

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO
DE PRESIDENTE PRUDENTE**

**A ARBITRAGEM COMO FORMA ALTERNATIVA DE SOLUÇÃO DE CONFLITO
FRENTE AO PODER PÚBLICO**

Diana Martins Sanches

Presidente Prudente-SP

2018

A ARBITRAGEM COMO FORMA ALTERNATIVA DE SOLUÇÃO DE CONFLITO FRENTE AO PODER PÚBLICO

Diana Martins Sanches

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial de Conclusão de curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Luis Fernando Nogueira.

Presidente Prudente/SP

2018

A ARBITRAGEM COMO FORMA ALTERNATIVA DE SOLUÇÃO DE CONFLITO FRENTE AO PODER PÚBLICO

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como
requisito parcial para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Luis Fernando Nogueira

Examinador: Prof^a. Gisele Caversan Beltramini Marcato

Examinador: Prof. Lucas Octavio Noya dos Santos

DEDICATÓRIA

Dedico esta, assim como as minhas demais conquistas, primeiramente aos meus pais, que com trabalho, perseverança e insistência, me proporcionaram condições para realizar meus sonhos.

Aos meus irmãos que, de forma divertida e carinhosa, me impulsionaram dia a pós dia para me empenhar no presente trabalho.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, antes de tudo, ao meu orientador, Professor Luis Fernando Nogueira, que, no pouco tempo que lhe coube e de forma grandiosa e serena, trouxe o mais significativo auxílio para a elaboração do presente trabalho, me direcionou de maneira sábia desde o princípio e sempre soube compreender meus pensamentos.

A todos os professores que passaram pela minha vida e fizeram parte da minha formação, que me transmitiram seus mais profundos conhecimentos e me fizeram abrir janelas para enxergar um mundo que, sem conhecimento, eu jamais conseguiria ver.

RESUMO

O presente trabalho foi desenvolvido para o fim de estudar e esclarecer alguns pontos sobre a reforma da Lei de Arbitragem ocorrida em 2015, Lei nº 13.129/2015, que visou trazer inovações em diversos pontos, bem como restaurar a Lei 9.307/1996. A recente reforma da Lei de Arbitragem, sancionada em 2015, merece destaque e possui pertinência, uma vez que confirmou expressamente uma das maiores discussões sucedida na contemporânea doutrina, qual seja: a possibilidade da Administração Pública utilizar-se deste mecanismo de resolução de conflitos para resolver litígios de direitos patrimoniais disponíveis. Assim, o trabalho buscou dar enfoque à arbitragem e em quais são os limites de sua aplicação na esfera da Administração Pública, bem como o uso da publicidade e da legalidade perante a resolução de conflitos administrativos, com o propósito de se compreender precipuamente esta nova viabilidade de uso da arbitragem nos contratos administrativos, bem como sua extensão e limites.

Palavras chave: Arbitragem. Conflito. Instituto Arbitral. Administração Pública. Princípios.

ABSTRACT

The present work was developed for the purpose of studying and clarifying some points about the reform of the Arbitration Law that occurred in 2015, Law 13,129 / 2015, which aimed to bring innovations in several points, as well as to restore Law 9,307 / 1996. The recent reform of the Arbitration Law, sanctioned in 2015, deserves to be highlighted and has relevance, since it expressly confirmed one of the largest discussions in contemporary doctrine, namely: the possibility of the Public Administration to use this dispute resolution mechanism for conflicts of rights. Thus, the work sought to focus on arbitration and on the limits of its application in the sphere of Public Administration, as well as the use of publicity and legality before the resolution of administrative conflicts, in order to understand this new viability the use of arbitration in administrative contracts, as well as their extent and limits.

Keywords: Arbitration. Conflict. Arbitral Institute. Public Administration. Principles.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 DA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO DIREITO BRASILEIRO	11
2.1 Da Autodefesa.....	11
2.2 Da Autocomposição	12
2.2.1 Conciliação	13
2.2.2 Mediação	14
2.3 Heterocomposição	15
2.3.1 Jurisdição	15
2.3.2 Arbitragem	16
3 DA ARBITRAGEM	18
3.1 Conceito de Arbitragem.....	18
3.2 Natureza Jurídica	18
3.3 Princípios Atinentes à Arbitragem	20
3.4 Classificação de Arbitragem	22
3.4.1 Quanto ao surgimento	23
3.4.2 Quanto a obrigatoriedade	23
3.4.3 Quanto a liberdade do árbitro	24
3.5 Arbitragem Subjetiva	24
3.6 Arbitragem Objetiva	25
3.7 Vantagens e Desvantagens	26
3.8 Da Arbitragem no Brasil	29
4 DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	32
4.1 Considerações Gerais	32
4.2 Princípios Constitucionais da Administração Pública	34
4.3 Contratos Administrativos	37
4.4 Disponibilidade do Patrimônio Público	39
5 REFORMA DA LEI DE ARBITRAGEM (LEI Nº 13.129/2015)	41
5.1 Arbitragem e Administração Pública	41
5.2 Limites do Uso da Arbitragem pela Administração Pública	43
5.2.1 Restrição Quanto aos Direitos Patrimoniais Disponíveis	43
5.2.2 Publicidade da Arbitragem na Administração Pública	44
5.2.3 Legalidade da Arbitragem na Administração Pública	46
6 CONCLUSÃO	48
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	49

1 INTRODUÇÃO

Como se abordará nos capítulos seguintes, a arbitragem trata-se de uma forma de resolução de conflitos positivada efetivamente no direito brasileiro há mais de 20 anos, entretanto, é uma modalidade de resolução de controvérsias ainda pouco utilizada, dada a falta de costume na cultura jurídica brasileira e a falta de conhecimento para a sua efetiva execução.

É por esta razão que a justiça comum ainda é a justiça procurada em massa, entretanto, a arbitragem, de igual modo, é um instrumento capaz de resolver conflitos de forma célere e benéfica em diversas áreas de conhecimento, como se verá nos tópicos seguintes.

Tendo em vista a fundamental restauração na Lei de Arbitragem com a vinda da Lei nº 13.129/15, que evidencia a consolidação da arbitragem no Brasil, visou-se estruturar o trabalho justamente em uma das principais alterações que a reforma trouxe. Assim, a temática central do presente trabalho é tratar da possibilidade do uso da arbitragem pela Administração Pública, alteração significativa incrementada nos artigos 1º e 2º da Lei de Arbitragem.

Pois bem, o trabalho foi dividido em três partes. Na primeira delas, foi desenvolvida uma análise sobre os meios de solução de conflito, tanto os métodos autocompositivos como os métodos heterocompositivos, sendo que a análise mais opulente voltou-se para o estudo da arbitragem. Deste modo, no terceiro capítulo do trabalho, cuidou-se primeiramente de conceituar a arbitragem, para então examinar alguns de seus princípios norteadores, a sua natureza jurídica, as suas classificações, as vantagens e desvantagens de sua aplicação e também tratou-se um pouco de sua evolução histórica no direito brasileiro.

Em um segundo momento, especificamente no quarto capítulo do trabalho, perscrutou-se a respeito da Administração Pública, os princípios que a norteiam, como são concebidos seus contratos e sobre a disponibilidade dos bens públicos.

Por fim, no quinto capítulo, versou-se sobre o uso da arbitragem pela Administração Pública, as previsões legislativas vindas com a reforma que possibilitam o seu uso, os limites da aplicação do instituto arbitral pela Administração Pública e o dilema da aplicação do princípio da publicidade e da legalidade presentes nas relações públicas, versus o princípio da confidencialidade e da equidade, presentes na arbitragem.

Assim, o objetivo da pesquisa é centralizado para o estudo da utilização da arbitragem nos contratos da Administração Pública, após a reforma de Lei de Arbitragem. Para tal, foi utilizada a legislação brasileira e foi empregado o método dedutivo, bem como o método de pesquisa bibliográfica, sendo que foi a principal fonte de obtenção de informações, visando analisar as opiniões de diversificados autores da área.

Observa-se correntemente, quando um conflito germina em qualquer tipo de relação, que os indivíduos possuem uma grande dificuldade em resolvê-los, precipuamente de maneira pacífica.

Destarte, na maior parte dos casos, principalmente nas hipóteses em que o conflito produz consequências jurídicas, as partes optam por entregá-lo à um terceiro, que irá resolvê-lo e/ou prestar auxílio na resolução da demanda.

Assim, o que vemos muito em nossa cultura é a busca pela pacificação de litígios através de procedimento judicial, pelo fato da maioria dos brasileiros desconhecem as formas de solução de litígios não jurisdicionais, quais sejam: mediação, conciliação e arbitragem.

Então, em razão da grande maioria dos brasileiros não conhecerem ou não explorarem as formas extrajudiciais, eles abarrotam o judiciário com demandas que poderiam ser facilmente empregadas em vias alternativas, que resolveriam e colocariam fim ao litígio de maneira extremamente vantajosa, segura e ágil, cabendo ao judiciário resolver as controvérsias realmente complexas.

Portanto, tendo por base o cenário apresentado, verifica-se que há uma minguada utilização dos meios alternativos para solução de conflitos e, dado à realização de resultados satisfatórios que tais métodos proporcionam, importante se faz conhecer melhor estes meios extrajudiciais.

2.1 Da Autodefesa

A autodefesa, também denominada autotutela, é o método de resolução de conflitos que se dá mediante imposição da vontade da parte mais forte perante a parte mais fraca.

Nas palavras de Delgado (2012, p. 1.444):

A autotutela ocorre quando o próprio sujeito busca afirmar, unilateralmente, seu interesse, impondo-o (e impondo-se) à parte constante e à própria comunidade que o cerca. Como se vê, a autotutela permite, de certo modo, o exercício de coerção por um particular, em defesa de seus interesses.

A autotutela consiste em um método que foi introduzido como um mecanismo de solução de conflito ainda no início da civilização, onde utilizava-se a

força física a fim de solucionar conflitos, impondo, instintivamente, a vontade da parte para satisfação do direito perante outrem.

Interpretamos este sistema como “a busca da justiça pelas próprias mãos” [BOLZAN, 1999], na medida em que tal método era muito utilizado em um momento da história em que o Estado ainda era inerte quanto à remediar conflitos privados, daí a necessidade das partes que buscavam, por conta própria, estabelecerem um meio de resolver seus conflitos.

Ressalva-se que a autodefesa é qualificada por ser um meio primitivo de resolução de conflitos, passando de regra à exceção, na medida em que é vedada pelo ordenamento jurídico.

2.2 Da Autocomposição

A autocomposição é um método em que as próprias partes ajustam sua desavença, aplicando o consenso, sem que ocorra a intervenção de um terceiro no processo e sem o emprego de força.

A autocomposição pode ser classificada como unilateral, onde há a manifestação da vontade por apenas uma das partes ou bilateral, onde há a manifestação da vontade por ambas as partes.

Segundo Magalhães (2006, p. 21):

A autocomposição, como o próprio nome diz, ocorre quando as próprias partes, sem o auxílio de terceiro, resolvem suas controvérsias através da transação (as partes, por meio de concessões recíprocas, põem fim à disputa), renúncia (desistência à pretensão), ou submissão (desistência à resistência oferecida à pretensão).

Em vista disso, concluímos que a renúncia ou desistência ocorre quando o titular de um determinado direito abdica-o em favor de alguém, fazendo cessar o conflito. Já a submissão, também chamada de aceitação ou resignação, ocorre quando uma das partes se submete à pretensão da outra, ainda que aquela entenda ter direito. Por fim, a transação decorre do sacrifício recíproco das partes, quando elas se consideram titulares do direito e, através de uma forma equilibrada, resolvem o conflito por meio de implementação de concessões recíprocas.

2.2.1 Conciliação

A conciliação é uma forma autocompositiva de solução de conflitos, por meio do qual um terceiro facilitador irá interceder no litígio a fim de que as partes cheguem a uma solução.

Portanto, na técnica da conciliação, haverá a figura do conciliador que será responsável por estimular a harmonização das partes, bem como propor sugestões de acordo, podendo apresentar as vantagens e as desvantagens de eventuais alternativas para solucionar e colocar fim ao conflito.

De acordo com Magalhães (2006, p. 23):

O terceiro interventor (conciliador) atua como elo de ligação. Sua finalidade é ajudar a reduzir as tensões, a esclarecer as questões, a fazer com que as partes se comuniquem entre si e cheguem a um acordo, através da identificação de problemas e possíveis soluções. Ele não precisa ser neutro, ou seja, pode interferir no mérito das questões. O conciliador não decide o conflito, ele pode apenas sugerir decisões; a decisão cabe às partes.

Destarte, também podemos encontrar a conciliação judicial, que consiste em uma via utilizada pela autoridade judiciária, que agirá como um facilitador e terá a oportunidade de construir determinado acordo entre as partes.

Delgado (2012, p. 663) trata da conciliação como:

Ato judicial do qual as partes litigantes, sob a interveniência da autoridade jurisdicional, concordam com a solução transacionada sobre a matéria objeto de processo judicial.

Para Rodrigues Júnior (2007, p. 48):

No Brasil, a conciliação pode ser extrajudicial ou judicial. A conciliação extrajudicial depende exclusivamente da vontade das partes e pode ser feita a qualquer momento. Já a conciliação judicial pode ser facultativa ou obrigatória. Na facultativa, as partes tomam a iniciativa, já na obrigatória, a iniciativa é dever do juiz.

No caso da conciliação judicial, o procedimento é realizado em audiência designada para este fim. Nesta oportunidade, em havendo conciliação, será lavrado e homologado o chamado Termo de Conciliação, que se igualará a uma sentença.

2.2.2 Mediação

A mediação também consiste em uma técnica de autocomposição, por meio do qual há a formulação de um acordo com o auxílio de um terceiro.

Entretanto, diferentemente da conciliação, na mediação tem-se a figura do mediador, que é o responsável por criar recursos e maneiras para que os envolvidos no entrave consigam solucionar o conflito sem intervir de forma direta na solução.

Aqui, o procedimento solucionador de conflitos possui como principal característica a participação de um terceiro que apresenta propostas, facilita a comunicação, orienta reflexões, sem, contudo, interferir e participar do conflito dos envolvidos, ficando as partes, assim, livres e autônomas para buscarem a solução que acharem mais pertinente ao caso.

Segundo Scavone Júnior (2010, p. 18):

Na mediação [...], o mediador, neutro e imparcial, apenas auxilia as partes a solucionar o conflito sem sugerir ou impor a solução ou, mesmo, interferir nos termos do acordo.

Rodrigues Júnior (2007, p. 50) traz as seguintes definições:

A mediação é um processo informal de resolução de conflitos, em que um terceiro, imparcial e neutro, sem o poder de decisão, assiste às partes, para que a comunicação seja estabelecida e os interesses reservados, visando ao estabelecimento de um acordo. Na verdade, na mediação, as partes são guiadas por um terceiro (mediador), que não influenciará no resultado final. O mediador, sem decidir ou influenciar na decisão das partes, ajuda na identificação e articulação das questões essenciais que devem ser resolvidas durante o processo.

Posto isto, tem-se que a mediação se difere da conciliação, basicamente, no que diz respeito ao terceiro que assiste a resolução do conflito, assim, ambas figuram como instrumentos jurídicos de solução de conflitos importantes, na medida em que são formas autocompositivas que promovem o diálogo e a comunicação, visando a pacificação e o resguardo de processos judiciais.

2.3 Heterocomposição

Trata-se de uma outra forma de solução de conflitos, que se difere da

autodefesa e da autocomposição, descritas acima.

A heterocomposição é uma técnica por meio da qual as partes, desejando resolver o litígio, optam por selecionar um terceiro imparcial, que terá a prerrogativa de resolver a demanda que lhe é apresentada.

A primordial diferença entre a heterocomposição e as técnicas consensuais de solução de conflito, tem respaldo no fato de que, na heterocomposição, um terceiro não interessado irá proferir uma decisão impositiva, que resolverá o conflito e substituirá a vontade das partes, uma vez que elas terão a obrigação de cumprir com o estabelecido na decisão.

Delgado (2012, p. 1.456), conceitua a heterocomposição da seguinte maneira:

A heterocomposição ocorre quando o conflito é solucionado através da intervenção de um agente exterior à relação conflituosa original. Em vez de isoladamente ajustarem a solução de sua controvérsia, as partes (ou até mesmo unilateralmente uma delas, no caso da jurisdição) submetem a terceiro seu conflito, em busca de solução a ser por ele firmada ou, pelo menos, por ele instigada ou favorecida.

Assim, tem-se que a composição do conflito será decretada por um terceiro estranho à relação, que terá o poder de decisão frente à situação que lhe é estabelecida, sendo que a heterocomposição abrange tanto a jurisdição quanto a arbitragem.

2.3.1 Jurisdição

A Jurisdição é o método de resolução de conflitos que consiste na intervenção de um juiz, inserido no cargo público, na solução do litígio, impondo às partes uma composição conforme a lei.

Nas lições do Mestre, Doutor e Advogado Rodrigues Júnior (2007, p.18):

É do poder estatal que emana a Jurisdição, vista como uma das funções do estado. Por meio dessa função, o Estado coloca um terceiro imparcial, substituto das partes titulares dos interesses envolvidos, solucionando o conflito em concreto, fazendo a atuação da vontade do direito objetivo que rege a lide de forma imperativa.

Ainda, Chiovenda (1969, p. 03) apud Magalhães define a jurisdição como uma atividade substitutiva ao dizer que:

A função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade dos órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva.

Por fim, nas palavras de Martins (2007, p. 781):

A jurisdição ou tutela é a forma de solucionar os conflitos por meio da interveniência do Estado, gerando o processo judicial. O Estado diz o direito no caso concreto submetido ao Judiciário, impondo às partes a solução do litígio.

Assim, concluímos o pensamento a respeito do conceito sobre o método Jurisdição, que se caracteriza por ser um procedimento atribuído ao Poder Estatal para analisar e julgar os litígios.

2.3.2 Arbitragem

A arbitragem trata-se de um método heterocompositivo de resolução de litígios alternativo à jurisdição estatal, por meio do qual as partes optam por submeter seu conflito a um terceiro imparcial, que proferirá determinada decisão que as vinculará.

Sales (2007, p. 46), descreve a arbitragem sob o seguinte prisma:

[...] é um procedimento em que as partes escolhem uma pessoa capaz e de sua confiança (árbitro) para solucionar os conflitos. Na arbitragem, ao contrário da conciliação e da mediação, as partes não possuem a poder de decisão. O árbitro é quem decide a questão.

Carmona apud Rodrigues Júnior (2007, p. 51):

Pode-se definir confortavelmente arbitragem como um meio alternativo de solução de controvérsias através do qual as partes em litígio envolvendo direito disponível escolhem um juiz privado para decidir a controvérsia de forma autoritativa, ou seja, vinculativa para os litigantes. Querem os contendentes, ao escolher a via alternativa, prudente distância do Poder Judiciário (cujas decisões, via de regra, são seguras, porém muito morosas), procurando solução rápida, *desformalizada* e especializada para seus conflitos, aproveitando-se do sigilo propiciado pelo método em questão e da possibilidade de indicar como julgador um especialista na matéria objeto da

disputa, eliminando-se, como é fácil perceber, muitos dos componentes aleatórios que podem levar à frustração da solução judicial das disputas. (grifo do autor).

Logo, diferentemente da jurisdição, na arbitragem o Estado não intervém, cabendo às partes, caso assim o queiram, eleger um árbitro que agirá com imparcialidade e resolverá a demanda, de modo a substituir a vontade dos envolvidos.

Cumprе abordar sobre o instituto da arbitragem em capítulo próprio, vez que se trata de matéria singular e de demasiado conteúdo.

3 DA ARBITRAGEM

Nos próximos tópicos, objetiva-se pormenorizar os estudos do instituto

arbitral, vez que se trata de um dos propósitos do presente trabalho. Assim, cumpre discorrer sobre sua natureza, seus princípios basilares, suas classificações, sobre a arbitragem objetiva e subjetiva, sobre suas vantagens e desvantagens e, por fim, retratar um breve panorama da arbitragem no contexto nacional.

3.1 Conceito de Arbitragem

Como já apresentado no capítulo anterior, a arbitragem consiste em um mecanismo para solução de controvérsias por meio do qual há a intervenção de uma terceira pessoa, neutra, que irá agir sem o intermédio do Estado.

Sob a ótica do Yoshida (2006, p. 16):

A arbitragem é o método privado de solução de litígios consensualmente estabelecido pelas partes, que delegam a um terceiro ou a um colegiado o poder de decidir a controvérsia.

Destaca-se, primeiro, tratar-se de meio alternativo de solução da lide desvinculado da justiça estatal; segundo, a sua natureza contratual; terceiro, a submissão voluntária das partes a uma decisão terminativa do conflito.

Logo, sabemos que a arbitragem surge como outra figura de resolução de litígios, visando uma avaliação neutra e eficaz, com a finalidade de se chegar à composição.

Como visto, as concepções sobre o que consiste o instituto da arbitragem são bastante semelhantes. Em vista disso, obstina-se conduzir o presente trabalho para os próximos tópicos, que irão particularizar de forma mais detalhada o instituto da arbitragem.

3.2 Natureza Jurídica

Ao discorrer sobre a natureza jurídica, busca-se indicar e situar a essência de determinada ciência. Com relação à natureza jurídica da arbitragem, há controvérsias perante os estudiosos, então, reconhece-se a divisão entre as correntes: privatista, publicista e intermediária.

Nas lições do professor Yoshida (2006, p. 69):

A natureza jurídica da arbitragem tem suscitado divergências doutrinárias, que as classificam como jurisdicional, contratual ou mista, ora vinculando o instituto à jurisdição estatal, ora à vontade das partes ou então a ambas.

Sendo assim, conforme a teoria da natureza contratual, também denominada corrente privatista, o professor Yoshida (2006, p. 69) discorre que se dá pela prerrogativa das partes que decidiram, de forma livre e manifesta, a utilização da arbitragem. Assim, as partes convencionam tal intenção por meio de um vínculo contratual, o que as tornam submissas à uma predisposição presente no contrato.

Furtado (1998, p. 15) apud Magalhães (2006, p.72), apregoa que, na teoria contratualista:

O árbitro de terceiro é o elemento de determinação da vontade privada (manifestada indeterminadamente no compromisso), e a considerar o laudo como obrigatório, em virtude do princípio da obrigatoriedade dos contratos, ao passo que na homologação do juiz estatal visa apenas o instrumento para emprestar ao laudo a qualidade de título executivo.

Para esta corrente, o poder dos árbitros encontra limite apenas a que as partes permitem.

Já para a segunda corrente, a arbitragem possui natureza jurisdicional, também denominada publicista. Nos ensinamentos de Morais (1999, p. 194), “Os árbitros são juízes não porque as partes os escolheram, mas, fundamentalmente, porque o Estado consentiu em dar-lhes esse caráter”.

Para Magalhães (2006, p.74):

A segunda teoria, que atribui natureza jurisdicional à Arbitragem, argumenta que os árbitros são designados pelas partes, mas o poder de julgar vem da Lei. Os árbitros são verdadeiros juízes no exercício privado de funções públicas, o compromisso é uma ampliação da jurisdição; o laudo, uma verdadeira sentença; e a responsabilidade dos árbitros, uma responsabilidade análoga à dos juízes togados.

Para mais, diz-se que a jurisdição do árbitro apenas encontra respaldo se puder, de alguma forma, possuir cunho estatal e puder integralizar na administração da justiça, pois possui carga jurisdicional.

Por fim, para a terceira corrente, a arbitragem possui natureza jurídica mista, ou seja, a o instituto arbitral pode ter dois desdobramentos, um contratual e outro jurisdicional.

Yoshida (2006, p.72), discorre sobre a teoria mista:

Considerando as correntes doutrinárias publicistas e privatistas, suas razões e a falta destas, surgiu terceira vertente que procurou conciliar as duas posições.

Por um lado não há como se negar que a arbitragem tenha uma base contratual, pois é da cláusula compromissória e do compromisso que exsurge a obrigação de cumprir a sentença arbitral.

Mas, por outro lado, a sentença tem força coercitiva, gera trânsito em julgado, é um título executivo judicial e põe fim ao litígio como uma sentença judicial

Ainda sobre a última classificação da natureza jurídica da arbitragem, Cachapuz (2000, p. 56) alude talentosamente tal catalogação ao dizer que por meio da arbitragem híbrida, permite-se invocar os princípios jurídicos do processo judicial, o que faz com que a dita tutela seja mais precavida e efetiva.

Desta feita, parece-nos que a teoria que compreende de forma mais adequada o instituto arbitral é a teoria mista, pois contém tanto elementos contratuais como elementos jurisdicionais.

3.3 Princípios Atinentes à Arbitragem

Por mais que ausente o escopo de adentrar no mérito de conceituar “princípios”, importante se faz mencionar que os princípios são fundamentos para toda e qualquer ciência, sendo que no âmbito jurídico, eles são sustentáculos. Desta forma, não seria diferente no campo do instituto arbitral, visto que, por meio dos princípios, o legislador atribui à arbitragem uma forma garantidora de justiça e lhe oferta características de juricidade.

Portanto, oportuniza-se a análise a respeito dos principais e fundamentais princípios que norteiam a arbitragem.

O princípio da autonomia da vontade, também conhecido por autonomia privada, é o princípio que reveste à arbitragem a sua singular essência, posto que atribui às partes a liberdade de autodecisão sobre a utilização ou não do instituto arbitral quando estiverem frente à um conflito, bem como confere a liberdade de autorregulação, ou seja, liberdade para estabelecer as cláusulas contratuais e seu conteúdo.

Nas palavras de Cachapuz (2000, p. 66-67):

Autonomia da vontade é, portanto [...], o princípio de direito privado pela qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos. Seu campo de aplicação é, por excelência, o direito obrigacional, aquele em que o agente pode dispor como lhe aprouver, salvo disposição cogente em contrário. E quando refere-se especificamente ao poder que o particular tem de estabelecer as regras jurídicas de seu próprio comportamento, diz-se em vez de autonomia de vontade, autonomia privada.

Ainda, para o fim de integralizar o princípio, Vilas-Bôas (s.d. 14):

Ao analisarmos a norma percebemos que existe até a possibilidade das partes pactuarem como irá transcorrer a arbitragem, qual a lei que irá ser aplicada ao litígio, se deve ser usado ou não a equidade, quantos e quais serão os árbitros, expressando assim de forma plena a vontade de cada uma das partes.

Destarte, por meio deste princípio as partes possuem liberdade em, primeiramente, optarem pela adoção do processo arbitral, visto que este não é obrigatório, e a partir daí disporem sobre seu conteúdo e suas demarcações.

Diante disso, insta salientar que a autodeterminação e a autoregulação devem estar de acordo com as normas cogentes, com o interesse público e os bons costumes, pois esta “vontade”, apesar de ser um princípio basilar da relação arbitral, que é eminentemente opcional, precisa estar calcada na estrutura jurídica constitucional.

Outro princípio relevante na esteira do processo arbitral é o da boa-fé. A respeito deste princípio, Beraldo (2014, p. 8):

Com relação à boa-fé objetiva, diz-se que é de elevada significação para a arbitragem, na medida em que ‘reequipara’ as condições entre juízo estatal e juízo arbitral, pois dela deriva um clima de ausência de combate entre as partes, de respeito pelos direitos recíprocos e pelos árbitros, bem como de absoluta confiança nos últimos.

Por este princípio, veda-se o abuso de direito das partes, o comportamento contraditório, bem como atitudes ensejadas por má-fé por qualquer um dos participantes.

Outro valoroso princípio inerente ao processo arbitral diz respeito ao princípio da confidencialidade, que, diferentemente dos processos judiciais que não são acobertados pelo segredo de justiça, os processos arbitrais mostram-se sigilosos

e apenas se revelam aos envolvidos na relação, de forma a preservar a identidade dos litigantes.

No que tange este princípio, Araújo Neto (2016, p. 141) diz que:

No direito positivo brasileiro, a Lei no 9.307/1996 não faz referência expressa à confidencialidade, mas seu art. 13, § 6o, prescreve que: 'No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discricção'. Segundo Fitchner, Mannheimer, Monteiro (2012, p. 235-236), esse artigo impõe aos árbitros o dever de confidencialidade, que abrange a totalidade das informações que ele vier a obter das partes durante o processo arbitral, estendendo-se, inclusive, após a prolação da sentença arbitral – embora o mesmo artigo silencie quanto a se esse dever se estende também às partes. Assim, de acordo com esse posicionamento, não há necessidade de cláusula na convenção de arbitragem ou no regulamento do juízo arbitral que torne explícito o dever de confidencialidade imposto ao árbitro, por ser uma obrigação ex lege.

Por fim, com o fito de finalizar a análise dos principais princípios norteadores da arbitragem, cumpre trazer à baila, de forma mais sucinta, os demais princípios da arbitragem, como o princípio da competência (apregoa que, ao optar pela arbitragem, o instituto competente é o juízo arbitral, excluindo-se o poder judiciário); o princípio da obrigatoriedade da convenção (que preconiza que qualquer decisão arbitral deve ser cumprida, salvo se ambos os litigantes abrirem mão); princípio do contraditório (por meio do qual o árbitro deve ouvir as partes envolvidas no litígio para então decidir sobre ele); princípio da obrigatoriedade e imutabilidade da sentença (cujas decisões arbitrais possuem a mesma força de decisão judicial, sendo também definitivas e imutáveis, não havendo possibilidade para recursos).

Logo, percebe-se a importante contribuição dos princípios ao processo arbitral, visto que eles delineiam as primordiais características da arbitragem.

3.4 Classificação da Arbitragem

Neste ponto, cabe especificar as classificações pelas quais a arbitragem está sujeita. Assevera-se que as classificações apresentadas abaixo são autônomas, no entanto, complementares.

3.4.1 Quanto ao surgimento

Em relação ao surgimento, a arbitragem divide-se em *ad hoc* e Institucional. Segundo o que preceitua Rocha (2008, p. 25):

Do ponto de vista da sua organização e administração, a arbitragem pode ser organizada e administrada pelas próprias partes (arbitragem *ad hoc*), ou por uma instituição arbitral. No primeiro caso, são as partes que estabelecem as regras da arbitragem, respeitadas as disposições de ordem imperativa contidas em lei. [...] No segundo caso, tudo é estruturado por instituição específica, como os tribunais ou cortes arbitrais e etc.

Portanto, *ad hoc* trata-se da arbitragem que possui regramentos decorrentes da disposição das próprias partes conflitantes, que ajustam as regras contratualmente, em observância às disposições arbitrais e preceitos descritos nas legislações em vigor.

Quanto à arbitragem Institucional, tem-se que as regras não são dispostas pelas partes, mas são determinadas por um tribunal especializado, uma instituição não governamental devidamente constituída para esta finalidade, o qual damos o nome de Tribunal Arbitral.

3.4.2 Quanto à obrigatoriedade

Nesta classificação, a arbitragem pode surgir na modalidade voluntária ou na modalidade obrigatória.

Quanto à modalidade obrigatória, diz respeito à arbitragem compulsoriamente imposta pelo Estado, por meio do qual não há manifestação de vontade das partes envolvidas. Esta modalidade não é aplicada no nosso país, pois violaria a Carta Constitucional, como bem aponta Rocha (2008, p. 24):

No Brasil, a arbitragem é, essencialmente, facultativa ou voluntária, como visamos ao tratar de suas relações com a Constituição. A arbitragem obrigatória violaria preceitos fundamentais da Magna Carta, principalmente a garantia do acesso ao Judiciário. Daí sua inadmissibilidade.

Já a arbitragem voluntária é aquela em que as partes, livremente, se sujeitam ao procedimento arbitral, possuindo liberdade para convencionarem suas disposições. É o que chamamos de verdadeira arbitragem e, também, é a forma trazida e consagrada pela Lei nº 9.307/96.

3.4.3 Quanto à liberdade do árbitro

Com relação à liberdade do terceiro imparcial que irá avaliar e solucionar o litígio, ele poderá realizar seu encargo de modo livre ou limitado. A este respeito, Rocha (2008, p. 25):

A arbitragem de direito, como o indica o nome, é aquela em que o árbitro está obrigado a resolver a disputa aplicando as normas de direito positivo. Arbitragem de equidade, ao contrário, é aquela em que o árbitro pode decidir segundo seu sentimento de justiça, dadas as circunstâncias de cada caso, ou seja, aplicando regras por ele formuladas.

No que diz respeito a forma por equidade, o árbitro exerce seu trabalho da forma que achar conveniente ao caso, ponderando princípios, diferentemente da forma de arbitragem por direito, em que o árbitro está subordinado ao que é estabelecido em lei.

3.5 Arbitragem Subjetiva

A análise subjetiva da arbitragem refere-se à quem pode submeter-se ao instituto arbitral para dirimir conflitos, isto é, a capacidade das partes.

Seguindo este raciocínio, o ordenamento jurídico contempla a capacidade das partes tanto na Lei de arbitragem, nº 9.307/96 como no Código Civil.

Conforme o que dispõe no artigo 1º da Lei de arbitragem, apenas as pessoas capazes de contratar poderão ser parte na arbitragem. Desta feita, no que diz respeito à capacidade, Beraldo (2014, p. 10), preconiza que:

No tocante à capacidade das partes, cumpre-nos, primeiramente, analisar o conceito de capacidade. Já virou rotina dizer que a capacidade é a medida da personalidade. Preferimos expor que capacidade de direito é 'o potencial inerente a toda pessoa para o exercício de atos da vida civil'. Ou então, 'a aptidão de tornar-se sujeito de direitos e de deveres'.

A fim de agregar ao entendimento acima e complementar sobre a capacidade, Verçosa (2017, p. 05):

A capacidade das pessoas naturais é determinada pelo Código Civil e como tal automaticamente reconhecida assim que alguém completa dezoito anos e não se encontra em qualquer das situações de incapacidade relativa ou absoluta, como é o caso dos enfermos mentais ou dos excepcionais.

Ao ler os artigos 1º e 2º do Código de Processo Civil, extrai-se que basta possuir personalidade jurídica para poder submeter-se a um árbitro. Portanto, o alcance prático da arbitragem envolve pessoas físicas dotadas de capacidade civil, bem como pessoas jurídicas.

3.6 Arbitragem Objetiva

A arbitrabilidade objetiva compreende o objeto passível de arbitragem, ou seja, quais as controvérsias que podem ser submetidas à este método de resolução de litígios.

A parte final do artigo 1º da Lei de Arbitragem dispõe que o instituto é competente para dirimir conflitos que envolvam direitos patrimoniais disponíveis.

No que concerne aos direitos patrimoniais disponíveis, Yoshida (2006, p. 74):

Entende-se o direito patrimonial disponível como aquele que assegura o gozo ou fruição, ao árbitro de seu titular, de uma riqueza ou qualquer bem, apreciável monetariamente.

Rocha (2008, p. 35-36), a respeito das matérias que não podem ser objeto de arbitragem, dispõe que:

A lei de arbitragem, como sabemos, não se refere às matérias indisponíveis, de modo que é preciso uma pesquisa no ordenamento jurídico para saber quais os direitos que classifica como indisponíveis. Diríamos não poderem ser objeto de arbitragem, entre outros, os conflitos envolvendo: (a) direitos individuais do trabalho. Todavia, podem ser deferidos ao árbitro os conflitos previstos nos contratos coletivos de trabalho (Constituição, artigo 144, §1º); (b) direitos previdenciários; (c) questões de Estado e separação. Entre as primeiras, incluem-se as questões relativas ao casamento (separação, divórcio e anulação), pátrio poder, tutela, cidadania etc. Os aspectos patrimoniais derivados destas questões podem ser deferidos aos árbitros. Por exemplo, em se tratando de separação, são arbitráveis as controvérsias relativas aos acordos patrimoniais e às pensões entre cônjuges e filhos menores; (d) os conflitos resolvidos por decisão coberta pela coisa julgada, que não pode ser violada nem pela lei quanto mais por seus aplicadores (Constituição, artigo 5º, item XXXVI); (e) as matérias em que, por determinação legal, deva intervir o Ministério Público; (f) interesses difusos, por terem objeto indivisível e sujeitos indetermináveis, entretanto, em princípio, nada obsta a arbitrabilidade dos interesses coletivos, inclusive porque pertencem a grupo social determinado ou determinável etc.

Temos então que a matéria a ser submetida à arbitragem necessita ter natureza avaliável pecuniariamente, fazendo parte de uma expressão

economicamente mensurável, além do que, necessita ser disponível, isto é, o seu titular deve ter a possibilidade de ceder e alienar sem restrições.

3.7 Vantagens e Desvantagens

Diante da viabilidade jurídica do instituto arbitral, acredita-se ser necessário salientar, de forma precisa e prática, as principais qualidades e as principais desvantagens de se aplicar tal método na composição dos litígios.

A primeira vantagem a ser destacada da arbitragem seria a celeridade, pois tal método proporciona uma rápida solução dos conflitos em que é aplicada.

Pelo fato do instituto possuir um procedimento bastante próprio e simples, ele é capaz de resolver conflitos de maneira célere, diferentemente do poder judiciário, que detém uma forma complexa e demorada na solução de conflitos, uma vez que o sistema judicial possui demandas com mais de 10 anos de duração. Além do mais, no processo arbitral não vigora a aplicação recursal das decisões, o que também torna o processo mais diligente.

Segundo o mestre e doutor em direito Santos (2004, p. 30):

No que tange a celeridade, normalmente a arbitragem tende a ser mais rápida do que a forma judicial, na resolução de conflitos. Essa rapidez está diretamente vinculada à possibilidade de escolha do procedimento pelas partes. É que estas acabam optando por um procedimento mais célere e flexível, com regras mais simples e, via de regra, sem a previsão de recursos quando às decisões do árbitro. Outro fator que pode contribuir para a aceleração da decisão é a possibilidade de escolha do julgador. Diante dessa opção, as partes podem escolher árbitro que detenha conhecimentos técnicos sobre a matéria objeto do conflito e que, conseqüentemente, tenha maiores facilidades para interpretar e decidir as questões técnicas controversas, favorecendo a maior rapidez na formação do convencimento do julgador.

Além da celeridade encontrada na via arbitral, importante destacar que a confidencialidade (objeto também tratado no subtópicos de “princípios”) de igual modo é outra grande vantagem do instituto. Quando os conflitos são submetidos às decisões arbitrais, eles não são levados ao conhecimento da sociedade, dado que são mantidos em sigilo, portanto, nem suas etapas nem seu resultado são divulgados. Já os procedimentos submetidos ao processo judicial, devem ser divulgados, uma vez que a publicidade compõe um dos requisitos do poder judiciário, salvo em hipóteses de segredo de justiça. Logo, tem-se que o instituto arbitral é um

potente confidente, que se revela apenas aos envolvidos naquela relação.

Ainda nas palavras do erudito Santos (2004, p. 31):

Quanto a confidenciabilidade, a arbitragem é, em regra, sigilosa. A ideia é permitir que as partes busquem a resolução do conflito independentemente de pressões externas, comuns nos processos judiciais não protegidos pelo segredo de justiça e embasados no princípio processual da publicidade. Para Magalhães '[...] a confidenciabilidade do procedimento cria, entre as partes, atmosfera propícia à conciliação [...]'. É preciso reconhecer, entretanto, que o sigilo na arbitragem acaba vigorando apenas durante o desenvolvimento do procedimento arbitral. Após ser proferida a sentença arbitral, caso seja condenatória e não haja o cumprimento voluntário pela parte vencida, cabe à parte vencedora executar o julgado. A execução da sentença arbitral será ajuizada perante o órgão do Poder Judiciário e o processo de execução não mais estará protegido pelo sigilo da arbitragem.

A grande autonomia que as partes possuem para acordar as especificidades do procedimento arbitral também é uma evidente vantagem. É cristalino que tais prerrogativas devem ser apregoadas de acordo com os preceitos legais, mas ainda assim, as partes possuem grande flexibilidade para adaptarem as regras às suas necessidades e peculiaridades, inclusive a flexibilidade na escolha do árbitro. O que é extremamente contrário à jurisdição estatal, que impõe às partes um julgador que elas desconhecem.

Além da celeridade, do sigilo e da autonomia das partes, a informalidade também faz parte da gama de vantagens de se utilizar o sistema arbitral como método para compor litígios, dado que os procedimentos arbitrais possuem fortes traços de singeleza e informalidade.

O professor e doutor em direito Rocha (2008, p. 9-10), aborda de forma bastante clara e objetiva a informalidade do instituto arbitral:

[...] por sua natureza de meio privado de decisão de conflito, a arbitragem segue um procedimento informal, de poucas regras estabelecidas pelas próprias partes, que podem construir um procedimento de acordo com a complexidade das questões objeto da arbitragem, salvo quando aos princípios constitucionais de observância obrigatória. Ao contrário disso, o Judiciário observa um procedimento formal no sentido de tudo ser previamente estabelecido por um emaranhado de normas legais previstas no Código de Processo Civil (CPC) e um sem-número de leis especiais.

Ainda, há de se destacar a especialidade como uma triunfosa vantagem do instituto arbitral, uma vez que as partes têm a prerrogativa de atribuírem o julgamento a um profissional cuja especialidade é relativa ao objeto da demanda que será posta em discussão. Desta forma, o julgador será um terceiro especializado em

determinado campo de conhecimento e, por conseguinte, terá maiores probabilidades de auferir decisões com qualificação técnica.

Afinal, evidente as diversas vantagens do instituto da arbitragem, ainda mais se comparado com a via jurisdicional.

Por mais que a arbitragem é detentora de excelentes vantagens, não é ausente o fato de que o instituto possui pequenas desvantagens que podem se revelar em alguns casos.

Cumprе esclarecer que os árbitros não possuem poder de coação, isto é, a arbitragem depende do Judiciário no que diz respeito à coagir o cumprimento da decisão.

Assim, como a decisão arbitral não possui o escopo de impor o cumprimento, caso a parte não cumpra voluntariamente a determinação dada em sentença arbitral, será necessário que a parte prejudicada recorra ao Judiciário objetivando a efetividade e a coação da parte devedora.

Ademais, pode ocorrer de a arbitragem possuir um custo financeiro elevado, em razão da alta especialidade e qualificação dos árbitros, que possivelmente cobrarão honorários dispendiosos.

A respeito da matéria, pontua Soares (2016, p. 9):

O autor José Carlos Barbosa Moreira pondera que a arbitragem nem sempre se apresenta como meio sedutor de resolução de problemas para o litigante comum, entendido, nesse caso, como pessoa física de condições econômicas médias. A verdade é que o cidadão, além de poder requerer à justiça estatal o benefício da assistência judiciária, também poderá usufruir do serviço prestado pela Defensoria Pública para obter acesso justo ao Poder Judiciário. Tais recursos não existem no âmbito da arbitragem. Por isso, a utilização da arbitragem é mais constante nos conflitos em que as partes são entidades economicamente poderosas. (MOREIRA, 2007, p. 376).

Ainda assim, a arbitragem possui mais vantagens do que desvantagens, sendo um dos motivos pelos quais o instituto deve ser, ao longo dos anos, consolidado como uma alternativa aos litigantes que buscam resolver seus conflitos.

3.8 Da Arbitragem no Brasil

A vida em sociedade evoluiu e passou por um enorme avanço nas formas de relações, e, dado à esta transformação complexa que não iremos nos aprofundar,

surgiu como resultado o aumento de conflitos e de demandas judiciais.

Destaca-se que, em muitas situações, o simples diálogo bastaria para que as partes pudessem resolver suas desavenças de maneira extrajudicial, pacífica e satisfatória, contudo, em geral, elas não possuem predisposição para tal. Ou, ainda, as partes poderiam ceder nas mãos de um terceiro imparcial, não investido em cargo público, o encargo de solucionar o conflito, que agiria de maneira extrajudicial e, conseqüentemente, mais célere e econômica.

Pois bem, tem-se consciência de que é função do Estado tutelar interesses da sociedade e dirimir conflitos, entretanto, devido à enorme expansão do número de demandas, o Estado passou a necessitar de outros mecanismos de composição de conflitos para facilitarem o acesso à justiça, sem, contudo, infringir à lei.

Daqui, já concluímos que a via jurisdicional não é o único método de compor litígios. Portanto, o Poder Judiciário deve e pode ser acionado para resolver demandas, entretanto, deve-se atentar para o fato de que existem outros métodos que buscam a resolução de litígio de forma justa e eficaz.

Importante ressaltar que tais métodos alternativos existiam antes mesmo da jurisdição estatal, contudo, no transcorrer do tempo, surgiu a necessidade do Estado em aplicar suas leis e firmar-se como um ente que possui poder para tomar decisões em nome da coletividade, o que levou tais institutos alternativos para um segundo plano.

Enfim, de modo bastante sintético, chegou-se em um momento em que o Estado passou a necessitar do amparo dos métodos alternativos à via jurisdicional para resolver os conflitos da sociedade, dado ao aumento dos litígios e a conseqüente dificuldade do judiciário em desempenhar sua função com excelência.

Portanto, pelo fato de a maior parte dos brasileiros não conhecerem ou, ainda, não explorarem as formas extrajudiciais, eles sobrecarregam o judiciário com litígios que poderiam ser empregadas facilmente em vias alternativas, que resolveriam e colocariam desfecho ao conflito de maneira extremamente vantajosa, segura e ágil, cabendo ao judiciário resolver as controvérsias realmente complexas.

Desta forma, os métodos alternativos de solução de litígios estão sendo aplicados na composição de conflitos de maneira mais latente. Conforme artigo publicado pela Revista de Doutrina TRF4, a arbitragem evoluiu de maneira progressista no contexto jurídico brasileiro, vez que, nas palavras de Nunes:

Uma pesquisa de 2012, por exemplo, apontou o Brasil como o 4o país do mundo com maior número de procedimentos arbitrais instaurados perante a Câmara de Comércio Internacional (CCI).

Assim, devido a este ritmo acelerado de uso da arbitragem no Brasil, a Lei de 2015 foi um marco importante para regulamentar pontos que não foram bem questionados na lei de 1996, bem como para acrescentar significativas inovações sobre sua aplicação.

Pois bem, a fim de se fazer uma brevíssima análise histórica da arbitragem no Brasil, há que se destacar que a doutrina brasileira aponta que desde a época da colonização portuguesa o instituto arbitral já era utilizado no Brasil, sendo que tal instituto apareceu no diploma jurídico pela primeira vez no ano de 1924, na Constituição do Império.

Neste intervalo, a arbitragem foi limitadamente regulada pelos anteriores códigos civis brasileiros, quando então foi mencionada na Carta Constitucional de 1988, em seu artigo 4º.

Contudo, apenas no ano de 1996 a arbitragem recebeu uma atenção singular e foi regulada por uma lei própria, a Lei 9.307 de 1996. O principal objetivo do referido diploma legal foi dar força e proporcionar legitimidade ao uso do instituto arbitral, para o fim de facilitar o uso da arbitragem no direito brasileiro.

Entretanto, como já mencionado, a utilização da arbitragem está em grande ascensão no país, sendo assim, surgiu a necessidade de reformular, ampliar e atualizar a Lei de Arbitragem de 1996.

Neste ínterim surgiu a Lei 13.129/15, que contribuiu para a progressão da arbitragem no sistema jurídico brasileiro e trouxe novas regulamentações, dentre elas o uso da arbitragem pela Administração Pública, o qual será abordado adiante.

4 DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Primeiramente, antes de adentrar ao cerne do presente trabalho, frente à da imprescindibilidade de melhor compreensão sobre o conteúdo da Administração Pública, se faz necessária uma breve conceituação, o estabelecimento de seus princípios, a elucidação sobre os contratos administrativos, bem como a descrição sobre disponibilidade do patrimônio público, posto que são os pontos relevantes para a compreensão sobre a matéria.

4.1 Considerações Gerais

Em relação à conceituação da Administração Pública, aduz Fazzio Júnior (2002, p. 17):

Embora a CF ofereça uma noção orgânica da Administração Pública, esta não significa, simplesmente, um organismo. É um mecanismo instrumental. Quer dizer, é mais que um singelo conjunto de órgãos e entidades administrativas. Envolve um complexo diversificado de atividades desempenhadas imediatamente pelo Poder Público, em todos os níveis, com o escopo de satisfazer a necessidades públicas. A submissão ao interesse público indisponível é a nota característica do regime jurídico administrativo. Sumariando, a Administração Pública é um organismo ativo direcionado ao interesse público. Tem por função exercer atividades de gestão e serviço para o atendimento de necessidades sociais.

Portanto, para o autor, o termo Administração Pública designa o que seria um conjunto de atividades do Estado voltada a prestação de serviços em prol da população. Assim, é matéria que se encontra inserida no âmbito do Direito Administrativo.

Ainda, há que se destacar que existem dois alcances que abarcam a expressão “Administração Pública”, uma delas designa a Administração Pública como sendo os agentes que exercem a atividade administrativa e a outra a designa como atividade administrativa em si, conforme sabiamente aponta Nascimento (2013, p. 34):

Quando se fala em administração pública em sentido subjetivo, formal ou orgânico, o que se quer considerar são os sujeitos que desempenham a atividade administrativa. Assim, podemos defini-la como o conjunto de órgãos, entidades e agentes públicos que desempenham a atividade administrativa do Estado.

[...]

No sentido objetivo, material e funcional, por sua vez, o que se teria em conta não seria mais os sujeitos que desempenham as atividades administrativas do Estado, mas a própria função administrativa em si. Com base nesse critério, a Administração Pública corresponde ao conjunto de atividades finalísticas e instrumentais que o Estado, por meio de seus órgãos, entidades e agente públicos, desempenha quando exerce função administrativa.

Percebemos então que a expressão Administração Pública não possui um só sentido, podendo ser entendida como a Administração Pública propriamente dita, ou seja, a própria atividade concreta de administrar, gerir e zelar do Estado, a qual se denomina de sentido objetivo da Administração Pública, ou também pode ser identificada como um conjunto de pessoas jurídicas, agentes públicos e órgãos que possuem a tarefa de exercer atividades administrativas, sendo, neste caso, definida

no seu sentido subjetivo.

Ainda, a Administração Pública é dividida entre Administração direta e indireta. Tal expressão possui diversificados sentidos e segundo o que profere Nascimento (2013, p. 104):

[...] podemos conceituar a **Administração Direta** como o conjunto de **órgãos públicos** de cada um dos entes políticos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). Assim, temos a Administração Direta Federal, Administração Direta Estadual, Administração Direta Distrital e Administração Direta Municipal. [...] Já a **Administração Indireta** é o conjunto de entidades administrativas vinculadas aos órgãos centrais da Administração Direta de cada ente político. (grifo do autor).

Conforme esta análise, a Administração direta trata-se de órgãos centralizados que não possuem personalidade jurídica própria e que são subordinados de maneira direta à União, estados, município e ao Distrito Federal. Já a Administração indireta trata-se de entidades administrativas que possuem personalidade jurídica própria e são entes descentralizados, que são: fundações públicas, empresas públicas, autarquias e sociedades de economia mista.

Por fim, conforme a susa análise sobre a conceituação da Administração Pública e suas vertentes, cumpre doravante dar enfoque aos princípios da Administração, que sustentam sua organização.

4.2 Princípios Constitucionais da Administração Pública

A Administração Pública traz consigo inúmeros princípios norteadores, que, sem dúvidas, são responsáveis por estruturar a base da gestão pública e que são imprescindíveis para legitimar um sistema administrativo eficiente e apropriado.

Nos cumpre limitarmos, entretanto, apenas aos princípios constitucionais da Administração Pública, vez que os seguintes princípios são os responsáveis por alicerçar a aplicação e a funcionalidade do uso da arbitragem pela Administração Pública.

O primeiro deles é o princípio da Legalidade e tratando deste princípio, aponta Di Pietro (2014, p. 64-65) que:

Segundo o princípio da legalidade, a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite. No âmbito das relações entre particulares, o princípio aplicável é o da autonomia da vontade, que lhes permite fazer tudo o que a lei não proíbe.

[...] Em decorrência disso, a Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administradores; para tanto, ela depende de lei.

Assim, a autora conceitua a legalidade como um princípio que impõe que os atos administrativos devem estar em plena conformidade com a lei, uma vez que não há liberdade e vontade pessoal, mas sim uma limitação ao que está previsto em lei.

Outro princípio é o da Moralidade, que nas palavras de Paludo (2010, p. 26):

O princípio da moralidade também está contido na Constituição Federal. Trata-se da moralidade administrativa; é a partir dela que o Estado define o desempenho da função administrativa, segundo uma ordem ética acordada com os valores sociais prevaletentes e voltada à realização de seus fins.

[...] O princípio da moralidade exige do servidor público o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá de decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas principalmente entre o honesto e o desonesto.

Ainda sobre este princípio, Meirelles (2000, p. 84) aponta:

É certo que a moralidade do ato administrativo juntamente a sua legalidade e finalidade, além de sua adequação aos demais princípios constituem pressupostos de validade sem os quais toda atividade pública será ilegítima.

Portanto, em consonância aos pontos de vista jurídico apresentados, o princípio da moralidade consiste em estabelecer padrões éticos e morais para servirem de base para as condutas de seus servidores, buscando o melhor resultado em prol da comunidade, e uma vez ocorrendo sua inobservância, recairá em improbidade administrativa.

A Impessoalidade trata-se de mais um princípio da Administração Pública que convém versar no presente trabalho. De acordo com Nascimento (2013, p. 53-54):

O princípio da impessoalidade pode ser compreendido em três acepções, a depender do ângulo em que o analisamos.

A primeira acepção se coaduna com o princípio da isonomia, mediante o qual a Administração Pública deve dispensar a todos tratamento igualitário, sem discriminações desarrazoadas, benéficas ou detrimetosas.

[...]

A segunda acepção do princípio da impessoalidade é eleger o interesse público como o único objetivo possível e lícito a ser buscado pela Administração, Trata-se de aplicar o princípio da finalidade, pelo qual todo ato praticado pela Administração Pública deve ser orientado para satisfazer o bem coletivo, qualquer ato administrativo que se distanciasse dessa finalidade será tido por ilegítimo e deverá ser retirado do mundo jurídico.

[...]

Por fim, a terceira acepção do princípio da impessoalidade é a vedação a promoção pessoal de agentes públicos às expensas das propagandas oficiais.

Nota-se que é um princípio ainda um tanto quanto conturbado na doutrina, mas em suma, trata-se de um princípio que instrui os agentes públicos a praticarem, somente, os atos para o seu fim legal e não para promoverem realizações, objetivos e benefícios pessoais.

No que se refere ao princípio da Publicidade, o professor e Procurador-Geral do Ministério Público Furtado (2010, p. 112) dispõe:

O princípio da publicidade pode ser traduzido como o dever da Administração de dar transparência aos seus atos. A divulgação dos atos e dos procedimentos administrativos realiza, ademais, a moralidade administrativa.

Ainda, Paludo (2010, p. 26):

Esse princípio consagra o dever administrativo de manter a transparência em seus comportamentos. A finalidade da publicação é dar conhecimento dos atos e ações ao público em geral, e iniciar a produção de seus efeitos.

Assim, analisando as perspectivas dos autores acima, pode-se facilmente concluir que a os atos da Administração Pública devem ser publicados e divulgados, com o fito de assegurar a fiscalização social.

Importante esclarecer que tal princípio terá exceção nos casos de segurança nacional e quando houver intimidade ou interesse social, conforme aponta Furtado (2010, p. 113):

O texto constitucional admite, todavia, poucas exceções ao princípio publicidade. O art. 5º, XXXIII, dispõe que 'todos têm direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestados no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, *ressalvas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado*'. Outro dispositivo que igualmente permite alguma restrição à divulgação dos atos (art. 5º, LX) dispõe no sentido de que 'a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou interesse social o exigirem'.

Desta forma, o que se busca com o princípio da publicidade é manter a transparência e propiciar o conhecimento das condutas dos entes administrativos à população.

Outro princípio que cumpre trazer à baila é o da Eficiência, cuja professora Marinela (2014, p. 44), muito bem deslinda:

A eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. Consiste na busca de resultados práticos de produtividade, de economicidade, com a conseqüente redução de desperdícios do dinheiro público e rendimentos típicos da iniciativa privada, sendo que, nessa situação, o lucro é do povo; quem ganha é o bem comum.

Moraes (2000, p. 232) complementa:

A persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar-se desperdícios e garantir-se uma maior rentabilidade social.

Portanto, por este princípio exige-se a prestação de um serviço público satisfatório, exige-se o dever de bem administrar, a fim de gerar bons resultados aos propósitos do Estado, inclusive sob o guarda-chuva econômico.

Atina-se que a Administração Pública é um instituto que necessita de seus princípios para uma gestão apropriada, sendo de fundamental importância a aplicação destes princípios cumulativamente para a íntegra existência da sistemática funcional do organismo público.

4.3 Contratos Administrativos

Os contratos administrativos tratam-se de ajustes celebrados pela Administração Pública para a consecução de objetivos de interesse público, conforme preconiza Di Pietro (2013, p. 263):

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.

Não obstante, Marinela (2014, p. 519) nos traz a seguinte conceituação de contratos administrativos:

Contrato Administrativo é a convenção estabelecida entre duas ou mais pessoas para constituir, regular ou extinguir entre elas uma relação jurídica patrimonial, tendo sempre a participação do Poder Público, visando à persecução de um interesse coletivo, sendo regido pelo direito público. É o ajuste que a Administração Pública firma com o particular ou outro ente público, para a consecução de interesse coletivo.

Dessa forma, o contrato administrativo trata-se de um acordo de vontades que vinculam a Administração Pública e as demais entidades, com os mais diversos fins, mas objetivando sempre atender as demandas da Administração Pública.

Ainda, há que se ressaltar que alguns doutrinadores dividem-se quanto à denominação “contratos administrativos”. Para alguns, tal expressão apenas se aplica aos contratos regidos pelo direito público, e quando for o caso de contratos firmados entre particulares, utiliza-se a expressão “contratos da administração”, como sabiamente aponta Marinela (2014, p. 471):

Inicialmente, convém fazer um alerta para a divergência doutrinária quanto à definição dos contratos administrativos. Para a maioria dos doutrinadores, nem todo contrato celebrado pelo Poder Público tem natureza de contrato administrativo, preferindo-se como terminologia geral ‘contratos da administração’. Essa expressão, em sentido amplo, visa alcançar todos os ajustes bilaterais firmados pela Administração, correspondendo a um gênero. Entretanto, quando esses contratos são regidos pelo direito privado, denominam-se ‘contratos privados da Administração’ e, quando regidos pelo direito público, recebem o nome de ‘contratos administrativos’.

Assim, possuímos contratos administrativos, que serão regidos por normas publicísticas, bem como contratos de direito privado, que receberão maior incidência de normas de direito privado.

Pois bem, o contrato é um instrumento firmado por cláusulas, sendo que algumas são necessárias, leia-se; obrigatórias, sendo que a ausência gera automaticamente a nulidade do instrumento, segundo o que preconiza Marinela (2014, p. 476):

As cláusulas necessárias do contrato administrativo estão elencadas no art.

55 da Lei nº 8.666/93. São ditas obrigatórias e indispensáveis em todo contrato, devendo ser previstas de forma clara e precisa e sua ausência deve gerar a nulidade do contrato.

Com relação às características do contrato administrativo, ele será, cumulativamente: consensual, oneroso, formal e comutativo, que segundo explica Nascimento (2013, p. 596-597):

O consensualismo dos contratos administrativos deflagra-se pelo fato de ser um acordo de vontades entre as partes da relação negocial. No campo do Direito Administrativo, não há contrato unilateral. Todo e qualquer contrato administrativo surge da livre conjunção de vontades entre a Administração e a outra pessoa, física ou jurídica.

[...] Os contratos também gozam de onerosidade, que impõe uma relação de deveres e vantagens para as partes envolvidas na relação negocial.

[...]

A cumulatidade significa, nesse contexto, a relação de equivalência entre as prestações e contraprestações efetuadas pelas partes. Assim, nos contratos administrativos, não basta que as obrigações e direitos contratuais sejam recíprocas (onerosidade). Além disso, é necessário que estas prestações guardem entre si uma relação de proporcionalidade em que as obrigações de uma das partes correspondam exatamente aos direitos que esta usufrui da relação contratual.

[...]

O formalismo nos contratos administrativos é exigência inafastável, por representar uma garantia para os administradores e para a própria Administração. Assim, o contrato administrativo para ser válido, deve seguir diversos requisitos formais especiais estabelecidos em lei.

Furtado (2010, p. 351), elucida claramente a respeito da última consideração a respeito do contrato administrativo:

O contrato administrativo não é considerado ato administrativo, porque somente se aperfeiçoa, obrigando os interessados (Administração Pública contratante e particular contratado), se eles consentirem, se manifestarem sua vontade a ser materializada no instrumento do contrato. O ato administrativo, ao contrário, aperfeiçoa-se e está apto a produzir seus efeitos com a simples manifestação de vontade da Administração.

Significativo mencionar que o conteúdo sobre contratos administrativos é extenso e abundante, vez que o instrumento possui diversas características e peculiaridades, entretanto, buscou-se filtrar o que considera-se relevante para a melhor compreensão da submissão destes contratos à arbitragem, uma vez que será melhor fomentado em capítulo próprio, sem antes discorrer sobre os contratos administrativos.

4.4 Disponibilidade do Patrimônio Público

Definir o conceito dos bens públicos e explicar os seus limites é de suma importância em razão da possibilidade de usá-los ou não no instituto arbitral. Portanto, primeiramente insta elucidar o que é bem público para então abordar sobre sua disponibilidade.

Conforme o Código Civil, em seu artigo 98, os bens públicos:

São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.

Sobre o conceito, a autora Marinela (2014, p. 856) dispõe de forma cuidadosa:

É assente na doutrina que são bens públicos os pertencentes às pessoas jurídicas de direito público, podendo ser corpóreos, incorpóreos, móveis, imóveis, semoventes, créditos, direitos e ações. Assim, os bens da União, dos Estados, Municípios e Distrito Federal, além de suas autarquias e fundações públicas de direito público são todos dessa categoria, independentemente de sua natureza ou de estarem ou não sendo utilizados para a prestação de serviços públicos, sendo a vinculação indiferente nesse caso.

[...] Diante das alegações apresentadas, é possível concluir que os bens pertencentes às pessoas privadas são bens privados, seguindo o disposto no Código Civil, mas, em razão de outras regras do ordenamento jurídico, se esses bens estiverem ligados diretamente à prestação de serviços públicos, ou afetados a outra finalidade pública (por exemplo, a ambiental), eles seguirão o regime de bens públicos. Isso também não significa que sejam efetivamente bens públicos, mas que sigam em algumas situações a proteção e o rigor do regime público. Por fim, vale lembrar que esse tratamento especial está condicionado à manutenção da finalidade pública, à afetação.

Portanto, conjugando a conceituação legislativa com a conceituação doutrinária, explica-se que os bens públicos são aqueles bens pertencentes às pessoas de Direito Público e que são fundamentais para a realização das atividades públicas.

No tocante à disponibilidade, os bens públicos dividem-se em três, que conforme aponta Nascimento (2013, p. 762):

Bens indisponíveis por natureza são os que possuem natureza não patrimonial (impossibilidade de avaliação pecuniária), e por isso não se encontram disponíveis, ou seja, não podem ser alienados, onerados ou desvinculados de suas finalidades essenciais.

[...]

Bens patrimoniais indisponíveis são bens que, embora possuam natureza

patrimonial, estão gravados com a indisponibilidade. Ou seja, não podem ser alienados por estarem empregados numa finalidade pública específica.

[...]

Bens patrimoniais disponíveis são todos aqueles que, além de possuir natureza patrimonial (susceptibilidade de mensuração econômica), não estão empregados a uma destinação pública e, por isso, podem ser alienados pela Administração, desde que obedecidos alguns critérios fixados em lei.

De acordo com a classificação acima apresentada, os bens públicos de uso comum do povo e os bens públicos de uso especial não podem ser alienados e entram na classificação de bens indisponíveis por natureza e bens patrimoniais indisponíveis, respectivamente.

Já os bens públicos dominicais dizem respeito aos bens públicos patrimoniais disponíveis, portanto, quando o bem público entrar nesta classificação, ele poderá ser alienado, o que predispõe o artigo 101 do Código Civil “Os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei”.

Portanto, os bens dominicais, também chamados de dominiais, podem ser alienados, pois são bens disponíveis, sendo que são de propriedade e domínio do Estado, mas não estão afetados ou destinados à atividade pública específica.

5 REFORMA DA LEI DE ARBITRAGEM (LEI Nº 13.129/2015)

A reforma da Lei de Arbitragem nº 13.129/15, publicada em 2015, esclareceu e aperfeiçoou diversos dispositivos da Lei nº 9.307/96, bem como ampliou a possibilidade de utilização do método de resolução de conflitos, incluindo a possibilidade da aplicação da arbitragem em resolução de litígios na esfera da Administração Pública.

As propostas de mudança já percorriam o Congresso desde o ano de 2013, quando então finalmente foi sancionada a Lei em 2015, trazendo melhorias e avanços a fim de proporcionar uma maior credibilidade à aplicabilidade ao instituto.

O advento da nova norma ampliou de forma significativa alguns pontos de atuação da arbitragem, como também revogou algumas proposições da Lei de 1996. À luz destas mudanças, os tópicos a seguir se propõem a estudar, de forma

elucidativa, a reforma da Lei da Arbitragem que permitiu, de maneira expressa, a utilização do instituto arbitral nos contratos envolvendo a Administração Pública.

Verdade é que a possibilidade de utilização da Arbitragem na Administração Pública dirimiu diversas polêmicas sobre o tema, entretanto, apesar da lei ter trazido a possibilidade da participação da Administração Pública pelo instituto arbitral, o legislador não abordou o assunto de maneira minuciosa, na medida em que não delimitou quais seriam os direitos materiais disponíveis e não definiu o procedimento da aplicação da arbitragem na esfera da Administração Pública, leia-se: seus limites e alcances.

Diante dessas premissas, resta a análise mais apurada a respeito desta nova forma de utilização do instituto arbitral, objetivando uma melhor compreensão a respeito da nova regra.

5.1 Arbitragem e Administração Pública

Pois bem, a reforma da Lei de Arbitragem consolidou diversos temas que já foram debatidos por juristas e doutrinadores, e um deles diz respeito à aplicação da arbitragem pela Administração Pública.

O conteúdo acompanha a Lei de 2015, que, em seu artigo 1º, parágrafo 1º, acrescentou a possibilidade da Administração Pública aplicar o instituto da arbitragem para resolução de conflito de direitos patrimoniais disponíveis, dirimindo a controvérsia a respeito de seu cabimento ou não.

O artigo 1º da Lei de 9.307/96 em conjunto com as alterações da Lei 13.129/15, dispõe que:

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

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

§ 2º A autoridade ou o órgão competente da Administração Pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações. (grifo nosso).

Ressalta-se que o tema não era tratado na Lei nº 9.307/1996, (considerada até então a normal geral a respeito da arbitragem), havendo apenas diplomas esparsos e entendimento doutrinário a respeito da possibilidade do uso da arbitragem

para dirimir conflitos na esfera pública.

Ainda, destaca-se que o uso da arbitragem para dirimir conflitos dos entes públicos já era utilizada neste cenário normativo, quer dizer, mesmo não havendo uma previsão legal sobre a questão, a Administração Pública já se utilizava do instituto arbitral para dirimir alguns de seus conflitos na prática, dado que a Administração Pública também tem interesse em ter seus litígios resolvidos de maneira ágil, assim como que seus conflitos sejam resolvidos por um terceiro especialista na matéria posta em discussão, coisa que é permitida no processo arbitral.

Apesar da constitucionalidade, esta matéria passou a ser prevista somente em 2015 com o advento da Lei nº 13.129/15, conforme apresentam Melo e Beneduzzi (2016, p. 413):

Com a edição da LA, abandonou-se a hostilidade ao instituto, e as arbitragens com o poder público, conquanto não tivessem previsão genérica, foram aceitas pela doutrina majoritária e pela jurisprudência do STJ. Com as modificações introduzidas pela Lei 13.129, de 26.05.2015, tornou-se indubitosa a possibilidade de a Administração Pública se valer da arbitragem, que poderá ser utilizada pelo poder público sempre que tal opção for a mais eficiente para o adequado tratamento do interesse coletivo. Encerra-se, com a nova legislação, um longo período de desconfiança com relação à arbitragem no Brasil.

Portanto, com o advento da alteração da Lei de 2015, ficou expressamente positivado a permissão da Administração Pública direta e indireta adotar o instituto da arbitragem quando a controvérsia se tratar de direito patrimonial disponível.

Não obstante, as incertezas e inseguranças que assolavam o uso da arbitragem pela Administração Pública vêm sofrendo uma notável redução com a nova disposição a respeito do assunto, mas a alteração na Lei não solveu todos os embaraços sobre o tema, mediante isto, passa-se para o próximo tópico, a fim de levantar alguns de seus impasses.

5.2 Limites do Uso da Arbitragem pela Administração Pública

A consolidação do uso da arbitragem pela Administração Pública lhe traz determinada sobrecarga de singularidades. Estas particularidades derivam-se do fato do Poder Público ser norteado por princípios próprios e regras de regime democrático, principalmente em razão da garantia que suas condutas sejam passadas pela fiscalização e controle social.

Assim, a Administração Pública deve conduzir seus atos tendo por vista os princípios e preceitos insculpidos na Carta Constitucional, caso contrário seus atos serão considerados nulos.

Portanto, cabe às partes, ao árbitro e aos demais envolvidos, a adaptação e harmonização das especificidades da Administração Pública para o fim de compatibilizá-la e abrir a possibilidade do uso da arbitragem para dirimir seus conflitos.

Por conseguinte, haja vista a necessidade de releitura dos princípios, estudou-se três importantes especificidades necessárias para tornar possível a aplicação do instituto arbitral nos conflitos envolvendo a Administração Pública. Desta feita, relatou-se sobre os seguintes limites:

5.2.1 Restrição Quanto os Direitos Patrimoniais Disponíveis

No presente caso, o limite que restringe o uso da arbitragem pela Administração Pública apenas aos direitos patrimoniais disponíveis é auferida em lei, conforme o já aludido artigo 1º da Lei de 2015.

A Administração Pública, portanto, ao firmar em seus contratos ou em seus editais a cláusula arbitral, deverá sempre fazê-lo mediante assuntos de direito patrimonial disponível.

Sobre este assunto, Nohara (2017, s.p.)

[...] agora há uma AUTORIZAÇÃO GENÉRICA que faculta o uso da arbitragem para resolução dos conflitos, o que mitiga a força dos argumentos passados no sentido da necessidade de autorização legal específica. Note-se que a partir de então o aspecto central da problemática do uso da arbitragem concentrou-se na chamada ARBITRABILIDADE OBJETIVA, isto é, no limite do uso do meio no tocante a DIREITOS PATRIMONIAIS DISPONÍVEIS. (grifo do autor).

Não restam maiores dúvidas quanto ao tocante do objeto que poderá ser submetido à arbitragem, vez que, para que o litígio da Administração Pública seja arbitrável, este deverá tratar de direito patrimonial e de direito disponível.

5.2.2 Publicidade da Arbitragem na Administração Pública

Como apresentado nos capítulos e tópicos acima, a arbitragem possui como uma de suas melhores vantagens e um de seus mais importantes princípios a

confidencialidade. A confidencialidade diz respeito ao sigilo das informações, dos fatos, da decisão do árbitro, ou seja, sigilo sobre todos os atos praticados durante e após o processo arbitral.

Inversamente, a Administração Pública é pautada pelo princípio da publicidade, como também explicado acima. Portanto, os agentes públicos devem prestar contas de seus atos, uma vez que são submetidos à fiscalização social.

Assim, enquanto na arbitragem prevalece o princípio da confidencialidade e do sigilo, a Administração Pública é norteadada pelo princípio da publicidade e transparência. Neste íterim, uma vez a Administração Pública utilizando-se da arbitragem para dirimir seus conflitos e interesses, surge um evidente conflito entre os princípios, assim, qual deles prevalecerá? Qual princípio será mais pujante?

O que trata o artigo 2º, §3º da Lei 13.129/2015 é que “A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade”.

Ocorre que, através de estudos sobre este recente tema, chegou-se à conclusão de que haverá uma certa flexibilidade quando se tratar de confidencialidade das matérias de ordem pública submetidas à arbitragem. Assim, ao analisar o caso concreto, deverá conservar o máximo possível a aplicação da publicidade no procedimento arbitral relativos à Administração Pública, principalmente a transparência sobre a decisão arbitral. A respeito disso, MELLO (2015, p. 21) discorre que:

No direito brasileiro, os particulares podem livremente pactuar que o procedimento arbitral de que são partes tramite em sigilo. Trata-se de uma faculdade, todavia, que simplesmente não está ao alcance da Administração Pública, tendo em vista o disposto no art. 37 da CF. De consequência, os procedimentos arbitrais em que a Administração Pública figure como parte não podem tramitar em sigilo. Se dúvida pudesse haver, a Lei n.º 9.307/1996, na redação que lhe deu a recente Lei n.º 13.129/2015, afastou-a, assim dispondo no § 3º do art. 2º: ‘A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade’.

Em contrapartida, há quem defenda ainda que a publicidade deva ser aplicada visando o aspecto subjetivo, objetivo e bilateral, sendo que nem sempre haverá a prevalência do princípio da publicidade, conforme Araújo Neto (2016, p. 08)

No aspecto subjetivo, a hipótese de incidência do princípio da publicidade recai onde estiver presente um ato unilateral da Administração Pública, qualquer que ele seja, uma vez que a sua própria atuação se baseia na

publicidade de seus atos, em decorrência do art. 37 da CF. Por sua vez, os atos institucionais que dão significação normativa (modo de cumprimento, exceções) ao princípio da publicidade, nessa hipótese, extraem-se das próprias leis que informam o regime jurídico administrativo.

[...] No aspecto objetivo, por outro lado, há de se identificar a natureza do ato ou a prevalência do interesse que ele representa, para que se decida sobre a exclusão de qualquer possibilidade de ser acobertado pela confidencialidade.

Em contrapartida, quando o ato apresentar natureza bilateral, por reportar a entendimento e interesses tanto do agente privado quanto da Administração Pública [...] o princípio da publicidade pode encontrar uma significação diferente daquela que lhe é dada no regime jurídico administrativo, pois, para esses casos, há uma justaposição de interesses que, ao contrário do que afirma tradicional doutrina administrativa (MELLO, 2015, p. 60; MEIRELLES, 2001. p. 43), nem sempre é solucionada pela prevalência do interesse público sobre o interesse privado (BINENBOJM, 2008, p. 106-107). Nesses casos, portanto, devem-se pesquisar as normas que definem previamente qual dos interesses deve prevalecer (regras jurídicas).

Segundo o autor, no que diz respeito ao aspecto subjetivo, será aplicado o princípio da publicidade, uma vez que ao caso, o ato foi unilateralmente praticado pela Administração Pública. Já relativamente a natureza objetivo do ato, deverá ser analisado e sopesado qual a natureza do ato praticado ou qual a prevalência do interesse que ele representa (se é mais forte o interesse do agente privado ou da Administração Pública), para então averiguar-se a exclusão ou não da aplicação da confidencialidade. Por fim, quando o ato for de aspecto bilateral, deve-se estudar as normas que apregoam sobre a aplicação dos princípios para descobrir qual delas deve prevalecer, uma vez que, na visão do autor, nem sempre será aplicado de plano o princípio da publicidade.

5.2.3 Legalidade da Arbitragem na Administração Pública

Não diferente ocorre com o princípio da legalidade, uma vez que surte um certo conflito na aplicação deste princípio, pois a legalidade é um princípio que a Administração Pública sempre deverá obedecer, e caso não obedeça, seus atos serão nulos.

De plano cumpre esclarecer que com o advento da Lei de 13.129/2015, a discussão a respeito do uso da arbitragem pela Administração Pública, que incluiu de forma expressa em seu artigo essa possibilidade, fora encerrada, uma vez que tal possibilidade foi expressamente inserida em uma Lei de caráter nacional, restando evidente que o uso da Arbitragem pela Administração Pública não fere o princípio da legalidade, sendo possível o seu uso.

A este respeito, Ferreira Netto (2008, p. 37):

[...] se o Estado possui aptidão legal, advinda de sua personalidade jurídica de Direito Público, para negociar, transacionar, contrair obrigações, é natural e recomendável que busque formas céleres, pacíficas e eficientes para tanto, tendo em vista o mundo globalizado no qual vivemos e a evolução do Direito Administrativo para um Direito paritário. [...]. Deste modo, temos que o princípio da legalidade de fato não conflita com o princípio teleológico do interesse público, não pode inibir o princípio da eficácia previsto na Carta Magna, tampouco representa óbice à arbitrabilidade de transação de bens públicos pela Administração, pela indisponibilidade destes.

Em sentido diferente, houve discussões sobre o limite da arbitragem referente aos critérios de julgamento, pairando a dúvida se a sentença será fundada na legalidade (princípio da Administração Pública) ou na equidade (princípio da Arbitragem).

Previamente cumpre revelar que o princípio que prevalece é o da legalidade, sendo vedada a interpretação do árbitro por equidade quando for decidir conflitos envolvendo a Administração Pública, conforme o que dispõe o artigo 2º, §3º da Lei 13.129/2015, já colacionado no tópico acima.

Nas lições de Oliveira (2017, s.p.)

Neste sentido, foi bem-vinda a reforma da lei de arbitragem, que delimitou o critério de julgamento da arbitragem envolvendo a Administração Pública ao direito, relegando a equidade para as decisões entre particulares.

Assim, resta evidente que em decisão arbitral envolvendo conflitos da Administração Pública, não haverá julgamento por equidade, vez que a equidade é pautada em critérios particulares, mais subjetivos, situação que não acompanha a Administração Pública, que pode submeter-se à critérios jurídicos e normativos. Portanto, uma vez a legalidade significando a submissão dos atos aos que a lei predispõe, o uso da arbitragem pela Administração Pública deve ser cometido de legalidade.

6 CONCLUSÃO

A primeira lei específica surgida no Brasil para tratar da arbitragem foi publicada em 1996, com a Lei nº 9.307/96. Desta feita, desde seu aparecimento no ordenamento jurídico, surgiram alguns dilemas em relação à alguns pontos específicos sobre a possibilidade do uso da arbitragem e seu procedimento.

Uma das principais controvérsias era com relação ao uso da arbitragem pela Administração Pública, uma vez que a Lei 9.307/96 não fazia menção à essa possibilidade, gerando controvérsias na doutrina.

Assim, em 2015 houve a reforma da Lei de Arbitragem com a publicação da Lei nº 13.129/15, que trouxe o amadurecimento e ampliações da Lei nº 9.307/96 e, entre suas diversas expansões, houve o acréscimo da possibilidade do uso da arbitragem pela Administração Pública, nos artigos 1º e 2º.

Como se trata de um tema relativamente recente e, tendo em vista que a reforma da lei foi muito sutil e branda ao tratar do assunto, restou-se necessária uma análise com o fim de examinar sobre a aplicação do instituto arbitral nos contratos da Administração Pública.

Após estudar doutrinas e legislações, observou-se que o uso da

submissão da Administração Pública pela arbitragem exige determinados limites. Assim, a primeira delimitação encontrada diz respeito ao objeto do conflito que será discutido pela via arbitral, sendo que apenas os direitos patrimoniais disponíveis podem ser submetidos à arbitragem. Então, apenas os conflitos que decorrerem de contratos administrativos que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis poderão ser submetidos à arbitragem, conforme expresso em lei.

Ainda, uma vez a arbitragem sendo pautada pelo princípio da confidencialidade, mas a administração sendo pautada pelo princípio da publicidade, constatou-se haver a prevalência deste sob aquele, portanto, a haverá publicidade dos atos e processos arbitrais quando envolver a Administração Pública.

Por fim, no que diz respeito ao princípio da legalidade, a positivação da via arbitral como forma de dirimir litígios da Administração Pública faz com que a questão não entre mais em um campo duvidoso e, ainda, o árbitro deverá observar a lei em detrimento da equidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO NETO, Pedro Irineu de Moura. **A confidencialidade do procedimento arbitral e o princípio da publicidade**. Revista de Informação Legislativa. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/212/ril_v53_n212_p139.pdf>. Acesso em: 25.set.2018.

BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de Arbitragem no Termos da Lei nº 9.307/96**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 27.out.2018.

BRASIL. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Lei da Arbitragem**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 27.out.2018.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Arbitragem: Alguns Aspectos do Processo e do Procedimento na Lei nº 9.307/96**. São Paulo: Editora de Direito, 2000.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11 ed., São Paulo: Editora LTr, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27 ed., São Paulo: Atlas, 2014.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Fundamentos de Direito Administrativo**. 2 ed., São Paulo: Atlas, 2002.

FERREIRA NETTO, Cássio Telles. **Contratos Administrativos e Arbitragem**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 2 ed. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2010.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. **Arbitragem e Convenção Arbitral**. 1 ed., Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2006.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 8 ed., Niterói, Editora Impetus, 2004.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 23 ed., São Paulo: Editora Atlas S.A., 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZZI, Renato Rezende. **A Reforma da Arbitragem**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.

MELLO, Rafael Munhoz de. **Arbitragem e Administração Pública**. 2015, Disponível em: <http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/Revista_PGE_2015/Artigo_2_Arbitragem_e_Administracao_publica.pdf>. Acesso em: 21.out.2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2000

MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Mediação e Arbitragem**: Alternativas à Jurisdição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

NASCIMENTO, Elyesley Silva do. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2013.

NOHARA, Irene. **Arbitragem nos contratos administrativos de infraestrutura e interesse patrimonial disponível**: a fênix ou o cavalo de troia?. 2017. Disponível em: <<https://direitoadm.com.br/arbitragem-nos-contratos-administrativos/>>. Acesso em: 27.out.2018

NUNES, Caio de Faro. **Arbitragem aos olhos do Judiciário brasileiro**. 2016. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao072/Caio_Nunes.html>. Acesso em: 24.set.2018.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Especificidades do processo arbitral envolvendo a Administração Pública**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. 1 ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/49/edicao-1/especificidades-do-processo-arbitral-envolvendo-a-administracao-publica>>. Acesso em: 28.out.2018.

PALUDO, Augustinho Vicente. **Administração Pública: teoria e questões**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

ROCHA, José de Albuquerque. **Lei de Arbitragem: Uma Avaliação Crítica**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2008.

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **A Prática da Mediação e o Acesso à Justiça**. 1 ed., Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Mediação de Conflitos: Família, Escola e Comunidade**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

SANTOS, Soares Stersi dos. **Noções Gerais da Arbitragem**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual da Arbitragem**. 3 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SOARES, Tamírames de Almeida Damásio. **As Vantagens e Desvantagens do Procedimento Arbitral e o Limite Mínimo da Publicidade nas Controvérsias que Envolvem a Administração Pública**. 2016. Disponível em: <<http://indexlaw.org/index.php/rdagp/article/view/638>>. Acesso em: 25.set.2018.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Os “segredos” da arbitragem**. 2 ed., São Paulo: Saraiva, 2017.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. **Os Princípios Norteadores do Direito e a Arbitragem**.(s.d.). Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/arbitragem.pdf>>. Acesso em: 25.set.2018.

YOSHIDA, Márcio. **Arbitragem Trabalhista: Um Novo Horizonte para a Solução dos Conflitos Laborais**. São Paulo: Editora LTr, 2006.