência de uma lei, passando a pautar-se no direito de forma *una*, gerando um novo modelo de vinculação do administrador.

É dizer, apesar de diversos diplomas legais remeterem expressamente à arbitragem para a solução dos conflitos da Administração Pública, o ente público poderá se utilizar da via arbitral ainda que sem a existência de uma lei específica acerca do tema. Isso porque, embora a Lei nº 9.307/96 não seja direcionada particularmente à Administração Pública, suas disposições gerais, quando invocadas conjuntamente com as disposições constitucionais, são suficientes para que o ente público possa se valer legitimamente da respectiva cláusula compromissória.

No mesmo sentir, interessante o posicionamento adotado pelo Conselho da Justiça Federal (CJF) no Enunciado nº 02 desta Assembleia, responsável por prescrever que “*ainda que não haja cláusula compromissória, a Administração Pública poderá celebrar compromisso arbitral*”.

A análise da arbitrabilidade objetiva, por sua vez, demonstra-se mais complexa, uma vez que relacionada às questões passíveis de transação, atraindo a necessidade de apreciar o plexo de interesses tutelados pelo Poder Público. Isso porque, embora a corrente atualmente seja minoritária, ainda existe defesa da tese de indisponibilidade absoluta do interesse público. Nesse diapasão, Celso Antônio Bandeira de Mello:

123. **Não é aceitável** perante a Constituição **que particulares, árbitros**, como suposto no art. 11, III, **possam solver contendas nas quais estejam em causa interesses concernentes a serviços públicos, os quais não se constituem em bens disponíveis, mas indisponíveis**, coisas *extra commercium* (...) envolve interesses de elevada estatura, pertinentes à Sociedade como um todo; e, bem por isto, **quando suscitar algum quadro conflitivo entre partes, só pode ser soluto pelo Poder Judiciário**. Permitir que simples árbitros disponham sobre matéria litigiosa que circunde um serviço público e que esteja, dessarte, com ele imbricada ofenderia o papel constitucional do serviço público e da própria dignidade que o envolve⁴⁵.

⁴⁵ MELLO, Celso Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

A linha de argumentação alicerçada na aplicação do princípio da indisponibilidade é bastante simples: cabendo a arbitragem apenas sobre direitos disponíveis, a adoção dessa via pela Administração Pública estaria invariavelmente afastada, uma vez que os direitos tutelados, por força do aludido princípio, seriam todos indisponíveis. Essa concepção encontra raízes na antiga dicotomia de interesse público e privado, que sempre serviu de baliza para um dos grandes axiomas do Direito Administrativo: o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e o da indisponibilidade do interesse público.

De fato, a indisponibilidade do interesse público torna a Administração uma espécie de gestora de interesses alheios, uma vez que, agindo por intermédio de seus agentes, possui, por escopo, a satisfação da vontade de terceiros, quais sejam, a coletividade/sociedade. Sob essa perspectiva, o agente público possui o poder-dever de atuação, não podendo simplesmente renunciar àqueles interesses consubstanciados nas competências que lhe foi conferida legalmente.

Reconhece-se que a análise perfunctória do tema pode levar o intérprete mais desatento a reconhecer que a indisponibilidade supramencionada representa óbice à adoção da via arbitral pelo Poder Público. A tese, embora seja sedutora, merece ser melhor explorada.

Tem-se, no estudo do Direito Administrativo, clássica distinção entre atos de império e atos de gestão. Os primeiros se referem aqueles atos que são produzidos pela Administração que se encontra imbuída de prerrogativas de Poder Público, valendo-se da supremacia do interesse público sobre o privado. Corresponderiam, em certa medida, ao plexo de interesses “indisponíveis” do Poder Público.

Os atos de gestão, por outro lado, envolvem aqueles que são executados sem a típica supremacia do Estado, atuando a Administração em situação de paridade com o particular, regendo-se pelo direito privado. Justamente em razão dessas atividades de gestão, insofismavelmente disponíveis, Eros Grau (2002) reitera o equívoco na construção de que todo e qualquer direito da Administração. Nesse jaez, Edison Eduardo Borgo Reinert:

O interesse da Administração não se confunde com o interesse público, porque aquele representa o interesse da pessoa administrativa, o que nem sempre representa o interesse público como no caso em que v.g. a Administração contrata empresa para o

fornecimento de cafezinho. O fornecimento de cafezinho não é de interesse público e portando o contrato decorrente dessa relação poderia sem óbice ser submetido à arbitragem⁴⁶.

De acordo com Celso Bandeira de Mello, o contrato administrativo “*é um tipo de avença travada entre a Administração e terceiro na qual, por força da 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*”⁴⁷. Nota-se que, embora se submetam às regras do direito público, estas não impedem, ao revés, autorizam a utilização da arbitragem para dirimir conflitos oriundos do contrato, relacionados aos interesses públicos derivados, com reflexos patrimoniais. Em arremate, Eros Roberto Grau:

É evidente que, quando se afirma que a arbitragem se presta a “dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”, isso não significa não possa a Administração socorrer-se dessa via visando ao mesmo fim. Pois **não há qualquer correlação entre disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público**. Daí porque, **sempre que puder contratar, o que importa disponibilidade de direitos patrimoniais, poderá a Administração, sem que isso importe disposição do interesse público, convencionar cláusula de arbitragem**⁴⁸.

A Lei de Arbitragem, ao delimitar sua aplicabilidade para os casos que envolvem direito disponível, afastou de seu âmbito apenas os temas que não admitem contratação pelas partes, sendo aplicável aos direitos negociáveis que sejam objeto de atos de gestão da Administração, passíveis de transferências ou alienação por seus titulares a terceiros.

⁴⁶ REINERT, Edison Eduardo Borgo. **Contratos administrativos e a aplicabilidade da Lei de Arbitragem**. Revista Brasileira de Direito Público, 2010.

⁴⁷ MELLO, Celso Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

⁴⁸ GRAU, Eros Roberto. **Arbitragem e contrato administrativo**. Revista da Escola Paulista da Magistratura, 2002.

Com azo no exposto, percebe-se que as teses contrárias partem de uma premissa equivocada, qual seja, a de que a pactuação da arbitragem reputaria em dispor do interesse público. Entretanto, não há que se confundir indisponibilidade do direito com o da ação: pode se estar diante de um interesse que deve ser cumprido independentemente de demanda judicial. A intervenção jurisdicional não é imprescindível para toda e qualquer relação de direito público. Destarte, as lições de Diogo de Figueiredo Neto:

Ora, distintamente do que se possa aceitar sem maiores indagações, em todas as modalidades preventivas e de composição de conflitos em que envolva a Administração Pública, no âmbito do direito administrativo, jamais se cogita de negociar o interesse público, mas, sim, **de negociar os modos de atingi-los com maior eficiência. É que coexiste com o interesse público deduzido no conflito, o interesse público não menos importante, de compô-la.** Esse interesse último, em dirimir o conflito, e retomar a normalidade nas relações sujeitas à disciplina administrativa, é **indubitavelmente da maior importância, tanto na esfera social como na econômica, justificando que sejam encontrados modos alternativos de atendimento ao interesse público envolvido**, que não aqueles que, em princípio, deveriam ser unilateralmente aplicados pelo Poder Público⁴⁹.

Infere-se que dentro da noção da disponibilidade como renúncia, quem recorre à arbitragem não está abdicando, de antemão, do seu direito, mas, tão somente, escolhendo uma porta diversa daquela do Judiciário para tutelar o interesse que julga ser detentor.

Portanto, apesar de o termo “disponibilidade” ser capaz de ensejar a equivocada impressão de se referir a algo de “livre disposição”, sua correta interpretação deve estar atrelada à possibilidade de solução de conflitos negociada. Desse modo, apesar de a Administração Pública não deter a titularidade do interesse

⁴⁹ NETO, Diogo de Figueiredo Neto. **Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século – o caso brasileiro.** Disponível em: <https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=ODc3OQ%2C%2C>. Acesso em: 17 de abril de 2022.

coletivo, isso não representa a indisponibilidade de todos os direitos inseridos no âmbito do direito público.

Nesse jaez, adverte Maria Di Pietro que “*a disponibilidade de um patrimônio público pode ser de mais interesse da coletividade do que a sua preservação. A título de exemplo, cite-se o direito do contratado à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Aceita-se essa medida, porque é do interesse público garantir a continuidade dos contratos administrativos*⁵⁰”.

Assim sendo, a possibilidade de se adotar a arbitragem como instrumento de solução de conflitos evidencia a evolução do direito administrativo brasileiro, que autoriza a flexibilização do princípio da indisponibilidade do interesse público. Esse entendimento representa o rompimento com aquela visão estritamente vertical existente entre a Administração Pública e o particular, dando espaço para as tratativas jurídicas horizontais entre esses sujeitos.

3.1.2 Submissão da sentença arbitral à remessa necessária

O estudo da remessa necessária encontra origem na Roma antiga, desenvolvendo-se com o fito de evitar possíveis erros ou injustiças. Nas Ordenações Afonsinas, o *recurso de ofício* era interposto pelo próprio juiz, mantendo-se nas Ordenações Manuelinas. Naquela época, caso não recorresse da própria sentença, estaria sujeito a graves sanções. Com o advento das Ordenações Filipinas, diversas exceções surgiram. Este contrapeso se fez ainda mais patente no Direito Processual português, responsável por minorar iminentes desvios do processo inquisitório⁵¹.

A justificativa principiológica se encontra na proteção à Fazenda Pública, como forma de precaução com litígios que envolvam bens jurídicos relevantes, impondo o duplo grau de jurisdição independentemente da vontade das partes. Desta feita, nas situações em que o instituto incidir, tem-se uma condição de eficácia da decisão⁵², estando impedida a formação da coisa julgada até o reexame da matéria pelo respectivo tribunal. Isso posto, necessária a remessa de sentenças contrárias à

⁵⁰ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. As possibilidades de arbitragem em contratos administrativos. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-24/interesse-publico-possibilidades-arbitragem-contratos-administrativos2>. Acesso em: 18 de abril de 2022.

⁵¹ CUNHA, op cit.

⁵² Não obstante a divergência, este é o entendimento doutrinário majoritário, perfilhado por Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, Leonardo José Carneiro da Cunha, entre outros.

União, Estados, Municípios e Distrito Federal, bem como às suas autarquias e fundações de direito público (ou fundações autárquicas)⁵³. Assim, o instituto não se estende, em regra, às pessoas jurídicas de direito privado, tampouco aos integrantes da Administração Pública Indireta.

A discussão, no entanto, não se encerra nesse aspecto, questionando-se, ainda, se a remessa necessária, devidamente prescrita no art. 496 do Código de Processo Civil, é aplicável ao procedimento arbitral.

Inicialmente, importa sublinhar que apesar de a proteção dos interesses tutelados pelo Poder Público servir de baliza para a remessa necessária, não se pode descuidar de princípios como o da primazia do mérito e da eficiência. Desse modo, entende-se que a interpretação do instituto em referência deve se dar de forma restritiva, com vistas a não esvaziar a análise empenhada pelo juízo de primeiro grau. Nesse sentido:

O que se percebe, a partir dessa incômoda e perigosa variação jurisprudencial, é que a **segurança jurídica e a isonomia recomendam interpretação firme e reta, e de cunho restritivo, quanto às hipóteses de incidência da remessa necessária**. Análises subjetivas sobre a relevância do bem jurídico em discussão **não podem estimular a ampliação ou analogia**⁵⁴.

Essas considerações consubstanciam, desde já, a conclusão de que o duplo grau de jurisdição não se faz presente quando da sentença arbitral condenatória em desfavor da Fazenda Pública, na medida em que, por se tratar de um processo convencional, sequer existe segmentação entre as instâncias. Como sequela, nem haveria para onde a sentença arbitral proferida ser distribuída⁵⁵.

Corroborando com o que foi minudenciado nas linhas anteriores, tem-se o Enunciado 164 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), que prescreve: “*a sentença arbitral contra a Fazenda Pública não está sujeita à remessa necessária*”. Destarte, não se apanha qualquer violação ao instituto desenhado no art.

⁵³ De acordo com o art. 41 do Código Civil, são pessoas jurídicas de direito público interno, às quais tradicionalmente se confere a denominação de “Fazenda Pública”.

⁵⁴ NOGUEIRA, Luiz Fernando Valladolid. **Remessa necessária: aspectos relevantes e alterações do CPC/15**. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/5/2019_05_1169_1185.pdf. Acesso em: 22 de abr. de 2022.

⁵⁵ DIDIER, op cit.

496 do CPC, uma vez que aplicável apenas ao ambiente do processo judicial, não incidindo, como observado, sobre o processo arbitral.

3.1.3 Arbitragem institucional ou arbitragem *ad hoc*

De acordo com o art. 5º da Lei nº 9.307/96, “*reportando-se as partes, na cláusula compromissória, às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras, podendo, igualmente, as partes estabelecer na própria cláusula, ou em outro documento, a forma convencionada para a instituição da arbitragem*”.

Deflui, desse processo arbitral, a arbitragem *ad hoc* e a institucional. A arbitragem *ad hoc* (ou avulsa) se refere ao modelo em que as partes dispõem sobre as regras procedimentais que regerão o processo arbitral. No modelo institucional, por sua vez, as regras são previamente estipuladas por uma câmara arbitral, responsável por conduzir o processo, fornecendo o apoio necessário às partes⁵⁶.

Não se apanha qualquer restrição em relação à escolha de alguma dessas modalidades pela Fazenda Pública, que poderá optar pelo procedimento que melhor se adequa as necessidades, em atenção aos critérios da conveniência e oportunidade. Nesse sentido, adverte Carlos Alberto Carmona que “*a falta de tradição na utilização da arbitragem em nosso país provavelmente foi responsável pelo notável desenvolvimento da arbitragem institucional, protagonizada por órgãos arbitrais (...), no entanto, nada impede que o Estado utilize a arbitragem ad hoc, que pode significar considerável economia de recursos*”⁵⁷.

⁵⁶ Embora a Lei de Arbitragem não fale expressamente na arbitragem *ad hoc* e na institucional, os procedimentos são facilmente observados. A ideia de arbitragem *ad hoc* se mostra ineludível quando o referido diploma legal define o compromisso arbitral como “a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial” (art. 9º, da Lei nº 9.307/96). Doutra banda, menciona a ideia de arbitragem institucional ao definir cláusula compromissória como “a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se à arbitragem nos litígios que possam a vir a surgir, relativamente a tal contrato (art. 4º)”, “reportando-se as partes, na cláusula compromissória, às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras, podendo, igualmente, as partes estabelecer na própria cláusula, ou em outro documento, a forma convencionada para a instituição da arbitragem (art. 5º)”.

⁵⁷ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e administração pública** – primeiras reflexões sobre a arbitragem envolvendo a administração pública. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4232072/mod_resource/content/1/Carmona%20-%20Arbitragem%20e%20Administração%20Pública.pdf. Acesso em: 27 de abr. de 2022.

Não obstante a possibilidade de a Administração se valer até mesmo do modelo *ad hoc*, a arbitragem institucional tem se revelado mais profícua para a solução de conflitos entre o ente e o particular, uma vez que a adoção da arbitragem *ad hoc*, em razão das suas peculiaridades, pode dar ensejo a diversos problemas, quais sejam:

1) A necessidade de se ter um “secretário”, selecionado de comum acordo pelas partes, que ficará responsável “pelo encaminhamento das comunicações, pelo arquivo do procedimento, pelo saneamento da arbitragem, de modo que esta possa se desenvolver normalmente, sem nenhum incidente de percurso”; 2) A negociação dos honorários dos árbitros diretamente pelas partes, sem o órgão institucional arbitral para intermediá-la e sem os parâmetros estabelecidos pelas respectivas tabelas de honorários; 3) A definição da forma como serão custeadas e pagas as despesas com a arbitragem, como a locação de espaços e equipamentos para a audiência, estenotipia, gravação dos depoimentos etc.; 4) A importância de se inserir, no contrato administrativo, cláusula compromissória cheia, com a indicação detalhada dos procedimentos a serem seguidos para a instauração da arbitragem, com a indicação de prazos e os critérios para a nomeação de árbitros, dentre outros; e 5) A ausência de procedimento disciplinando a forma de substituição dos árbitros, em caso de impedimento, incapacidade ou morte⁵⁸.

Esses aspectos, conforme a doutrina especializada, produzem um procedimento pouco efetivo, moroso e inseguro, posto que a presença de qualquer empecilho durante o curso da arbitragem, desde a resistência do requerido em indicar seu coárbitro, até a dificuldade em determinar o presidente do tribunal arbitral, atrairá a incidência do art. 7º da Lei de Arbitragem⁵⁹, recaindo sobre o juiz togado a

⁵⁸ SCHMIDT, Gustavo da Rocha. **Arbitragem institucional ou *ad hoc*: a melhor opção para a Administração.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-09/schmidt-arbitragem-institucional-arbitragem-ad-hoc>. Acesso em: 27 de abr. de 2022.

⁵⁹ Art. 7º da Lei de Arbitragem: “Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim”.

responsabilidade por dirimir o conflito. Por derradeiro, os benefícios da adoção da via arbitral são mitigados⁶⁰.

O modelo institucional, por outro lado, consegue minimizar esses infortúnios, uma vez que todo o procedimento a ser seguido já se encontra previamente desenhado. Não à toa é a via mais adotada pelo Poder Público.

Nesse sentido, tem-se o Decreto nº 8.465/2015, que, ao regulamentar o art. 62, § 1º da Lei 12.815/2013, dispôs sobre os critérios de arbitragem para dirimir os litígios no âmbito do setor portuário, criando uma preferência legal pela arbitragem institucional, exigindo justo motivo para a adoção da arbitragem *ad hoc*.

Mais restrita, a lei estadual de Minas Gerais de nº 19.477/2011, responsável por dispor acerca da adoção do juízo arbitral para a solução de litígio em que o Estado seja parte, estabeleceu, em seu art. 4º, que “o juízo arbitral, para os fins desta Lei, instituir-se-á **exclusivamente** por meio de órgão arbitral institucional.”

3.1.4 Sujeição ao sistema de precatórios ou requisição de pequeno valor

De acordo com Priscila Maia, o precatório, como meio procedimental para pagamento das dívidas estatais, consiste em uma invenção *tupiniquim*, que se originou a partir do momento em que os juízes se viram compelidos a determinar o pagamento dos valores devidos pelo Estado, que, em razão da impenhorabilidade dos bens públicos, exigia um mecanismo indireto de execução. Sob esse jaez, surgiu a noção de precatório como “súplica” para o adimplemento⁶¹.

De flui do art. 100, da CF: “os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim”.

Desse modo, havendo a requisição formal do pagamento ao qual o Poder Público foi condenado, estes créditos serão adimplidos de acordo com a ordem cronológica do ente. Verifica-se, ainda, uma segunda lista, destinada àqueles créditos

⁶⁰ SCHMIDT, op cit.

⁶¹ MAIA, Priscila Peixinho. **Afinal: quem inventou o precatório?** Jus, 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/48388/afinal-quem-inventou-o-precatório>. Acesso em: 5 de maio de 2022.

de pequeno valor, cujo pagamento deve ser pago no prazo de 2 (dois) meses (art. 535, § 3º, II, CPC).

Naturalmente, a sujeição dos acordos celebrados pela Fazenda Pública ao sistema de precatório ou de requisição de pequeno valor (RPV) dependerá do procedimento adotado, uma vez que, conforme expressamente previsto no teor do artigo retromencionado, apenas os pagamentos oriundos de “sentença judiciária” estão sujeitos às sistemáticas evidenciadas.

Não havendo homologação pelo juízo, não haverá, por consequência, qualquer sentença judiciária a fundamentar a cobrança da dívida do poder público. Há de se ressaltar, no entanto, que evidentemente as Câmaras de Resolução Administrativa deverão ser dotadas de orçamento para fazer frente a tais pagamentos.

É justamente a possibilidade de cumprimento célere das obrigações assumidas pelo Poder Público, em razão de o reconhecimento administrativo da obrigação não atrair a previsão do art. 100, da CF, que torna atraente o procedimento extrajudicial.

3.2 ART. 26 DA LINDB COMO CLÁUSULA GERAL AUTORIZATIVA DA AUTOCOMPOSIÇÃO NO ÂMBITO DO PODER PÚBLICO

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), inicialmente concebida como Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), visa auxiliar outras normas jurídicas, abordando aspectos como a vigência da lei, aplicação da norma, entre outros aspectos, servindo de guia interpretativo do ordenamento jurídico - tanto em âmbito administrativo quanto no judicial.

Este diploma legal foi substancialmente alterado no ano de 2018 com o advento da Lei nº 13.655/2018, oportunidade em que diversos dispositivos voltados para o aumento da segurança jurídica e da eficiência na criação e aplicação das normas de direito público foram introduzidos. Inspirou-se, sobremaneira, na dificuldade de o Poder Público obter o cumprimento rápido e voluntário das obrigações por terceiros, reconhecendo, por conseguinte, a atuação estatal consensual.

Nesse sentido, colhe-se o art. 26, que trouxe a possibilidade de celebração do termo de compromisso com vistas a resolver irregularidade, incerteza jurídica e solucionar questão administrativamente contenciosa. Vejamos:

Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, **celebrar compromisso com os interessados**, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.

§ 1º O compromisso referido no caput deste artigo:

I - buscará **solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais**;

II – (VETADO);

III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral;

IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

O art. 26 da LINDB, ao atuar como espécie de cláusula geral para a realização da autocomposição, aliado à premissa dialógica do CPC, amplia os limites e possibilidades da negociação do direito material pelos entes públicos, ensejando um microsistema próprio. Consagrou-se a dinâmica de atuação consensual ao estabelecer um regime jurídico geral permissivo para que toda a Administração Pública celebrasse compromissos, não obstante a referida consensualidade administrativa já ter sido prevista em legislações específicas⁶².

Antes da formação desse microsistema, o permissivo genérico à celebração de acordos pela Administração era aquele inscrito no art. 5º, § 6º da Lei nº 7.347/85, cuja redação foi incluída pela Lei nº 8.078/90. *In litteris*:

§ 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

⁶² GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública**. Revista de Direito Administrativo, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2015). Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77653/74316>. Acesso em: 27 de abr. de 2022.

Este dispositivo, no entanto, não era suficientemente completo para servir de norma permissiva à celebração de acordos administrativos, atraindo a necessidade de um precedente judicial mais firme chancelando o tema da consensualidade. Sob esse jaez, o art. 26 da LINDB foi responsável não apenas por evidenciar a possibilidade de a Administração Pública transacionar, mas por regulamentar diversos aspectos procedimentais da negociação, tais como a necessidade de oitiva do órgão público, a justificativa do compromissivo celebrado, a devida publicação do negócio jurídico celebrado, com vistas a dar efetividade ao que foi acordado, entre outros requisitos⁶³.

O microssistema em tela, no entanto, é alvo de divergências no que tange a sua amplitude interpretativa:

Para parcela da doutrina, o art. 26 faria parte de um setor da legislação que seria aplicável apenas ao direito administrativo, eis que: i) o caput do art. 26 faria referência o direito público, que deveria ser interpretado como direito administrativo; ii) tem-se referência apenas a autoridade administrativa e não a autoridade pública, como o faz o art. 30 da LINDB; iii) o art. 26 faz referência à licença e, embora o compromisso a ela não se limite, mas seria um forte indicativo de que estaria limitada ao direito administrativo por ser esse um ato de excelência desse ramo do direito⁶⁴.

Todavia, como explica Ravi Peixoto⁶⁵ apesar de o dispositivo supra mencionar expressamente “direito público”, isso não enseja a interpretação restrita ao direito administrativo. Já no atinente à “autoridade administrativa” em detrimento da estrutura da Administração Pública, tem-se, tão somente, o intento de se evitar debates acerca da capacidade jurídica de órgão. Portanto, para evitar o imbróglio, optou-se por indicar como agente a autoridade administrativa. A discussão que

⁶³ PEIXOTO, Ravi. **O art. 26 da LINDB como cláusula geral para a realização da autocomposição pela Administração Pública**: uma análise dos limites e possibilidades. 2021. Disponível em: <https://civilprocedurereview.faculdadebaianadedireito.com.br/revista/article/view/241>. Acesso em: 27 de abr. de 2022.

⁶⁴ PEIXOTO, op cit.

⁶⁵ PEIXOTO, op cit.

circunda a referência à licença, por sua vez, não visa restringir a aplicação da norma, mas exemplificar atos que podem ser alvo do compromisso.

Verifica-se, desta feita, que o art. 26 da LINDB, constitui termo aberto, não admitindo, conseqüentemente, qualquer interpretação restritiva quanto às formas de solução de conflito. Sob essa ótica, depreende-se, do Enunciado 21 do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA), que *“os artigos 26 e 27 da LINDB constituem cláusulas gerais autorizadas de termos de ajustamento, acordos substitutivos, compromissos processuais e instrumentos afins, que permitem a solução consensual de controvérsias”*.

De todo modo, torna-se importante sobrepujar que a celebração do compromisso prescrito no artigo supracitado não pode ser banalizada, redundando em opção para todo e qualquer caso. Exige-se uma repercussão que ultrapasse a esfera do interesse individual do pretense compromissário. Isso porque a relevância do interesse negociado não se afere apenas no âmbito financeiro ou econômico, sobrevindo a necessidade de que, em primeiro plano, haja a consubstanciação de um interesse jurídico e não meramente econômico. Sob essa ótica, requer-se ponderação do comprometente, com escopo no maior atendimento ao interesse público, sopesando as conseqüências positivas e negativas na celebração do acordo.

Não obstante a obstinada referência ao “interesse público”, importa mencionar que o art. 26 da LINDB faz menção, na verdade, aos “relevantes interesses gerais”. Essa escolha pelo legislador se deu em razão da busca por maior segurança à autoridade celebrante, ampliando consideravelmente a viabilidade da sua celebração. Nesse jaez, vejamos:

Com efeito, rememore-se o escrito alhures: diante da possibilidade de conflito de interesses múltiplos, inclusive entre interesses transindividuais, pode ser difícil, em primeiro lugar, concluir se determinado interesse privilegiado pelo compromisso representa o interesse público ou dele tem apoio. Ademais, facilita a sua confecção, à medida que permite a satisfação de um interesse geral relevante diferente do interesse público, caso se reconheça que o interesse

público será mais bem atendido ou não será incompatível com a acomodação pacífica daquele interesse⁶⁶.

É perceptível que a LINDB, ao se introduzir no ordenamento como um permissivo genérico para a celebração de compromissos com a Administração Pública, sepultou os argumentos ventilados pela doutrina minoritária que apontava para a indisponibilidade do interesse público, tornando-se instrumento paradigmático de reinterpretação do clássico conceito de poder de polícia, que deixa de ser estritamente coercitivo e passa a aceitar a participação do administrado.

Sendo assim, tem-se por natural a conclusão de que o ordenamento jurídico pátrio passou por um processo de transformação da dogmática administrativa, uma vez que esses compromissos/acordos, outrora enxergados como excepcionais e sujeitos às autorizações legislativas específicas, tornaram-se verdadeira regra geral de permissibilidade para a atuação consensual no âmbito do Poder Público.

Trata-se, desta feita, de uma solução pragmática destinada à obtenção de uma tutela, de fato, eficiente, ante a posição dialógica e democrática do Estado na consecução de suas finalidades institucionais.

3.3 DISPUTE BOARD NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O *dispute board* ou painel de discussão encontra origem no modelo alternativo de solução de conflitos desenhado na década de 70, nos Estados Unidos, sendo utilizado em contratos de obras de infraestrutura e grandes construções, em razão da complexidade, dos custos diretos e indiretos, bem como da preocupação para com a paralisação desses trabalhos.

Em que pese as noções preliminares, Arnoldo Wald vai além, esclarecendo que “*embora originalmente concebidos para os contratos de construção, a utilização dos dispute boards em outros tipos de contratos, como concessões, parcerias público-privadas, contratos de fornecimento e, até divergências societárias,*

⁶⁶ ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de. **O termo de compromisso do artigo 26 da LINDB, o licenciamento ambiental e a proteção do direito ao meio ambiente**. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3764>. Acesso em: 05 de maio de 2022.

é crescente, e bastante vantajosa em contratos de longo prazo ou de execução diferida⁶⁷.

A experiência brasileira corrobora a difusão exponencial do método que, após o seu uso na expansão do Metrô de São Paulo, encontrou espaço na Parceria Público-Privada para a construção do Complexo Criminal Ribeirão das Neves, em Belo Horizonte, na construção e reforma dos estádios para a Copa do Mundo de 2014, na Parceria Público-Privada na Arena Fonte Nova, em Salvador, da Areia das Dunas, em Natal, assim como no Aeroporto de São Gonçalo do Amarante, em Pernambuco⁶⁸.

Não se pode olvidar acerca da importância de interpretar a ideia de *dispute board* como um instrumento de concretização do princípio da eficiência, de onde exsurtem duas grandes premissas: a modernização da Administração Pública, produzindo modelos de gestão mais focados em metas e resultados e a otimização dos recursos da estrutura administrativa, no desiderato de encontrar a forma mais adequada para a prestação das atividades públicas⁶⁹.

Portanto, tem-se uma ferramenta imprescindível para promover maior celeridade à resolução do conflito, minimizando os efeitos perniciosos da mora característica dos processos judiciais, auxiliando sobremaneira no incentivo ao aumento de investimentos no setor de infraestrutura.

Nesse diapasão, importa trazer à baila, mais uma vez, as observações de Arnaldo Wald, que conclui: “*superada a desconfiança que ainda existe quanto à viabilidade dos dispute boards no direito brasileiro, estamos certos de que este instituto, ao lado da arbitragem, tem todos os elementos necessários para constituir o futuro da resolução extrajudicial de controvérsias no Brasil do século XXI*”⁷⁰.

⁶⁷ WALD, Arnaldo. **Dispute Resolution Boards**: evolução recente. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Disponível em: https://www.academia.edu/37051559/Revista_de_Arbitragem_DISPUTE_BOARDS_MAXIMIZAÇÃO_DA_EFICIÊNCIA_NO_PROCEDIMENTO_PRÉ_ARBITRAL_EM_CONTRATOS_DE_CONSTRUÇÃO. Acesso em: 5 de maio de 2022.

⁶⁸ RIBEIRO, Ana Paula Brandão; RODRIGUES, Isabella Carolina Miranda. **Os dispute boards no direito brasileiro**. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Dir-Mackenzie_v.09_n.02.08.pdf. Acesso em: 05 de maio de 2022.

⁶⁹ LIMA, Adriano Aparecido Arrias de. **Comitê de Resolução de Disputas (dispute resolution boards) e sua aplicabilidade na Administração Pública**: abordagem de resolução de conflitos com alicerce na eficiência e consensualidade. Disponível em: <https://www.pge.ms.gov.br/wp-content/uploads/2022/01/Revista-PGE-Monografia-Adriano.pdf>. Acesso em: 05 de maio de 2022.

⁷⁰ WALD, op cit.

4 CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

4.1 DA NECESSIDADE DE RELEITURA DAS CLÁUSULAS EXORBITANTES DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves, o “*contrato é uma espécie de negócio jurídico que depende, para sua formação, da participação de pelo menos duas partes. É, portanto, negócio jurídico bilateral ou plurilateral*”⁷¹. Ainda, tem-se que “*negócio jurídico é uma espécie do gênero ato jurídico em sentido amplo (lato sensu), constituindo ainda um fato jurídico, particularmente um fato jurígeno, pela presença da vontade*”⁷².

Sua origem jurídica remonta ao Direito Romano, sob a exigência de se revestir de determinadas formalidades, que, segundo Sílvio Venosa, tinham caráter rigoroso e sacramental, não bastando, para a criação de uma obrigação juridicamente exigível, o mero acordo⁷³. Nesses contratos o credor não poderia exigir a prestação em juízo, sendo capaz, no entanto, de retê-la caso prestada. Juliana Almeida atribui esse excesso de formalismo à pouca utilização da escrita, bem como à alta carga religiosa da sociedade⁷⁴.

Atualmente, doutra banda, tem-se a superação do modelo individualista, bem como do formalismo jurídico, construindo-se um sistema jurídico menos impositivo e mais aberto. Nesse sentido, como expressa Caio Mário (2003), modernamente não se impôs óbice ao princípio do consensualismo, retomando o velho brocardo do *pacta sunt servanda* para evidenciar que os acordos celebrados pelas partes possuem força cogente.

Não obstante a teoria geral dos contratos ser a mesma para qualquer gênero contratual, importa perquirir acerca das normas próprias e os preceitos específicos aplicáveis à Administração Pública, que, diante da prerrogativa de autogestão, dispõe, conseqüentemente, de capacidade para celebrar as mais

⁷¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Vol. 3. Saraiva Jus. 17ª ed, 2020.

⁷² TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Lei de Introdução e Parte Geral**. Editora Gen, 15ª ed., 2019.

⁷³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: contratos**. Editora Gen. 20ª ed., 2020.

⁷⁴ ALMEIDA, Juliana Evangelista de. **A evolução histórica do conceito de contrato: em busca de um modelo democrático de contrato**. Âmbito Jurídico, 2012. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/a-evolucao-historica-do-conceito-de-contrato-em-busca-de-um-modelo-democratico-de-contrato/>. Acesso em: 10 de maio de 2022.

diversas relações jurídicas, seja com particulares seja com outros entes públicos, valendo-se dos instrumentos adequados.

No entanto, há de trazer à evidência que a intervenção do Estado nos contratos gerou intensa movimentação dos doutrinadores, que sustentavam certa incompatibilidade entre os regimes jurídicos do direito civil com o de direito público. Sob este mesmo contexto, presenciou-se resistência também no que se relaciona à existência do próprio contrato administrativo⁷⁵.

A doutrina pátria, até o século XIX, reproduzia este entendimento, afastando-se da cuidadosa análise acerca da celebração de contratos pela Administração Pública. Apenas no século seguinte o direito brasileiro, sob influência da doutrina francesa, introduziu, por meio das constituições de 1934 e 1964, essas discussões, democratizando a defesa do interesse público e, por conseguinte, do contrato administrativo⁷⁶.

Desta feita, estando presentes os elementos para a formação do contrato, quais sejam, a consensualidade, bilateralidade ou plurilateralidade, bem como observância às normas jurídicas, não se infere qualquer empecilho no tocante à possibilidade de a Administração Pública compor um dos polos da avença, vigendo, hodiernamente, a concepção da existência de contratos administrativos, adstrito àqueles princípios regentes do direito administrativo. Esse entendimento foi ventilado pelo legislador na redação do art. 54, *caput*, da Lei nº 8.666/93⁷⁷, integralmente reproduzido na Lei nº 14.133/2021⁷⁸, em seu art. 89, *caput*. Vejamos:

Art. 54 da Lei 8.666/93: os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

⁷⁵ LEITE, Gisele. **Considerações sobre contratos administrativos**. Âmbito jurídico, 2011. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/consideracoes-sobre-contratos-administrativos/>. Acesso em: 11 de maio de 2022.

⁷⁶ DOURADO, Pablo Zuniga. **O debate atual sobre o conceito de contrato administrativo e a administração dos riscos nos contratos de concessão (PPP)**. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, 2020. Disponível em: <https://revista.trf1.jus.br/trf1/article/view/173>. Acesso em: 11 maio de 2022.

⁷⁷ Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

⁷⁸ Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

Art. 89 da Lei nº 14.133/2021: os contratos de que trata esta Lei regular-se-ão pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, e a eles serão aplicados, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

Concebe-se, dos contratos administrativos, um instrumento de regulação legítimo destinado ao Poder Público, possibilitando uma administração flexível e moderna, visualizando o particular como sujeito de direitos independente e integrante da administração⁷⁹.

Como colacionado anteriormente, as peculiaridades do contrato administrativo são regidas, em regra, pelas normas de direito público, aplicando-se, subsidiariamente, as de direito privado. Desta feita, apesar de a dicotomia público-privado ser, pelas razões expostas no subtópico seguinte, de difícil manutenção atualmente, torna-se crível coligir que os contratos, quando fixados sob a égide do direito privado, conferem maior liberdade contratual às partes, permitindo-lhes a renúncia de direitos e a assunção de obrigações.

Nesse diapasão, Hely Lopes Meirelles aduz que “*a Administração pode realizar contratos sob normas predominantes do Direito Privado – e frequentemente os realiza – em posição de igualdade com o particular contratante, como pode fazê-lo com supremacia do Poder Pública. Em ambas as hipóteses haverá interesse e finalidade pública como pressupostos do contrato, mas, no primeiro caso, o ajuste será de natureza semipública, e somente no segundo haverá contrato administrativo típico*⁸⁰”.

À sombra do expandido, impera abalizar que, em conformidade com o reiterado pela doutrina especializada, “contrato administrativo” não se confunde com “contrato da Administração”. Sendo assim, reparemos:

a) Contratos administrativos: são os **ajustes celebrados entre a Administração Pública e o particular, regidos predominantemente pelo direito público**, para execução de

⁷⁹ MATOS, Mayara Kupinski. **A aplicabilidade da teoria da imprevisão aos contratos de concessão de serviços públicos:** a cláusula rebus sic stantibus como instrumento da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, 2014. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/126881/TCC%20FINAL.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 11 de maio de 2022.

⁸⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

atividades de interesse público. É natural, aqui, a presença das cláusulas exorbitantes (art. 58 da Lei 8.666/1993) que conferem superioridade à Administração em detrimento do particular, independentemente de previsão contratual.

b) Contratos privados da Administração ou contratos semipúblicos: **são os ajustes em que a Administração Pública e o particular estão em situação de relativa igualdade**, regidos predominantemente pelo direito privado. Frise-se que o art. 62, § 3.º, I, da Lei 8.666/1993 admite a aplicação das cláusulas exorbitantes, “no que couber”, aos contratos privados da Administração.

Nas duas espécies de contratos da Administração (contratos administrativos e contratos privados da Administração), a Administração é parte do ajuste (elemento subjetivo), e o objetivo é a satisfação do interesse público (elemento objetivo). A **principal diferença encontra-se na igualdade ou desigualdade entre as partes contratantes e, por consequência, o regime jurídico, que será predominantemente aplicado (elemento formal)**⁸¹.

Particularizando ainda mais, Hely Lopes Meirelles conclui que “*contrato administrativo é o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com o particular ou outra entidade administrativa para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração*”⁸².

Em âmbito infraconstitucional, o primeiro diploma normativo a tratar especificamente dos contratos administrativos foi o Decreto-Lei nº 2.300/86, responsável por destinar um tratamento sistemático aos supramencionados negócios jurídicos. Mais tarde, o legislador editou as Leis de nº 8.987/95⁸³, nº 9.074/95⁸⁴ e de nº 11.079/79⁸⁵, importantes instrumentos para a definição dos contornos dos contratos celebrados pelo Poder Público⁸⁶.

⁸¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Editora Gen, 2019.

⁸² MEIRELLES, op cit.

⁸³ Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal.

⁸⁴ Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências.

⁸⁵ Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública.

⁸⁶ DOURADO, op cit.

Sem embargo das legislações retromencionadas, notabiliza-se que todos os entes federativos possuem competência para legislar sobre a temática de contrato administrativo, uma vez que, por ser instituto do direito administrativo, caberá à União, tão somente, definir as normas gerais sobre o tema, com esteio no art. 22, XXVII, da CF⁸⁷, de modo a autorizar especificações pelos demais entes, em atenção às suas particularidades locais⁸⁸.

Seria a norma geral, em cotejo às lições kelsenianas, uma moldura, ao passo que a norma específica representaria a pintura do quadro normativo, adequando-o às peculiaridades locais. A referida repartição é reflexo da concepção contemporânea do princípio federativo, responsável por reivindicar o abandono do acúmulo de competências normativas na figura da União.

Uma vez regulamentado o âmbito de participação da Administração, as normas que regem os contratos administrativos possuem características próprias, genericamente denominadas de cláusulas exorbitantes. Segundo Di Pietro, essas cláusulas são *“aquelas que não seriam comuns ou que seriam ilícitas em contrato celebrado entre particulares, por conferirem prerrogativas a uma das partes (a Administração) em relação à outra”*⁸⁹. Desse modo, são cláusulas que, caso previstas em um negócio celebrado entre particulares, seriam consideradas leoninas.

Como preconiza Hely Lopes Meirelles, essas cláusulas exorbitantes podem estipular, sob o arripio do interesse do serviço público, diversas prerrogativas ao particular contratado, no intento de garantir a execução do contrato, como a ocupação do domínio público, poder expropriatório e capacidade tributária⁹⁰.

No entanto, as principais cláusulas que se inferem são aquelas destinadas à Administração Pública, que se exteriorizam na possibilidade de rescisão e modificação unilateral do contrato, fiscalização da execução do serviço e aplicação de sanções em caso de inexecução total ou parcial do ajuste.

A presença dessas cláusulas é fruto da necessidade do administrador de buscar a consecução da garantia do interesse público quando em confronto com o

⁸⁷ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;

⁸⁸ AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. **O que “sobra” para estados e municípios na competência de licitações e contratos?** Consultor jurídico, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jan-22/sobra-estados-municipios-licitacoes-contratos>. Acesso em: 11 de maio de 2022.

⁸⁹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 33ª ed. Rio de Janeiro: Editora Gen, 2020.

⁹⁰ MEIRELLES, op cit.

interesse do particular, tornando patente, com arrimo no art. 58 da Lei 8.666/93 (cuja redação foi reproduzida na Lei nº 14.133/2021, em seu art. 104) a manifestação do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

Em que pese o cenário delineado, atualmente ecoa na doutrina pátria a exigência de adequação dos contratos aos paradigmas pós-modernos que orientam os negócios celebrados. Nesse diapasão, Diogo de Figueiredo Moreira Neto adverte acerca da necessidade de interpretar as cláusulas à luz dos novos parâmetros da contratação pública. Vejamos:

As imposições da sociedade pós-moderna expressam-se eloquentemente nos seguintes parâmetros em jogo nas contratações públicas: a **preeminência dos direitos fundamentais; a exigência de legitimidade; a necessidade de assegurar a competitividade; a indisponibilidade de criar e aperfeiçoar as tecnologias; a importância da publicidade e da visibilidade da atuação pública; a obrigatoriedade da motivação e a inafastabilidade de controles multimodais**, cada vez mais especializados⁹¹.

O autor defende a técnica da dupla motivação, que representa a garantia da legitimidade e da segurança jurídica para o contratante privado. De acordo com essa teoria, o administrador deve justificar as razões que o levaram a aderir ou retirar determinada cláusula exorbitante da avença. Sob esse jaez, a consensualidade surge como instrumento adequado para mitigar o tradicional conceito de supremacia do interesse público, bem como a impossibilidade de disposição, consubstanciando no método mais fácil e célere para o atingimento dos interesses públicos⁹².

Desta feita, a atuação unilateral da Administração Pública deve ser reanalisada, aceitando e incentivando a participação do contratante na reformulação dos ajustes contratuais e a utilização dos mecanismos consensuais de atuação, de modo a conferir maior legitimidade às decisões do administrador. Essa conduta é condição *sine qua non* para a ponderação dos interesses públicos e privados, de modo a aumentar a eficiência do serviço prestado.

⁹¹ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos**. Direito administrativo e seus novos paradigmas. 1ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

⁹² NETO, op cit.

Não obstante os posicionamentos contrários à revisão das prerrogativas contratuais, a exemplo da professora Alice Gonzalez Borges, que sustenta ser inaceitável a flexibilização do uso das cláusulas exorbitantes, bem como de Thiago Marrara, para quem a interpretação lógica e teleológica das normas gerais de licitações e contratos é capaz de limitar, *per si* a aplicabilidade e os efeitos das cláusulas exorbitantes⁹³, entende-se que o escopo da releitura apresentada não é o de provocar uma revolução no tratamento dado pelo ordenamento, mas sim o de desvincular, até certo ponto, a formulação e a execução das prerrogativas contratuais, no intento de promover o ambiente consensual na Administração Pública.

Sendo assim, naquelas hipóteses em que as condutas do contratado possam acarretar prejuízo à celebração ou execução do negócio jurídico ajustado, embora o Poder Público esteja avalizado das cláusulas exorbitantes, podendo, conseqüentemente, alterar e extinguir unilateralmente o contrato, bem como aplicar as sanções previstas leis, entende-se que essas prerrogativas devam ser utilizadas como *ultima ratio*, subsidiariamente, cabendo à Administração buscar, por meio da consensualidade, a reprimenda do comportamento. Em caso de recalcitrância, naturalmente a Administração utilizará as prerrogativas que lhe são inatas, com vistas na garantia do interesse coletivo.

Substanciando o exposto, Vivian Cristina Lima Lopez Valle ensina que “*não se nega a necessidade de a Administração Pública conservar o poder administrativo e a condição de autoridade. Mas se defende que essa condição seja excepcional ao atendimento das finalidades de interesse público. A utilização do consenso não implica renúncia da condição de autoridade*⁹⁴”. Ainda, referindo-se à diminuição da litigiosidade administrativa, aduz que “*o contrato mostra-se como uma eficiente ferramenta que possibilita o estabelecimento de uma disciplina coerente em ambientes complexos, possibilitando que a Administração Pública atue de forma racional, com maior adesão das normas à realidade concreta, otimização da atividade administrativa e esforço dos particulares para se adequarem às normas em vigor*”.

⁹³ MARRARA, Thiago. **As cláusulas exorbitantes diante da contratualização administrativa**. Gen jurídico, 2017. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/07/18/as-clausulas-exorbitantes-diante-da-contratualizacao-administrativa/>. Acesso em: 12 de maio de 2022.

⁹⁴ VALLE, Vivian Cristina Lima Lopez. **Um novo regime jurídico para os contratos administrativos: aplicação subsidiária da condição de autoridade, inexistência de um regime geral de prerrogativas e enquadramento do contrato administrativo como instrumento de desenvolvimento**. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, 2018. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/997>. Acesso em: 12 de maio de 2022.

4.2 A CONTRATUALIZAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE SUPERAÇÃO DA DICOTOMIA “PÚBLICO-PRIVADO”

Certamente uma das principais distinções presentes no meio jurídico se refere àquela entre os ramos públicos e privados do direito. Essa separação é herança do direito romano, podendo ser observada no *Digesto*, especificamente na sugestão de Ulpiano, que entende o *jus publicum* como ligado à República romana, ao passo que o direito privado estaria consubstanciado no interesse do cidadão singular. O critério originário da classificação minudenciada consiste na presença da *res publica* em um dos polos da relação jurídica⁹⁵.

O Código Napoleônico e o Justiniano também formaram importantes balizas para a construção do direito dicotômico no mundo, possuindo raízes que reverberam até os dias atuais, consolidando o direito privado. Todavia, essa divisão não pode ser vislumbrada de forma absoluta, importando miniaturizar interessante observação acerca do uso axiológico da grande dicotomia realizada por Norberto Bobbio:

A outra distinção conceitualmente e historicamente relevante que conflui na grande dicotomia é a relativa às fontes (no sentido técnico-jurídico do termo) respectivamente do direito público e do direito privado: a lei e o contrato (ou mais em geral o assim chamado “negócio jurídico”). Como se vê, aqui o critério de distinção entre direito público e privado é o **diverso modo com o qual um e outro passam a existir enquanto conjunto de regras vinculatórias da conduta: o direito público é tal enquanto posto pela autoridade política e assume a forma específica, sempre mais predominante com o passar do tempo, da “lei” no sentido da palavra**, isto é, de uma norma vinculatória porque posta pelo detentor do supremo poder (o soberano) e habitualmente reforçada pela coação; o **direito privado** ou, como seria mais exato dizer, o direito dos privados, é o **conjunto das normas que os singulares estabelecem para regular suas**

⁹⁵ ADEODATO, João Maurício. **Análise retórica das dicotomias tradicionais sobre o conceito de direito**. Cadernos do Programa de Pós-Graduação de Direito da UFRGS, 2019. Disponível em: http://repositorio.fdv.br:8080/bitstream/fdv/1137/1/Ade_Análise%20retórica%20das%20dicotomias%20tradicionais96647-419456-1-PB.pdf. Acesso em: 10 de maio de 2022.

recíprocas relações, as mais importantes das quais são as relações patrimoniais, mediante acordos bilaterais, cuja força vinculatória repousa primeiramente, isto é, independentemente da regulamentação pública, sobre o princípio da reciprocidade.

(...)

Como se trata de **dois termos que no uso descritivo comum passam por contraditórios**, no sentido de que no universo por ambos delimitado um ente não pode ser simultaneamente público e privado, e sequer nem público nem privado, também o significativo valorativo de um tende a ser oposto ao do outro, no sentido de que, quando é atribuído um significativo valorativo positivo ao primeiro, o segundo adquire um significado valorativo negativo, e vice-versa. Daí derivam duas concepções diversas da relação entre público e privado, que podem ser definidas como a do primado do privado sobre o público, a primeira, e a do primado do público sobre o privado, a segunda⁹⁶.

O direito dicotômico tem sido fortemente criticado pelos estudiosos, que, por rechaçarem o modelo patrimonialista e individualista do direito, entendem pela *“necessidade dessa superação da dicotomia em comento, visto que as relações privatistas e as publicistas devem se pautar pelo mesmo fim, o interesse público”*⁹⁷.

Como cediço, as instituições estatais passaram por demasiadas reformas administrativas, possibilitando a adoção de diversos modelos de administração e gestão e, por conseguinte, na análise dos efeitos daquele modelo adotado no respectivo íterim.

Portanto, se, outrora, tinha-se uma administração patrimonialista, em que o aparelho estatal funcionava como extensão do poder do soberano e de seus interesses pessoais, oportunidade em que princípios como a indisponibilidade do interesse público, legalidade, impessoalidade, são maculados e vilipendiados pelo administrador, atualmente vige o modelo gerencial, qualificado pela presença de técnicas modernas de gestão pública, modificando sobremaneira os critérios de aplicação do controle dos serviços públicos, as relações estabelecidas com o Poder

⁹⁶ BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade**: para uma teoria geral da política. 14^a ed. São Paulo, 2007.

⁹⁷ PEREIRA, Maria Marconiete Fernandes. **O regime de contratações administrativas na análise econômica do direito**. XXVII Encontro Nacional do CONDEI, 2018. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/0ds65m46/7vya9ml7/6ya32MA1755J49Rd.pdf>. Acesso em: 10 de maio de 2022.

Público, bem como a própria atuação da administração, que passa a enfatizar a eficiência, a qualidade e a concretização do regime democrático⁹⁸.

Registra-se que é sob esse pálio que os estudiosos vêm criticando a dicotomia público-privada, apontando para algumas inexatidões no pensamento encabeçado pelos romanos. Nesse sentir, vejamos:

1) a expressão público tornou-se equívoca quando começou a ser **utilizada como sinônimo de interesses sociais, interesses indisponíveis e interesses da coletividade**; 2) muitas vezes o próprio legislador abandona o conceito de interesse público como interesse do Estado e passa a identificá-lo como bem geral, ou seja, o interesse geral da coletividade ou o interesse da coletividade como um todo; 3) **passou-se a reconhecer a existência de uma categoria intermediária de interesses** que são compartilhados por grupos, classes ou categorias de pessoas, o que tem **originado microssistemas de tutela**. Consequência da atual conjuntura: **o público privatiza-se e o privado torna-se público**⁹⁹.

Os questionamentos são extremamente pertinentes, posto trazerem à baila a impossibilidade de se separar, adequadamente, as questões públicas das privadas, uma vez que, invariavelmente, várias intersecções poderão ser notadas nessas tratativas. Portanto, ainda que seja possível verificar, em um modelo dicotômico, algumas relações extremas, que, em uma análise perfunctória, levaria o sujeito mais desatento a acreditar que se trata de uma situação em torno apenas do direito público ou privado, sempre será factível traçar um paralelo com o outro ramo.

A primeira constatação é que o direito público e o direito **privado já não aparecem numa relação alternativa necessária, configurando um sistema de regras que são "reciprocamente intercambiáveis"**,

⁹⁸ COELHO, Daniela Mello. **Elementos essenciais ao conceito de administração gerencial**, 2000. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/622/r147-20.pdf?sequence=10&isAllowed=y#:~:text=A%20administração%20gerencial%20caracteriza-%20se.que%20passa%20a%20enfatizar%20a>. Acesso em: 10 de maio de 2022.

⁹⁹ RIVABEM, Fernanda Schaefer. **Direito privado e interesses públicos**: uma análise à luz de Giorgio Oppo. Revista Eletrônica do CEJUR, Curitiba/PR, 2008. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/cejur/article/view/16757>. Acesso em: 10 de maio de 2022.

que por vezes partilham a mesma missão regulatória, mas exibem métodos operacionais significativamente diferentes e dinâmicos¹⁰⁰.

Com a crise da codificação, visualizada principalmente após o fim da Segunda Guerra Mundial, em razão do movimento europeu que acarretou uma expressiva alteração na legislação civil, produzindo uma multiplicação das leis especiais, o processo de intervenção estatal foi exponencial, desenvolvendo, ainda mais, as intersecções entre o direito público e privado, em cristalina derrubada dos ideários do Estado Liberal.

Em consonância com o exposto, Carolina Paladino pontuou que *“o que não se pode negar é cada vez mais uma constante inter-relação entre essas duas esferas, não sendo possível estudá-las de forma estanque a partir de dogmas de independência e autonomia (...) certo é que é cada vez mais frequente o encontro de pontos de intersecção entre público e privado, razão pela qual se sustenta a superação absoluta da dicotomia público/privado”*¹⁰¹.

Sob esse jaez, Giorgio Oppo, reconhecendo a necessidade de superar, definitivamente, a dicotomia narrada, propõe a reconstrução do sistema jurídico clássico, harmonizando os interesses em liça. Para tanto, aponta o contrato como elemento essencial, não apenas para conferir o caráter lícito à negociação, mas por ser instrumento neutro na busca do interesse geral¹⁰². Corroborando com a importância do contrato, Diogo de Figueiredo Neto (2017) aduz que *“a busca por um novo estilo de administração, participativo, consensual e flexível, favorece a expansão do modo contratual de atuação administrativa”*¹⁰³.

Tendo por plano de fundo a desregulamentação, privatização e desestatização, a busca pela prestação adequada dos serviços públicos, tornou-se patente a necessidade de que o Estado seja copartícipe, com o cidadão, das preocupações dessa natureza. Substitui-se, paulatinamente, o campo da

¹⁰⁰ Trecho traduzido e adaptado. Original em: ZOPPINI, Andrea. **Diritto Privato vs Diritto Amministrativo**. Disponível em: [https://www.andreazoppini.it/static/upload/ d/ diritto-privato-vs-diritto-amministrativo.pdf](https://www.andreazoppini.it/static/upload/d/ diritto-privato-vs-diritto-amministrativo.pdf). Acesso em: 10 de maio de 2022.

¹⁰¹ PALADINO, Carolina de Freitas. **Entre o público e o privado**. Revista Faculdade de Direito do Sul de Minas, 2008. Disponível em: <https://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/ae09689d3d01d2698cfbe7ff28c3e4c7.pdf>. Acesso em: 10 de maio de 2022.

¹⁰² RIVABEM, op cit.

¹⁰³ NETO, Eurico Bitencourt. **Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI**. Revista de Investigações Constitucionais, 2017. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/49773>. Acesso em: 7 de maio de 2022.

unilateralidade e imperatividade, priorizando-se a consensualização, dando ensejo à “economia contratada” ou “contratual”, que espelham a participação do cidadão¹⁰⁴.

Importa abalizar que essa ótica contratualista, enquanto corrente filosófica, embora não seja obra estritamente moderna, alçou status de movimento teórico com Hobbes, Rousseau e Locke. Em que pesem as especificidades de cada filósofo, todos apontam para a necessidade de um contrato para a formação do Estado, que preservará a liberdade do cidadão.

A única maneira pela qual uma pessoa qualquer pode abdicar de sua liberdade natural e revestir-se dos elos da sociedade civil é concordando com outros homens em juntar-se e unir-se em uma comunidade, para viverem confortável, segura e pacificamente uns com outros, num gozo seguro de suas propriedades e com maior segurança contra aqueles que dela não fazem parte¹⁰⁵.

Nessa conjuntura, tem-se uma nova concepção de Administração Pública, pautada em sua contratualização, abarcando as ideias de participação, consenso e flexibilidade, justificada na tradição racionalista da modernidade, ante a maior liberdade conferida às partes.

Esse viés contratual e participativo da Administração Pública moderna tem encontrado amplo amparo na legislação pátria, que vem instituindo avanços com menor número de prerrogativas ao ente público e maiores garantias para ambos os contratantes, conforme regido pelas Leis de nº 8.987/1995, nº 11.079/2004, nº 14.133/2021¹⁰⁶, entre outras.

Em arremate, como evidencia Sérgio de Andréa Ferreira, “*a tutela e hierarquia, apesar de todas as forças centralizadoras que prevalecem em nosso País, estão cedendo lugar (...) às figuras contratuais que buscam (...) a modernização, a mentalidade empresarial em sede de Administração Pública*¹⁰⁷”.

¹⁰⁴ FERREIRA, Sérgio de Andréa. **A contratualização do direito administrativo e do direito econômico**. Nº 16, 1999. Disponível em: [http://www.idclb.com.br/revistas/16/revista16%20\(9\).pdf](http://www.idclb.com.br/revistas/16/revista16%20(9).pdf). Acesso em: 10 de maio de 2022.

¹⁰⁵ LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. 1ª ed. Editora Martins Fontes: São Paulo, 1998.

¹⁰⁶ Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

¹⁰⁷ FERREIRA, Sérgio de Andréa. **A contratualização do direito administrativo e do direito econômico**. Nº 16, 1999. Disponível em: [http://www.idclb.com.br/revistas/16/revista16%20\(9\).pdf](http://www.idclb.com.br/revistas/16/revista16%20(9).pdf). Acesso em: 10 de maio de 2022.

A mudança de paradigma, tradicionalmente imbuída de burocracia, dá espaço a uma forma de contratação mais aberta à participação do cidadão, de modo consensual e eficiente, possibilitando a integração do administrado e administrador, substituindo a lógica verticalizada na relação. Sob esse contexto, o contrato administrativo clássico vê-se compelido a flexibilizar-se, estabelecendo uma aproximação do público com o privado.

4.3 ARBITRAGEM NO ÂMBITO DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

Conforme ventilado, a centralização dos serviços públicos nas mãos da Administração Pública deu ensejo à crise burocrática e à hipertrofia do Estado Social, motivo pelo qual, a partir do século XIX, o caráter tipicamente autoritário da Administração deu espaço à flexibilização da sua atuação.

Não obstante os projetos de desestatização promovidos nas décadas de 80 e 90, o Estado manteve-se em um contexto de grave crise fiscal, com uma grande dívida interna e externa, inoperante na prestação até mesmo daqueles serviços públicos essenciais.

Sob essa conjuntura, surgem as parcerias público-privadas (PPP's) que, em razão da necessidade de reformular a infraestrutura do país, representam a tentativa de o Estado e a iniciativa privada, ao repartirem os custos, conseguirem financiar os investimentos desejados, já que nenhum deles conseguiria, individualmente, arcar com empreendimentos que exigem uma estrutura altamente custosa e de longa duração¹⁰⁸.

Rafael Oliveira aponta para outros fatores que também justificaram a inserção das PPP's no ordenamento pátrio, quais sejam, a necessidade de prestação de serviços públicos não autossustentáveis (que exigem um investimento de grande vulto), e o princípio da subsidiariedade e necessidade de eficiência do serviço¹⁰⁹.

Destarte, é patente a necessidade de se garantir o aproveitamento da colaboração do particular por meio de instrumento de parceria que favoreça o diálogo e o consenso, afastando o modelo autoritário anteriormente vigente, de modo a

¹⁰⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **As parcerias público-privadas – PPP's no direito positivo brasileiro**. Revista de Direito Administrativo, 2005. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43621/44698>. Acesso em: 13 de maio de 2022.

¹⁰⁹ OLIVEIRA, op cit.

assegurar uma maior flexibilidade e participação do parceiro, tornando a relação dos contratantes mais paritária, motivo pelo qual as imposições unilaterais do Estado devem ser percebidas como *ultima ratio*.

4.3.1 Parcerias público-privadas na Lei nº 11.079/2004

A prestação dos serviços públicos pode se dar diretamente pela Administração Pública, seja em uma prestação centralizada, seja descentralizada, e por meio de particulares, que, ao receberem a delegação do Poder Público, prestam o serviço por sua conta e risco, remunerando-se diretamente por meio das tarifas cobradas dos usuários.

A delegação negocial de uma prestação de serviços públicos se dá por uma concessão, oportunidade em que, como mencionado, o Poder Público, embora continue como titular do serviço, transfere o exercício do serviço. Esta concessão pode ser comum, regulamentadas pela Lei nº 8.987/95, e especial, consubstanciada na figura das parcerias público-privadas e reguladas pela Lei nº 11.079/2004.

Segundo a doutrina especializada, a principal diferença entre essas duas categorias está no fato de que na concessão comum o Poder Público não oferece qualquer aporte financeiro ao particular, ao passo que nas parcerias público-privadas, além das tarifas, há contraprestação pecuniária do Estado, com o fito de remunerá-lo pelo investimento realizado.

O modelo especial de concessão surgiu com o escopo de recuperar a capacidade de investimento público, inspirando-se nas experiências internacionais, sobretudo a do Reino Unido, pioneiro em implementar reformas que buscam a redução do papel do Estado. Desta feita, a Lei nº 11.079/2004 inseriu no direito pátrio um modelo estratégico para a gestão pública brasileira compartilhada e desburocratização dos serviços públicos¹¹⁰.

Como preconiza o art. 2º do diploma legal supracitado, o contrato especial em destaque pode se dar na modalidade patrocinada ou administrativa, sendo que a primeira espécie se refere àquelas concessões previstas na Lei nº 8.987/95, quando

¹¹⁰ PECL, Alketa; SOBRAL, Filipe. **Parcerias público-privadas: análise comparativa das experiências britânica e brasileira**. Cadernos da EBAPE, 2007. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cebape/a/B6m44qrNPcHQ8Q56cWlK69n/?lang=pt>. Acesso em: 14 de maio de 2022.

envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado (§ 1º), ao passo que na administrativa o Poder Público é usuário direto ou indireto (§ 2º).

Nesse jaez, Rafael Oliveira conclui pela existência de, ao menos, duas diferenças entre as espécies de PPP's. Analisemos:

a) Quanto à remuneração: enquanto na PPP patrocinada, o concessionário será remunerado por meio de tarifa e dinheiro do orçamento, **além das demais modalidades de contraprestação indicadas no art. 6.º da Lei 11.079/2004, na PPP administrativa, o concessionário será remunerado integralmente pelo Estado** (orçamento ou uma das formas previstas no art. 6.º da Lei da PPP), não havendo previsão de cobrança de tarifa dos usuários. Vale ressaltar que, nas PPPs patrocinadas, há necessidade de lei autorizativa quando a Administração Pública for responsável por mais de 70% da remuneração do parceiro privado (art. 10, § 3.º, da Lei 11.079/2004).

b) Quanto ao objeto da parceria: de um lado, **a PPP patrocinada tem por objeto a prestação de serviços públicos**; por outro, o objeto da **PPP administrativa pode ser a execução de serviços públicos ou de serviços administrativos prestados ao Estado**. Isto porque a Lei, de um lado, na definição da PPP patrocinada, utiliza a expressão “serviços públicos” (art. 2.º, § 1.º, da Lei 11.079/2004) e, por outro lado, na conceituação de PPP administrativa, menciona os “serviços”, afirmando, ainda, que a Administração Pública pode ser usuária direta ou indireta desses serviços (art. 2.º, § 2.º, da Lei 11.079/2004)¹¹¹.

As concessões patrocinadas, também denominadas de subsidiadas, subvencionadas ou de receita mínima assegurada, possuem como objeto os serviços públicos econômicos, passíveis de exploração pelo setor privado mediante ato delegatário. Todavia, há de se advertir que a típica colaboração fornecida pelo Poder Público não pode configurar benefício indevido ao concessionário, de modo a eliminar todo o risco da atividade. Não haverá inconstitucionalidade apenas quando o aporte

¹¹¹ OLIVEIRA, op cit.

financeiro for meio para assegurar a modicidade das tarifas, princípio expressamente assegurado pelo art. 6º, § 2º, da Lei nº 8.987/95.

A remuneração da PPP pode ser feita integralmente com recursos públicos (concessão administrativa), como também pode se dar de forma parcial (concessão patrocinada). Essa política tarifária não encontra óbice no art. 175, da CF, que admite apenas as concessões que sejam integralmente remuneradas por tarifas pagas pelos usuários por conta e risco do concessionário. Isso porque, conforme posicionamento adotado pela doutrina majoritária, não é razoável petrificar a Carta Magna de modo a interpretar a definição de concessão de modo tradicional, alheio às mudanças socioeconômicas que ocorreram desde a sua promulgação. Sobre essa conjuntura, explica Alexandre Santos de Aragão:

Devemos atentar também para o fato de que o conceito tradicional, restrito, de concessão majoritário na doutrina administrativa brasileira pré-1988 era claramente inspirado na doutrina dos países que constituíram a raiz do nosso Direito Administrativo, especialmente da França.

Ocorre que, nesses países, se a concessão realmente tem um conceito restrito (mas, mesmo assim, não tanto quanto o sustentado no Brasil), ela é apenas uma entre as diversas modalidades existentes de delegação de serviços públicos, ao contrário do Brasil, em que essas tradicionalmente se limitaram às concessões e permissões de serviços públicos, mesmo assim sem muitas diferenças entre elas, razão pela qual a alusão a elas pelo art. 175 da CF deve ser considerada pelo menos em uma acepção razoavelmente ampla, que contemple algumas espécies.

(...)

Comparativamente com o Direito Administrativo francês, podemos dizer que a principal consequência que a Lei nº 11.079/04 operou no ordenamento jurídico brasileiro foi a de ampliar o conceito de “concessão de serviço público”, tornando-a próxima à noção genérica que a expressão “delegação de serviço público” possui naquele País¹¹².

¹¹² ARAGÃO, Alexandre Santos de. **As parcerias público-privadas – PPP’s no direito positivo brasileiro.** Revista de Direito Administrativo, 2005. Disponível em:

Doutro norte, as concessões administrativas se adequam àquelas situações em que não há a previsão de cobrança de tarifa do usuário, como no caso dos serviços públicos sociais como saúde, educação, cultura; serviços públicos econômicos; atividades preparatórias ou de apoio ao poder de polícia etc. Nesse caso, o serviço é prestado pelo concessionário, que receberá a remuneração do parceiro público.

Ademais, interessante traço distintivo das parcerias público-privadas em relação aos demais contratos de concessão, é a possibilidade de se repartir objetivamente os riscos entre as partes, consubstanciando uma verdadeira parceria (art. 4º, VI, da Lei nº 11.079/04). Na concessão comum, regulamentada pela Lei nº 8.987/1995, a Administração Pública apenas é responsável pelos riscos extraordinários, devendo promover, por conseguinte, o reequilíbrio econômico-financeiro da avença. Os riscos ordinários correm por conta e risco do concessionário. Nesse jaez:

As PPP's se situam exatamente entre esses dois modelos, permitindo uma divisão de riscos entre o Poder Público e o concessionário maior do que a meramente direcionada a fatos imprevisíveis ou de *jus imperii*. Admite, portanto, uma manutenção da equação econômico-financeira diferente da tradicionalmente aplicável aos contratos administrativos em geral, dita estática e referenciada apenas no momento inicial do contrato. Em uma manutenção da equação econômico-financeira dinâmica e permanentemente atualizada poderão ser incluídos elementos como previsão de demanda e de variação dos custos ordinários com insumos e pessoal, que não poderiam ser considerados como fatos imprevisíveis para efeito de reequilíbrio de uma equação econômico-financeira estática¹¹³.

Portanto, nas PPP's, ao ocorrer a transferência da execução do serviço público ao parceiro privado, tanto os riscos ordinários quanto os extraordinários são compartilhados, em razão do recíproco suporte existente entre os sujeitos do referido

<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43621/44698>. Acesso em: 13 de maio de 2022.

¹¹³ ARAGÃO, op cit.

negócio jurídico (art. 5º, III, da Lei nº 11.079/04). Verificando-se um desequilíbrio econômico-financeiro, o contrário será readequado, com o fito de desonerar o parceiro público e o privado. Esta mutualidade também estará consubstanciada quando dos ganhos decorrentes da empreitada (art. 5º, IX, da Lei nº 11.079/04).

Quando a relação estiver regida pela Lei Federal supramencionada, a Administração Pública poderá inserir cláusulas contratuais que estabeleçam garantias a serem dadas ao parceiro privado, podendo serem constituídas mediante i) vinculação de receitas; ii) instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei; iii) contratação de seguro-garantia; iv) garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras; v) garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade; e vi) outros mecanismos admitidos em lei.

Apanha-se, ainda, algumas disposições específicas para a execução do contrato, que possuirá um prazo de vigência não inferior a 5 (cinco) anos nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventuais prorrogações. Este lapso temporal se dá em razão de o parceiro privado necessitar recuperar os altos investimentos realizados para o projeto.

No que tange aos casos de inadimplemento contratual da Administração Pública, a lei não menciona as sanções aplicáveis à situação, tampouco a forma com que a penalidade seria executada, motivo pelo qual Maria Sylvia Zanella Di Pietro, invocando o princípio da legalidade, aduz que o que se poderia admitir é a cominação de multa ressarcitória em favor do concessionário, sem prejuízo, por óbvio, daquelas sanções previstas no Código Penal, na Lei de Crimes Fiscais e na Lei de Improbidade Administrativa¹¹⁴.

4.3.2 A presença das cláusulas compromissórias nos contratos de PPPs

Em consonância com a tendência de aproximação do Poder Público com o particular, por meio de instrumentos mais paritários, o diploma supramencionado assegura, em seu art. 11, III, “*o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos*

¹¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019.

termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato”.

Não obstante a presença de doutrina contrária à previsão da arbitragem nos contratos administrativos, tem-se superado este entendimento, avançando-se em direção ao reconhecimento da presença da cláusula compromissória arbitral em todos os contratos administrativos, ainda que naquelas modalidades em que não há norma autorizativa expressa, ante a cláusula geral presente na LINDB.

Desta feita, as partes poderão lançar mão de outros mecanismos para a solução de suas controvérsias, sendo a arbitragem a mais flexível, pois possibilita, concomitantemente, a celebração de contratos complexos e incentiva a desburocratização da atuação administrativa. Enfrentando o tema, Beatriz Lancia Noronha de Oliveira, citando Carlos Alberto de Salles, evidencia que:

A propósito da colocação e entendimento da arbitragem no contexto da discussão da Reforma do Estado, afirma-se que ela se coloca como consequência, quanto como um dos elementos propiciadores de alguma das estratégias de reforma. Nesse sentido, a arbitragem seria, a um só tempo, resultado e condição para poder-se realizar com sucesso determinados tipos de negócios estatais, muito especialmente aqueles cuja concretização depende da criação, para o particular, de uma dinâmica de incentivos, apta a tornar atrativo o negócio com o Estado¹¹⁵.

Em estudo comparativo, Álvaro de Carvalho Pinto Pupo evidenciou que no sistema comum uma causa leva anos para ser definida, ao passo que a tomada de decisão, na arbitragem, leva em média 14 meses. Em conclusão, afirmou que *“tempo é dinheiro e, com um processo arbitral, é possível uma grande economia, principalmente com uma arbitragem eficaz e idônea”*¹¹⁶.

O legislador pátrio, ao consolidar a arbitragem como mecanismo legítimo para a composição de conflitos nas parcerias público-privadas, franqueou uma nova garantia ao parceiro privado, que não sofrerá com as disfunções inerentes ao

¹¹⁵ OLIVEIRA, Beatriz Lancia Noronha de. **A arbitragem nos contratos de parceria público-privada**. Dissertação de mestrado. Universidade de São Paulo, 2012.

¹¹⁶ MIGALHAS. **Advogado compara custos da arbitragem com o Judiciário**. 2014. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/194127/advogado-compara-custos-da-arbitragem-com-o-judiciario>. Acesso em: 15 de maio de 2022.

Judiciário brasileiro, em atenção à eficiência elencada no art. 37 da CF, bem como ao princípio da economicidade, uma vez que a arbitragem constitui método menos custoso para os cofres públicos do que aquele desenvolvido no sistema judiciário estatal.

4.4 ARBITRAGEM NAS CONCESSÕES COMUNS DE SERVIÇO PÚBLICO

Como esmiuçado anteriormente, a concessão consiste na delegação de determinado serviço público em favor do particular. Quando não regida pela Lei nº 11.079/2004, será regulamentada pela Lei nº 8.987/95, que divide a concessão em simples e em precedida de obras públicas. Em relação às diferenças, vale destacar a redação dos dispositivos que explicam os conceitos. Vejamos:

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;

III - concessão de serviço público **precedida da execução de obra pública**: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegados pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado;

Neste tipo de concessão, regulamentado pela lei retromencionada, e denominado pela doutrina como “comum”, a exploração da atividade correrá por conta e risco do particular, não havendo qualquer aporte financeiro concedido pelo Poder Público, sendo a remuneração do concessionário constituída, em regra, pelas tarifas pagas pelos usuários.

Assim como nos contratos das parcerias público-privadas, a Lei nº 8.987/95 dispõe, em seu art. 23-A, que “o contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996”.

A jurisprudência colacionada a seguir afirma a presença da cláusula compromissória nos contratos de concessão de serviços públicos:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PERMISSÃO DE ÁREA PORTUÁRIA. CELEBRAÇÃO DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. JUÍZO ARBITRAL. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE. ATENTADO.1. A decisão judicial que confere eficácia à cláusula compromissória e julga extinto o processo pelo “compromisso arbitral”, se desrespeitada pela (...) **aplicabilidade do juízo arbitral em litígios administrativos, quando presentes direitos patrimoniais disponíveis do Estado é fomentada pela lei específica, porquanto mais célere, consoante se colhe do artigo 23 da Lei 8987/95**, que dispõe acerca de concessões e permissões de serviços e obras públicas, e prevê em seu inciso XV, dentre as cláusulas essenciais do contrato de concessão de serviço público, as relativas ao “foro e ao modo amigável de solução de divergências contratuais”. 15. A aplicação da Lei 9.307/96 e do artigo 267, inc. VII do CPC à matéria sub judice, afasta a jurisdição estatal, *in casu* em obediência ao princípio do juiz natural (artigo 5º, LII da Constituição Federal de 1988). 16. É cediço que o **juízo arbitral não subtrai a garantia constitucional do juiz natural, ao contrário, implica realizá-la, porquanto somente cabível por mútua concessão entre as partes, inaplicável, por isso, de forma coercitiva, tendo em vista que ambas as partes assumem o “risco” de serem derrotadas na arbitragem**. (Precedente: Resp nº 450881 de relatoria do Ministro Castro Filho, publicado no DJ 26.05.2003) 17. Destarte, **uma vez convencionado pelas partes cláusula arbitral, o árbitro vira juiz de fato e de direito da causa, e a decisão que então proferir não ficará sujeita a recurso ou à homologação judicial**, segundo dispõe o artigo 18 da Lei 9.307/96, o que significa categorizá-lo como equivalente jurisdicional, (...) A

arbitragem se revela, portanto, como o mecanismo adequado para a solução da presente controvérsia, haja vista, tratar-se de relação contratual de natureza disponível, conforme dispõe o artigo 1º, da Lei 9.307/96: "as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis." (11308 DF 2005/0212763-0, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 08/04/2008, S1 – PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJ 19.05.2008 p. 1)¹¹⁷

A razão de ser se infere da tentativa de privilegiar o interesse público, evitando o enfrentamento do processo moroso intrínseco do Poder Judiciário, possibilitando a atuação de especialistas em questões relacionadas ao contrato de concessão que, geralmente, são de extrema complexidade. Desta feita, tem-se um instrumento que privilegia a segurança jurídica, tornando os projetos mais atraentes para os investidores, uma vez que a presença dessas cláusulas compromissórias consubstancia um cenário mais favorável para o aporte financeiro a ser dado, haja vista a possibilidade de resolução mais rápida para os eventuais conflitos durante a realização do contrato, que é tipicamente de longo prazo.

¹¹⁷ Jurisprudência retirada do site: <http://www.camaracbm.com.br/arbitragem-nos-contratos-de-concessao-de-servicos-publicos/>. Acesso em: 16 de maio de 2022.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De acordo com o relatório “Justiça em Números” divulgado no ano de 2021, o Poder Judiciário finalizou o ano de 2020 com 75,4 milhões de processos em tramitação, sendo o tempo médio de duração do processo 5 anos e 4 meses, ficando o ano de 2020 grifado com o maior índice dos últimos 12 anos de congestionamento do judiciário (IAD), com 77,3% de processos represados sem solução. Segundo os dados coletados, em média, a cada grupo de 100.000 habitantes, 10.657 ingressaram com uma ação judicial nesse mesmo ano.

Nesse diapasão, cediço que o Judiciário se encontra evidentemente sobrecarregado, não conseguindo dar vazão ao contingente de demandas, iniludível a necessidade de garantir a prestação jurisdicional adequada não apenas pelos mecanismos tradicionais, mas também por meio da adoção de outros meios igualmente adequados para a solução dos conflitos.

Sob esse jaez, urge a necessidade de uma nova justiça social, que incentive e incorpore, definitivamente, esses instrumentos paraestatais, assumindo uma feição dinâmica no que se refere ao acolhimento de diversos mecanismos tendentes à consecução da pacificação social com justiça, potencializando a sua efetividade, uma vez que a arbitragem leva, em contrapartida, 14 meses para que haja uma tomada de decisão.

Não se pode olvidar que o desenvolvimento e o incentivo da consensualidade, embora passíveis de notabilidade desde antes da Lei de Arbitragem, encontrou, no art. 26 da LINDB, sua cláusula geral autorizativa da autocomposição no âmbito do Poder Público, que constituiu arcabouço mais solidificado que aquele permissivo genérico inscrito no art. art. 5º, § 6º da Lei nº 7.347/85, cuja redação foi incluída pela Lei nº 8.078/90.

Esta cláusula sepultou os argumentos ventilados pela doutrina minoritária que apontava para a indisponibilidade do interesse público. Sendo assim, tem-se por natural a conclusão de que o ordenamento jurídico pátrio passou por um processo de transformação da dogmática administrativa, uma vez que esses compromissos/acordos, anteriormente enxergados como excepcionais e sujeitos às autorizações legislativas específicas, tornaram-se verdadeira regra geral de permissibilidade para a atuação consensual no âmbito do Poder Público.

A mudança de paradigma, tradicionalmente imbuída de burocracia, dá espaço a uma forma de contratação mais aberta à participação do cidadão, de modo consensual e eficiente, possibilitando a integração do administrado e administrador, substituindo a lógica verticalizada na relação. O contrato administrativo clássico vê-se compelido a flexibilizar-se, estabelecendo uma aproximação do público com o privado.

A necessidade de garantir a eficiência do serviço público, mormente naquelas atividades que envolvem considerável investimento, fez com que o Estado reconstruísse um microssistema aberto à autocomposição, superando o mito da intransigibilidade das demandas afetas à Administração Pública.

Não obstante os projetos de desestatização promovidos nas décadas de 80 e 90, o Estado manteve-se em um contexto de grave crise fiscal, com uma grande dívida interna e externa, inoperante na prestação até mesmo daqueles serviços públicos essenciais.

Desta feita, não obstante a relutância, o modelo burocrático adotado vem cedendo espaço para uma noção de governança pública e de concessão dos serviços públicos, ensejando a “contratualização” da função pública e a consequente proliferação de mecanismos de diálogos internos, com escopo de garantir a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral, de modo a superar aqueles dados expendidos pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) de que havia no Brasil 2.797 obras paradas ou paralisadas, das quais 517 referentes ao setor de infraestrutura, totalizando R\$ 10,7 bilhões, apenas neste setor.

O desenvolvimento e incentivo da consensualidade se mostra imprescindível para o enfrentamento das agruras inerentes à prestação da atividade jurisdicional, que se encontra massificado, motivo pelo qual a própria concepção de jurisdição teve de ser revista, de modo a priorizar a solução concreta e adequada dos conflitos por meio da formulação de mecanismos múltiplos de resolução de conflitos, imprescindível para o desenho de uma nova concepção de acesso à justiça.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Análise retórica das dicotomias tradicionais sobre o conceito de direito**. Cadernos do Programa de Pós-Graduação de Direito da UFRGS, 2019. Disponível em: http://repositorio.fdv.br:8080/bitstream/fdv/1137/1/Ade_Análise%20retórica%20das%20dicotomias%20tradicionais96647-419456-1-PB.pdf. Acesso em: 10 de maio de 2022.

ALMEIDA, Juliana Evangelista de. **A evolução histórica do conceito de contrato: em busca de um modelo democrático de contrato**. Âmbito Jurídico, 2012. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/a-evolucao-historica-do-conceito-de-contrato-em-busca-de-um-modelo-democratico-de-contrato/>. Acesso em: 10 de maio de 2022.

ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de. **O termo de compromisso do artigo 26 da LINDB, o licenciamento ambiental e a proteção do direito ao meio ambiente**. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3764>. Acesso em: 05 de maio de 2022.

AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. **O que “sobra” para estados e municípios na competência de licitações e contratos?** Consultor jurídico, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jan-22/sobra-estados-municipios-licitacoes-contratos>. Acesso em: 11 de maio de 2022.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **As parcerias público-privadas – PPP’s no direito positivo brasileiro**. Revista de Direito Administrativo, 2005. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43621/44698>. Acesso em: 13 de maio de 2022.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Hemos.

BENTEMULLER, Rodrigo. **Evolução do Direito Processual Civil: parte 2**. Disponível em: <https://blog.ebeji.com.br/evolucao-do-direito-processual-civil-parte-2>. Acesso em: 23 de mar. de 2022.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade**: para uma teoria geral da política. 14ª ed. São Paulo, 2007.

BONATO, Guilherme. **Panorama da arbitragem na França e na Itália. Perspectiva de direito comparado com o sistema brasileiro**. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/208504/mod_resource/content/0/BONATO%20C%20Arbitragem%20na%20França%20e%20na%20Italia..pdf. Acesso em: 25 de mar. de 2022.

BORGES, Claria Maria Roman. **Jurisdição e normalização: uma análise foucaultiana da jurisdição penal**. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/33496/R%20-%20T%20->

[%20CLARA%20MARIA%20ROMAN%20BORGES.pdf?sequence=1&isAllowed=y.](#)

Acesso em: 16 de mar. de 2022.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra. **A coerência do sistema jurídico em Luhmann**: uma proposta ao fechamento operacional e à abertura cognitiva da decisão judicial. Disponível em: <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2011v32n62p323>. Acesso em: 21 de mar. de 2022.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e administração pública – primeiras reflexões sobre a arbitragem envolvendo a administração pública. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4232072/mod_resource/content/1/Carmona%20-%20Arbitragem%20e%20Administração%20Pública.pdf. Acesso em: 27 de abr. de 2022.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei nº 9.307/1996. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

CAPPELLETTI, M; GARTH, B. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. (Porto Alegre: Fabris, 1988).

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

COELHO, Daniela Mello. **Elementos essenciais ao conceito de administração gerencial**, 2000. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/622/r147-20.pdf?sequence=10&isAllowed=y#:~:text=A%20administração%20gerencial%20caracteriza-%20se,que%20passa%20a%20enfatizar%20a>. Acesso em: 10 de maio de 2022.

Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números**. Conselho Nacional de Justiça. – Brasília: CNJ, 2021.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. II. 2. ed. Tradução de J. Guimarães Menegale e notas de Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Saraiva, 1965.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 24º ed. Malheiros: São Paulo, 2008.

DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo do Conhecimento. Vol. I. 21ª ed. Salvador: Juspodvm, 2018.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de processo civil**: Meios de Impugnação às decisões judiciais e processo nos Tribunais. 17ª ed. Salvador: Juspodvm, 2020.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14º ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 33ª ed. Rio de Janeiro: Editora Gen, 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019.

DOURADO, Pablo Zuniga. **O debate atual sobre o conceito de contrato administrativo e a administração dos riscos nos contratos de concessão (PPP)**. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, 2020. Disponível em: <https://revista.trf1.jus.br/trf1/article/view/173>. Acesso em: 11 maio de 2022.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. **A contratualização do direito administrativo e do direito econômico**. Nº 16, 1999. Disponível em: [http://www.idclb.com.br/revistas/16/revista16%20\(9\).pdf](http://www.idclb.com.br/revistas/16/revista16%20(9).pdf). Acesso em: 10 de maio de 2022.

FREITAS, Juarez. **Discricionariade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FIUZA, Cezar. **Teoria geral da arbitragem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

GRAU, Eros Roberto. **Arbitragem e contrato administrativo**. Revista da Escola Paulista da Magistratura, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **Da arbitrabilidade de litígios envolvendo sociedades de economia mista e da interpretação de cláusula compromissória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Vol. 3. Saraiva Jus. 17ª ed, 2020.

GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública**. Revista de Direito Administrativo, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2015). Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77653/74316>. Acesso em: 27 de abr. de 2022.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Vol. 1. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. **Curso Completo do Novo Processo Civil**. 5ª ed. Niterói: Impetus, 2019.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HOBBS, Thomas. **Os elementos da lei natural e política**. 1ª ed. São Paulo: Cone, 2017.

JUNIOR, Renério de Castro. **Manual de direito administrativo**. 2ª ed. Salvador: Juspodvm, 2022.

LEITE, Gisele. **Considerações sobre contratos administrativos**. Âmbito jurídico, 2011. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/consideracoes-sobre-contratos-administrativos/>. Acesso em: 11 de maio de 2022.

LIMA, Adriano Aparecido Arrias de. **Comitê de Resolução de Disputas (*dispute resolution boards*) e sua aplicabilidade na Administração Pública: abordagem de resolução de conflitos com alicerce na eficiência e consensualidade**. Disponível em: <https://www.pge.ms.gov.br/wp-content/uploads/2022/01/Revista-PGE-Monografia-Adriano.pdf>. Acesso em: 05 de maio de 2022.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. 1ª ed. Editora Martins Fontes: São Paulo, 1998.

MAFFINI, Rafael. **Administração pública dialógica (proteção procedimental da confiança)**. Em torno da Súmula Vinculante nº 3, do Supremo Tribunal Federal. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8051>. Acesso em: 17 de abr. de 2022.

MAIA, Priscila Peixinho. **Afinal: quem inventou o precatório?** Jus, 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/48388/afinal-quem-inventou-o-precatorio>. Acesso em: 5 de maio de 2022.

MARRARA, Thiago. **As cláusulas exorbitantes diante da contratualização administrativa**. Gen jurídico, 2017. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/07/18/as-clausulas-exorbitantes-diante-da-contratualizacao-administrativa/>. Acesso em: 12 de maio de 2022.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil**. V. I. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MATOS, Mayara Kupinski. **A aplicabilidade da teoria da imprevisão aos contratos de concessão de serviços públicos: a cláusula *rebus sic stantibus* como instrumento da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro**. 2014. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/126881/TCC%20FINAL.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 11 de maio de 2022.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MIGALHAS. **Advogado compara custos da arbitragem com o Judiciário**. 2014. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/194127/advogado-compara-custos-da-arbitragem-com-o-judiciario>. Acesso em: 15 de maio de 2022.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

NETO, Diogo de Figueiredo Neto. **Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século – o caso brasileiro**. Disponível em: <https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=ODc3OQ%2C%2C>. Acesso em: 17 de abril de 2022.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos**. Direito administrativo e seus novos paradigmas. 1ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

NETO, Eurico Bitencourt. **Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI**. Revista de Investigações Constitucionais, 2017. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/49773>. Acesso em: 7 de maio de 2022.

NOGUEIRA, Luiz Fernando Valladão. **Remessa necessária: aspectos relevantes e alterações do CPC/15**. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/5/2019_05_1169_1185.pdf. Acesso em: 22 de abr. de 2022.

OLIVEIRA, Beatriz Lancia Noronha de. **A arbitragem nos contratos de parceria público-privada**. Dissertação de mestrado. Universidade de São Paulo, 2012.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Editora Gen, 2019.

PALADINO, Carolina de Freitas. **Entre o público e o privado**. Revista Faculdade de Direito do Sul de Minas, 2008. Disponível em: <https://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/ae09689d3d01d2698cfbe7ff28c3e4c7.pdf>. Acesso em: 10 de maio de 2022.

PECI, Alketa; SOBRAL, Filipe. **Parcerias público-privadas: análise comparativa das experiências britânica e brasileira**. Cadernos da EBAPE, 2007. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cebape/a/B6m44qrNPcHQ8Q56cWLK69n/?lang=pt>. Acesso em: 14 de maio de 2022.

PEIXOTO, Ravi. **O art. 26 da LINDB como cláusula geral para a realização da autocomposição pela Administração Pública: uma análise dos limites e possibilidades**. 2021. Disponível em: <https://civilprocedurereview.faculdadebaianadedireito.com.br/revista/article/view/241>. Acesso em: 27 de abr. de 2022.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. 3, Rio de Janeiro, 2003.

PEREIRA, Maria Marconiete Fernandes. **O regime de contratações administrativas na análise econômica do direito**. XXVII Encontro Nacional do CONDEI, 2018. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/0ds65m46/7vya9ml7/6ya32MA1755J49Rd.pdf>. Acesso em: 10 de maio de 2022.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **As possibilidades de arbitragem em contratos administrativos**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-24/interesse-publico-possibilidades-arbitragem-contratos-administrativos2>. Acesso em: 18 de abril de 2022.

REINERT, Edison Eduardo Borgo. **Contratos administrativos e a aplicabilidade da Lei de Arbitragem**. Revista Brasileira de Direito Público, 2010.

RIBEIRO, Ana Paula Brandão; RODRIGUES, Isabella Carolina Miranda. **Os dispute boards no direito brasileiro**. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Dir-Mackenzie_v.09_n.02.08.pdf. Acesso em: 05 de maio de 2022.

RIVABEM, Fernanda Schaefer. **Direito privado e interesses públicos: uma análise à luz de Giorgio Oppo**. Revista Eletrônica do CEJUR, Curitiba/PR, 2008. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/cejur/article/view/16757>. Acesso em: 10 de maio de 2022.

RUELLE, Annette; BERLINGIN, Maxime. **Le référé législatif en 1832. La difficile séparation des pouvoirs**. Le droit romain d'hier à aujourd'hui. Collationes et oblationes. Bruxelles, 2009. Disponível em: <http://books.openedition.org/pusl/953>. Acesso em: 16 de mar. de 2022.

SALES, L. M. de M.; DE SOUSA, M. A. **O Sistema de Múltiplas Portas e o judiciário brasileiro**. Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça, [S. l.], v. 5, n. 16, p. 204–220, 2011. DOI: 10.30899/dfj.v5i16.360. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/360>. Acesso em: 8 abr. 2022.

SAPUCAIA, Gabriel Marcio Passos Carvalho Bahia. **A Arbitragem nos Contratos de Concessão de Serviços Públicos**. Câmara Brasileira de Mediação, Arbitragem e Conciliação, 2016. Disponível em: <http://www.camaracbmac.com.br/arbitragem-nos-contratos-de-concessao-de-servicos-publicos/>. Acesso em: 16 de maio de 2022.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Disponível em: https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/criminal/artigos/neoconstitucionalismo_-_daniel_sarmento.pdf. Acesso em: 23 de mar. 2022.

SCHMIDT, Gustavo da Rocha. **Arbitragem institucional ou ad hoc: a melhor opção para a Administração**. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-09/schmidt-arbitragem-institucional-arbitragem-ad-hoc>. Acesso em: 27 de abr. de 2022.

SILVA, Ovídio. A. Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SOUZA, Giselle. **Judiciário está sobrecarregado, mas não está sendo usado por quem mais precisa**. CONJUR, 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-out-26/entrevista-andrea-pacha-ouvidora-tribunal-justica-rj>. Acesso em: 16 de maio de 2022.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação de conflitos: da teoria à prática**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Lei de Introdução e Parte Geral**. Editora Gen, 15ª ed., 2019.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 6ª ed. São Paulo: Editora Gen, 2020.

THEODORO JR, Humberto. **Jurisdição e competência**. Revista da Faculdade de Direito da UFMG [recurso eletrônico], Belo Horizonte, 2000. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/1167/1100>. Acesso em: 21 mar. 2022.

VALLE, Vivian Cristina Lima Lopez. **Um novo regime jurídico para os contratos administrativos: aplicação subsidiária da condição de autoridade, inexistência de um regime geral de prerrogativas e enquadramento do contrato administrativo como instrumento de desenvolvimento**. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, 2018. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/997>. Acesso em: 12 de maio de 2022.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: contratos**. 20ª ed. São Paulo: Editora Gen, 2019.

WALD, Arnaldo. **Dispute Resolution Boards: evolução recente**. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Disponível em: https://www.academia.edu/37051559/Revista_de_Arbitragem_DISPUTE_BOARDS_MAXIMIZAÇÃO_DA_EFICIÊNCIA_NO_PROCEDIMENTO_PRÉ_ARBITRAL_EM_CONTRATOS_DE_CONSTRUÇÃO. Acesso em: 5 de maio de 2022.

ZOPPINI, Andrea. **Diritto Privato vs Diritto Amministrativo**. Disponível em: https://www.andreazoppini.it/static/upload/_d/_diritto-privato-vs-diritto-amministrativo.pdf. Acesso em: 10 de maio de 2022.