

A arbitragem nos contratos da Administração Pública: um meio alternativo de resolução de conflitos na hipermodernidade

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

Arbitration in Public Administration Contracts: An Alternative Dispute Resolution Mechanism in Hypermodernity

SÉRVIO TÚLIO SANTOS VIEIRA ¹ 

Resumo

A possibilidade de a arbitragem servir de meio alternativo de resolução de conflitos decorrentes de contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas vinha suscitando dúvidas. As Leis nº 8.666/1993 (Licitações e Contratos), nº 8.987/1995 (Concessão

- ¹ Desembargador (aposentado) do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ). Professor titular (aposentado) e ex-vice-diretor da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), Niterói, RJ, Brasil. Pós-doutor em Direito pela Universidad del Museo Social Argentino (UMSA), Buenos Aires, CABA, Argentina. Doutor em Direitos, Instituições e Negócios pelo Programa de Pós-Graduação em Direitos, Instituições e Negócios (PPGDIN) da UFF. Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela UMSA. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito (PPGSD) da UFF. Bacharel em Direito pela UFF. Bacharel em Ciências Administrativas pela Sociedade Universitária Augusto Motta (UNISUAM), Rio de Janeiro, RJ, Brasil.

Orcid: <https://orcid.org/0009-0006-5407-1850>

Submissão em: 28/05/2026 | Aprovação em: 28/07/2026

Editor-Chefe: Elton Martinez Carvalho Leme

Editor da Área de Doutrina: Eduardo Antônio Klausner



Este é um artigo de acesso aberto distribuído nos termos da Licença Creative Commons Atribuição 4.0 Internacional

>>|

<< Sumário

e Permissão da Prestação de Serviços Públicos) e nº 11.079/2004 (Licitação e Contratação de Parceria Público-Privada) autorizaram o Poder Público a celebrar contratos administrativos. A Lei nº 8.987/1995 foi alterada pela Lei nº 11.196/2005, ao passo que a Lei nº 9.307/1996 (Lei da Arbitragem) — que não se referia a contratos administrativos — foi modificada pela Lei nº 13.129/2015, facultando à Administração Pública optar pela arbitragem. Ainda assim, as dúvidas continuaram, com debates doutrinários de renomados administrativistas, até a edição da Lei nº 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações e Contratos), que revogou a Lei nº 8.666/1993, omissa quanto ao uso da arbitragem para resolver questões referentes aos contratos administrativos. Esse novo diploma legal, contudo, arrefeceu os debates, restando apenas dúvidas pertinentes ao confronto da cláusula de confidencialidade com a estrita observância dos princípios da publicidade e legalidade no processo, por envolver a Administração Pública, cumprimento da decisão e outras peculiaridades do procedimento arbitral. A interpretação das normas da Lei Processual Civil vigente a partir de 2016 e de diplomas legais editados na Era Hipermóderna, pelos doutrinadores processualistas e administrativistas, consagraram a admissibilidade da arbitragem como meio alternativo de resolução de conflitos provenientes de contratos administrativos.

Palavras-chave: arbitramento nos convênios do Poder Público; litígios; invocação do procedimento extrajudicial; possibilidade.

Abstract

In Brazil, the possibility of arbitration serving as an alternative means of resolving disputes arising from contracts entered into by the Public Administration with natural or legal persons had long raised questions. Laws nº 8,666/1993 (Public Procurement and Contracts), nº 8,987/1995 (Concession and Permission for the Provision of Public Services) and nº 11,079/2004 (Public Procurement and Public-Private Partnership Contracts) authorized the Public Authorities to enter into administrative contracts. Law nº 8,987/1995 was amended by Law nº 11.196/2005, and Law nº 9,307/1996 (the Brazilian Arbitration Act) — which made no reference to administrative contracts — was amended by Law nº 13,129/2015, allowing the Public Administration to opt for arbitration. Even so, doubts persisted, with doctrinal debates

among renowned administrative law scholars, until the enactment of Law nº 14,133/2021 (the new Public Procurement and Administrative Contracts Law), which repealed Law nº 8,666/1993, a statute that had been silent as to the use of arbitration to resolve matters relating to administrative contracts. This new legal statute, however, tempered the debates, leaving only questions concerning the conflict between confidentiality clauses and the strict observance of the principles of publicity and legality in the proceedings, given the involvement of the Public Administration, as well as issues relating to compliance with the award and other peculiarities of arbitral procedure. The interpretation of the rules of the Brazilian Civil Procedure Law, in force as of 2016, together with statutes enacted in the Hypermodern Era, by procedural and administrative law scholars, has established the admissibility of arbitration as an alternative means of resolving disputes arising from administrative contracts.

Keywords: arbitration in Public Authorities agreements; disputes; recourse to extrajudicial procedure; possibility.

Introdução

O presente texto desenvolve estudo acerca da arbitragem nos contratos da Administração Pública, como meio alternativo de resolução dos conflitos deles decorrentes, na Era Hipermoderna. Para atender às multifárias esferas da sua atividade com eficiência, a Administração Pública foi autorizada a celebrar contratos com pessoas físicas e jurídicas após a vigência das Leis nº 8.666/1993 (Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos), nº 8.987/1995 (Lei das Concessões e Permissões de Prestação de Serviços Públicos), nº 11.079/2004 (Lei das Parcerias Público-Privadas) e 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos), que revogou a Lei nº 8.666/1993. Autorizada, ainda, a introduzir cláusula compromissória nos contratos que ajusta com aquelas pessoas, e a se servir da arbitragem, conforme o disposto nas Leis nº 11.196/2005 (Lei de Incentivo à Inovação Tecnológica) e nº 13.129/2015 (Nova Lei de Arbitragem), que alteraram, respectivamente, as Leis nº 8.987/1995 e nº 9.307/1996 (Lei de Arbitragem), a Administração Pública — conhecendo os entraves da jurisdição estatal, mesmo

desfrutando das prerrogativas instituídas em seu benefício, mantidas pelo Estatuto Processualístico (arts. 183, 247, III, 535 e 910) – pode optar por não deflagrar demanda judicial, ou seja, deixar de aforar a *res in judicio deducta* e preferir se socorrer do juízo arbitral, espécie de heterocomposição, para obter a resolução do conflito, traduzida na solução da controvérsia por protagonista processual destituído de jurisdição, mas com poder de justiça administrativa ou coexistencial. Após a edição dos sobreditos diplomas legais, persistiram algumas dúvidas sobre a admissibilidade da arbitragem no âmbito da Administração Pública, em razão dos princípios e características que regem sua atividade, de índole constitucional, e dos que regem aquele meio de heterocomposição, que, em certos pontos do procedimento, se conflitam. No entanto, com a alteração da Lei da Arbitragem em 2015 e a vigência do Código de Processo Civil, em 2016, as dúvidas sobre a admissibilidade da arbitragem restaram afastadas. As concernentes às alterações legislativas e princípios e normas da Constituição da República são objeto de reflexões, tais como a aplicação dos princípios da legalidade e da publicidade, com rechaço da cláusula de confidencialidade; a competência do juízo arbitral para decidir sobre a validade da convenção arbitral, com o afastamento da decisão pela jurisdição estatal, e o cumprimento da decisão por meio de precatório, de acordo com o art. 100 da Carta da República, incidindo as normas dos arts. 534, 535 e § 3º da Lei Processual Civil.

1. Considerações históricas

1.1. Modernidade, pós-modernidade, hipermodernidade, conflitos e pronta solução

Para uma parte dos cientistas sociais, o marco inicial da modernidade é a Revolução Francesa. A Grande Revolução passou a ser considerada o *dies a quo* da modernidade, por haver posto fim ao Antigo Regime, período em que privilégios beneficiavam, apenas, certos grupos sociais, uma vez que o indivíduo era considerado um mero integrante da coletividade, sem direito de atuar por si. A Revolução rompeu com a concessão de benefícios apenas aos privilegiados. Enfatiza Kumar (2006, p. 119): “A Revolução Francesa,

tornou-se comum dizer, levou o mundo para uma nova era da história. Marcou o nascimento da modernidade — isto é, de uma época que está em constante formação e reformação diante de nossos olhos”. Na verdade, a Revolução Francesa consolidou a Era Moderna, uma vez que, para outra parte dos cientistas sociais, a modernidade teve início por volta do século XVII.

Assim, a modernidade é proveniente de fatos sociais que antecederam a Grande Revolução. Ela teria início por ocasião das mudanças de estilo, hábitos de vida e de organização social ocorridas na Europa, no século XVII, que se espargiram pelo mundo. Anthony Giddens prefere conceituar a modernidade sem aludir ao seu marco inicial. Com esteio em Max Weber, afirma que se cogita de “[...] estilo, costume de vida ou organização social que emergiram na Europa a partir do século XVII e que ulteriormente se tornaram mais ou menos mundiais em sua influência” (Giddens, 1991, p. 11). No mesmo sentido, Bauman afirma que a modernidade se identifica com “[...] um período histórico que começou na Europa Ocidental no século XVII com uma série de transformações socioestruturais e intelectuais profundas” (Bauman, 1999, p. 299-300), ao passo que Fridman assevera que a modernidade “[...] é uma designação abrangente para uma série de mudanças materiais, sociais, intelectuais e políticas que tiveram seu ponto de partida no final do século XVII, na Europa, com a emergência e a difusão do Iluminismo” (Fridman, 2000, p. 9-10).

Do ângulo objetivo, encampando a Revolução Francesa como termo inicial ou *dies a quo* da modernidade, é inequívoco que ela é responsável pela modificação do comportamento social, ao adotar novos princípios e carrear para a época moderna características, atributos e consectários diferenciados. As mudanças provenientes da Grande Revolução vêm se protraindo até os dias coevos, embora com uma nova roupagem.

Dentre os princípios da modernidade, destacam-se a universalidade, a individualidade e a autonomia, todos direcionados ao indivíduo. O princípio da universalidade impõe que, nessa era, todos os indivíduos participativos da sociedade devem ser beneficiados, sem distinção. O princípio da individualidade recomenda o respeito à personalidade da pessoa, deixando de considerá-la como simples integrante da coletividade. O princípio da autonomia outorga ao

indivíduo o direito de pensar e de agir em qualquer espaço público, seja qual for sua ideologia ou religião, bem como o direito de adquirir bens e serviços para sua sobrevivência.

A valorização da razão é a principal característica da modernidade, além do desenvolvimento da autonomia e da liberdade. De conformidade com a preleção de Hansen: “Na esfera política, destarte, somente é considerado legítimo o governo que basear suas decisões em argumentos racionais, os quais possam ser conhecidos e discutidos pelos membros da sociedade e aceitos como válidos” (Hansen, 1999, p. 37).

No avanço do tempo, sem discutir se ocorreu o termo final da modernidade, exsurge a Era da Pós-Modernidade, designação popularizada nos meandros das ciências sociais por Jean-François Lyotard, a partir de 1979. Trata-se de uma era correspondente ao espaço de tempo posterior ao da modernidade — compreendida entre um pouco mais da segunda metade do século XX e o final deste —, que, em velocidade empreendida acima do razoável, caminha rumo à busca do novo, contribuindo ainda mais para a modificação do comportamento social. Para Lyotard, citado por Anthony Giddens, a pós-modernidade se traduz em uma época de “[...] deslocamento das tentativas de fundamentar a epistemologia, e da fé no progresso planejado humanamente” (Giddens, 1991, p. 12). A pós-modernidade é um novo tempo, sucessor da modernidade, no entendimento de respeitáveis pensadores, a exemplo de Bauman:

É de vital importância observar que a estratégia pós-moderna não implica a eliminação da moderna; ao contrário, ela não pode ser concebida sem a continuação desta última. Ao mesmo tempo em que a estratégia pós-moderna envolve o abandono das ambições universalistas da própria tradição dos intelectuais, ela não desdenha as ambições universalistas dos intelectuais quanto à sua própria tradição; eles mantêm aqui sua autoridade metaprofissional, legislando sobre as regras de procedimento que possibilitam arbitrar controvérsias de opinião e fazer afirmações de vocação vinculante (2010, p. 21).

Entendimento em sentido contrário sustenta que a pós-modernidade rompeu com a modernidade. Multifárias foram as transformações sociais e de paradigmas da modernidade que não merecem acolhida na pós-modernidade. É como compreende Nohara no estudo “Pós-modernidade e dissolução das fronteiras entre o público e privado”:

O conceito de pós-modernidade contrapõe-se inequivocamente ao de modernidade, seja para romper com alguns paradigmas modernos, ou mesmo, do ponto de vista dialético, devido às transformações processadas a partir de meados do século XX na sociedade, para desembocar numa síntese da modernidade, resultante do choque com suas próprias contradições (2016, p. 177).

Na fase de transição entre a modernidade e a pós-modernidade, com a paradoxal ruptura e prolongamento da primeira, na originalidade da segunda, Lipovetsky (2004, p. 56) afirma que “tudo se passa como se tivéssemos ido da era do *pós* para a era do *hiper*. Nasce uma nova sociedade moderna”. Consequentemente, é certo afirmar que não mais se vive em tempos da modernidade, e sim, nas designações de Bauman, do “[...] ‘fim da história’ da pós-modernidade, da ‘segunda modernidade’, da ‘sobremodernidade’, ou a articular a intuição de uma mudança radical no arranjo do convívio humano” (Bauman, 2001, p. 17), em que se verifica que as manifestações de vontade — que originam negócios jurídicos — se constituem em uma velocidade acima do normal, demandando solução dos conflitos, dela oriundos, consoante o mesmo movimento da sua formação.

Os indivíduos participativos anelam por meios de solução das controvérsias que não advenham exclusivamente de resoluções judiciais, em razão das excessivas formalidades dos atos processuais e da morosidade da Justiça. O acesso à justiça judiciária para resolver conflitos é a opção mais tradicional. Todas as Constituições, desde a Imperial, asseguram a todo cidadão ou estrangeiro residente no país o direito fundamental de ingresso em Juízo, tal como a vigente (art. 5º, XXXV, da Lei Fundamental). Entrementes, desde o

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

>>|

<< Sumário

início da Era Hipermoderna, vem se colocando à disposição dos indivíduos participativos meios alternativos de resolução de conflitos, hodiernamente chamados de processos da Justiça administrativa, extrajudicial, privada ou coexistencial. Assim, optando, *exempli gratia*, pela arbitragem, as partes em conflito podem obter, com celeridade, decisão emanada de experto equivalente à judicial — que se convola em título executivo — apta a ser cumprida.

A Administração Pública hipermoderna tem lastro, em parte, na desburocratização, pois dá pouca relevância ao cumprimento das formalidades procedimentais impostas pelas leis de regência para privilegiar os resultados obtidos, considerando que o princípio da eficiência restou introduzido no rol do art. 37 da Carta Federal pela Emenda Constitucional nº 19/1998. Em se tratando de entidades da Administração Pública descentralizada, notadamente duas das suas espécies, *id est*, as empresas públicas e as sociedades de economia mista — que têm personalidade de direito privado — estão autorizadas a firmar compromisso para perfilar o juízo arbitral. Se o contrato, máxime de concessão de serviço público, é celebrado no interesse público — motivador do ato administrativo que objetiva atingir a finalidade pública, como afirma Vieira (2021) —, afigura-se bem razoável a adoção da arbitragem como meio alternativo de resolução dos conflitos que podem emergir do negócio jurídico de conteúdo patrimonial.

1.2 Escorço histórico da arbitragem

Na retroatividade temporal, ultrapassando o recorte procedido no presente trabalho, cujo marco de estudo é a Era Moderna, afigura-se razoável enfatizar, ainda que brevemente, a adoção da arbitragem no Processo Civil romano. Na fase monárquica do Período Arcaico (753 a 130 a.C.), o feito tramitava de conformidade com as “ações da lei”, vale dizer, as *actiones legis*. Privativas do rei, ditas ações foram, mais adiante, parcialmente delegadas a dois magistrados auxiliares. O sistema processual era o *ordo iudiciorum privatorum* (“ordem dos julgamentos privados”), que se dividia em duas fases. A primeira se desenvolvia, inicialmente, perante o rei, e, mais adiante, perante um dos magistrados auxiliares; a segunda, perante o *iudex*, ou seja, o árbitro que se incumbia de proferir a decisão de mérito. Registra Declareuil:

Les procédures s'étaient d'abord déroulées jusqu'à leur issue devant le roi; mais, dès une époque ancienne, l'action de la loi lorsqu'elle tendait à la reconnaissance d'un droit, fut scindée en procédure in jure et procédure in judicio. Le magistrat se contenta d'organiser l'instance et envoya les parties devant un juge chargé de trancher le débat (1924, p. 68).

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

No Período Pré-Clássico (130 a 27 a.C.), as *legis actiones* foram substituídas pelo processo *per formulas*. O procedimento era bipartido (fases *in iure* e *apud iudicem*), sendo iniciado no tribunal com o pretor para, em seguida, ser entregue ao juiz privado (o árbitro), que se encarregava de colher as provas e proferir a sentença. Mais um registro de Declareuil: “*Le nouvelle procédure maintenait la distinction du jus et du judicium. Au premier continuaient de présider les prêteurs urbain et pèrègrin, parfois les édiles*” (1924, p. 78).

Nos Períodos Clássico (27 a.C. a 230 d.C.) e Pós-Clássico (230 a 284 d.C.), correspondentes, historicamente, ao Principado (Alto Império, 27 a.C. a 284 d.C.), são abandonados os procedimentos *ordo ordinem* e formular. Consequentemente, desprezadas as fórmulas, consolida-se a *cognitio extraordinaria*, em que o magistrado, também juiz, examina as provas e profere a sentença em uma única fase, afastando-se definitivamente o juízo arbitral que caracterizava a segunda fase procedimental. Esse modelo prosseguiu no Dominato (Baixo Império Romano, de 284 a 565 d.C.), período em que o processo se manteve unificado.

Na Idade Média, entre os séculos V e X, a arbitragem recebeu incentivo da Igreja Católica, que preconizava o seu uso. Registra Flausino (2015, p. 56-57) que, no século XII, em decorrência do crescimento dos negócios jurídicos mercantis e da instituição das corporações de ofício, ela passou a ser utilizada com frequência pelos comerciantes; no século XIII, mais ainda, mormente nas cidades que se localizavam junto aos Rios Reno, Danúbio, Meno e Ródano e nas zonas costeiras do Mar do Norte e do Mar Báltico. Assim se comportou entre os séculos XIV e XVII. No final do século XVIII, após a Grande Revolução de 1789, a arbitragem passou a ser adotada.

>>|

<< Sumário

Esse meio extrajudicial de resolução de conflitos se fortaleceu depois da edição da Constituição Francesa de 1791, como “*moyen le plus raisonnable de terminer les contestations entre les citoyens*”, tratada no art. 5º. A Constituição Francesa promulgada em 1795, entretanto, não reproduziu norma acerca da arbitragem como meio alternativo de solução de controvérsias. O Code Civil de 1804, cogitando-se de uma *lex privata*, não cuidou do processo arbitral, e sim do compromisso. Contudo, no seu lugar próprio, o Code de Procédure Civile de 1806 tratou da arbitragem nos arts. 1.003 a 1.028, como meio facultativo de solução de pendências judiciais, influenciando os códigos europeus e dos demais continentes, a exemplo do Código Civil Espanhol (Real Decreto de 24 de julho de 1889), que tratava do compromisso arbitral nos arts. 1820 e 1821.

No caso brasileiro, a Era Moderna é marcada pela previsão da arbitragem na Constituição Imperial de 1824. Após se referir às causas criminais, cujos atos processuais passam a ser públicos depois de certa etapa, dispôs a Carta Magna no art. 160: “Nas civeis, e nas penaes civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Árbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convençionarem as mesmas Partes”. Em seguida, foi editada a Lei nº 556, de 1850, o Código Comercial, que no art. 294 perfilhava expressamente a arbitragem no Direito Societário. Estabelecia o referido preceptivo: “Todas as questões sociais que se suscitarem entre sócios durante a existência da sociedade ou companhia, sua liquidação ou partilha, serão decididas em juízo arbitral.”. A Lei nº 1.530, de 1866, revogou a arbitragem no Direito Societário de então, tendo sido restabelecida e permitida de forma voluntária, pelo Decreto nº 3.960, de 1867.

Por não se tratar de diploma legal, e sim regulamentar, o Decreto nº 3.960, de 1867, restou tacitamente revogado pelo Código Civil de 1916, que, ao entrar em vigor em 1º de janeiro de 1917, passou a disciplinar o compromisso como instrumento do juízo arbitral nos arts. 1.037 a 1.048. No final da Era Moderna, foi editado o Decreto-Lei nº 1.608/1939, o Código de Processo Civil de 1939. Esse diploma processualístico cuidou da arbitragem nos arts. 1.031 a 1.046. Na Era Pós-Moderna, veio a lume a Lei nº 5.869/1973, ou seja, o Código de Processo Civil de 1973, que entrou em vigor em 1974, encartando, nos arts. 1.072 a 1.102, o procedimento arbitral, entre os de jurisdição contenciosa.

Ainda que sem proceder à revogação de dispositivos da Lei Processual então vigente, a Lei nº 9.099/1995, que trata dos Juizados Especiais, dispôs, nos arts. 21 a 26, sobre a conciliação e o juízo arbitral, dispondo, ainda, sobre a adoção da arbitragem se a conciliação não for obtida. A opção pelo juízo arbitral no insucesso da conciliação, independentemente da subscrição de termo de compromisso — com a livre escolha do árbitro dentre os juízes leigos, como previsto no art. 24 e em seu parágrafo 1º —, afigura-se um indicativo de que já estava passando da hora de se editar um diploma legal pós-moderno para tratar de tema tão relevante.

Com o objetivo de reduzir o crescente e incessante número de processos submetidos a julgamento, com redução da atividade judiciária, e oferecendo aos jurisdicionados meios alternativos de solucionar litígios, foi editada a Lei nº 9.307/1996. Este diploma legal traçou o procedimento arbitral pós-moderno por meio dos arts. 19 a 23, revogando, no art. 44, as normas do Estatuto Processual Civil já obsoletas. O ordenamento positivo carecia de lei processual para regulamentar a arbitragem como um processo, tal como o judicial, erigindo a atividade do árbitro, a decisão e os seus efeitos ao mesmo nível de validade da sentença prolatada por um juiz togado, prescindindo de homologação pelo Poder Judiciário e sendo convalidada em título executivo judicial, de modo a possibilitar o seu imediato cumprimento.

No caso argentino, ao revogar o Código Vélez Sarsfield, instituído pela Lei nº 340/1869, o Código Lorenzetti — estabelecido pela Lei 26.994/2014, na Era Hipermoderna, com vigência a partir de 1º de agosto de 2015 — cuidou da arbitragem nos arts. 1.649 e seguintes. Emoldurando-a como contrato, o art. 1.649, antes referido, dispõe que, por esse negócio jurídico, as partes resolvem submeter à decisão de um ou mais árbitros todas ou algumas controvérsias decorrentes ou que possam decorrer de uma relação jurídica contratual ou não contratual de Direito Privado. Ao apresentar os fundamentos do anteprojeto do Código Civil e Comercial da Nação Argentina, o presidente da comissão, Lorenzetti (2014, p. 96), registra que *“el arbitraje se ha desarrollado internacional y nacionalmente como un modo de resolver litigios y su aceptación es creciente en los usos y prácticas de nuestro país”*.

No retorno ao caso brasileiro, para mais incentivar o uso da arbitragem, a Lei nº 9.307/1996 foi modificada pela Lei nº 13.129/2015, expedida na Era Hipermoderna. Entre outras providências, o novel diploma alterador da Lei da Arbitragem introduziu novos preceptivos, alterou diversas normas e incluiu parágrafos. Inovando sobre o tema, outorgou à Administração Pública o direito de se servir da arbitragem nos contratos por ela celebrados, quando versarem sobre direitos patrimoniais disponíveis (art. 1º, § 1º, da Lei nº 9.307/1996).

2. O poder do juízo arbitral, processo, sentença e seus efeitos

2.1. O poder do juízo arbitral e o processo

O reconhecimento de um poder arbitral mostra-se vinculado à investigação sobre a natureza jurídica da arbitragem. Pode ser dito inicialmente que esse poder advém da cláusula compromissória e do compromisso, espécies de convenção de arbitragem, assim intitulada no art. 3º da Lei nº 9.307/1996. Os contratantes e as partes divergentes, agora litigantes, na tentativa de dirimir a questão controvertida, resolvem investir o árbitro no poder de compor o litígio, comprometendo-se a acatar a decisão arbitral, proferida em arremedo da decisão judicial. Surge a seguinte indagação: existe um poder jurisdicional na atividade do árbitro?

Desde logo cumpre ressaltar que o juízo arbitral é instituído pelo compromisso subscrito pelas partes para dirimir a controvérsia. Detendo o árbitro a palavra final — cuja decisão só será invalidada em se verificando a incidência de uma causa reconhecida pela jurisdição estatal —, é inegável que há um poder de decidir, embora mitigado. Como os pré-litigantes ou litigantes podem optar pela jurisdição contenciosa advinda do processo no momento em que elegem o árbitro para atuar como juiz — lastreados no princípio da autonomia da vontade —, não há dúvida de que a atividade delegada outorga ao árbitro um poder com autoridade decisória, já que o investe no de apresentar a resolução que irá compor o litígio, a ser convolado, inclusive, em título executivo judicial para se dar cumprimento, quando se tratar de decisão condenatória (art. 31 da Lei da Arbitragem). Em

razão de o art. 16 da Lei Processual Civil apresentar os titulares do exercício da jurisdição brasileira, não é certo afirmar que o juízo arbitral dispõe de poder jurisdicional, como enfatiza Marinoni:

De modo que não há qualquer motivo para equiparar a jurisdição com a atividade do árbitro. Na verdade, tal equiparação somente é forçada para permitir a conclusão de que a lei da arbitragem é constitucional. Não obstante, como demonstrado atrás, não é preciso afirmar que a atividade do árbitro é jurisdicional para aceitar que o Poder Judiciário não pode rever as decisões por ele proferidas (2008, p. 155).

Em sentido contrário de que, *in casu*, há jurisdição, sustenta Didier Jr.:

A decisão arbitral fica imutável pela coisa julgada material. Poderá ser invalidada a decisão, mas, ultrapassado o prazo nonagesimal, a coisa julgada torna-se soberana. É por conta desta circunstância que se pode afirmar que a arbitragem, no Brasil, não é equivalente jurisdicional: é propriamente jurisdição, exercida por particulares, com autorização do Estado e como consequência do exercício do direito fundamental de autorregramento (autonomia privada) (2008, p. 81).

Se, no caso brasileiro, o processo civil é ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas estabelecidos na Constituição Federal, e a jurisdição é exercida pelos juízes e tribunais — conforme as disposições do Código de Processo Civil, nos termos dos arts. 1º e 16 deste, e que não constam do rol dos órgãos do Poder Judiciário os tribunais e juízes arbitrais, em consonância com o disposto no art. 92 da Lei Fundamental — não há como se vislumbrar no juízo arbitral um poder jurisdicional, apesar de o art. 18 da Lei da Arbitragem estabelecer que o árbitro é “juiz de fato e de direito”. O juízo arbitral é um órgão julgador destituído de poder jurisdicional, porém imbuído

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

>>|

<< Sumário

de poder processual para decidir a lide em caráter definitivo; tanto é que o princípio geral é o da irrecorribilidade das suas resoluções para o tribunal local rever suas decisões, salvo em casos de nulidade (arts. 18, 29 e 32 da Lei nº 9.307/1996). O árbitro, no entanto, tem poder processual para decidir, e a sentença irrecorrível se convola em coisa julgada.

A partir dos arts. 19 e seguintes, a Lei nº 9.307/1996 cuida das normas que regem o procedimento arbitral. Princípios que norteiam o desenvolvimento válido e regular do processo judicial devem ser respeitados para o bom desenvolvimento do procedimento arbitral. Os princípios do contraditório, igualdade das partes, imparcialidade do árbitro e seu livre convencimento foram explicitados no art. 21, § 2º, da Lei da Arbitragem. A inobservância ou violação desses princípios constituem causa de pedir da ação de anulação da sentença arbitral (art. 32, VIII, da Lei nº 9.307/1996).

Acerca dos princípios, a Lei da Arbitragem da Espanha (Ley 60/2003) consagra no art. 24: os princípios do processo arbitral: *igualdad, audiencia y contradicción*. O art. 41 do diploma legal espanhol, tal como no caso brasileiro, dispõe que, se houver violação desses princípios, o laudo arbitral poderá ser anulado por ação própria ou por mandado de segurança (recurso de amparo). Registra González-Montes Sánchez:

La infracción de alguna de las manifestaciones de estos principios en el desarrollo del arbitraje podrá provocar acciones de anulación contra el laudo por medio de alguno de los motivos contemplados en el artículo 41 LA [Ley de Arbitraje], sin perjuicio del acceso a un hipotético recurso de amparo ante el TC [Tribunal Constitucional] como consecuencia de la infracción de uno de los derechos contemplados a través del artículo 24 CE [Constitución Española] de tutela judicial efectiva (2008, p. 662).

O processo atinente ao juízo arbitral imprescinde de condição de procedibilidade. Ele não pode ter início sem, ao menos, contar com cláusula contratual inserta em negócio jurídico de índole

patrimonial em que as partes prometem — se controvérsias eclodirem — firmar outro em que se obriguem a acatar a decisão do árbitro. E, mais ainda: eclodido o litígio, a arbitragem não poderá ter início se não contar com o instrumento definitivo em que as partes se vinculam a acolher e cumprir a sentença proferida pelo juiz não togado. Em poucas palavras: sem convenção de arbitragem — negócio jurídico preliminar ou definitivo de vinculação e cumprimento da decisão do juiz administrativo ou extrajudicial —, não é possível dar validade ao processo referente a esse juízo especial. Cumpre, destarte, enfatizar a natureza jurídica da cláusula compromissória e do compromisso.

Por cláusula compromissória, deve-se entender o pacto inserido em instrumento de negócio jurídico principal, estipulando, preventivamente, que, no caso de surgir controvérsia acerca do seu cumprimento, o conflito de interesses será submetido ao juízo arbitral. Como o próprio nome está a indicar, trata-se de cláusula de instrumento negocial, malgrado possa ser objeto de aditamento ou de outro instrumento, em separado, redigido depois de firmado o negócio jurídico principal, em que se promete firmar o compromisso (art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.307/1996). Trata-se de negócio jurídico preliminar e acessório, integrando a espécie de convenção arbitral, conforme os arts. 9º a 12 da Lei da Arbitragem, e 851 a 853 do Código Civil.

O Código Reale resolveu encartar o compromisso entre as “Várias Espécies de Contrato”, consoante Capítulo XX, do Título VI, do Livro I, da Parte Especial, que trata do Direito das Obrigações. O legislador, *permissa venia*, cometeu um cochilo. Olvidou-se de que o contrato é espécie de negócio jurídico. Este é o gênero, que consiste em toda manifestação de vontade, dirigida a uma pessoa ou em proveito desta, com o fim imediato de produzir efeitos jurídicos, vale dizer, aquisição, resguardo, transferência, modificação ou extinção de direito.

O Estatuto Civilístico, editado na Era Hipermoderna ou Contemporânea, não alterou nem revogou qualquer norma da Lei da Arbitragem. Os arts. 851 a 853 simplesmente ratificam normas da Lei nº 9.307/1996 acerca do compromisso. Não alteram nem modificam a redação dos dispositivos referentes à cláusula compromissória e ao compromisso. Essas normas constam do Código de 2002 tão só

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

>>|

<< Sumário

para não deixar de tratar da matéria, que é de direito material, uma vez que, antes da vigência da Lei nº 9.307/1996, o Código Beviláqua o considerava forma indireta de pagamento (arts. 1037 a 1048).

O Código Civil e Comercial da Argentina, Ley nº 26.994/2014, em vigor desde 1º de agosto de 2015, também cometeu o mesmo cochilo. Malgrado não aluda expressamente ao compromisso como instrumento da arbitragem, nem como condição de procedibilidade arbitral, dito ordenamento considera a arbitragem um contrato, encartando-a como tal no art. 1.649, que dispõe:

Hay contrato de arbitraje cuando las partes deciden someter a la decisión de uno o más árbitros todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, de derecho privado en la que no se encuentre comprometido el orden público.

Na verdade, fundindo o compromisso com a arbitragem, a Lei Civil e Comercial Argentina, apesar de editada na Era Hipermoderna ou Contemporânea, não erigiu a atividade em juízo extrajudicial; tanto é que a decisão dela emanada não é chamada de sentença, e sim de laudo (art. 1.658), como dispunham as leis brasileiras que tratavam do compromisso e da arbitragem, antes da vigência da Lei nº 9.307/1996, na redação da Lei nº 13.129/2015.

Considerando que o compromisso tem por fim imediato prevenir ou extinguir litígio, por meio de heterocomposição, presidida por árbitro de inteira confiança das partes — que estão na iminência de deflagrar o litígio ou já estão em confronto judicial —, esse negócio jurídico não se credencia a ser enquadrado como contrato. O compromisso objetiva evitar ou resolver as pendências e controvérsias oriundas do contrato. Por compromisso deve-se entender o negócio jurídico em que as partes litigantes, ou que se encontram na iminência de litigar, se obrigam a acolher e a cumprir a decisão proferida pelo árbitro que elegeram, solucionando o conflito de interesses.

As partes em conflito resolvem, por opção instituída por lei, afastar a garantia constitucional de acesso completo e final à Justiça, tratada no art. 5º, XXXV, da Carta da República, para que

venham a se louvar na decisão arbitral. Através do compromisso, as partes deixam de deflagrar a ação ou de continuar na busca da decisão do Poder Judiciário, na certeza de que a decisão arbitral será apresentada em prazo menor e por um *expert* no *thema decidendum*. E o fazem por pura opção, já que, sendo maiores e capazes, podem se louvar em árbitro, de acordo com o disposto no art. 851 do Ordenamento Civilístico.

O juízo arbitral inexistente sem subscrição do compromisso. Não se dá o reverso: o compromisso existe como negócio jurídico independente, ainda que o juízo arbitral não venha a ser instaurado. Tanto isso é vero que o art. 1.077 do CPC de 1973, antes de sua revogação pelo art. 44 da Lei nº 9.307/1996, apresentava as causas de extinção do compromisso. A autonomia do compromisso o caracteriza como negócio jurídico e o afasta da natureza jurídica de um contrato. Doutrinariamente, ele pode ser identificado como convenção, expressão que mais se aproxima da sua natureza jurídica, como faz o art. 9º da Lei nº 9.307/1996.

O compromisso é negócio jurídico da Era Moderna, pois o art. 2.059 do Code Napoleónien, de 1804, estabelece: “*Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition*”. Ainda na Era Moderna, o Código Civil de 1916 tratou do compromisso nos arts. 1.037 a 1.048. Na Era Pós-Moderna, como foi visto, foi editada a Lei nº 9.307/1996, que, no art. 44, revogou as normas do Código Bevilacqua. Essa lei passou a reger inteiramente a cláusula compromissória, o compromisso e o processo do juízo arbitral, sendo erigida em diploma legal único regulador da arbitragem no Brasil. De acordo com a preleção de Didier Jr.:

A arbitragem, no Brasil, é regulamentada pela Lei n. 9.307/1996. Pode ser constituída por meio de um negócio jurídico denominado convenção de arbitragem que, na forma do art. 3º da Lei n. 9.307/96, compreende tanto a cláusula compromissória como o compromisso arbitral. Cláusula compromissória é a convenção em que as partes resolvem que as divergências oriundas de certo negócio jurídico serão resolvidas pela arbitragem, prévia e abstratamente; as partes, antes do litígio ocorrer, determinam que, ocorrendo, a sua solução, qualquer que

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

>>|

<< Sumário

seja ele, desde que decorra de certo negócio jurídico, dar-se-á pela arbitragem. *Compromisso arbitral* é o acordo de vontades para submeter uma controvérsia concreta, já existente, ao juízo arbitral, prescindido do Poder Judiciário. Trata-se, pois, de um contrato, por meio do qual se renuncia à atividade jurisdicional, relativamente a uma controvérsia específica e não simplesmente especificável. Para efetivar a cláusula compromissória, é necessário que se faça um compromisso arbitral, que regulará o processo arbitral para a solução do conflito que surgiu (2008, p. 80).

Para hipermodernizar a Lei da Arbitragem, foi promulgada a Lei nº 13.129/2015, que, entre outras providências, como se registrou, introduziu novos preceptivos, alterou diversas normas e incluiu parágrafos. Ademais, passou a admitir a arbitragem nos contratos celebrados pela Administração Pública, quando versam sobre direitos patrimoniais disponíveis (art. 1º, § 1º, da Lei nº 9.307/1996). No direito positivo contemporâneo, é a lei que rege quase todos os temas de direito material e de direito processual pertinente à arbitragem (art. 3º e seguintes).

A Lei nº 13.105/2015, do Código de Processo Civil, ao entrar em vigor em 2016, trouxe algumas inovações. Encerrando de uma vez por todas a discussão doutrinária até então remanescente, proclama a validade do procedimento arbitral como meio de solucionar litígios. Demais disso, o § 1º do art. 3º do Digesto Processual recepciona, implicitamente, a Lei nº 9.307/1996, antanho atacada sob a pecha de inconstitucionalidade das suas normas, posicionando a arbitragem logo abaixo da norma processual que, no *caput* do indigitado preceptivo, garante o direito fundamental de acesso à Justiça, na ratificação do art. 5º, XXXV, da Carta Política.

Outra inovação normativa, objetivando encerrar discussão doutrinária a respeito, é a que aclama o princípio da confidencialidade, o qual foi encartado sob o rótulo de segredo de Justiça no art. 189, IV, da Lei Processual Civil, desde que tenha sido convencionado na cláusula compromissória ou no instrumento do compromisso. O mesmo princípio foi perfilhado na tramitação da carta arbitral para dar cumprimento à sentença, como se vê do mesmo inciso.

A existência de convenção de arbitragem, seja cláusula compromissória, seja instrumento de compromisso, foi convolada em matéria de preliminar a ser arguida na contestação, em consonância com o disposto no art. 337, X, do CPC. Ao disparar o gatilho acionário, o autor renuncia à arbitragem. Se o demandado tem interesse no funcionamento desse meio extrajudicial de resolução de conflito, quando convencionado, deve, nessa oportunidade, destacar a preliminar, para que o juiz profira decisão interlocutória por ocasião da etapa procedimental denominada “providências preliminares”. Caso o réu não suscite essa preliminar, a Lei Processual considera que houve renúncia ao juízo arbitral, passando a valer a opção pela jurisdição estatal, *ex vi* do § 6º do precitado dispositivo.

2.2 A sentença arbitral e seus efeitos

O juízo arbitral se encerra com a decisão proferida pela autoridade investida no poder de dirimir a controvérsia, tal como procede a autoridade judiciária que preside o processo. Se outro não for convencionado, a sentença deve ser proferida no prazo de seis meses, contados da instituição do juízo arbitral. A decisão do árbitro — denominada “sentença” pelo art. 23 da Lei nº 9.307/1996, antanho chamada de “laudo arbitral” pelas normas procedimentais ab-rogadas — tem o mesmo valor da prolatada pelo Estado-juiz.

A sentença arbitral deve conter os mesmos requisitos da sentença judicial, ou seja, o relatório, seus fundamentos, o dispositivo, a data e o lugar em que foi proferida (art. 26 da Lei nº 9.307/1996). Pode ser que a sentença arbitral, apesar de contar com os requisitos exigidos, não se apresente tão esmerada como a que é prolatada por juiz de direito. Entretanto, quando prolatada por árbitro dotado de conhecimentos técnicos específicos para solucionar a controvérsia, pode conter mais fundamentos que a decisão do juiz togado, pois não se pode exigir que o magistrado conheça tudo o que é submetido ao seu julgamento.

O árbitro não pode decidir a controvérsia com lastro na equidade, mas pode fazê-lo, com supedâneo no Direito, toda vez que o litígio decorrer de contrato celebrado pela Administração Pública com pessoa física ou jurídica, em vista do disposto no art. 37 da Lei Fundamental — que, entre outros princípios, proclama o da legalidade —, contrapondo-se ao disposto no art. 11, II, da Lei da Arbitragem.

Estando presente a Administração Pública no litígio, a convenção do compromisso arbitral não pode admitir julgamento do árbitro pela equidade. Impõe o respeito e obediência da apresentação da prestação jurisdicional com esteio na estrita legalidade, conforme dispõe a norma constitucional antes ressaltada.

Contendo os requisitos da sentença judicial e, inocorrendo qualquer causa que venha a invalidá-la, a sentença arbitral se convola em título executivo judicial, quando condenatória, de acordo com o sobredito art. 31 da Lei nº 9.307/96, sem que necessite de qualquer outra formalidade processual. A norma da lei de regência foi recepcionada pelo art. 515 do Estatuto Processualístico, que elenca a sentença arbitral entre os títulos executivos judiciais. Ainda que denominando a sentença arbitral de laudo, haja vista a vetustez da lei de regência espanhola, vale ressaltar mais um entendimento de González-Montes Sánchez:

[...] el laudo — al que consideramos firme desde el momento en que se dicta —, produce efecto de cosa juzgada (art. 43 LA) y tiene fuerza ejecutiva (art. 44 LA), por tanto es título ejecutivo asimilado a la sentencia en virtud del artículo 517.1.2 LEC (2008, p. 665).

Ao tempo da vigência do Código de Processo Civil de 1973, vale dizer, o Código Buzaid, o laudo arbitral, antanho assim cognominado, constituía título executivo extrajudicial, após observado o procedimento próprio para sua homologação judicial. Fazia-se mister a estrita observância do procedimento especial de jurisdição contenciosa de “homologação do laudo” arbitral, consoante dispunha o art. 1.098 da Lei Processual. Após homologado, convolava-se em título executivo judicial, de acordo com o art. 584, III, antes de ser revogado pela Lei nº 11.232/2005. Relembre-se, à época, lição de Liebman acerca do tema:

Todavia, a decisão dos árbitros (*laudo arbitral*), para tornar-se eficaz, precisa ser entregue em cartório e obter o decreto de exequutoriedade do pretor, o qual, porém, se limita a verificar a regularidade formal do laudo e do ato de entrega [cf. CPC, arts. 1096, 1097, 1.100 etc.] (1984, p. 31).

Antes da vigência da Lei nº 13.105/2015, o Código de Processo Civil de 2015, ocorreu a revogação das sobreditas normas processuais pelos arts. 23 e seguintes da Lei nº 9.307/1996, com as alterações da Lei nº 13.129/2015. Vê-se que, após a vigência da Lei da Arbitragem — que restou recepcionada pela sistemática da Lei Processual de 2015 —, está consagrado que a sentença arbitral não está submetida ao procedimento para dar cumprimento à decisão de mérito proferida pelo juiz togado. Consequentemente, o rito previsto nos arts. 513 e seguintes do CPC não tem aplicação. Como já analisado, toda disciplina de direito material e de direito processual concernente à arbitragem verga-se às normas da Lei nº 9.307/1996.

Ao tratar dos requisitos da sentença arbitral, o art. 26, III, da Lei da Arbitragem dispõe que ela deve conter prazo para o seu cumprimento. Constando, a decisão arbitral transitada em julgado desde logo deve ser cumprida. O trânsito em julgado se dá quando as partes são intimadas e não interpõem os embargos de declaração, nem pleiteiam a nulidade da sentença em razão de causa que autorize a providência, de acordo com os arts. 29 e 30 da lei de regência. Em se cogitando de sentença transitada em julgado que reconheça a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa, fica afastado o prazo de quinze dias para o devedor satisfazer o julgado a que se refere o art. 523 da Lei Processual, a não ser que ela se apresente omissa quanto ao prazo de cumprimento e não tenha havido interposição de embargos de declaração.

Caso ocorra a nulidade da decisão arbitral, na incidência de uma das *causae petendi* do art. 32, a parte a quem ela aproveita pode ingressar com ação declaratória para invalidá-la, na previsão do art. 33. Trata-se de direito potestativo decadencial, tendo em vista que a lei fixa prazo para seu exercício. Se a ação não for intentada no prazo de noventa dias da notificação da sentença arbitral, a parte interessada decai do direito de anulá-la, *ex vi* do § 1º do art. 33. Ocorrendo a decadência, o direito de anular decisão eivada de nulidade está extinto.

A sentença que julgar procedente o pedido formulado na ação declaratória de nulidade da sentença arbitral determinará que outra seja proferida, de acordo com o § 2º do referido art. 33. Inovando sobre o tema, a Lei nº 13.129/2015, que alterou as

normas procedimentais da Lei nº 9.307/1996, prevê a possibilidade de a parte interessada ingressar com ação de complemento da sentença arbitral, quando o árbitro não decidir todas as questões suscitadas pelos litigantes. É o que consta do § 4º do sobredito art. 33.

No que tange ao cumprimento de sentença arbitral estrangeira, além de necessitar de reconhecimento, conforme tratados internacionais, imprescinde de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça, aplicando-se subsidiariamente as normas do CPC para execução da sentença estrangeira proferida por autoridade judiciária do país que resolveu o conflito, na recomendação dos arts. 34 e seguintes da Lei da Arbitragem.

3. A arbitragem, o interesse público e os contratos da Administração Pública

3.1. A arbitragem

Consoante restou investigado, a arbitragem consiste na atividade desenvolvida em procedimento privado ou extrajudicial, por árbitro nomeado pelas partes — em instrumento denominado “compromisso” —, que é investido no poder de decidir o conflito de interesses oriundo de um negócio jurídico. Essa atividade privada para decidir conflitos só é admitida quando a controvérsia decorre de contrato em que foram regulados direitos patrimoniais disponíveis, como é o caso das negociações coletivas no âmbito da Justiça do Trabalho (art. 114, §§ 1º e 2º, da Constituição da República). Ela não pode ser desenvolvida, *exempli gratia*, em litígios que advenham dos direitos da personalidade, de família, eleitoral, ambiental, de crianças e adolescentes e tantos outros que se mostrem indisponíveis. Por isso, o Estatuto Civilístico Francês inadmite o direito de firmar compromisso para o funcionamento da arbitragem em direitos indisponíveis. Diz o art. 2.060:

On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contes-

tations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public.

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

O Code de Procédure Civile vigente trata da arbitragem nos arts. 1.442 a 1.527.

Para se consagrar se o direito é disponível, há que se levar em conta se a controvérsia que dele decorre e pende de solução pode ser objeto de um negócio jurídico privado ou deve ser objeto de resolução judicial, ou seja, se deve ser decidida pelo Poder Judiciário. Sendo a atividade jurisdicional imprescindível para solucionar a controvérsia, através de ação judicial, o direito é indisponível. Este pode não ser um critério absoluto para se identificar se determinado litígio admite a arbitragem, porém o questionamento a respeito da natureza do direito que originou a controvérsia é um indicativo da possibilidade de as partes adotarem o juízo arbitral.

Consoante digressão acerca da natureza jurídica do compromisso, discute-se também a da arbitragem. Para identificar sua natureza jurídica, são conhecidas três teorias: a contratualista, a jurisdicionalista e a eclética. Para a primeira, a arbitragem é um contrato; para a segunda, ela tem natureza de jurisdição e, para a derradeira, é contratual na origem e jurisdicional nos seus efeitos, consoante entende González-Montes Sánchez (2008). Acrescento uma quarta teoria: a do juízo privado ou extrajudicial.

A teoria contratualista não convence sobre a natureza da arbitragem, que seria contratual. Quando muito, se aplicaria ao compromisso. Pode ser dito que ela é um negócio jurídico. A teoria jurisdicionalista igualmente não convence. O juízo arbitral, apesar de se caracterizar como poder dotado de atividade decisória, como foi visto, não tem jurisdição. Esta, segundo Vieira (2010, p. 183-184), “é atividade estatal, uma vez que se cogita da primordial função de um dos Poderes da República”, na conjugação dos arts. 2º e 3º da Carta Federal com o art. 16 do CPC. A teoria eclética ou mista — aclamando tratar-se de contrato na sua origem e jurisdição nos efeitos — se afina com o caso argentino, mas não se ajusta ao brasileiro nem ao espanhol.

De acordo com preleção de González-Montes Sánchez, a arbitragem é atividade paralela à jurisdicional, ou seja, parajurisdicional, em que se vislumbra o poder do árbitro legitimamente investido

>>|

<< Sumário

para decidir a controvérsia oriunda de um negócio jurídico. É o reconhecimento da teoria do juízo privado ou extrajudicial, quando afirma que se cogita de “*un equivalente jurisdiccional o cuasijurisdiccional, pudiendo obtener en el arbitraje los mismos objetivos que en la jurisdicción* (STC 62/1991, 288/1993 y 174/1995)” (2008, p. 656).

No caso brasileiro, a arbitragem tem arrimo no compromisso, instrumento autônomo, ou advém da cláusula compromissória introduzida no bojo do negócio jurídico, na previsão de eclodir controvérsia entre as partes. O compromisso e a cláusula compromissória são espécies de convenção arbitral, *ex vi* do art. 3º da Lei nº 9.307/1996. No caso português, a arbitragem é tratada pelos art. 1º e seguintes da Lei nº 63/2011 (Lei da Arbitragem Voluntária); no caso espanhol, tem esteio no convênio arbitral (art. 9º da Ley 60/2003, que revogou dispositivo da Ley 36/1988); no caso argentino, sua fonte é o instrumento do contrato que autoriza o seu funcionamento (art. 1.650 do Código Civil e Comercial da Nação Argentina).

A arbitragem nacional é *ad hoc*, vale dizer, o árbitro nomeado — que recebe poder delegado pelas partes para decidir — não figura entre as autoridades do Poder Público, nem se trata de funcionário público investido de funções para resolver a controvérsia (arts. 13 e 14 da Lei nº 9.307/1996). Se, ao reverso, a arbitragem fosse *institucional*, poder-se-ia aceitar a teoria jurisdicionalista para proclamar que ela também tem jurisdição. No Brasil, no entanto, a arbitragem se dá sempre com a escolha de quem tem conhecimentos técnicos sobre o tema para decidir. Sua natureza mais se ajusta à teoria do juízo privado ou extrajudicial.

3.2. O interesse público e os contratos da Administração Pública

Na Antiguidade, o direito justinianeu estabelecia a distinção entre Direito Público e Direito Privado, de acordo com o que por ele era tratado. O primeiro se referia ao estado das coisas romanas, enquanto o segundo, à utilidade que o direito trazia para os indivíduos, ou seja, “*ius publicum est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem*”. Assim, os interesses e as atribuições dos Estados eram tratados pelo Direito Público; já os interesses e as relações jurídicas entre os indivíduos ficavam a cargo do Direito Privado, como ensina Chamoun (1968).

Na Idade Média, o Direito Público integrava o direito do soberano que dispunha do *jus politiae*, traduzido no conjunto de normas de regulamentação necessárias à *boa ordem da sociedade civil* sob a autoridade do Estado, em contraposição à *boa ordem moral e religiosa da competência exclusiva da autoridade eclesiástica*. Perpassando pelo século XIX e ingressando na pós-modernidade, com a adoção dos princípios do Estado de Direito, vê-se, no limiar do século XX, atuação do Estado direcionada ao atendimento do interesse dos indivíduos participativos da sociedade, isto é, a agir em benefício do bem-estar de todos. Aí tem início o que pode ser chamado de atendimento do interesse público.

Esse interesse pode ser conceituado como o que diz respeito à sociedade ou o que coincide com o interesse de todos os indivíduos participativos. Não se trata da soma dos interesses individuais, e sim do interesse comum de todos, vale dizer, o somatório dos interesses coletivos, voltado para a finalidade pública a ser atingida pelo Estado (*lato sensu*), por meio da sua Administração, ou para o princípio dotado de supremacia sobre os interesses privados, no objetivo de atender ao bem-estar de todos os indivíduos. Atender ao interesse público é satisfazer a reunião dos interesses da coletividade, para que esta venha a alcançar o bem-estar, no equilíbrio das exigências da vida em sociedade, que devem ser controladas e submetidas às intervenções da Administração Pública.

O atendimento do interesse público se dá por meio da prestação do serviço público diretamente pelas pessoas jurídicas de direito público centralizadas ou descentralizadas, e de direito privado, por ato administrativo e por intermédio de contratos públicos. Comumente, dito atendimento ocorre pela edição de ato administrativo, equiparado à norma cogente, com fulcro na supremacia desse interesse sobre o interesse privado. À Administração Pública compete avaliar, em determinadas situações, se vale a pena impor que o atingimento do interesse público se dê por expedição do ato ou por contrato público. Como afirma Nohara: “O Poder Público nem sempre atua de forma impositiva, expedindo unilateralmente atos administrativos imperativos, mas também estabelece acordos de vontade com os particulares para a produção de feitos jurídicos recíprocos desejados por ambas as partes” (2015, p. 409).

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

>>|

<< Sumário

No que concerne ao atendimento do interesse público pela prestação do serviço público, é certo que o Estado (*lato sensu*) se apresenta através das formas que assume, previstas na Lei Maior e no Estatuto Civilístico. As formas que assume dão origem às pessoas jurídicas de direito público interno, que são a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios. Para prestar o serviço público, esses entes necessitam de administração. Sé é composta por pessoas jurídicas de direito público, se traduz em Administração Pública. E, para que funcione melhor, pode desdobrar sua personalidade de direito público e deslocar parte do seu patrimônio para constituir autarquias e fundações, que são os únicos entes da Administração Pública indireta com essa personalidade. Ditas pessoas jurídicas de direito público são reconhecidas como tais nas normas inscritas nos arts. 1º do Pacto Fundamental e 41 do Código Civil. Ao tratar do *Estado* e a *Administração*, registra Vieira:

A Administração Pública exerce a atividade executora das decisões superiores do Estado. É instrumental com relação à atividade política deste. Atua mediante seus órgãos e entidades de direito público (autarquias e fundações) e de direito privado (empresas públicas e sociedades de economia mista). Órgãos e agentes públicos constituem as repartições públicas onde são prestados os serviços da Administração (2021, p. 63).

Em assim sendo, por meio da sua Administração, o Estado também está autorizado a constituir pessoas jurídicas de direito privado destinadas à exploração de atividade econômica. Surgem assim as empresas públicas e as sociedades de economia mista, uma vez que o exercício de atividade lucrativa não lhe é vedado. Trata-se de exercício de atividade empresarial para lhe proporcionar receita. Sem que desfrutem de privilégios fiscais, as empresas públicas e as sociedades de economia mista são instituídas por lei e fiscalizadas pelo Estado e pela sociedade, sujeitando-se ao regime jurídico das empresas privadas, no que tange às obrigações, consoante dispõem os arts. 37, XXI, e 173, § 1º, da Carta da República, e arts. 1º e seguintes da Lei nº 13.303/2016 (Estatuto Jurídico das Empresas Estatais).

As pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado prestadoras de serviço público, por integrarem a Administração Pública, estão comprometidas a atender ao interesse público, prestando serviços das atribuições que lhe foram delegadas. E deve prestá-los com eficiência, um dos princípios insculpidos no art. 37 da Carta Federal. O atendimento do interesse público só é alcançado se o serviço público for prestado de modo eficiente, pautando-se a autoridade administrativa, ao mesmo tempo, pelos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, todos inscritos no sobredito preceptivo constitucional.

No que diz respeito ao atendimento do interesse público pelos contratos adequados, quando o Estado não pode prestar o serviço público diretamente, por se mostrar dispendioso ou gravoso, pode, na forma da lei específica, conceder ou permitir que pessoa jurídica de Direito Privado ou pessoa física dele se encarregue. Isto se dá por meio da celebração de contrato de concessão de serviço público ou de permissão, mediante a expedição de ato administrativo, respectivamente, sendo respeitados os direitos dos usuários, a política tarifária e a obrigação de manter serviço adequado (art. 175 e parágrafo único da Lei Suprema). Os contratos de concessão e de permissão de prestação de serviço público devem contar com prévia competição pública por meio da licitação.

Os contratos da Administração são negócios jurídicos em que as pessoas jurídicas de Direito Público ou de Direito Privado que a integram, centralizadas ou descentralizadas, manifestam sua vontade dirigida a uma pessoa física ou jurídica, objetivando produzir efeitos jurídicos voltados para o atendimento do interesse público. Ensina Cretella Júnior que

[...] nada mais é o *contrato administrativo* do que uma espécie do gênero *contrato de direito público*: é o *contrato de direito público* em matéria administrativa, no qual figura a Administração como parte interessada em concretizar fins de interesse público (1989, p. 338).

Esse contrato, entretanto, deve manter a prevalência do interesse público sobre o interesse privado. Para tanto, essa espécie de contrato deve conter cláusulas que levem em conta a supremacia do interesse público sobre o privado. Enfatiza Di Pietro:

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

>>|

<< Sumário

Nos contratos administrativos a Administração aparece com uma série de prerrogativas que garantem a sua posição de supremacia sobre o particular; elas vêm expressas precisamente por meio das chamadas cláusulas exorbitantes ou de privilégio ou de prerrogativas, adiante analisadas (2015, p. 307).

A Administração Pública direta ou indireta celebra os mais variados contratos para atender ao interesse público, ou seja, ao interesse primário. Se o interesse da Administração Pública está voltado para atender ao que se refere ao seu funcionamento, diz-se que o interesse é secundário. Essa distinção dá origem à classificação do interesse ou direito em indisponível e disponível, respectivamente. Não se olvide, entretanto, de que os negócios jurídicos onerosos ajustados pela Administração Pública com as pessoas físicas ou jurídicas de direito privado sempre se emolduram no quadro dos contratos públicos. Destaca Figueiredo:

Consoante pensamos, *inexistem contratos privados da Administração*. Adotamos, pois, a posição do Prof. Gordillo, do Prof. Brewer-Carías, como já assinalado, e também do Prof. Dromi, e, ainda, lembramos da lição de Sérgio Ferraz. Existem — isto, sim — *contratos da Administração Pública*, ora sob maior influxo de regras do Direito Público, ora de Direito Privado (2006, p. 524).

Quando o interesse público é primário, inexistente disponibilidade, nem possibilidade de o direito ser objeto de negócio jurídico. Ele é sempre indisponível. Não há patrimonialidade no direito indisponível, daí sua inconvencionabilidade ou inegociabilidade. Vigora o princípio da indisponibilidade do interesse público primário, que se traduz em coisa incorpórea *extra commercium*, como ocorre com os atos de império do Poder Público à ordem pública e aos bens insuscetíveis de alienação ou renúncia.

O direito disponível é o patrimonial, que pode ser objeto de convenção, vale dizer, de negócio jurídico, ainda que integrem o patrimônio da pessoa jurídica de direito público, para atender

à execução dos serviços públicos, como foi dito. São exemplos os direitos que se referem aos atos de gestão, à simples administração, tais como a aquisição e o fornecimento de material advindo de pessoa física ou jurídica de direito privado, que podem ser objeto de alienação ou renúncia, e aos bens inservíveis para determinado serviço público, que podem ser doados ou aproveitados por outros órgãos da Administração Pública. Enfatiza Moreira Neto:

É que, mesmo para executar as tarefas que lhe são próprias sob o regime exclusivamente público, o Estado não prescinde do acesso aos mais diversos bens e serviços produzidos pelo mercado, o que o obriga a *atuar também sob o regime privado* para obtê-los sem recorrer à imperatividade, expediente que nem sempre é jurídica ou politicamente possível (2007, p. 278).

Cumpramos observar que, de acordo com o disposto nos arts. 21, XI e XII; 22, XXVII, e 37, XXI, da Lei Suprema, compete à União legislar e expedir normas de licitação e contratação, em todas as modalidades, para sua Administração Pública (direta e indireta), dos Estados, Distrito Federal, dos Municípios, suas autarquias e fundações. As licitações e contratos podem versar sobre atos e negócios jurídicos administrativos (concessão e permissão) que venham a recair nas matérias dos incisos XI e XII do sobredito art. 21. Isto porque o art. 175 do Pacto Fundamental estabelece que todas aquelas pessoas jurídicas de Direito Público estão autorizadas, na forma da lei, a prestar os serviços públicos diretamente, ou através de concessão ou permissão.

A partir dessa disponibilidade, que decorre da necessidade de a Administração Pública atuar como pessoa jurídica de direito privado quando se trata de direito disponível, é que ela se vê autorizada a celebrar os mais variados contratos públicos. Quando se trata de pessoa jurídica de direito privado da Administração Pública indireta ou descentralizada, como é o caso da empresa pública e da sociedade de economia mista, mais ainda. Ambas são constituídas para o exercício de atividade lucrativa.

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

>>|

<< Sumário

4. A arbitragem nos contratos da Administração Pública como meio alternativo de resolução de conflitos

A arbitragem como meio de resolução de conflitos oriundos dos contratos da Administração Pública era vista com maus olhos. Suscitou discussão doutrinária acerca da sua admissibilidade, haja vista princípios e normas que norteiam a atividade administrativa, na recomendação implícita de que se trata de prestação de serviço pelo Estado e não por particulares, vale dizer, a prestação de serviço público. A redação originária do art. 45, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 2.300/1986, que tratava das licitações e contratos administrativos, editado na Era Pós-Moderna, *exempli gratia*, não tratava da arbitragem, no caso de surgir controvérsia referente a alguma cláusula de contrato público celebrado pela União Federal e suas autarquias com pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas no estrangeiro. Com a vigência do Decreto-Lei nº 2.348/1987, que modificou o indigitado preceptivo legal, a arbitragem foi admitida.

A Lei nº 8.666/1993, que instituiu normas para licitações e contratos administrativos ao revogar o Decreto-Lei nº 2.300/1986, não reproduziu o disposto no art. 45, parágrafo único, alterado pelo Decreto-Lei nº 2.348/1987, nada tratando sobre arbitragem. A partir da vigência da Lei nº 8.666/1993, o meio alternativo de resolução de conflitos não teve mais lugar nos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas no Brasil. Com a entrada em vigor da Lei nº 8.987/1995, que dispôs sobre o regime de concessão e permissão de prestação de serviços públicos, o panorama se modificou.

A Lei nº 8.987/1995, em arremedo de lei complementar do art. 175 da Carta da República, tratou do regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, ao passo que a Lei nº 11.079/2004 instituiu normas gerais para licitação, objetivando o ajuste de parcerias público-privadas na Administração Pública. A primeira, chamada Lei do Regime de Concessão e Permissão da Prestação de Serviços Públicos, estabeleceu, no art. 23, as cláusulas essenciais do contrato público. Foi alterada pela Lei nº 11.196/2005, que introduziu o art. 23-A, dispondo que o contrato de concessão poderá prever o emprego da arbitragem para resolução de disputas dele advindas, a ser realizada no país, e em língua

portuguesa, com obediência aos princípios e normas da Lei nº 9.307/1996. A segunda, cognominada Lei da Licitação e Contratação de Parceria Público-Privada, prevê a adoção da arbitragem para a solução de conflitos oriundos de contrato celebrado com pessoas físicas ou jurídicas, o que deverá constar do edital de licitação, devendo, igualmente, obedecer aos princípios e normas da Lei da Arbitragem, *ex vi* do art. 11, III. A Lei nº 13.129/2015 acrescentou os §§ 1º e 2º ao art. 1º da Lei nº 9.307/1996, que trata desse meio alternativo de resolução de conflitos como faculdade da Administração Pública centralizada ou descentralizada de qualquer nível da Federação.

Antes e depois da vigência da Lei nº 13.129/2015, renomados administrativistas sustentavam a impossibilidade de a Administração Pública optar pela arbitragem para solucionar o conflito instaurado com o particular, sob o fundamento de que ela não atua em nome próprio, e sim no interesse público primário. Argumentando que a arbitragem tem como objetivo dirimir conflitos referentes a direitos disponíveis, não sendo o caso de envolver o interesse público, Figueiredo, à época, assim entendia: “[...] ocorre que, consoante pensamos, o juízo arbitral, nos termos da Lei 9.307, de 23.9.1996, estaria, com a vênua devida daqueles que pensam em contrário, absolutamente descartado” (2006, p. 115). No mesmo sentido e mais incisivo, enfatizava Mello:

É inadmissível que se possa afastar o Poder Judiciário quando em pauta interesses indisponíveis, como o são os relativos ao serviço público, para que particulares decidam sobre matéria que se constitui em *res extra commercium* e que passa, então, muito ao largo da força decisória deles. É da mais solar evidência que particulares jamais teriam qualificação jurídica para solver questões relativas a interesses públicos, quais as que se põem em um “contrato” de concessão de serviço público. Chega a ser grotesco imaginar-se que o entendimento revelado em decisão proferida por sujeito privado possa sobrepor à inteligência proveniente de uma autoridade pública no exercício da própria competência (2014, p. 734).

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

>>|

<< Sumário

Ainda que de longe possa haver dúvida sobre a adoção da arbitragem nos litígios advindos dos contratos públicos, após o advento da Lei nº 13.129/2015, que acrescentou os §§ 1º e 2º ao art. 1º da Lei nº 9.307/1996, o entendimento doutrinário, no sentido da sua admissibilidade, está consolidado. Faz-se mister, apenas, que o contrato administrativo tenha por finalidade a prestação de serviço de interesse ou direito disponível. Certo é que não se admite que a Administração Pública possa celebrar, com pessoa física ou jurídica, contrato que venha a transferir a execução de serviço público que verse sobre direito ou interesse indisponível. Nesse sentido é a lição de Carvalho Filho, após a alteração da Lei nº 9.307/1996 pela Lei nº 13.129/2015:

Após alguma hesitação a respeito, o referido diploma, alterado pela Lei nº 13.129, de 26.5.2015, veio a admitir que a Administração Pública recorra à arbitragem para solucionar conflitos relativos a *direitos patrimoniais disponíveis* (art. 1º, § 1º). Ficam, portanto, excluídos direitos indisponíveis ou que não tenham natureza patrimonial, hipótese em que o Poder Público terá que recorrer ao Judiciário. Algumas leis, inclusive, já previam essa hipótese, caso da Lei nº 11.079/2004 (parcerias público-privadas) e da Lei nº 8.987/1995 (concessões e permissões) (2016, p. 228).

A Emenda Constitucional nº 45, de 2004, introduziu no art. 5º da Carta da República o inciso LXXVIII, instituindo mais um princípio constitucional: o da razoável duração do processo e meios que assegurem a celeridade de sua tramitação. A Lei nº 13.129/2015, editada 11 anos após a precitada Emenda, observando a recomendação constante da parte final do inciso LXXVIII, antes mencionado, acrescentou os §§ 1º e 2º ao art. 1º da Lei nº 9.307/1996, permitindo à Administração Pública direta e indireta se servir da arbitragem como foi visto. Portanto, conhecendo os entraves da jurisdição estatal e, mesmo desfrutando das prerrogativas instituídas em seu benefício, mantidas pelo Código de Processo Civil (arts. 183, 247, III, 535 e 910), é recomendável que a Administração faça opção pelo juízo arbitral.

A Lei nº 14.133/2021 revogou a Lei nº 8.666/1993, estabelecendo as normas concernentes às licitações e aos contratos administrativos. O art. 89 do novel diploma legal, que versa sobre o tema, estatui que os contratos administrativos são regidos pelos preceitos de Direito Público, aplicando-se subsidiariamente os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de Direito Privado. No Capítulo VIII, a Nova Lei de Licitações e Contratos, ao tratar das hipóteses de extinção dos contratos no art. 138, dispõe, no inciso III, que a resolução do conflito pode se dar por decisão arbitral, em decorrência de cláusula compromissória ou compromisso arbitral. Consoante dispõe o art. 141, os contratos administrativos mais comuns são o de fornecimento de bens, locação, prestação de serviços e realização de obras.

Esse meio de prevenção e resolução de conflitos será sempre de direito, com estrita observância do princípio da publicidade. O procedimento de eleição dos árbitros pela Administração Pública deve observar critérios isonômicos, técnicos e transparentes. É o que estabelecem os arts. 151, 152 e 154 da Lei nº 14.133/2021.

À Administração é facultado deixar de aforar a *res in judicio deducta* para se socorrer do juízo arbitral, com o objetivo de obter a resolução do conflito por um meio de maior celeridade procedimental, traduzido na solução da controvérsia por protagonista processual destituído de poder jurisdicional, mas com poder integrante da justiça administrativa ou coexistencial. Ao comentar a arbitragem no processo administrativo argentino, afirma Roberto Dromi: “[...] *sirve para solucionar problemas conflictivos entre las partes. Constituye un procedimiento por medio del cual las partes acuerdan someter sus diferencias a árbitros y se comprometen a aceptar la decisión arbitral, considerándola obligatoria*” (2009, p. 1222).

Conforme já foi dito, para se perfilhar a arbitragem como resolução do conflito entre a Administração Pública (direta ou indireta) e o particular, a desavença deve decorrer de contrato que versa sobre direito ou interesse disponível, *id est*, patrimonial.

Do contrário, afasta-se desde logo o juízo arbitral. Prossegue a lição de Dromi: *“como principio general, el arbitraje debe aceptarse para la resolución de cuestiones de carácter puramente patrimonial, como las sobrevivientes en la ejecución de contratos”* (2009, p. 1222).

Ao eleger a arbitragem como meio de maior celeridade procedimental para resolver a controvérsia decorrente do contrato administrativo, algumas dúvidas devem ser afastadas. Isto se deve ao fato de que, em razão dos princípios e características que regem a atividade administrativa, de índole constitucional, e os que regem esse meio de heterocomposição, normas do Direito Público podem se confrontar com normas de Direito Processual e de Direito Privado. Destarte, deve ser elucidado o seguinte: a) Os princípios que são impostos à Administração Pública devem se vergar aos que são comuns à arbitragem, quando ela — com fulcro na convenção arbitral — faz opção pelo juízo extrajudicial para resolver as controvérsias com a contratada? b) Que autoridade deve decidir o conflito de competência acerca da obrigatoriedade ou faculdade de funcionamento do juízo arbitral? c) Pode a sentença arbitral que condena a Administração Pública a pagar quantia certa ser cumprida com dispensa do precatório versado no art. 100 da Carta da República, sem a incidência das normas inscritas nos arts. 534 e 535 do Digesto Processual?

Ab initio, não se pode olvidar que a Administração Pública está submetida a se pautar pelos princípios inscritos no art. 37 da Lei Maior: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Com relação ao contrato administrativo que adota a arbitragem para solucionar as controvérsias dele emergentes, são dois os princípios que não podem ser postergados: legalidade e publicidade.

Se a Lei nº 9.307/1996 estabelece o procedimento a ser seguido, instalado o juízo arbitral, não pode o árbitro dele se afastar quando figurar como parte pessoa jurídica integrante da Administração Pública direta ou indireta. Todas as normas de que tratam os arts. 19 a 33 da Lei da Arbitragem devem ser observadas, não só durante a marcha procedimental como também por ocasião da prolação da decisão, ainda que a convenção arbitral dispense o cumprimento das formalidades legais. Se os polos do procedimento arbitral fossem integrados por pessoas físicas ou jurídicas de direito privado,

a dispensa de formalidades previstas na Lei da Arbitragem poderia ser adotada, tendo plena validade o negócio jurídico ajustado nesse sentido. Entrementes, figurando pessoas jurídicas integrantes da Administração Pública, não há como deixar de se reverenciar o princípio constitucional da legalidade.

O princípio da publicidade consiste no dever de a Administração Pública divulgar os atos administrativos que edita. Depois de expedirlos, vincula-se a dar ciência aos interessados e aos administrados. Com fulcro no princípio da transparência dos atos administrativos, a publicidade é dever imposto à Administração de atuar abertamente, para dar acessibilidade a todos os administrados, *exempli gratia*, do que vai realizar, contratar, fiscalizar ou cominar multa, de modo que eles possam fazer ou deixar de fazer alguma coisa, cogitando de atos legalmente expedidos. Além de se encontrar insculpido no indigitado art. 37, o princípio em epígrafe, embora não rotulado de publicidade, foi incorporado nos incisos XXXIII, XXXIV, “b”, e LXXII, do art. 5º do Pacto Nacional, ao cuidar dos direitos fundamentais do cidadão, notadamente o que diz respeito ao direito de receber informações de interesse particular, coletivo ou geral.

Os diplomas legais que tratam de improbidade administrativa, processo administrativo, normas gerais de licitação e contratos da Administração também se referem ao princípio da publicidade, como se vê da leitura dos arts. 4º da Lei nº 8.429/1992; 2º, parágrafo único, V, da Lei nº 9.784/1999, e 5º da Lei nº 14.133/2021, respectivamente. As normas processuais inscritas nos arts. 22-C, parágrafo único, da Lei nº 9.307/1996, e 189, IV, do Código de Processo Civil — que perfilharam a confidencialidade, encartada sob o rótulo de segredo de Justiça, ainda que convencionada — não têm aplicação, quando figurar no polo do procedimento arbitral uma das pessoas jurídicas integrantes da Administração, por abalroar o indigitado princípio constitucional.

A autoridade que vai decidir o conflito de competência, no confronto entre a jurisdição estatal e o juízo arbitral — em havendo convenção vinculando os contratantes a cumprir a cláusula compromissória ou o que foi ajustado no compromisso arbitral — é o árbitro, e não o juiz de direito. Cumpre registrar que a convenção arbitral — negócio jurídico em que as partes se comprometem a

acolher e a cumprir a decisão proferida pelo árbitro — tem o poder de atar aquelas que estão em conflito, desfrutando, como analisado, de autonomia, no que concerne ao contrato e ao funcionamento do juízo arbitral. Considerando que o art. 8º, parágrafo único, da Lei nº 9.307/1996, outorgou competência ao árbitro para decidir de ofício ou a requerimento das partes as questões referentes à existência, validade e eficácia da convenção arbitral e do contrato em que a cláusula compromissória foi inserida, é dele a competência para decidir o conflito.

Quando a alegação de existência de convenção de arbitragem — arguida como preliminar na contestação — é acolhida, ou o juízo arbitral reconhece sua competência, o processo será extinto sem resolução do mérito, como dispõe o art. 485, VII, do CPC. Essa providência se mostra coerente com o disposto no art. 3º da Lei Processual, que faz deferência ao art. 5º, XXXV, da Carta Federal, garantindo ao jurisdicionado o acesso à Justiça, sem olvidar-se, no referido § 1º, de prestigiar a validade do juízo arbitral, sempre que convencionado.

Cumprе ressaltar que, garantindo o Digesto Processualístico a jurisdição e o juízo arbitral, infere-se a adoção do princípio *Kompetenz-Kompetenz*, que vem sendo investigado pela doutrina estrangeira e que agora despontou no estudo interno, tendo tomado corpo como norma inserta do CPC. A jurisdição estatal deve ser afastada toda vez que as partes se comprometeram a acolher a decisão arbitral, valendo a convenção — quer se traduza em cláusula compromissória, quer em compromisso — como compulsória, e não facultativa. E mesmo que o demandado não argua a existência da convenção, optando o demandante pela jurisdição estatal, o árbitro poderá, *ex officio*, como visto, declarar que é competente para processar e julgar a controvérsia, *in hypothesi sub examine*, oriunda do contrato público, em reverência aos imperativos legais. Ao comentar sobre o art. 8º da Lei de Arbitragem e o regime jurídico de direito público, Marolla preleciona:

A doutrina arbitralista aponta a existência de um duplo efeito na celebração da convenção de arbitragem, o negativo, que afasta a competência do juiz estatal para resolver o conflito e o positivo,

que submete o conflito aos árbitros, efeitos estes que se relacionam com dois princípios fundamentais da arbitragem, (i) o princípio da competência-competência (*Kompetenz-Kompetenz*), segundo o qual o árbitro é juiz da sua própria competência, cabendo-lhe a decisão sobre a regularidade da convenção de arbitragem e do contrato que contenha cláusula compromissória, inclusive quanto à sua inexistência, invalidade ou ineficácia; (ii) o da autonomia da cláusula compromissória, que decorre do fato da convenção de arbitragem ser um negócio jurídico distinto do contrato no qual ela está inserida, de forma que a invalidade de um não implica, necessariamente, a invalidade do outro (2016, p. 219-220).

Quanto ao cumprimento da sentença arbitral que condena a Administração Pública a pagar quantia certa com dispensa do precatório de que trata o art. 100 da Lei Fundamental, sem a incidência das normas inscritas nos arts. 534 e 535 do Digesto Processual, a resposta é negativa. Por ter sido o decreto condenatório expedido pelo juízo arbitral, equiparado à sentença prolatada pelo juiz togado (art. 31 da Lei nº 9.307/1996), não pode a Fazenda Pública ser compelida a pagar quantia certa sem as formalidades do procedimento para sua liquidação por meio de precatório. Tanto faz que a decisão condenatória tenha sido expedida pela jurisdição estatal ou pelo juízo extrajudicial. O cumprimento de sentença que condena pessoas jurídicas de direito público integrantes da Administração Pública a pagar quantia certa se dá por meio de precatório, não há dúvida.

O mesmo já não se pode afirmar quando se trata de pessoa jurídica de direito privado integrante da Administração Pública indireta, como é o caso da empresa pública e da sociedade de economia mista. Como essas pessoas jurídicas estão equiparadas às pessoas jurídicas de direito privado, *ex vi* dos arts. 173, §§ 1º, II, e 2º, e 175 da Carta Federal, não há óbice para que se dê cumprimento à decisão arbitral condenatória sem expedição de precatório, em procedimento assemelhado aos dos arts. 534 e 535 do Estatuto Processual — normas que substituíram as do art. 741 e parágrafo único do Código de

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

>>|

<< Sumário

Processo Civil de 1973, acerca do tema — já que a empresa pública e a sociedade de economia mista não se emolduram no conceito de Fazenda Pública. Ao comentar sobre a Execução contra a Fazenda Pública, notadamente acerca do regime dos pagamentos por ela efetuados, Marinoni e Arenhart ensinam:

Por esta disciplina (art. 100 da CF), todas as dívidas da Fazenda Pública originárias de condenação judicial somente serão pagas mediante *precatório*, expedido pelo Judiciário e dirigido à entidade condenada, que deverá incluir o débito em seu orçamento, para pagamento em futuro exercício financeiro, conforme a possibilidade da pessoa de direito público. Nestes termos, sendo condenada a Fazenda Pública a pagar dinheiro, deverá o Judiciário requisitar à pessoa jurídica de direito público que inclua em seu orçamento valor suficiente para fazer frente à condenação, realizando-se o pagamento na medida da disponibilidade financeira da entidade para os exercícios futuros. Os valores requisitados serão incluídos no orçamento do ente condenado e pagos conforme a ordem da apresentação dos precatórios. A este regime estão sujeitas todas as entidades compreendidas no conceito de Fazenda Pública, nos três níveis da Federação. Assim, submeter-se-ão a esta disciplina a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal e suas respectivas autarquias e fundações de direito público. Excluem-se deste regime as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações públicas de direito privado (2008, p. 401-402).

Vê-se que não cabe divergir sobre a forma de cumprimento da decisão arbitral que condena as pessoas jurídicas integrantes da Administração Pública a pagar quantia certa. Sendo pessoa jurídica de direito público, está submetida a precatório, *ex vi* do art. 535 § 3º; sendo de direito privado, será simplesmente intimada para pagar a dívida em 15 dias, sob pena de penhora de seus bens, nos termos dos arts. 523 e seguintes da Lei Processual Civil, ainda que invoque, em

seu prol, a malsinada regra insculpida no art. 99, parágrafo único, do Código Civil. Este preceptivo legal não se credencia a acolhimento para subtrair do cumprimento da sentença bens que compõem o patrimônio de pessoa jurídica de direito privado pelo simples fato de integrar a Administração Pública (indireta), porque a sua atividade, que é econômica, ou quando muito a maior parte, está voltada para o lucro, como é o caso da Caixa Econômica Federal, do Banco do Brasil, da Petrobrás e de tantas outras.

O mesmo entendimento deve ser adotado na tramitação da carta arbitral para dar cumprimento à decisão transitada em julgado, de acordo com o que prescreve o art. 22-C da Lei nº 9.307/1996, uma vez que, no caso de se tratar de Fazenda Pública, no sentido estrito, como se viu, não pode haver a confidencialidade de que trata o parágrafo único daquele dispositivo legal, ainda que estipulada na cláusula compromissária ou no compromisso.

Portanto, abstraída a convenção sobre interesse público primário no contrato celebrado pela Administração Pública com terceiro, não existe dúvida sobre a possibilidade de optar pelo juízo arbitral, renunciando à jurisdição estatal, mais lenta e menos especializada em resolver conflitos decorrentes de negócios jurídicos específicos. Ao optar pela Justiça privada ou extrajudicial, a Administração Pública poderá suspender a execução do contrato que deu origem ao litígio, obrigando o contratado a dar-lhe prosseguimento, ou, não sendo possível, celebrará um novo contrato com terceiros, com o objetivo de atender ao interesse público secundário, tudo na boa prestação do serviço público.

Isto se deve às alterações normativas introduzidas pelos precitados diplomas legais, editados para agilizar a resolução do conflito oriundo do contrato administrativo. Assim agindo, o Poder Público dará cumprimento ao dever de prestar serviço público eficiente, na recomendação da norma constitucional inscrita no art. 37 do Pacto Fundamental da Nação, na lembrança de que a Administração Pública dos dias coevos não é mais patrimonialista nem burocrática. É contrafactual, gerencial ou hipermoderna. Como afirma Rodrigues, na conclusão nº 33 da sua obra: “[...] o poder público deve atuar de forma célere e com presteza, inclusive porque há necessidades impostergáveis, sendo ambas importantes aspectos da eficiência” (2012, p. 166).

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

>>|

<< Sumário

Considerações finais

Ao longo deste artigo acerca da arbitragem como meio de resolução de conflito nos contratos da Administração Pública, restou demonstrado que a prestação de serviço público está voltada para atender às necessidades coletivas, vale dizer, ao somatório desses interesses. Esse somatório dá origem ao interesse público. Atender ao interesse público é satisfazer a reunião dos interesses da coletividade, para que se alcance o bem-estar de todos os seus membros, no equilíbrio das exigências da vida em sociedade, objetivo fundamental da República, consoante dispõe o art. 3º, IV, da Carta Constitucional. É o mesmo que atender ao que a coletividade necessita, por meio da prestação do serviço público, razão da existência da Administração Pública. Destaca Meirelles: a “[...] atribuição primordial da Administração Pública é oferecer utilidades aos administrados, não se justificando sua presença senão para prestar serviços à coletividade” (2003, p. 319). A prestação do serviço público visa a atender ao interesse público primário — de frontal ou imediato interesse da coletividade administrada — ou ao interesse secundário, de interesse mediato dos administrados, porém imprescindível para o funcionamento da Administração Pública.

O interesse secundário está vinculado ao direito patrimonial, caracterizado como disponível, voltado para o funcionamento supra-mencionado. Sendo patrimonial disponível, o interesse, traduzido em direito, pode ser objeto de contrato administrativo, espécie de contrato público. Primário ou secundário, a Administração Pública deve se pautar pelo atendimento de um ou outro interesse, por meio de prestação de serviço público eficiente, na recomendação do art. 37 da Carta Federal. A Administração Pública eficiente é a contrafactual, hipermoderna ou gerencial, uma vez que os administrados, mesmo após a edição das Emendas Constitucionais 18, 19 e 20, de 1998, vêm suportando a lentidão da Administração factual, emperrada e burocrática. Anota Vieira: “A Administração gerencial tem lastro, em parte, na desburocratização, pois não dá muita importância ao atendimento de formalidades procedimentais impostas pelas leis de regência e sim ao resultado” (2021, p. 224).

Se a Administração Pública pode celebrar contratos administrativos com o fim de atender ao interesse público acerca de direito disponível, emergindo controvérsia deles oriundos, cumpre-lhe, desde logo, obter a solução, deflagrando demanda judicial ou servindo-se

de outros meios hábeis à solução do conflito. O que não lhe é permitido — já que, a partir da Emenda Constitucional nº 19/1998, assumiu o compromisso de se pautar pela eficiência — é manter-se inerte. Considerando que, desde a reforma da lei de regência, por lei da Era Hipermoderna, a Administração Pública está autorizada a se servir da arbitragem, é recomendável que faça opção por esse meio alternativo de resolução do conflito.

Vale enfatizar que a norma do art. 1º da Lei nº 9.307/1996 foi alterada para admitir, no parágrafo 1º, a arbitragem para dirimir contratos celebrados pela Administração Pública com particulares. O parágrafo 1º do art. 3º da Lei Processual Civil erigiu o juízo arbitral à mesma categoria da jurisdição estatal, recomendando, implicitamente, sua utilização para reduzir as demandas judiciais, cujo número cresce em proporções alarmantes. Para atender ao princípio da eficiência e alcançar bons resultados, a Administração Pública necessita de meios alternativos de resolução de suas pendências patrimoniais. Não é razoável que, nos dias coevos, tenha que se servir apenas da jurisdição estatal, somente porque presta serviço público. Como bem registra Moreira Neto:

É chegada, assim, a hora da *consensualidade* ser levada também à *solução dos conflitos* pelas amplas vias universalmente desenvolvidas da *conciliação*, da *mediação* e da *arbitragem*, afastando, de vez, a confusão persistente entre *monopólio da jurisdição*, de sentido coercitivo, e, *monopólio da justiça*, em que a força do consenso das partes em conflito é que conduz à fórmula de composição (2008, p. 119-120).

A partir da reforma introduzida na Lei da Arbitragem pela Lei nº 13.129/2015, não há mais lugar para se duvidar do cabimento da arbitragem nos contratos públicos. A norma expressa no § 1º do art. 1º da Lei nº 9.307/1996, apesar de facultar à Administração Pública utilizar “a arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”, empregando o verbo “poderá”, na verdade a recomenda, inculcando a convicção de que “deverá” optar por esse caminho, acenando para a adoção desse meio de resolução de conflitos, mais célere do que se servir da jurisdição estatal, em que os processos ainda caminham a passos da Era Moderna inicial.

A Emenda Constitucional nº 45, de 2004, introduziu no art. 5º da Carta da República o inciso LXXVIII, instituindo o princípio constitucional da razoável duração do processo e meios que assegurem a celeridade de sua tramitação. A Lei nº 13.129/2015 acrescentou os §§ 1º e 2º ao art. 1º da Lei nº 9.307/1996, permitindo à Administração Pública direta e indireta se servir da arbitragem quando o conflito oriundo do contrato administrativo versar sobre direitos patrimoniais disponíveis.

O legislador ordinário só assim procedeu após a Emenda Constitucional introduzir o indigitado inciso LXXVIII no art. 5º da Constituição Federal, que, no final da novel disposição, recomenda a utilização de meios que assegurem a celeridade da tramitação do processo no âmbito judicial e administrativo. Com isso, restou encerrada a discussão acerca da admissibilidade do juízo arbitral para solucionar conflitos provenientes dos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas e jurídicas.

A introdução do sobredito parágrafo é uma estratégia do legislador hipermoderno, que, não desprezando a empiria da Era Moderna, põe fim aos entendimentos contrários à adoção da arbitragem como meio adequado para resolver pendências de contratos envolvendo interesses secundários da Administração Pública. É o esforço maior do legislador contemporâneo para arredar de vez a dúvida que recaía sobre a viabilidade da utilização da arbitragem para dirimir controvérsias de contratos públicos envolvendo direitos patrimoniais disponíveis.

Referências

- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e ambivalência*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- BAUMAN, Zygmunt. *Legisladores e intérpretes*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2010.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Gen/Atlas, 2016.
- CHAMOUN, Ebert. *Instituições de Direito Romano*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- DECLAREUIL, Joseph. *Rome et L'Organisation du Droit*. Paris: Albin Michel Éditeur, 1924.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. V. 1. 10. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2008.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. 12. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2009.

FLAUSINO, Vagner Fabricio Vieira. *Arbitragem nos contratos de concessão de serviços públicos e de parceria público-privada*. Curitiba: Juruá Editora, 2015.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

FRIDMAN, Luis Carlos. *Vertigens pós-modernas, configurações institucionais contemporâneas*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000.

GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora Unesp, 1991.

GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, José Luis. El Arbitraje. In: ROBLES GARZÓN, Juan Antonio (dir.-coord.). *Conceptos Básicos de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Tecnos, 2008. p. 655-667.

HANSEN, Gilvan Luiz. *Modernidade, utopia e trabalho*. Londrina: Edições Cefil, 1999.

KUMAR, Krishan. *Da sociedade pós-industrial à pós-moderna*. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. V. 1. Tradução de Cândido R. Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. Tradução de Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Fundamentos del Código Civil y Comercial de La Nación. In: *Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina*. Buenos Aires: Ediciones del País, 2014.

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

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 3, Execução.

MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. *A arbitragem e os contratos da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do Direito Administrativo pós-moderno*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

NOHARA, Irene Patrícia. *Fundamentos de Direito Público*. São Paulo: Gen/Atlas, 2016.

RODRIGUES, Eduardo Azeredo. *O princípio da eficiência à luz da teoria dos princípios: aspectos dogmáticos de sua interpretação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

VIEIRA, Sérgio Túlio Santos. A relevância da função jurisdicional e do processo como seu instrumento. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 51, p. 178-229, 2010.

VIEIRA, Sérgio Túlio Santos. *A Administração Pública Contrafactual: ética e moralidade discursiva*. Rio de Janeiro: EDS, 2021.

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

>>|

<< Sumário