



**UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR
FACULDADE DE DIREITO**

MURILO LEANDRO SANTOS DE SANTANA

**A RELATIVIZAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO NA HIPÓTESE LEGAL DE
ARBITRAGEM NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

Salvador

2021

MURILO LEANDRO SANTOS DE SANTANA

**A RELATIVIZAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO NA HIPÓTESE LEGAL DE
ARBITRAGEM NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

Monografia apresentada como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito pela
Universidade Católica do Salvador.

Orientador: Prof. Dr. João Glicério de Oliveira Filho

Salvador

2021

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar o Instituto da Arbitragem nos contratos administrativos sob a ótica do princípio da indisponibilidade do interesse público. Em vista disso, busca-se aferir, em termos gerais, a existência ou não de incompatibilidade entre a Administração Pública e o Instituto da Arbitragem e, não havendo, os limites da arbitrabilidade objetiva nos contratos administrativos. Além disso, traz-se o diagnóstico do processo histórico da arbitragem no Brasil e a origem das tradicionais controvérsias acerca da temática. Por fim, frisa-se, também, em que pese ainda hajam dúvidas em torno da matéria, como a literatura especializada e os Tribunais Nacionais deslindaram a questão que envolve arbitragem e Administração Pública, bem como ofertaram soluções que, por conseguinte, tornaram-se objeto de dispositivo legal.

Palavras-chave: Arbitragem. Interesse Público. Contratos Administrativos. Arbitrabilidade.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the Institute of Arbitration in administrative contracts from the perspective of the principle of unavailability of public interest. In view of this, the aim is to assess whether, in general terms, there is or is not incompatibility between the Public Administration and the Institute of Arbitration and, if there are not, the limits of objective arbitrability in administrative contracts. In addition, it presents the diagnosis of the historical process of arbitration in Brazil and the origin of the traditional controversies on the subject. Finally, it is also highlighted, although there are still doubts that hover around the matter, as the specialized literature and the National Courts have unraveled the issue involving arbitration and Public Administration, as well as offering solutions that, therefore, have become himself object of legal device.

Keywords: Arbitration. Public interest. Administrative Contracts. Arbitrability.

LISTA DE ABREVIATURAS

CC	Código Civil
CPC	Código de Processo Civil
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
LBA	Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei Brasileira de Arbitragem)
LLCA	Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021 (Lei Licitações e Contratos Administrativos)
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TCU	Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	7
2. ASPECTOS GERAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	9
2.2 O INTERESSE PÚBLICO.....	10
2.3 O INTERESSE PÚBLICO PRIMÁRIO E O INTERESSE PÚBLICO SECUNDÁRIO	11
2.4 O PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO	14
2.5 CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO	15
2.5.1 Natureza jurídica do contrato administrativo	15
2.5.2 Distinção entre contrato administrativo e contrato de direito privado.....	17
3. ASPECTOS GERAIS DA ARBITRAGEM	19
3.2 NATUREZA JURÍDICA DA ARBITRAGEM	19
3.3 CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM.....	20
3.3.1 Cláusula compromissória cheia	21
3.3.2 Cláusula compromissória vazia	22
3.3.3 Cláusula arbitral patológica	23
2.5 CRESCIMENTO DA ARBITRAGEM NO BRASIL	24
4. ARBITRAGEM E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	26
4.1 HISTÓRICO JURISPRUDENCIAL	27
4.1.1 Jurisprudência do TCU	28
4.1.2 Jurisprudência do STJ.....	29
4.2 LIMITES DA ARBITRABILIDADE.....	30
4.2.1 A legalidade da arbitrabilidade subjetiva da administração.....	31
4.2.2 Arbitrabilidade objetiva.....	34
4.2.2.1 Direitos patrimoniais disponíveis	35
4.2.2.2 Direitos patrimoniais disponíveis no âmbito dos contratos administrativos. ...	36
5. CONCLUSÃO.....	39
REFERÊNCIAS.....	41

1. INTRODUÇÃO

Presente na legislação brasileira desde antes da outorga da primeira Constituição do Brasil, a Imperial de 1824, o instituto da arbitragem no país paulatinamente foi deixando a vanidade e ganhando cada vez mais amplitude em sua regulamentação sendo, aliás, adornado de uma normatização mais específica tanto com a promulgação do Primeiro Código Civil (1916) quanto na do inédito Código de Processo Civil Federal (1939). Todavia, ainda não foi com a promulgação do diploma civil em 1916, tampouco com o estatuto processual, 1939, que a arbitragem adquiriu real relevância no país.

É pertinente frisar que o instituto da arbitragem, tradicionalmente, foi objeto de ávidas discussões e polêmicas no campo teórico, sendo, por muito tempo, inclusive, colocada à prova a própria constitucionalidade da Lei nº 8.307/1996, aquela que tornou exequível a arbitragem no Brasil. As polêmicas e discussões qualificaram-se quando a temática era da arbitragem nos contratos administrativos. A essa luz, nasce a problemática de como e em que medida a arbitragem nos contratos administrativos mitiga a indisponibilidade do interesse público, se é que de fato existe essa antítese.

Nesse contexto, apesar das polêmicas que são intrínsecas à temática, destaca-se que a arbitragem voltada à resolução de litígios no âmbito dos contratos administrativos proporciona não só vantagens quanto à celeridade, a possibilidade de escolha de um julgador que tenha a confiança das partes, mas também a eleição de alguém que destile conhecimento específico e, por conseguinte, possa suprir adequadamente as necessidades particulares de cada setor.

Tendo tudo isso em vista, surge a seguinte indagação: a submissão da administração pública ao instituto da arbitragem constitui violação à indisponibilidade do interesse público, ou, ao revés, avanço objetivando buscar uma solução mais equânime, célere e amigável para os litígios que envolvam a Administração Pública?

Para atingir o reportado objetivo será necessário passar pelos seguintes Objetivos Específicos: conceituar a Administração Pública; discorrer sobre o princípio da indisponibilidade do interesse público; distinguir interesse público primário do interesse público secundário; definir arbitragem; demonstrar como a arbitragem relativiza o princípio o interesse público e indicar os limites da

arbitrabilidade nos contratos administrativos.

Tem-se como objetivo geral discutir, sob a ótica jurídica, a interpretação, o alcance e a aplicação das normas jurídicas administrativas em contraste com o instituto da arbitragem nos contratos que envolvam a administração pública. Isso porque, o estudo e eventual implementação de tais medidas, inevitavelmente trará benefícios voluptuosos ou tornará ainda mais inconsistente a resolução dos litígios que envolve a Administração Pública.

A principal motivação para sustentar o presente trabalho, reside na importância que o tema possui para as relações contratuais vigentes na atualidade. Com o surgimento do fenômeno da globalização e a integração economia entre os países, meios adequados de resoluções de conflitos na seara jurídica tiveram que ser criados a fim de estabelecer segurança jurídica e confiança entre os contraentes.

Sob essa guisa, para tornarem-se aptos a receber investimentos estrangeiros em seus territórios, Estados precisaram moldar seus ordenamentos jurídicos, a fim de flexibilizá-los a permitir a existência e exequibilidade de jurisdições paraestatais, com intuito de, assim, instituir a “imparcialidade” nas decisões que surgissem de eventuais conflitos entre algum agente estrangeiro e outro nacional.

Com efeito, a ideia estendeu-se também para senda doméstica, pretendendo definir uma jurisdição privada para as vicissitudes que nascessem entre empresas nacionais e entidades públicas, tornando cada vez mais comum os contratos que estipulem Tribunais Arbitrais como competentes para resolver esses litígios e, conseqüentemente, comum também a objeção a isto.

Destarte, quanto aos tipos de pesquisas, foram realizadas revisões bibliográficas e a documentais, por meio da consulta de livros, artigos científicos, monografias, teses e dissertações referentes à relativização do interesse público e arbitragem nos contratos administrativos, bem como aos limites da arbitrabilidade nessa modalidade de contrato.

2. ASPECTOS GERAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A expressão “Administração Pública” pode ter diversas conotações¹. Assim, pode-se analisá-la tanto levando em conta seu aspecto objetivo (a atividade) quanto subjetivo (pessoas jurídicas e órgãos). Dessa forma, nesse trabalho, o espectro da administração pública que será desenvolvido, vai partir da acepção subjetivo da expressão.

A administração Pública em sentido subjetivo parte dos sujeitos que exercem a atividade administrativa, e, dessa maneira, o conceito de administração pública abarca todos os entes que a lei confere o exercício dessa atividade².

Como regra, a função administrativa é desempenhada pelo Poder Executivo. Todavia, em que pese o Poder Executivo seja o administrador por excelência, também há no Poder Legislativo e Judiciário tarefas administrativas³. Assim, tem-se como princípio adotado pelo direito brasileiro o da especialização de funções, o qual preleciona que, além das funções predominantemente exercidas pelos Poderes do Estado, também desempenham funções administrativas.

Nessa toada, tendo em vista o aspecto subjetivo, pode-se considerar a Administração Pública como todos os órgãos que compõe as pessoas jurídicas que possuem o status de Ente Federativo, ou seja, todos os órgãos da Administração direta do Estado. Assim, sob o prisma do direito positivo, o Decreto-lei nº 200, de 25-2-67, conceitua a Administração Pública Federal da seguinte forma:

Art. 4º A Administração Federal compreende:

I - A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios.

II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:

- a) Autarquias;
- b) Empresas Públicas;
- c) Sociedades de Economia Mista.
- d) fundações públicas.

Dessa maneira, a expressão “Administração Pública” é utilizada tanto para designar os entes federativos (a administração direta) quanto suas autarquias, empresas públicas, sociedade de economia mista e fundações públicas. Outrossim,

¹ Mazza, Alexandre. MANUAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO. Editora Saraiva, 2021, p. 31.

² PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Direito Administrativo. 33. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 80.

³ CARVALHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Grupo GEN, 2020.

consigna-se também que, apesar do Decreto-lei nº 200, de 25-2-67 tratar da Administração Pública Federal, esse conceito também pode ser aplicado às esferas estaduais e municipais.⁴

2.2 O INTERESSE PÚBLICO

O conceito de *interesse público* é indeterminado e, justamente por isso, é difícil enquadrá-lo em uma definição exata. Por isso, em razão da sua importância e envergadura para o Direito Administrativo, que é unanimemente reconhecida pela literatura especializada, tanto pátria quanto alienígena que, em virtude do seu conceito vago, buscam estabelecer parâmetros para, em contornos gerais, preenchê-lo. A respeito da sua importância, inclusive, Hector Jorge Escola afirma que o direito administrativo é o direito do interesse público⁵.

Nessa senda, por se tratar de um conceito indeterminado, ou seja, um conceito cujo conteúdo é ambíguo ou impreciso, é que se torna tão árdua uma eventual delimitação do vocábulo. Em vista disso, Ana Gonzalez Borges abona “pois, força é de convir, ao exame dos alentados tratados doutrinários que se debruçam sobre o fascinante e controvertido tema: entre os conceitos jurídicos invocáveis no direito público, é o interesse público o de mais difícil determinação”⁶.

Por outro lado, todavia, a doutrina brasileira vem estabelecendo indicativos do que é o interesse público. Consigna-se, a título preliminar, que, conquanto pareça que há um antagonismo natural entre o interesse público e o interesse privado, isso não necessariamente é verdade.

Em que pese, a priori, subsista a ideia de que o interesse público indubitavelmente se contrapõe ao interesse individual, na realidade, a regra geral é diametralmente oposta. Isto porque, há entre o interesse público e o interesse individual uma íntima relação, talvez umbilical, inclusive. Ambos são, em contornos globais, lados da mesma moeda.

E, se por um lado o interesse público não o é contrário ao interesse privado de cada membro da sociedade, por outro, todavia, também não é a soma dos

⁴ PIETRO, op. cit, p.80.

⁵ ESCOLA, 1989 apud BORGES, Ana Gonzalez. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 1996.

⁶ BORGES, Ana Gonzalez. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 1996.

interesses privados. Nesse âmbito, parece que o interesse público se adorna de rabiscos autônomos, completamente desvinculado dos anseios individuais como se fosse *dotado de consciência autônoma*, porém, essa ideia também está equivocada. O interesse público, em breve síntese, é a projeção coletiva dos interesses privados.

7

Com efeito, o interesse público é o interesse da coletividade, ou seja, da sociedade como um todo, não se confundindo nem com a soma dos interesses individuais nem com a oposição aos mesmos. Nessa senda, consta nas esclarecedoras lições de Celso Antônio Bandeira De Mello, *ipsis litteris*:

É que, na verdade, o interesse público, o interesse do todo, do conjunto social, nada mais é que a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto par-tícipe da Sociedade (entificada juridicamente no Estado), nisto se abrigando também o depósito intertemporal destes mesmos interesses, vale dizer, já agora, encarados eles em sua continuidade histórica, tendo em vista a sucessividade das gerações de seus nacionais.⁸

Deveras, é o interesse público uma projeção social dos anseios individuais, não sendo, portanto, nem necessariamente contrário aos interesses privados de cada indivíduo da sociedade e nem, muito menos, a soma desses interesses. Por fim, destaca-se que o interesse público que é o interesse do conjunto social restringe-se, tendo em vista a clássica distinção entre interesse público primário e secundário, ao interesse público primário que, como discorrido alhures, trata-se do interesse da própria coletividade.

2.3 O INTERESSE PÚBLICO PRIMÁRIO E O INTERESSE PÚBLICO SECUNDÁRIO

Como o interesse público não é necessariamente antagônico ao interesse particular, também não o é exclusivamente interesse do Estado. É bem verdade que a organização estatal tem como razão de ser o interesse público e a consubstanciação do bem comum. No entanto, não é raro acontecer de o interesse da Administração Pública ser contrário ao interesse da coletividade, a exemplo, do interesse do Estado em realizar um ato, e, para tanto, tenha que violar a legalidade. Evidentemente, o desrespeito à legalidade, ainda que em benefício da

⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira de; curso de direito administrativo; São Paulo: Malheiros 2013, p. 59-61.

⁸ MELLO, op. cit. p. 61.

Administração Pública, é destoante do interesse coletivo.

Outrossim, o Estado, como sabido, é pessoa jurídica e que, além de consubstanciar a vontade geral, também deve se submeter a elas, ou seja, mais do que criar as leis, o Poder Público também deve cumprí-las. Isso, com efeito, é uma característica nuclear do Estado Democrático de Direito e, apesar de ser responsável pelos interesses públicos, pode acontecer, em não raras vezes, que os interesses do Estado lhes sejam particulares, quer dizer, não sejam correspondentes ao interesse coletivo.

É por isso que se torna tão importante a distinção entre o interesse público primário (o coletivo) e o interesse público secundário (o interesse do Estado). A esse respeito, inclusive, já se posicionaram reiteradamente os Tribunais Pátrios no sentido de privilegiar essa diferenciação. Conforme o esclarecedor julgado do Superior Tribunal de Justiça, *ipsis litteris*:

3. É imprescindível ponderar, também, a distinção entre interesse público primário e secundário. Este é meramente o interesse patrimonial da administração pública, que deve ser tutelado, mas não sobrepujando o interesse público primário, que é a razão de ser do Estado e sintetiza-se na promoção do bem-estar social. Nos dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello: "O Estado, concebido que é para a realização de interesses públicos (situação, pois, inteiramente diversa da dos particulares), só poderá defender seus próprios interesses privados quando, sobre não se chocarem com os interesses públicos propriamente ditos, coincidam com a realização deles." (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 19ª edição. Editora Malheiros. São Paulo, 2005, pág. 66.)⁹

Em outra oportunidade o Superior Tribunal de Justiça reafirma seu posicionamento trazendo à baila novamente a discriminação entre o interesse público primário e o secundário, dessa vez ainda com mais detalhes, *in verbis*:

3. Consectariamente, a rubrica receita da União caracteriza-se como interesse secundário da Administração, o qual não gravita na órbita dos interesses públicos (interesse primário da Administração), e, por isso, não guarnecido pela via da ação civil pública, consoante assente em sede doutrinária: Um segundo limite é o que se estabelece a partir da distinção entre interesse social (ou interesse público) e interesse da Administração Pública. Embora a atividade administrativa tenha como objetivo próprio o de concretizar o interesse público, é certo que não se pode confundir tal interesse com o de eventuais interesses próprios das entidades públicas. Daí a classificação doutrinária que distingue os interesses primários da Administração (que são os interesses públicos, sociais, da coletividade) e os seus interesses secundários (que se limitam à esfera interna do ente

⁹ REsp 1356260/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/02/2013, DJe 19/02/2013.

estatal).

"Assim", escreveu Celso Antônio Bandeira de Mello, "independentemente do fato de ser, por definição, encarregado dos interesses públicos, o Estado pode ter, tanto quanto as demais pessoas, interesses que lhes são particulares, individuais, e que, tal como os interesses delas, concebidas em suas meras individualidades, se encarnam no Estado enquanto pessoas. Estes últimos não são interesses públicos, mas interesses individuais do Estado, similares, pois (sob o prisma extrajurídico), aos interesses de qualquer sujeito". Nessa linha distintiva, fica claro que a Administração, nas suas funções institucionais, atua em representação de interesses sociais e, eventualmente, de interesses exclusivamente seus. Portanto, embora com vasto campo de identificação, não se pode estabelecer sinonímia entre interesse social e interesse da Administração. [...]

Genericamente, como Calmon de Passos, pode-se definir interesse público ou interesse social o "interesse cuja tutela, no âmbito de um determinado ordenamento jurídico, é julgada como oportuna para o progresso material e moral da sociedade a cujo ordenamento jurídico corresponde".

A Constituição identifica claramente vários exemplares dessa categoria de interesses, como, por exemplo, a preservação do patrimônio público e da moralidade administrativa, cuja defesa pode ser exercida inclusive pelos próprios cidadãos, mediante ação popular (CF, art. 5.º, LXXIII), o exercício probo da administração pública, que sujeita seus infratores a sanções de variada natureza, penal, civil, e política (CF, art. 37, § 4.º), e a manutenção da ordem econômica, que "tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social" (CF, art. 170). São interesses, não apenas das pessoas de direito público, mas de todo o corpo social, de toda a comunidade, da própria sociedade como ente coletivo. (ZAVASKI, Teori Albino, Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2006. p. 52-54.)¹⁰

Nesse viés, realça-se os interesses secundários como interesses de cunho predominantemente patrimonial, os quais se distinguem, por definição, do interesse público primário que é o interesse da própria coletividade. Assim, pouco importa se a razão de ser do Estado é a realização do interesse público e a promoção do bem comum, o Estado, através das suas entidades, pode nutrir interesses que lhe é particular. Dessa maneira, se os interesses limitam-se ao prisma estatal, ele pode ser exclusivamente de algum ente público, nada tendo a ver com o interesse social da coletividade.

Assim, dúvidas não restam acerca da validação doutrinária e jurisprudencial desta singela, mas importantíssima, diferenciação. E, uma vez mais frisa-se, que a atuação das entidades estatais em defesa do Erário pode ou não corresponder aos interesses da coletividade, a ponto de, como deveras destacado, o interesse da Administração Pública antagonizar com o interesse público.

¹⁰ REsp 786.328/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/10/2007, DJ 08/11/2007, p. 168.

2.4 O PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO

Ao tratar do princípio da indisponibilidade do interesse público, Celso Antônio Bandeira de Mello elucida as peculiaridades advindas desse princípio. ¹¹Em termos genéricos, o referido princípio dá, ao lado do princípio da supremacia do interesse público, nitidez ao próprio Direito Administrativo que, de maneira subjacente, se debruça basicamente sobre esses dois princípios. Cumpre destacar que, nesse viés, o ordenamento administrativo é sustentado por esses dois princípios, sendo os dispositivos legais que tratam acerca da temática administrativa variações e especificações desses princípios.

O princípio da indisponibilidade do interesse público consiste na impossibilidade do agente público, enquanto gestor da coisa pública e com o múnus de buscar o bem comum, dispor do interesse público, seja na realização de algum ato ou na celebração de um contrato administrativo. Na dicção do Administrativista Hely Lopes Meirelles o princípio da indisponibilidade do interesse público é o princípio “segundo o qual a Administração Pública não pode dispor desse interesse geral, da coletividade”¹².

Nessa esteira, este princípio goza de tal envergadura no Direito Brasileiro que o administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello o apelida de “supraprincípio”, colocando-o em um patamar hierárquico superior em relação aos denominados “princípios expressos”, estabelecidos no artigo 37 da Carta Magna Brasileira¹³. Dessa maneira, na dicção de Bandeira de Mello, o princípio da indisponibilidade do interesse público significa que, *ipsi litteris*:

interesses qualificados como próprios da coletividade - internos ao setor público -, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa, não tem disponibilidade sobre ele, no sentido de que lhe incube apenas curá-los - o que é também um dever - na estrita conformidade do que dispuser a *intentio legis*.

A ideia central consiste no cerne de como o princípio da indisponibilidade do interesse público atuasse como pressuposto para que os demais princípios fizessem sentido e pudessem produzir efeitos, ganhando o escopo, como mesmo designa

¹¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de; curso de direito administrativo; São Paulo: Malheiros 2013, p. 59-61.

¹² MEIRELLES, Hely Lopes. Curso de Direito Administrativo, p.113.

¹³ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

Celso Antônio Bandeira de Melo, de “pedra de toque”.

Para além disso, não é só na visão de Bandeira de Melo que o Princípio da Indisponibilidade do interesse público tem tal relevância, no diapasão de José dos Santos Carvalho Filho, com a expressão “princípio reconhecido”, ele atribui a mesma magnitude, ao asseverar “os bens e interesses públicos não pertencem à Administração nem a seus agentes. Cabe-lhes apenas geri-los, conservá-los e por eles velar em prol da coletividade, esta sim a verdadeira titular dos direitos e interesses públicos”.

Em síntese, vê-se tal importância que é atribuída a esse princípio no Direito Administrativo, a ponto da doutrina denominá-lo como pedra angular do Ordenamento Administrativo.

2.5 CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO

Contrato é espécie de negócios jurídicos no qual as partes contraentes convencionam direitos e obrigações recíprocas¹⁴. No que se refere aos contratos da Administração, em linhas gerais, são acordos firmados pela Administração Pública com o fito de auferir o bem comum. Na dicção de Maria Sylvia Zanella di Pietro:

A expressão contratos da Administração é utilizada, em sentido amplo, para abranger todos os contratos celebrados pela Administração Pública, seja sob regime de direito público, seja sob regime de direito privado. E a expressão contrato administrativo é reservada para designar tão somente os ajustes que a Administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo regime jurídico de direito público.¹⁵

Nesse viés, os contratos da administração são ajustes de vontade entre a Administração Pública e o particular, seja por regime de direito público ou por regime de direito privado, para realização de fins públicos.

2.5.1 Natureza jurídica do contrato administrativo

Não há no âmbito doutrinário unanimidade quanto a natureza jurídica dos

¹⁴ NOHARA, Irene Patrícia. Direito Administrativo. Grupo GEN, 2020, p. 446.

¹⁵ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Direito Administrativo. 33. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 290.

contrato administrativos. Sob esse prisma, destaca-se que existem três posicionamentos que pretendem explicar a natureza dos contratos em que é parte a Administração Pública:

- a) A que nega a existência da categoria de contratos administrativos;
- b) A que sustenta que todo contrato em que é parte a administração pública tem natureza de contrato administrativo e, portanto, se submete ao regime de direito público;
- c) A que admite contratos administrativo com regime integralmente público e contratos administrativos contratos de direito privado.¹⁶

A primeira corrente preleciona que o contrato administrativo não considera a autonomia da vontade, não é regido pelo princípio da igualdade entre as partes e nem a força obrigatória das convenções, elementos que fazem parte dos contratos em geral.

A ideia central, conforme essa corrente, é estruturada da seguinte forma: 1) a Administração Pública ostenta posição de supremacia em relação ao particular, por isso não há que se falar em igualdade nos contratos; 2) que a Administração Pública não se submete à autonomia da vontade, uma vez que o administrador público em virtude do princípio da legalidade faz o que a lei manda e, por isso, não há margem para autonomia da vontade; 3) Por fim, sustenta-se que, em razão da Administração Pública poder alterar o contrato por meio de ato unilateralmente, também não subsiste a força obrigatória das convenções.¹⁷

A segunda corrente, diferentemente do segmento que nega a existência do contrato administrativo, sustenta que todos os contratos celebrados pela Administração Pública são contratos administrativo. Nesse âmbito, o que inexistente é o contrato de direito privado, tendo em vista que todos os ajustes celebrados pela Administração Pública, são regrados pelo direito administrativo. Dessa forma, todos os pormenores do contrato sempre seriam observados conforme os ditames do direito público, não havendo margem para o direito privado.¹⁸

A terceira corrente, majoritária no direito administrativo brasileiro, preleciona que a Administração Pública pode celebrar contratos em diferentes regimes: o

¹⁶ NOHARA, Irene Patrícia. Direito Administrativo. Grupo GEN, 2020, p. 447.

¹⁷ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Direito Administrativo. 33. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 290.

¹⁸ PIETRO, op. cit, p.291.

predominantemente público e o predominantemente privado.

Sob esse prisma, os contratos da administração são enxergados como gênero que possui como espécies os contratos privados da administração e os contratos administrativos. Assim, conforme Irene Patricia Nohara:

1.contratos privados da Administração, como, por exemplo, o seguro, o financiamento, a locação em que o Poder Público seja locatário, que são regidos predominantemente, por normas de direito privado, conforme explícita redação do art. 62, § 3º, I, da Lei nº 8.666/93, contudo, parcialmente derogados, “no que couber”,⁸ por normas publicísticas,⁹ pois quando o Estado figura na relação são impostas exigências formais e materiais peculiares; 2.contratos administrativos, que obedecem integralmente ao regime jurídico de direito público, com incidência das normas exorbitantes ou derogatórias do direito comum em prol do interesse público, sendo as disposições de direito privado interpretadas apenas supletivamente às de direito público.¹⁹

Dessa forma, como alhures sobjedado, a terceira corrente sustenta que os contratos da administração é gênero e, assim, a Administração Pública pode contratar tanto sob normas regidas, predominantemente, de direito privado (contratos privados da Administração) ou sob normas que obedecem inegralmente ao regime de direito público (contratos administrativos).

2.5.2 Distinção entre contrato administrativo e contrato de direito privado

Como salientado anteriormente, os contratos da administração pública possuem duas espécie: os contratos privados e os contratos administrativos. Nesse sentido, em que pese haja pontuais ressalvas, de maneira geral, nos contratos administrativos há uma relação de verticalidade entre as partes, ao passo que no contrato privado da administração se encontra a horizontalidade.

Diferença quanto ao objeto: consigna-se, também, quando se trata de contrato administrativo, tem-se como escopo a prestação de de serviço público que inclui toda atividade que assumida pelo Estado, bem como a utilização privativa de bens públicos de uso comum ou especial, sendo assim, disciplinados pelo regime de direito público. Leciona Maria Sylvia Zanella de Pietro:

Quando a Administração celebra contratos administrativos, as cláusulas exorbitantes existem implicitamente, ainda que não expressamente previstas; elas são indispensáveis para assegurar a posição de supremacia

¹⁹ NOHARA, Irene Patrícia. Direito Administrativo. Grupo GEN, 2020, p.450.

do Poder Público sobre o contratado e a prevalência do interesse público sobre o particular. Quando a Administração celebra contratos de direito privado, normalmente ela não necessita dessa supremacia e a sua posição pode nivelar-se à do particular; excepcionalmente, algumas cláusulas exorbitantes podem constar, mas elas não resultam implicitamente do contrato; elas têm que ser expressamente previstas, com base em lei que derogue o direito comum. Por exemplo, quando a lei permite o comodato de bem público, pode estabelecer para a Administração a faculdade de exigí-lo de volta por motivo de interesse público.²⁰

Noutra senda, quando o Poder Público celebra contrato de cunho acessório, tal contratação pode ser submetida às normas de direito privado, uma vez que, nesse aspecto, o interesse público é resguardado indiretamente.

²⁰ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*. 33. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 295.

3. ASPECTOS GERAIS DA ARBITRAGEM

O vocábulo “arbitragem” originou-se da palavra latina *arbiter*, que significa juiz, louvado ou jurado²¹. Assim, a arbitragem é entendida como um processo que se põe fim a um litígio entre duas ou mais pessoas.

De acordo com Fredie Didier Jr. arbitragem “é a técnica de solução de conflitos mediante a qual os conflitantes buscam em uma terceira pessoa, de sua confiança, a solução amigável e ‘imparcial’ (porque não feitas pelas partes diretamente) do litígio”²². Em sentido análogo, nas palavras de Carlos Alberto Carmona:

A arbitragem – meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial – é colocada à disposição de quem quer que seja, para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor.²³

Assim, a arbitragem é um instrumento de resolução de conflitos, pelo qual um árbitro ou um tribunal arbitral designado pelas partes na convenção de arbitragem (ou que ainda será indicado), põe fim à controvérsia. A arbitragem, em vista disso, é um meio de resolução de conflitos por heterocomposição e, consoante Marinoni, “heterocomposição é quando um terceiro resolve a ameaça ou crise de colaboração na realização do direito material entre as partes”. Isto é, as partes delegam a um terceiro o condão de dizer quem tem razão no litígio.

3.2 NATUREZA JURÍDICA DA ARBITRAGEM

Não há unanimidade doutrinária a respeito da natureza jurídica da arbitragem. Nesse âmbito, existem na literatura três principais correntes que propõem explicar a taxonomia do instituto.

A primeira corrente é a contratual ou privativa. Para essa corrente, a arbitragem é colorário da manifestação da vontade, na qual as partes,

²¹ SILVA, 2003 apud FERREIRA, Adriano Fernandes. Comentários à Lei de Arbitragem. 1. ed. Timburi: Cia do eBook, 2018.

²² DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 21, ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 208.

²³ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96, 3. ed, p.31.

deliberadamente, escolhem submeter seus interesses ao juízo arbitral.

A segunda é a jurisdicional ou publicista, que atribui à arbitragem natureza jurisdicional, uma vez que os árbitros ostentam a condição de juízes de fato e de direito do conflito de interesses, tendo em vista a faculdade atribuída às partes de optarem pela arbitragem, cuja sentença não está sujeita a homologação no Poder Judiciário.

Tem-se como terceira corrente denominada de intermediária ou mista, que admite tanto o contratualismo da arbitragem como a jurisdicionalidade²⁴. Sob a égide dessa corrente, vislumbra-se a contratualidade quando as partes se tornam signatárias de convenção de arbitragem, ao passo que também é publicista em virtude do caráter público do processo de solução, bem como da pacificação dos conflitos.²⁵

Por fim, em que pese ainda haja controvérsia acerca da jurisdicionalidade da arbitragem, a doutrina majoritária tem advogado em seu favor. Dessa forma, a função jurisdicional que é concedida, em regra, ao Estado, também pode ser atribuída a tribunais arbitrais, para resolver uma questão.

3.3 CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

Convenção de arbitragem é a maneira pela qual as partes optam pela arbitragem e, conseqüentemente, renunciam a jurisdição estatal. Dessa forma, a convenção de arbitragem, conforme os moldes da LAB, é gênero, da qual são espécies: a cláusula compromissória e compromisso arbitral.

A principal distinção entre cláusula compromissória e compromisso arbitral é que na cláusula compromissória pretende-se submeter ao juízo arbitral questões indeterminadas e futuras que possam surgir do contrato, ao passo que o compromisso arbitral se destina a submeter à arbitragem uma controvérsia concreta surgida entre as partes.²⁶

De acordo com Fredie Didier “cláusula compromissória é a convenção em que

²⁴ Dias, FIGUEIRA Jr., J. Arbitragem. 3. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019, p. 116.

²⁵ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A arbitragem nos contratos da administração pública. Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEFP, Belo Horizonte, ano 7, n. 21, p. 51-77, set./dez. 2018.

²⁶ CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem. 10. ed. São Paulo: RT, 2020. 6. CONVENÇÃO ARBITRAL Página RB-6.1

as partes decidem, prévia e abstratamente, que as divergências oriundas de certo negócio jurídico serão resolvidas pela arbitragem”. Na medida que o “compromisso arbitral é o acordo de vontades para submeter uma controvérsia concreta, já existente, ao juízo arbitral, prescindindo o poder judiciário”²⁷.

Nesse sentido, o que confere cores nítidas às suas diferenças é que a cláusula compromissória afasta a competência do Poder Judiciário para julgar eventual conflito que possa surgir do contrato e, portanto, prevê situação futura e abstrata. Na proporção em que o compromisso arbitral se trata de um acordo para submeter ao tribunal arbitral um conflito já existente.

3.3.1 Cláusula compromissória cheia

Como sustentado, a cláusula compromissória é a submissão dos litígios que eventualmente possam surgir de um contrato à arbitragem. E, nessa toada, a lei exige que a cláusula compromissória seja celebrada por escrito, no próprio contrato ou em documento distinto.

Considera-se cheia a cláusula arbitral que indique a arbitragem institucional ou *ad hoc*, e, sendo o caso da arbitragem institucional, pontue como se iniciará, conforme as regras da instituição elegida pelas partes para conduzir o procedimento. Por outra via, em se tratando de arbitragem *ad hoc*, se considere ao menos o critério para instauração do procedimento, a fim de viabilizar a arbitragem. Na dicção de Joel Figueira Jr.:

Na verdade, as cláusulas cheias constituem o padrão ideal de convenção arbitral, na exata medida em que permitem, com facilidade, a instauração do procedimento arbitral, sem que as partes tenham de recorrer ao Judiciário para a busca de tutela ancorada no art. 7º da lei de regência.²⁸

Na arbitragem institucional as partes indicam uma instituição para administrar o processo arbitral, e, além disso, têm a faculdade de convencionar diversas outras regras relativas a organização e desenvolvimento da arbitragem, como, a título de exemplo: a quantidade de árbitros (sempre em número ímpar), sede do procedimento, lei aplicável e idioma a ser utilizado no procedimento.

Na arbitragem *ad hoc* as partes devem fazer o detalhamento do procedimento

²⁷ DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 21. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 209.

²⁸ Dias, FIGUEIRA Jr., J. Arbitragem. 3. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019, p.169.

para indicação dos árbitros (para que cláusula seja cheia) e, assim, viabilize a instauração da arbitragem afastando, desse modo, o conflito oriundo de tal contrato da jurisdição estatal e o atribuam ao juízo arbitral. Destarte, em uma cláusula compromissória cheia a instauração do procedimento arbitral é direta, prescindindo, assim, a atuação do Poder Judiciário.²⁹

3.3.2 Cláusula compromissória vazia

Cláusula arbitral vazia é a cláusula que é omissa quanto à instauração do procedimento arbitral, ou seja, diferente da cheia ela não estabelece como a arbitragem se iniciará. Assim, por se tratar de cláusula lacunosa, também é conhecida como cláusula arbitral em branco.

Uma vez que a cláusula arbitral não possui os elementos essenciais para iniciar imediatamente a arbitragem, será necessária a celebração, pelas partes, de compromisso arbitral. Dessa forma, o compromisso será buscado, primeiramente, por meio extrajudicial e, caso a busca extrajudicial seja frustrada, por meio judicial.

³⁰. Assim, como preleciona Joel Figueira Jr, a cláusula arbitral vazia :

vazia será a cláusula que se limita a informar acerca da vontade das partes em renunciar à jurisdição estatal para a resolução de eventuais conflitos decorrentes daquele contrato entre elas firmado, deixando, assim, para quando do surgimento da lide, procederem à indicação de árbitro, tribunal ou instituição arbitral e definição de outros elementos atinentes ao compromisso arbitral.³¹

Dessa maneira, como destacado, a cláusula vazia se restringe a indicar que as partes tem interesse em se submeter à arbitragem, uma vez que, por meio dela, foi demonstrado vontade em renunciar à jurisdição estatal, entretanto, será necessária a celebração de compromisso arbitral em razão da cláusula vazia não possuir todos os elementos necessário para instauração da arbitragem.

²⁹ CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem. 10. ed. São Paulo: RT, 2020. 6. CONVENÇÃO ARBITRAL Página RB-6.4

³⁰ CAHALI, op.cit, p. 6. CONVENÇÃO ARBITRAL Página RB-6.5

³¹ Dias, FIGUEIRA Jr., J. Arbitragem. 3. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019, p.169.

3.3.3 Cláusula arbitral patológica

A cláusula patológica, não possui o modelo ideal para instauração do procedimento arbitral. Nesse sentido, a cláusula patológica é defeituosa, a ela faltam os elementos necessários para iniciar uma arbitragem.

Os defeitos da cláusula patológica podem se consubstanciar através da imprecisão na redação, contraditoriedade, ambiguidade da cláusula ou difícil interpretação. Dessa maneira, em razão de tais defeitos, uma cláusula patológica pode afetar sua própria eficácia, inviabilizando, assim, a realização do projeto inicialmente desejado pelos contraentes.³²

Assim, diante de convenção de arbitragem que possua cláusula compromissória doente, não sendo a dúvida sobre a vontade das partes de submeter o conflito à arbitragem, há de se privilegiar o princípio da salvação, que preleciona que, apesar da patologia da cláusula, buscar-se-á o rendimento máximo da escolha feita, a fim de conferir a cláusula uma interpretação conforme a vontade das partes.

3.4 EFEITOS DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

A existência de convenção de arbitragem significa que as partes renunciaram a jurisdição estatal. Nesse viés, em caso da arbitrabilidade subjetiva e objetiva estarem delineada dentro dos limites legais, a convenção vincula as partes e se impõe aos contraentes. Assim, a existência de convenção de arbitragem um gera efeito positivo em relação à arbitragem e negativo em face do Judiciário.

Os efeitos da convenção de arbitragem, assim, são os dois lados de uma mesma moeda, que por um lado atribui à arbitragem a competência para julgar as controvérsias que são objetos da convenção e, por outro, afasta a competência do judiciário para apreciá-las. Conforme os ensinamento de Carlos Alberto Carmona, *ipsis litteris* :

Em síntese apertada, a convenção de arbitragem tem um duplo caráter: como acordo de vontades, vincula as partes no que se refere a litígios atuais ou futuros, obrigando-as reciprocamente à submissão ao juízo arbitral; como pacto processual, seus objetivos são os de derogar a jurisdição estatal, submetendo as partes à jurisdição dos árbitros. Portanto, basta a convenção de arbitragem (cláusula ou compromisso) para afastar a

³² CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem. 10. ed. São Paulo: RT, 2020. 6. CONVENÇÃO ARBITRAL Página RB-6.6

competência do juiz togado, sendo irrelevante estar ou não instaurado o juízo arbitral (art. 19).³³

O efeito positivo da convenção arbitral, portanto, vincula as partes à arbitragem para a solução da controvérsia que foi objeto da convenção. Ao passo que o efeito negativo afasta o litígio do judiciário, impedindo ao juízo estatal que aprecie o mérito do conflito. Ou seja, O Poder Judiciário não pode perscrutar a matéria que é objeto da convenção de arbitragem.

Pertine consignar que, em que pese os efeitos positivo e negativo da convenção de arbitragem, nada impede que as partes, em comum acordo, revoguem a cláusula que atribui o condão de resolver o litígio à arbitragem e decidam resolver a controvérsia por meio da jurisdição estatal.³⁴

2.5 CRESCIMENTO DA ARBITRAGEM NO BRASIL

Para além disso, no que tange ao crescimento da arbitragem a doutrina atribui, sobretudo, a ideia de que a arbitragem seja o meio mais adequado para a resolução de determinados litígios, figurando como um meio alternativo à justiça estatal. Nas palavras de Francisco José Cahali, nesses termos:

Refere-se a alternativo tendo como parâmetro a jurisdição estatal, mas não como substituto de um sistema jurídico capaz de desvencilhar-se do ordenamento, pois na arbitragem aplica-se o direito material e processual, além dos princípios gerais e a Constituição Federal, ou seja, é uma alternativa à justiça estatal, mas seguindo regras jurídicas para o julgamento.³⁵

Contudo, tal posicionamento não é uníssono no meio acadêmico. Nessa senda, outros autores atribuem causas distintas ao fenômeno que ocasionou o progresso da Arbitragem no Brasil como, por exemplo, aos problemas historicamente estruturados e intrínsecos à Justiça.

Na dicção de Marinone, Arenhart e Mitidiero o crescimento da arbitragem no Brasil deu-se em virtude do destreino e morosidade do Poder Judiciário. Em razão

³³ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96, 3. ed. p. 77.

³⁴ CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem. 10. ed. São Paulo: RT, 2020. 6. CONVENÇÃO ARBITRAL Página RB-6.10

³⁵ CAHALI, op.cit, 4. ARBITRAGEM – A LEI 9.307/1996, CARACTERÍSTICAS E NATUREZA JURÍDICA Página RB-4.1

dessas vicissitudes, alguns litigantes preferem recorrer ao juízo arbitral para solucionar seus entraves, asseveram os autores, *in verbis*:

Outra forma heterocompositiva admitida no direito brasileiro é a arbitragem. Essa forma de resolução de conflitos apareceu frisando a demora e o despreparo do Estado para o julgamento de determinados conflitos, ocasionando a tendência de transferir algumas demandas endereçadas ao Poder Judiciário para os chamados tribunais arbitrais.³⁶

Dado exposto, seja em virtude da arbitragem se tratar de meio mais adequado a resolução de determinados litígios, ou em razão dos problemas historicamente estruturados e intrínseco à justiça, fato é que a arbitragem ostenta, hodiernamente, extrema relevância no cenário brasileiro e não parou de crescer desde a declaração de constitucionalidade da Lei nº 8.307/1996.

³⁶ Marinoni, L.; Arenhart, S. C.; Mitidiero, D. Novo curso de processo civil., vol. 1, p. 178.

4. ARBITRAGEM E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

As controvérsias concernentes à arbitragem no Brasil remontam ao Código de Processo Civil de 1939. Esse, estabelecia em seus artigos 1.031 a 1.046 regras relativas ao “juízo arbitral”, que, por sinal, guardava uma demasiada omissão no que diz respeito à arbitrabilidade. A polêmica surge porque a Lei 8.307/96 diz que toda pessoa capaz de contratar pode recorrer à arbitragem. Nesse prisma, evidentemente, a Administração Pública ostenta essa capacidade, o que nunca foi o objeto dos questionamentos.

O núcleo das indagações, todavia, gravitou em torno da impossibilidade da administração se submeter a tal instituto, não por a lei de arbitragem proibir, mas por um tapume que o próprio ordenamento administrativo estabelecia. Sem embargo, em que pese houvesse o questionamento de que a arbitragem no âmbito do direito público não possuía supedâneo legal, muitos administrativistas e arbitralistas sustentavam exatamente o contrário.

Sob o prisma dos entusiastas da possibilidade da submissão dos contratos administrativos à arbitragem, o simples fato da LBA dizer que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir direitos patrimoniais disponíveis”, já autorizava a Administração a submeter-se à arbitragem. Nesse sentido que preleciona Adilson Abreu Dallari:

1) ao optar pela arbitragem o contratante público não está transigindo com o interesse público nem abrindo mão de instrumentos de defesa de interesses públicos. Está, sim, escolhendo uma forma mais expedita, ou um meio mais hábil, para a defesa do interesse público. [...] O interesse público não se confunde com o mero interesse da Administração ou da Fazenda Pública; o interesse público está na correta aplicação da lei, e se confunde com a realização concreta da Justiça. Inúmeras vezes, para defender o interesse público, é preciso decidir contra a Administração Pública. 2) A lei instituidora ou disciplinadora da arbitragem nos contratos administrativos não está vedando o acesso ao Poder Judiciário, mas, sim, apenas, proporcionando uma alternativa, que pode ser utilizada com maior ou menor intensidade, para certas espécies de conflitos (por exemplo, questões técnicas ou econômicas. [...]). 3) A possibilidade de solução dos conflitos pelo critério da equidade é uma simples faculdade, que pode existir ou não nas arbitragens envolvendo exclusivamente particulares [...], mas que não pode ser aplicada aos contratos administrativos.³⁷

Tendo isso em vista, consigna-se que, ao escolher a arbitragem como meio de resolução de conflitos, não importa em prejuízo ao Poder Público nem, muito

³⁷ DALLARI, 1996 apud GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A arbitragem nos contratos da administração pública. Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEFP, Belo Horizonte, ano 7, n. 21, p. 51-77, set./dez. 2018.

menos, renúncia do interesse público. Além de que tal autorização não obstará a Administração Pública de, se assim o quiser, permanecer utilizando o Judiciário. Na verdade a ideia era oferecer uma alternativa ao Judiciário, que pode ser usada com maior ou menor frequência.

Nessa mesma linha, tratando da arbitragem nos contratos da Administração Pública como forma moderna de solução de conflitos, assevera Rafael Carvalho Rezende de Oliveira:

Entendemos que a arbitragem deve ser admitida nos contratos administrativos, uma vez que se trata de forma moderna de solução de lides que atende às exigências de eficiência administrativa (princípio da eficiência), notadamente pela velocidade e tecnicidade da decisão.³⁸

Assim, caberia ao Poder Público avaliar qual seria o meio de resolução de conflito mais adequado e qual meio conseguiria consubstanciar de maneira mais consistente o interesse público da coletividade, ou seja, o interesse público primário.

4.1 HISTÓRICO JURISPRUDENCIAL

Há registros de previsão de arbitragem em contratos de concessões desde a época do Brasil Império. Nessa toada, os contratos de concessão dessa época que estipulavam a arbitragem como meio de resolução de conflitos, direcionavam-se, principalmente, para obras e serviços públicos nos setores portuário, estradas de ferro e serviços urbanos.³⁹

Já na Nova República, o desenvolvimento da arbitragem em sede da administração pública deu-se, em boa medida, graças às decisões favoráveis dos Tribunais pátrios. Apesar de nem sempre a jurisprudência ter se manifestado favoravelmente à arbitragem em contratos envolvendo a Administração Pública, em alguns episódios, foi fundamental para a solidificação da arbitragem nesse segmento.

³⁸ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. Grupo GEN, 2020, p.502.

³⁹ LEMES, Selma Maria Ferreira. Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 65.

4.1.1 Jurisprudência do TCU

A Lei de Arbitragem Brasileira originalmente não trazia previsão explícita da expressão “administração pública” no bojo de seu texto, e, por isso, parte da doutrina entendia que não havia autorização para arbitragem em contratos administrativos. Entretanto, para viabilizar a utilização do instituto em alguns setores, surgiram dispositivos específicos com o fito de permitir tal utilização, tais como, a Lei de Concessões Comuns e a Lei de Regime Diferenciado de Licitação.⁴⁰

Em 1993 o Tribunal de Contas da União proferiu decisão no sentido de afastar a utilização de arbitragem pela Administração Pública. O Tribunal fundamentou, nessa oportunidade, a inadmissibilidade da arbitragem no âmbito da administração pública em dois argumentos: primeiro, na falta de expressa autorização legal; segundo, pela contrariedade a princípios básicos do direito público, tais como a supremacia do interesse público sobre o privado e a vinculação do instrumento convocatório da licitação.⁴¹

Todavia, a Corte de Contas, ao longo dos anos, veio remodelando seu entendimento no sentido de admitir arbitragem nos contratos administrativos em alguns casos, e sob a égide de algumas condições. Acerca disso, destaca-se o Acórdão que o Tribunal admitiu a possibilidade de arbitragem em contratos firmados pela Petrobrás, desde que a arbitragem estivesse justificada técnica, economicamente e comprovada de acordo com as práticas do mercado, bem com a utilização obrigatória da língua portuguesa na redação dos termos contratuais.⁴²

Além disso, pôde ratificar o posicionamento favorável à arbitragem nos litígios que envolvem a administração pública, na concessão dos aeroportos internacionais Governador Franco Montoro, em Guarulhos/SP; Viracopos, em Campinas/SP; e Presidente Juscelino Kubitschek, em Brasília/DF⁴³. Nessa ocasião o Plenário do TCU entendeu que a previsão de cláusula remetendo à arbitragem a resolução do

⁴⁰ ESTEFAM, Felipe Faiwichow. Arbitragem e Administração Pública: a estruturação da cláusula arbitral em face do regime jurídico-administrativo. 2017. Tese (Doutorado) - PUC-SP, São Paulo, 2017.

⁴¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão n. 286/1993. Processo n. TC 008.217/93-9. Rel. Min. Homero Santos, Plenário, sessão 15 jul. 1993, ata 29/93.

⁴² BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 2.145/2013. Processo 006.588/2009-8. Rel. Min. Benjamin Zymler, Plenário, sessão 14 ago. 2013, ata n. 31/2008.

⁴³ ESTEFAM, Felipe Faiwichow. Arbitragem e Administração Pública: a estruturação da cláusula arbitral em face do regime jurídico-administrativo. 2017. Tese (Doutorado) - PUC-SP, São Paulo, 2017.

litígio futuro e incerto no âmbito dos contratos administrativos é considerada lícita sempre que incidir exclusivamente sobre direitos patrimoniais.⁴⁴

4.1.2 Jurisprudência do STJ

O STJ, desde a primeira vez que se debruçou acerca da arbitragem nos contratos administrativos, se manifestou no sentido de privilegiar a validade e eficácia da cláusula arbitral em contratos de tal natureza⁴⁵. Nessa senda, em duas ocasiões, o STJ decidiu e assentou entendimento no sentido da aplicação da LA.

Ao apreciar o contrato de aquisição de potência e energia elétrica travado entre a Companhia Estadual de Energia Elétrica do Estado do Rio Grande do Sul e a AES Uruguaiana Empreendimentos Ltda, o Tribunal, fixou alguns argumentos. Felipe Estefam, ao tratar do tema, didaticamente organizou os argumentos da seguinte forma, *ipsis litteris*:

(i) ter constado expressamente no contrato cláusula compromissória que previa a arbitragem para litígios relacionados à modificação ou rescisão da avença e para a contestação de pagamentos; e de que (ii) a arbitragem, sob o ponto de vista jurídico, constitui mecanismo ágil, seguro e eficiente na gestão de negócios, contribuindo para o aprimoramento desses serviços.⁴⁶

Além desse episódio, houve ainda outro caso emblemático envolvendo, novamente, sociedade de economia mista e concessionária. No caso, a Terminal Multimodal de Coroa Grande – SPE S/A impetrou Mandado de Segurança a fim de reavaliar rescisão contratual promovida pela Nuclebrás Equipamentos Pesados S/A (sociedade de economia mista), com base em Portaria do Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia, que ignorou a existência de cláusula compromissória no contrato. Ainda consoante a Felipe Estefam, foram os fundamentos jurídicos da manifestação do STJ:

(i) o reconhecimento do princípio da competência-competência, pelo que o árbitro é quem decide a respeito de sua competência; (ii) a obrigatoriedade do juízo arbitral, uma vez convencionado: 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”; (iii) reconhecimento de que não é todo e qualquer direito público sindicável na

⁴⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. AC-157-3/12-P. Processo 032.786/2011-5. Rel. Min. Aroldo Cedraz, Plenário, sessão 1 fev. 2012, ata n. 3/2012.

⁴⁵ ESTEFAM, Felipe Faiwchow. Arbitragem e Administração Pública, p.40.

⁴⁶ ESTEFAM, op. cit, p.41.

via arbitral, tendo a qualidade de arbitrável aquele que é contratual ou privado.

Em consonância com seu entendimento, no julgamento do Recurso Especial n. 904.813/PR, a Corte decidiu que a discussão acerca da manutenção do equilíbrio econômico financeiro do contrato não envolve direitos indisponíveis, e, portanto, a discussão poderia ter sido realizada no juízo arbitral.⁴⁷

Por fim, em 2010, o Tribunal, consagrando o histórico favorável à arbitragem envolvendo a administração pública indireta, sumulou entendimento no sentido da aplicabilidade da LAB independentemente da data da celebração da convenção de arbitragem⁴⁸. Conforme a súmula n. 485 do STJ “A Lei de Arbitragem aplica-se aos contratos que contenham cláusula arbitral, ainda que celebrados antes da sua edição.”

4.2 LIMITES DA ARBITRABILIDADE

A arbitrabilidade refere-se à possibilidade do conflito ser resolvido por meio da arbitragem. Trata-se, de maneira geral, do objeto do litígio ou da qualidade das partes, isto é, se a matéria em pauta pode ser objeto de um juízo arbitral ou se os sujeitos envolvidos na controvérsia possuem aval legal para estabelecer compromisso arbitral e, por conseguinte, transacionar direitos⁴⁹.

Nessa linha, tem-se arbitrabilidade *lato senso* como a aptidão que um litígio possui para figurar no campo de aplicação da cláusula compromissória e, por conseguinte, ser objeto de análise e resolução pela arbitragem. Na medida, que a arbitrabilidade *strito senso* trata da análise da condição de validade da convenção de arbitragem.⁵⁰

Na arbitrabilidade *strito senso*, por sua vez, há um desdobramento em dois segmentos: a arbitrabilidade subjetiva ou *ratione personae*, que analisa a capacidade jurídica da pessoa para figurar como parte no processo arbitral; e a

⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 904.813/PR (2006/0038111-2).

⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 934.771/SP. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4a T.,pauta 20 maio 2010, j. 25 maio 2010.

⁴⁹ ROCHA, Caio Cesar Vieira. ARBITRAGEM E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: NOVA DISCIPLINA NORMATIVA APÓS A LEI 13.129/2015. Revista de Arbitragem e Mediação, [s. l.], 2016

⁵⁰ NERY, Ana Luiza Barreto de Andrade Fernandes. CLASS ARBITRATION: INSTAURAÇÃO DE PROCESSO ARBITRAL PARA A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS ENVOLVENDO DIREITO TRANSINDIVIDUAL. 2015. Tese (Doutorado) - PUC-SP, São Paulo, 2015, p.86.

arbitrabilidade objetiva ou *ratione materiae* examina o objeto a ser arbitrabilizado⁵¹.

Nas lições de Carlos Alberto Carmona, *in verbis*:

Diz-se que um direito é disponível quando ele pode ser ou não exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência. Assim, são disponíveis (do latim *disponere*, dispor, pôr em vários lugares, regular) aqueles bens que podem ser livremente alienados ou negociados, por encontrarem-se desembaraçados, tendo a alienante plena capacidade jurídica para tanto.⁵²

Assim, divide-se a arbitrabilidade em duas categorias: a objetiva, que trata acerca da possibilidade de transacionar o objeto; e a subjetiva, que diz respeito, nos termos da lei, da capacidade do sujeito firmar convenção de arbitragem.

4.2.1 A legalidade da arbitrabilidade subjetiva da administração

Por muito tempo o instituto da arbitragem, tal como foi modelado na LBA, figurou como alvo de diversas críticas por uma parte da doutrina, inclusive com a arguição de que era incompatível com a Constituição brasileira, portanto, inconstitucional. Na medida em que outros autores sempre sustentaram posição diametralmente oposta.⁵³

O Supremo Tribunal Federal ao tratar da temática, por maioria, declarou que constitucional era a Lei 9.307/96⁵⁴, *in verbis*:

por considerar que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória no momento da celebração do contrato e a permissão dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar compromisso não ofendem o art. 5º, XXXV, da CF ("a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito).

⁵¹ NERY, op.cit, p. 86.

⁵² CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**: Um Comentário a Lei Nº 9.307/96. 3. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 38.

⁵³ DIDIER JR., Fredie. não há qualquer vício de inconstitucionalidade na instituição da arbitragem, que não é compulsória; trata-se de opção conferida a pessoas capazes para solucionar problemas relacionados a direitos patrimoniais disponíveis.

⁵⁴ STF, informativo. Juízo arbitral: constitucional. Vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence, relator, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves, que, ao tempo em que emprestavam validade constitucional ao compromisso arbitral quando as partes de uma lide atual renunciavam à via judicial e escolhem a alternativa da arbitragem para a solução do litígio, entendiam inconstitucionais a prévia manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória - dada a indeterminação de seu objeto - e a possibilidade de a outra parte, havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, recorrer ao Poder Judiciário para compelir a parte recalcitrante a firmar o compromisso, e, conseqüentemente, declaravam, por violação ao princípio do livre acesso ao Poder Judiciário, a inconstitucionalidade dos seguintes dispositivos da Lei 9.307/96: 1) o parágrafo único do art. 6º; 2) o art. 7º e seus parágrafos; 3) no art. 41, as novas redações atribuídas ao art. 267, VII e art. 301, inciso IX do Código de Processo Civil; 4) e do art. 42.

As discussões tornavam-se ainda mais ávidas quando se tratava da arbitrabilidade da Administração Pública. Nesse cenário, em especial, havia uma resistência ainda maior, uma vez que parte dos autores sustentavam que a administração fazer uso do instituto importaria na violação do princípio da legalidade, em razão de não haver na lei de arbitragem previsão expressa autorizando a Fazenda Pública a fazê-lo.

Dessa forma, para uma parte da doutrina, não havia previsão expressa para que os contratos administrativos fossem submetidos à arbitragem. Vale consignar que por “não haver previsão expressa” entende-se que a redação do art. 1º da LBA carecia da designação “Administração Pública”. Assim, o entendimento que prevalecia era que a submissão de contratos administrativos à arbitragem violava o princípio da legalidade, tendo em vista que a autorização genérica da lei não era suficiente para permitir que a Fazenda Pública optasse pelo instituto da arbitragem⁵⁵.

Nessa senda, em compasso com o entendimento dos Tribunais, que já vinham esposando entendimento no sentido de privilegiar a arbitrabilidade da Administração Pública, em 2015, o dispositivo legal que deu nova redação ao art. 1º Lei de arbitragem trouxe a terminologia “Administração Pública” e o supedâneo legal para arbitrabilidade da Administração tornou-se inequívoco.

Assim, acabou-se a discussão da capacidade subjetiva da Administração para figurar como polo e submeter seus litígios ao processo arbitral. Dessa forma, a redação da Lei 13.129/2015 que veio dar novo arranjo à Lei 9.307/96, previu de maneira explícita a possibilidade de a Administração Pública valer-se do juízo arbitral, *litteris*:

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

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

Além do aspecto da arbitrabilidade subjetiva consubstanciada na nova redação da LBA, o legislador também previu, expressamente, qual autoridade seria responsável por firmar a convenção de arbitragem, onde alicerçou que “a autoridade

⁵⁵ ROCHA, Caio Cesar Vieira, e SALOMÃO, Luis Felipe (coords.) Arbitragem e Mediação - A Reforma da Legislação Brasileira. 2. ed. Grupo GEN, 2017, p. 22.

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

Sob esse prisma, a Lei que trata da autoridade responsável por acordos ou transações no âmbito da União é o Advogado Geral da União. Logo, estatui a Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015:

Art. 35. As controvérsias jurídicas que envolvam a administração pública federal direta, suas autarquias e fundações poderão ser objeto de transação por adesão, com fundamento em:

I - autorização do Advogado-Geral da União, com base na jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal ou de tribunais superiores; ou
II - parecer do Advogado-Geral da União, aprovado pelo Presidente da República.

§ 1º Os requisitos e as condições da transação por adesão serão definidos em resolução administrativa própria.

§ 2º Ao fazer o pedido de adesão, o interessado deverá juntar prova de atendimento aos requisitos e às condições estabelecidos na resolução administrativa.

§ 3º A resolução administrativa terá efeitos gerais e será aplicada aos casos idênticos, tempestivamente habilitados mediante pedido de adesão, ainda que solucione apenas parte da controvérsia.

§ 4º A adesão implicará renúncia do interessado ao direito sobre o qual se fundamenta a ação ou o recurso, eventualmente pendentes, de natureza administrativa ou judicial, no que tange aos pontos compreendidos pelo objeto da resolução administrativa.

§ 5º Se o interessado for parte em processo judicial inaugurado por ação coletiva, a renúncia ao direito sobre o qual se fundamenta a ação deverá ser expressa, mediante petição dirigida ao juiz da causa. § 6º A formalização de resolução administrativa destinada à transação por adesão não implica a renúncia tácita à prescrição nem sua interrupção ou suspensão.

Para além da Lei de arbitragem prevê expressamente arbitragem nos contratos Administrativos, há também previsão na lei de licitações e contratos administrativo, onde o legislado, em termos gerais, reproduz o conteúdo da LBA. Consoante à Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, lei de licitações e contratos administrativos, nesses termos:

Art. 151. Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem.

Parágrafo único. Será aplicado o disposto no caput deste artigo às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações.

Art. 152. A arbitragem será sempre de direito e observará o princípio da publicidade.

Art. 153. Os contratos poderão ser aditados para permitir a adoção dos meios alternativos de resolução de controvérsias.

Art. 154. O processo de escolha dos árbitros, dos colegiados arbitrais e dos comitês de resolução de disputas observará critérios isonômicos, técnicos e transparentes.

Como já sustentado, a disponibilidade do interesse público, nesse recorte, refere-se ao interesse público secundário, tendo em vista que o interesse público primário não poder ser convencionado pelo Estado, que apesar de representá-lo, não é o seu detentor; o interesse público primário é titularizado pela coletividade.

À luz disso, a lei autoriza expressamente a Administração Pública a celebrar convenção de arbitragem e submeter contratos administrativos ao juízo arbitral, desde que a matéria discutida se restrinja a direitos patrimoniais disponíveis. Assim, o princípio da indisponibilidade do interesse público, leia-se aqui interesse público secundário, será relativizado não só no sentido de que a Administração poder dispor, dentro dos parâmetros legais, de direitos patrimoniais, mas também dispor da jurisdição estatal para recorrer à jurisdição arbitral.

4.2.2 Arbitrabilidade objetiva

Tendo isso em vista, põem-se limites à arbitrabilidade com objetivo de preservar o interesse público. Nesse viés, a autonomia privada é mitigada pela lei, que abona quem e o que pode ser sujeito e objeto da arbitrabilidade.

Ressalta-se que a restrição legal quanto ao objeto que pode ser arbitrabilizado na jurisdição arbitral, ou seja, quanto aos “direitos patrimoniais disponíveis” é aplicada a todas as arbitragens submetidas à jurisdição brasileira. Assim, trata-se de pressuposto imprescindível não só para a Administração Pública, mas também para as arbitragens que envolvem apenas pessoas privadas.⁵⁶

A lei de arbitragem na administração pública trouxe algumas questões problemáticas, que, na verdade, não são novas na literatura administrativa. Em que pese a LBA tenha sanado a controvérsia relativa à arbitrabilidade subjetiva da Administração Pública, há na doutrina o questionamento a respeito do significado da expressão “direitos patrimoniais disponíveis”. Nessa senda, acerca da arbitragem

⁵⁶ SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. Arbitragem nos contratos administrativos e o critério para identificação dos litígios que envolvem direitos patrimoniais disponíveis. Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba: Zênite, n. 272, p. 989-995, out. 2016.

nos contratos administrativos e a sua arbitrabilidade objetiva, leciona Irene Patrícia Nohara, *in verbis*:

(2) é requisito de arbitrabilidade objetiva que ela envolva apenas direitos disponíveis, sendo estes os que recaem, sobretudo, sobre questões envolvendo as cláusulas econômico-financeiras dos contratos administrativos. Para tornar mais claros os limites de arbitrabilidade objetiva, o art. 31 da Lei nº 13.448/2017, que disciplina a relicitação, exemplificou hipóteses de direitos patrimoniais disponíveis, quais sejam: recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato; cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou transferência de contrato de concessão; e inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes.⁵⁷

Assim, consigna-se que por mais que parte dos direitos patrimoniais na seara pública se trate de direitos indisponíveis, há, também, parcela negociável. Inclusive, em alguns casos, a disponibilidade desses direitos acarreta na consubstanciação do interesse público.

4.2.2.1 Direitos patrimoniais disponíveis

A Lei de Arbitragem elenca, no que tange à arbitrabilidade objetiva, três critérios necessários para que o objeto do litígio também possa figurar como objeto da jurisdição arbitral, são esses:

a. Em primeiro lugar, um “direito” que se consubstancia por meio de uma pretensão resistida. A ideia aqui, basicamente, gira em torno de um direito subjetivo, isto é, o poder atribuído à vontade do sujeito e garantido pelo ordenamento jurídico para seus próprios interesses.⁵⁸

b. Ademais, em segundo lugar, tem-se o elemento “patrimonial”, que, fundamentalmente, diz respeito a direitos que podem ser expressos em valores financeiros, ou seja, cujo conteúdo possa ser economicamente valorado. Exclui-se desse elemento, evidentemente, direitos extrapatrimoniais, em outras palavras, que não sejam economicamente expressíveis ou possuam caráter estritamente moral.

c. E, por fim, a título de terceiro elemento, é o componente da “disponibilidade”, que, em especial, restringe a arbitrabilidade aos litígios que sejam

⁵⁷ NOHARA, Irene Patrícia. Direito Administrativo. Grupo GEN, 2020, p. 494.

⁵⁸ NETO, Antonio José de Mattos. DIREITOS PATRIMONIAIS DISPONÍVEIS E INDISPONÍVEIS À LUZ DA LEI DA ARBITRAGEM. Temas Atuais de Direito, Rio de Janeiro, v. 1, p. 49-62, 2013, p.50.

negociáveis, isto é, que possam ser sujeitadas à transferência, alienação, cessão, renúncia ou transação.⁵⁹

4.2.2.2 Direitos patrimoniais disponíveis no âmbito dos contratos administrativos.

Os contratos administrativos são, predominantemente, regidos por normas de direito público e, em virtude disso, a Administração Pública ostenta poderes e prerrogativas que não podem ser submetidas à arbitragem.⁶⁰

Em vista disso, além dos critérios fixados pela LBA, existem nos contratos administrativos peculiaridades que lhes são próprias. Diferentemente dos contratos em geral, isto é, os privados, os contratos administrativos são marcados em virtude de ostentarem algumas cláusulas que, por mais que não estejam expressas no contrato, decorrem da própria legislação vigente que regulamenta a temática, indisponível, portanto. Nessa toada, conforme leciona Gustavo Henrique Carvalho Schiefler, *ipsis litteris*:

O critério de verificação por exclusão é o seguinte: quando o litígio versar sobre cláusula contratual que representa uma prerrogativa legal da Administração Pública, que deva constar no contrato por determinação de lei, mas que exista independentemente de sua previsão, então o conflito 2 de 6 não poderá ser solucionado por arbitragem. As prerrogativas legais plenas da Administração Pública representam poderes-deveres que obrigatoriamente deverão ser observados pelos agentes públicos, independentemente de previsão contratual (embora, como regra, a lei determine que sejam registradas no contrato) e, nessa condição, essas prerrogativas, embora se qualifiquem como direitos, não constituem direitos patrimoniais disponíveis.⁶¹

Ainda nessa linha, também não pode ser objeto da arbitrabilidade as questões concernentes às penalidades administrativas, cujo conteúdo não pode ser arbitrabilizado em virtude de não serem direitos patrimoniais disponíveis. Conforme Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, lei de licitações e contratos administrativos, à letra:

⁵⁹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Direito Administrativo. 33. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 1088.

⁶⁰ LEMES, Selma Maria Ferreira. Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007.p.147

⁶¹ SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. Arbitragem nos contratos administrativos e o critério para identificação dos litígios que envolvem direitos patrimoniais disponíveis. Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba: Zênite, n. 272, p. 989-995, out. 2016.

Art. 104. O regime jurídico dos contratos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, as prerrogativas de:

I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

II - extingui-los, unilateralmente, nos casos especificados nesta Lei;

III - fiscalizar sua execução;

IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;

V - ocupar provisoriamente bens móveis e imóveis e utilizar pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato nas hipóteses de:

a) risco à prestação de serviços essenciais;

b) necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, inclusive após extinção do contrato.

§ 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado. § 2º Na hipótese prevista no inciso I do caput deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.

Contudo, por mais que os contratos administrativos sejam retalhados de características que lhes são próprias e indisponíveis, os interesses derivados desses contratos não constituem direitos inarbitráveis, ao revés, se trata de direitos patrimoniais disponíveis e, dessa forma, suscetíveis de serem arbitráveis. Com efeito, nesse contexto, não há razão para se falar em interesse público indisponível.

Nessa senda, não há obstáculo, no tocante à arbitrável objetiva nos contratos administrativos, quanto às consequências patrimoniais advindas de tal contrato. Assim, reitera-se, apesar das peculiaridades atinentes aos contratos administrativos, às consequências econômicas não se distingue das do Direito Privado⁶². Dessa maneira, Selma Lemes leciona:

No campo do regime econômico dos contratos administrativos, as relações entre Administração Pública e os particulares são pautadas pelas regras do Direito Privado, fundadas na justiça e na equidade. Não há nesta área contratual espaço para a atuação da Administração Pública como “poder”, mas como simples “contratante privada”. É em torno desta órbita que gravita a competência do árbitro que, atendendo às disposições contratuais, às regras legais, pode decidir sobre questões referentes à interpretação do contrato durante a execução e após, em face da apuração de haveres decorrentes da rescisão contratual.⁶³

Em que pese nem sempre seja tarefa simples distinguir o que pode ser arbitrável nos contratos administrativos, existem prenúncios que apontam para

⁶² LEMES, Selma Maria Ferreira. Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007.p. 145-147.

⁶³ LEMES, op. cit, p. 148-149.

suscetibilidade ou não do objeto a ser submetido à arbitragem.

Assim, em situações em que, a priori, não se consegue identificar se a matéria se trata de direito patrimonial disponível, há indícios que podem indicar se o objeto é suscetível ou não de ser arbitrado. Sobre isso, assevera a professora Selma Lemes:

Na seara dos contratos administrativos, há áreas cinzentas em que realmente poderão advir dúvidas justificadas quanto à arbitrabilidade da questão, mas um bom norte é efetuar a indagação se essa suposta matéria teria repercussão na parte econômica e financeira do contrato. Em caso de resposta positiva, a matéria pode ser suscetível de ser dirimida por arbitragem, mas apenas quanto à repercussão econômica e que tenha gerado prejuízo ao contratado⁶⁴.

Portanto, caso haja repercussão econômica e financeira oriunda do contrato, também haverá possibilidade da matéria ser solucionada por arbitragem. Assim, em se tratando da Administração Pública, além de o objeto se restringir a “direitos patrimoniais disponíveis”, também deve ser observado as prerrogativas legais da Administração.

⁶⁴ LEMES, op. cit, p. 151.

5. CONCLUSÃO

Partindo do aspecto subjetivo, pode-se considerar a Administração Pública como todos os órgãos que compõe as pessoas jurídicas que possuem o status de Ente Federativo, ou seja, todos os órgãos da Administração direta do Estado. Assim, a expressão “Administração Pública” é utilizada tanto para designar os entes federativos (a administração direta) quanto suas autarquias, empresas públicas, sociedade de economia mista e fundações públicas.

A designação “interesse público” se desdobra em dois segmentos: o interesse público primário, que é o interesse da coletividade; e o interesse público secundário, que é o interesse do Estado. O interesse público primário é indisponível e não pode ser objeto de negociação ou relativização. Contudo, o interesse da Administração (o secundário) é disponível e, assim, pode ser objeto de arbitragem. E, uma vez mais frisa-se, que a atuação das entidades estatais em defesa do Erário pode ou não corresponder aos interesses da coletividade, a ponto de, como deveras destacado, o interesse da Administração Pública antagonizar com o interesse público.

Parte significativa da doutrina administrativista orienta que, mesmo antes da promulgação da Lei 13.129/2015 já havia autorização legal para a Administração Pública dirimir litígios mediante arbitragem e que o “tapume administrativo” que proibia a Fazenda Pública de fazê-lo nunca existiu, em razão de haver previsão genérica. Entretanto, para pôr fim da discussão, a Lei 13.129/2015 autoriza expressamente a Administração Pública a celebrar convenção de arbitragem e submeter contratos administrativos ao juízo arbitral, desde que a matéria discutida se restrinja a direitos patrimoniais disponíveis.

No que diz respeito a arbitrabilidade subjetiva, não há obstáculo na celebração de convenção de arbitragem pela Administração Pública, bem como participação em processo arbitral, sobretudo com o advento da Lei 13.129/2015 que veio dar nova arranjo à Lei 9.307/96, que trouxe autorização expressa para Administração Pública se submeter à arbitragem.

Em relação à arbitrabilidade objetiva no âmbito dos contratos administrativos, verificou-se que, apesar de haver conteúdo que não pode ser arbitrado, os interesses derivados desses contratos não constituem direitos inarbitrabilizáveis, ao revés, se trata de direitos patrimoniais disponíveis e, dessa forma, suscetíveis de serem arbitrabilizados.

Em que pese as polêmicas que são intrínsecas à temática, destaca-se que a arbitragem voltada à resolução de litígios no âmbito dos contratos administrativos proporciona não só vantagens quanto a celeridade, a possibilidade de escolha de um julgador que tenha a confiança das partes, mas também a eleição de alguém que destile conhecimento específico e, por conseguinte, possa suprir adequadamente as necessidades particulares de cada setor.

Portanto, como a finalidade última da Administração Pública é a satisfação do interesse coletivo (primário), em muitos casos a utilização da arbitragem nos contratos administrativos, mostra-se muito mais adequada para realizar tal fim de maneira célere e qualitativa que a própria jurisdição estatal. Logo, por vezes, essa relativização do princípio da indisponibilidade do interesse público, é utilizada para alcançar, de fato, o interesse público.

REFERÊNCIAS.

ANTONIO, F.J.; NELSON, M.S.; LUÍS, M.A. **Teoria Geral da Arbitragem**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2018.

BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de Arbitragem**: Nos Termos da Lei Nº 9.307/96. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão n. 286/1993. Processo n. TC 008.217/93-9. Rel. Min. Homero Santos, Plenário, sessão 15 jul. 1993, ata 29/93.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 2.145/2013. Processo 006.588/2009-8. Rel. Min. Benjamin Zymler, Plenário, sessão 14 ago. 2013, ata n. 31/2008.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. AC-157-3/12-P. Processo 032.786/2011-5. Rel. Min. Aroldo Cedraz, Plenário, sessão 1 fev. 2012, ata n. 3/2012.

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. 9. ed. São Paulo: RT, 2020.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**: Um Comentário a Lei Nº 9.307/96. 3. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ESTEFAM, Felipe Faiwichow. **Arbitragem e Administração Pública: a estruturação da cláusula arbitral em face do regime jurídico-administrativo**. 2017. Tese (Doutorado) - PUC-SP, São Paulo, 2017.

FERREIRA, Adriano Fernandes. **Comentários à Lei de Arbitragem**. 1. ed. Timburi: Cia do eBook, 2018.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 33. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Atlas, 2019.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **A arbitragem nos contratos da administração pública**. Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEFP, Belo Horizonte, ano 7, n. 21, p. 51-77, set./dez. 2018.

GUILHERME, Luiz Fernando A. **Manual de arbitragem e mediação**. Editora Saraiva, 2020.

JR., Fredie Didier. **Curso de Direito Processual Civil**: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 21. ed. rev. atual. e aum. Salvador: Juspodivm, 2019. v. 1.

JR, Joel Figueira. **Curso de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019.

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

LIMA, Bernardo Silva de. **A ARBITRABILIDADE DO DANO AMBIENTAL E O SEU RESSARCIMENTO**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2009.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33. ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. Malheiros Editores. São Paulo, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MITIDIERO, Marinone Arenhart. **Curso de Processo Civil**: Teoria do Processo Civil. 3. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 1.

NETO, Antonio José de Mattos. **DIREITOS PATRIMONIAIS DISPONÍVEIS E INDISPONÍVEIS À LUZ DA LEI DA ARBITRAGEM**. Temas Atuais de Direito, Rio de Janeiro, v. 1, p. 49-62, 2013.

NERY, Ana Luiza Barreto de Andrade Fernandes. **CLASS ARBITRATION**:

INSTAURAÇÃO DE PROCESSO ARBITRAL PARA A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS ENVOLVENDO DIREITO TRANSINDIVIDUAL. 2015. Tese (Doutorado) - PUC-SP, São Paulo, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil:** volume único. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo.** Grupo GEN, 2020.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **A arbitragem nos contratos da Administração Pública e a Lei no 13.129/2015:** novos desafios. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 13, n. 51, p. 59-79, out./dez. 2015.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. Grupo GEN, 2020.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo.** 33. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

ROCHA, Caio Cesar Vieira. **ARBITRAGEM E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: NOVA DISCIPLINA NORMATIVA APÓS A LEI 13.129/2015.** Revista de Arbitragem e Mediação, [s. l.], 2016.

ROCHA, Caio Cesar Vieira, e SALOMÃO, Luis Felipe (coords.) **Arbitragem e Mediação** - A Reforma da Legislação Brasileira, 2. ed. Grupo GEN, 2017.

SCAVONE Jr., Luiz Antonio. **Arbitragem - Mediação, Conciliação e Negociação.** Grupo GEN, 2020.

SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. **Arbitragem nos contratos administrativos e o critério para identificação dos litígios que envolvem direitos patrimoniais disponíveis.** Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba: Zênite, n. 272, p. 989-995, out. 2016.