

ARBITRAGEM NO PODER PÚBLICO DO BRASIL

Emerson Penha Malheiro

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Metropolitana de Santos (UNIMES – Santos/SP). Pós-Graduado com título de Especialista em Direitos Humanos pela Universidade Cândido Mendes (UCAM – Rio de Janeiro/RJ), em Direito da Comunicação Digital e em Direito Penal pelas Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU – São Paulo/SP). Professor de Direito Internacional, Direitos Humanos, Direitos Fundamentais, Direito Penal, Criminologia e Direito da Sociedade da Informação nas Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU – São Paulo/SP), em São Paulo/SP. *E-mail:* <emersonmalheiro@gmail.com>.

Pedro Henrique Abreu Benatto

Mestre em Direito da Sociedade da Informação pelas Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU – São Paulo/SP). Pós-Graduado com título de Especialista em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP – São Paulo/SP). Professor de Teoria do Direito e Direito Empresarial nas Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU – São Paulo/SP), em São Paulo/SP. *E-mail:* <phbenatto@hotmail.com>.

Resumo: O estudo busca apresentar algumas noções da arbitragem e conceitos que tornem exequível a análise de sua aplicação no poder público na sociedade da informação. Desse modo, o estudo empreende esforços para trazer muito mais do que uma singela verificação dos principais institutos previstos na arbitragem. Este artigo tem como objetivo analisar a aplicação da arbitragem no poder público, bem como a inserção de suas normas no sistema jurídico nacional, avaliando sua validade e aceitação internas. Realizou-se uma pesquisa bibliográfica, procurando enfatizar a importância da arbitragem no poder público e seus reflexos na sociedade da informação brasileira, bem como a criação de infraestruturas informacionais. Conclui-se que haverá muita oposição sobre a Arbitragem na Administração Pública, ante a grande dificuldade dos entes Públicos dirimirem seus conflitos via arbitragem.

Palavras-chave: Arbitragem. Sociedade da Informação. Poder Público.

Sumário: **1** Introdução – **2** Arbitragem – **3** Histórico – **4** A reforma da Lei de Arbitragem (Lei nº 13.129/2015) – **4.1** A arbitralidade nos conflitos com a Administração Pública – **4.1.1** A arbitralidade subjetiva – **4.1.2** A arbitralidade objetiva – **4.2** A arbitragem e o princípio da publicidade – **5** Conclusão – Referências

1 Introdução

Recentemente, foi sancionada a Lei nº 13.129/2015, a qual alterou a Lei nº 9.307/1996, conhecida como Lei de Arbitragem. Entre as mudanças introduzidas no direito arbitral, possivelmente a mais importante está plasmada no art. 1º,

§1º, da referida lei, no qual se admite a utilização da arbitragem pelo Estado, para a resolução de conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, permitindo também a presença da chamada cláusula compromissória nos contratos administrativos em geral. A referida Lei nº 13.129/2015 também encerrou de vez a grande controvérsia gerada no decorrer dos anos entre doutrina e jurisprudência, abrindo um enorme campo de atividade para os arbitralistas. Imperioso destacar que foram também incluídos o §2º no art. 1º e o §3º no art. 3º da Lei nº 9.307/1996, todos versando sobre a arbitragem no poder público.

O objetivo do presente artigo é contribuir para uma melhor clareza a respeito das novas disposições sobre o tema e demonstrar como a arbitragem poderá ser utilizada na Administração Pública, na resolução de conflitos, bem como demonstrar como é a utilização da arbitragem em alguns países sul-americanos.

2 Arbitragem

Desde o surgimento dos conflitos em sociedade, pode se afirmar que houve um aperfeiçoamento da jurisdição privada no Brasil, dando a oportunidade para as partes defenderem seus interesses de modo mais célere e mais adequado à realidade dinâmica da população. A sociedade como um todo vive em uma globalização, em que o Estado contemporâneo encontra dificuldades enormes em atender a todos os anseios da população, gerando até mesmo uma descrença generalizada com o poder público, em especial, o Poder Judiciário, o qual é responsável por fazer valer o direito objetivo.

Dentro deste aperfeiçoamento da jurisdição, surge com uma das formas de solução de conflitos, nos ramos público e privado, a arbitragem, regulada pela Lei nº 9.307/96. Nesse instituto, um terceiro (árbitro) é designado pelas partes a fim de solucionar um conflito, instaurado pelas partes no local que estas se comprometem a cumprir o que pelo árbitro foi decidido.

Na concepção de Cretella Júnior, a arbitragem é o sistema especial de julgamento, com procedimento, técnica e princípios informativos especiais e com força executória reconhecida pelo direito comum, mas a este subtraído, mediante o qual duas ou mais pessoas físicas ou jurídicas, de direito privado ou de direito público, em conflito de interesses, escolhem de comum acordo, contratualmente, uma terceira pessoa, o árbitro, a quem confiam o papel de resolver-lhes a pendência, anuindo os litigantes em aceitar a decisão proferida.¹

¹ CRETELLA JÚNIOR, José. Da arbitragem e seu conceito categorial. *Revista de Informação Legislativa*, v. 98, p. 28, 1998.

Já Mauro Roberto Gomes de Mattos define a arbitragem como o meio extrajudicial que as partes de uma relação contratual podem utilizar para resolver conflitos de ordem patrimonial, envolvendo direitos disponíveis, que serão solucionados pelos árbitros, escolhido pelas partes.²

Para José dos Santos Carvalho Filho, arbitragem é um instrumento alternativo por meio do qual as pessoas dirimem seus conflitos de interesses fora do âmbito judicial.³

Imperioso destacar que a definição de arbitragem é muito ampla, entretanto, em todas essas definições conceituam esse instituto como forma de resolução de conflitos, lembrando que as partes elegem o árbitro e que da decisão proferida por este não há a possibilidade de recurso, sendo sua decisão definitiva.

3 Histórico

Importante destacar que a discussão acerca da utilização da arbitragem no poder público é antiga e bastante controvertida. Vale frisar que a própria PEC nº 96/1992 tentou, sem sucesso, vedar a utilização de arbitragem no poder público, na qual o artigo 98 em seu parágrafo 4º, constaria a seguinte previsão:

Art. 11. O art. 98 passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 98. ... §4º Ressalvadas as entidades de direito público, os interessados em resolver seus conflitos de interesse poderão valer-se de juízo arbitral, na forma da lei”.

Apenas para demonstrar a grande controvérsia do tema, cumpre informar que tal proposta foi aprovada na Câmara dos Deputados e posteriormente rejeitada no Senado Federal, demonstrando a tormenta que o tema causa no poder público.

O legislador vinha evitando o enfretamento desse tema, ora se omitindo no que tange à possibilidade da utilização da arbitragem pelo poder público, ora admitindo seu uso em situações excepcionais. Um exemplo é o Decreto nº 15.738/22, que regulamentou o Código de Contabilidade da União, no qual nada

² MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O contrato administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 49.

³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 17 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 854.

se estabeleceu sobre a arbitragem,⁴ deixando apenas claro que o foro competente para dirimir conflitos seria o brasileiro.

O fato de haver prognóstico para admissão da arbitragem na Administração Pública não obstou o Governo Federal de fixar atos normativos, com rigidez de legislação, na qual determinava a solução de conflitos via arbitral. O exemplo mais notório foi o caso Lage.⁵ Nesse caso ficou consolidado via legislação (Decreto-Lei nº 4.648/42) que todos os bens, além de todos os direitos das empresas “organizações Lage”, seriam incorporados ao patrimônio nacional, em decorrer do interesse da defesa nacional, principalmente pela entrada do país na guerra. Entretanto, não houve acordo entre Administração Pública e os proprietários das Organizações Lage, forçando, assim, a entrada do Decreto-Lei nº 9.521/46, no qual delegou a um juízo arbitral a fixação da indenização, que deveria ser paga aos proprietários, mais especificamente no artigo 4º, que preconiza:

Art. 4º. A União pagará pela incorporação dos bens e direitos especificados no art. 2º uma indenização correspondente ao justo valor que ditos bens e direitos tinham na data em que entrou em vigor o Decreto-lei nº 4.648, de 2 de Setembro de 1942, e o respectivo “quantum” será fixado pelo Juízo Arbitral a ser instituído de acordo com o disposto no art. 12 do presente Decreto-lei.⁶

Assim, foi regulamentado o Tribunal Arbitral, o qual fixou uma indenização que achava justa. O Governo, não concordando com o valor a ser pago, sustentou a inconstitucionalidade do juízo arbitral, requerendo o cancelamento do pagamento

⁴ “Art. 775. A estipulação dos contractos administrativos compreende cláusulas essenciais e cláusulas acessórias. §1º. São cláusulas essenciais e como taes não podem ser omitidas em contracto algum, sob pena de nulidade: (...) e) nos contractos com pessoas naturaes ou juridicas domiciliadas no estrangeiro, a cláusula que declara competente o fôro nacional brasileiro, para dirimir quaesquer questões judiciárias originadas dos mesmos contractos”.

⁵ O caso Lage pode ser extraído do relatório do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, quando proferiu o julgamento do Agravo de Instrumento nº 52.181 (STF, Tribunal Pleno, AI nº 52181/GB, Relator Ministro Bilac Pinto, julgado em 14.11.1973, *DJU* de 15.02.1974).

⁶ Dispunha, a propósito, o art. 12 do Decreto-Lei nº 9.521/1946: “Art. 12. Fica instituído o Juízo Arbitral para o fim especial de julgar, em única instância e sem recurso, as impugnações oferecidas pelo Espólio de Henrique Lage, sua herdeira e legatários, aos Decretos-Leis ns. 4.648, de 2 de setembro de 1942, e 7.024, de 6 de novembro de 1944, com as seguintes atribuições: I – decidir sobre: a) as avaliações dos bens e direitos a que aludem os arts. 2º e 4º dêste Decreto-lei; b) os débitos a que se referem os arts. 5º, letra a, e 6º; c) o levantamento do passivo das referidas Empresas e do Espólio, para os fins previstos no art. 5º letra b; d) a apuração da diferença a que alude o art. 8º; e) as alterações eventuais previstas no art. 10; f) a demarcação da parte dos terrenos de marinha e acrescidos, excluída da incorporação, nos termos dos arts. 2º e 3º; g) a administração, nos termos do art. 21, §1º, das empresas excluídas; h) os casos omissos e qualquer outro assunto de que dependa a boa e rápida execução do presente decreto-lei; II – arbitrar, se necessário, o valor dos acréscimos e deduções a serem computados na forma do art. 10”.

que seria feito à família proprietária da empresa. Insatisfeita, a família Lage peticionou ao poder judiciário, requerendo o reconhecimento da arbitragem, tendo o processo percorrido por todas as instâncias, chegando até a Suprema Corte, com um agravo de instrumento, número 52.181, de relatoria do Ministro Bilac Pinto. Seu voto foi proferido pela regularidade do compromisso arbitral, sendo seguido por todos os outros ministros da corte, que entenderam pela legalidade do compromisso arbitral, inclusive entre outros litígios que poderiam envolver a Fazenda Pública, por acórdão ementado:

INCORPORAÇÃO, BENS E DIREITOS DAS EMPRESAS ORGANIZAÇÃO LAGE E DO ESPÓLIO DE HENRIQUE LAGE. JUÍZO ARBITRAL. CLÁUSULA DE IRRECORRIBILIDADE. JUROS DA MORA. CORREÇÃO MONETÁRIA.

1. Legalidade do juízo arbitral, que o nosso direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a fazenda. Precedente do Supremo Tribunal Federal.
2. Legitimidade da cláusula de irrecorribilidade de sentença arbitral, que não ofende a norma constitucional.
3. Juros de mora concedidos, pelo acórdão agravado, na forma da lei, ou seja, a partir da propositura da ação. Razoável interpretação da situação dos autos e da Lei nº 4.414, de 1964.
4. Correção monetária concedida, pelo tribunal a quo, a partir da publicação da Lei nº 4.686, de 21.6.65. Decisão correta.
5. Agravo de instrumento a que se negou provimento.⁷

Imperioso destacar que esse julgado em nada modificou a posição da doutrina e grande parte da jurisprudência, os quais eram resistentes à utilização da arbitragem no poder público.

Anos depois, com o advento do Estatuto Jurídico das Licitações Contratuais e Contratos administrativos (Decreto-Lei nº 2.300/86), em seu artigo 45 (alterado pelo Decreto-Lei nº 2.348/87), permitiu a inoculação da arbitragem nos contratos acordados pela Administração Pública com empresas ou investidores estrangeiros, mas não com brasileiros.

Subsequentemente, foi aprovada a Lei nº 8.666/93, a chamada Lei de Licitações e Contratos Administrativos, entretanto sem haver a positivação da arbitragem nas relações com o Poder Público.

⁷ STF, Tribunal Pleno, AI nº 52181/GB, Relator Ministro Bilac Pinto, julgado em 14.11.1973, *DJU* de 15/02/1974.

Mais adiante, finalmente surge a Lei nº 9.307/96, a Lei de Arbitragem, entretanto, novamente inerte sobre a possibilidade da utilização deste instituto em litígios em que figurem o Poder Público. Limitava-se apenas o artigo 1º⁸ a dispor quem poderia se valer da arbitragem, quais sejam, “as pessoas capazes” e “para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. A amplitude desse artigo fez com que a doutrina e jurisprudência se digladiassem, destacando-se o posicionamento de Caio Tácito, que aduzia “Na medida em que é permitido à Administração Pública, em seus diversos órgãos e organizações, pactuar relações com terceiros, especialmente mediante estipulação de cláusulas financeiras, a solução amigável é fórmula substitutiva do dever primário de cumprimento das obrigações assumidas. Assim como é lícita, nos termos do contrato, a execução espontânea da obrigação, a negociação – e, por via de consequência, a convenção de arbitragem – será o meio adequado de tornar efetivo o cumprimento obrigacional quando compatível com a disponibilidade de bens. Em suma, nem todos os contratos administrativos envolvem, necessariamente, direitos indisponíveis da Administração. Certamente, haverá casos em que a prestação assumida pelo Estado possa corresponder a interesses públicos de uso de bens públicos ou a fruição de vantagens que não se compadecem com a disponibilidade ou a alienação do patrimônio estatal. Quanto a estes, somente o Poder Judiciário poderá, no exercício de suas prerrogativas, impor à Administração deveres ou obrigações de fazer ou não fazer, de permitir ou de autorizar. Todavia, quando se trata tão-somente de cláusulas pelas quais a Administração está submetida a uma contraprestação financeira, não faz sentido ampliar o conceito de indisponibilidade à obrigação de pagar vinculada à obra ou serviço executado ou ao benefício auferido pela Administração em virtude da prestação regular do outro contratante. A convenção de arbitragem será, em tais casos, caminho aberto a que, pelo acordo de vontades, se possa alcançar a plena eficácia da relação contratual”.⁹

Em posição semelhante, Hely Lopes Meirelles, ensinava que “não há dúvida, portanto, de que nos contratos celebrados pela Administração Pública há sempre um campo de interesses patrimoniais disponíveis, que podem ser objeto de arbitragem. Se é verdade que ‘na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza’, ‘enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe’, a Lei 9.307/96 permitiu expressamente a todas as pessoas

⁸ “Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.”

⁹ Caio Tácito, em sentido contrário, negando veementemente a possibilidade de adoção da via arbitral nas relações contratuais com a Administração Pública: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *As Parcerias Público-Privadas (PPPs)*, *Migalhas*, 12 de janeiro de 2006. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI20266,71043-As+Parcerias+PublicoPrivadas+PPPs>>. Acesso em: 21 abr. 2016.

capazes de contratar (aí incluindo-se a Administração Pública direta e indireta) a possibilidade de se valerem da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Autorização legal, portanto, existe. Pela Lei 9.307, facultativa é sua utilização”.¹⁰

Na esfera administrativa, a utilização da arbitragem era totalmente rechaçada pelos ministros, sob o argumento da violação do princípio da legalidade. Já o Poder Judiciário, mais precisamente o Superior Tribunal de Justiça, adotou uma posição moderada no que tange à arbitragem, reconhecendo a validade de cláusulas compromissórias previstas nos contratos ajustados entre particulares e sociedades de economia mista exploradoras da atividade econômica, com a submissão do juízo arbitral. Nesse sentido foi o acórdão proferido pela segunda turma do STJ, no julgamento do Recurso Especial nº 612.439, de relatoria do Ministro João Otávio de Noronha:

PROCESSO CIVIL. JUÍZO ARBITRAL. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ART. 267, VII, DO CPC. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. DIREITOS DISPONÍVEIS. EXTINÇÃO DA AÇÃO CAUTELAR PREPARATÓRIA POR INOBSERVÂNCIA DO PRAZO LEGAL PARA A PROPOSIÇÃO DA AÇÃO PRINCIPAL.

1. Cláusula compromissória é o ato por meio do qual as partes contratantes formalizam seu desejo de submeter à arbitragem eventuais divergências ou litígios passíveis de ocorrer ao longo da execução da avença. Efetuado o ajuste, que só pode ocorrer em hipóteses envolvendo direitos disponíveis, ficam os contratantes vinculados à solução extrajudicial da pendência.
2. A eleição da cláusula compromissória é causa de extinção do processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, inciso VII, do Código de Processo Civil.
3. São válidos e eficazes os contratos firmados pelas sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços (CF, art. 173, §1º) que estipulem cláusula compromissória submetendo à arbitragem eventuais litígios decorrentes do ajuste.
4. Recurso especial parcialmente provido.

O provimento jurisdicional foi dado em face de uma ação ajuizada pela Companhia Estadual de Energia Elétrica (CEE), sociedade de economia mista, com

¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 265.

sede do Rio Grande do Sul, em fase de AES Uruguaiana Empreendimentos Ltda., diante de inadimplemento contratual. A AES arguiu em preliminar de defesa que haveria previsão contratual de cláusula arbitral, ou seja, a controvérsia deveria ser resolvida por lá. Em primeira e segunda instância, prevaleceu o entendimento de que o juízo arbitral não seria válido para dirimir o conflito, observado ser uma das partes integrante da Administração Pública.

Entretanto, o STJ por unanimidade firmou entendimento de que o contrato não só seria válido, como deveria ser respeitado, haja vista o regime jurídico próprio de empresa privada a que essas empresas se submetem, entendimento este cristalizado no artigo 173, §1º, Constituição Federal. Posteriormente o STJ pacificou tal entendimento, com reiterados julgados nesta mesma linha de raciocínio, acrescentando também que não somente as empresas estatais poderiam se valer da arbitragem, mas sim todo o Poder Público, haja vista não existia óbice legal constitucional que impedisse que a Administração Pública optasse pela via arbitral, em vez de judicial.

Seguindo o mesmo raciocínio, as leis esparsas surgem, iniciando-se em 1997, autorizando a utilização da arbitragem nos contratos administrativos, efetuados com a Administração Pública, principalmente os contratos de concessão, os quais envolvem quantias exorbitantes. A título de exemplo, a Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97) estabelece que o contrato de concessão deverá indicar “o modo para solução extrajudicial das divergências contratuais”,¹¹ a Lei nº 11.079/2004¹² (Lei das Parcerias Público-Privadas) e mais recentemente a Lei nº 12.815/2013¹³ (Lei dos Portos), sem contar inúmeras outras leis não citadas aqui.

Mesmo com inúmeras leis esparsas autorizando a utilização da arbitragem no Poder Público, a controvérsia realmente só foi fulminada pela Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015, que promoveu verdadeira reforma na Lei de Arbitragem, a qual passa a admitir a possibilidade de utilização da via arbitral nos litígios envolvendo a Administração Pública (direta e indireta).

¹¹ “Art. 93. O contrato de concessão indicará: (...) XV – o foro e o modo para solução extrajudicial das divergências contratuais.”

¹² “Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever: (...) III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.”

¹³ “Art. 62. O inadimplemento, pelas concessionárias, arrendatárias, autorizadas e operadoras portuárias no recolhimento de tarifas portuárias e outras obrigações financeiras perante a administração do porto e a Antaq, assim declarado em decisão final, impossibilita a inadimplente de celebrar ou prorrogar contratos de concessão e arrendamento, bem como obter novas autorizações. §1º Para dirimir litígios relativos aos débitos a que se refere o caput, poderá ser utilizada a arbitragem, nos termos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996.”

4 A reforma da Lei de Arbitragem (Lei nº 13.129/2015)

4.1 A arbitrabilidade nos conflitos com a Administração Pública

Primeiramente, importante frisar que não são todas as controvérsias que podem ser resolvidas via arbitral. A ordem jurídica estabelece limites objetivos e subjetivos para utilização desta via. Conforme Jacob Dolinger e Carmen Tiburcio, o estado conserva “o poder de impedir que determinadas questões sejam dirimidas pela via da arbitragem, resultando no estabelecimento da regra da competência exclusiva da jurisdição estatal no que se refere a determinadas controvérsias. Nesse caso, diz-se que o litígio não é passível de ser resolvido por arbitragem, ou melhor, não é arbitrável”.¹⁴

Cumpra esclarecer que a arbitrabilidade subjetiva delimita quem poderá se submeter a tal instituto, enquanto a arbitrabilidade objetiva delimita as matérias que poderão ser decididas via arbitral.

4.1.1 A arbitrabilidade subjetiva

Por óbvio, não são todas as pessoas que podem ingressar em um juízo arbitral. Os incapazes, nos moldes da lei civil, não podem requerer este tipo de resolução de conflitos, lembrando que a própria lei de arbitragem em seu artigo 1º já aduz que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Assim, prevalece o entendimento de que apenas os capazes, segundo o regulamento civil, poderão valer-se desse instituto, ou seja, não havia muita discussão nesse aspecto.

A grande controvérsia, no entanto era sobre a possibilidade ou não de a Administração Pública fazer uso da arbitragem para solução de seus litígios, ante a flagrante omissão da lei. A doutrina era amplamente dividida, e a Administração Pública utilizava a arbitragem apenas nos casos previstos na legislação, em especial nos conflitos que surgiram nos contratos de concessão. Atualmente, com o advento da Lei nº 13.129/2015, essa dúvida foi fulminada, haja vista a expressa autorização legal, permitindo que a Administração Pública resolva seus conflitos utilizando a via arbitral. Neste aspecto não houve grande discussão,

¹⁴ DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. Arbitrabilidade. In: *Direito internacional privado: parte especial: arbitragem comercial internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 123, 124.

Com a reforma da Lei de Arbitragem, todas as pessoas jurídicas de direito público (União, Estados, Distrito Federal, Municípios e suas respectivas autarquias) podem fazer uso da arbitragem, a fim de resolver seus conflitos de forma mais célere.

4.1.2 A arbitrabilidade objetiva

Já nesse aspecto a divergência é ainda maior, visto que o debate não é sobre a possibilidade de a Administração Pública se submeter à arbitragem, mas sim o que poderá ser discutido em eventual litígio que será submetido à arbitragem.

A lei aduz que tal instituto somente poderá ser utilizado para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, entretanto, a grande controvérsia é justamente delimitar o que seria patrimônio disponível. O Direito Público desde sempre foi visto como algo de natureza indisponível, havendo até um princípio basilar, qual seja, indisponibilidade do interesse público, e, neste sentido Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁵ preconiza:

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

Assim, antes da reforma da Lei de Arbitragem, a consagração desse princípio era o principal argumento da doutrina para não implementação da arbitragem, ou seja, o interesse público sempre era indisponível.

Tal interpretação está mais que superada, haja vista que todo interesse no final, ainda que indisponível, torna-se disponível, na maioria das vezes transformadas em pecúnia, até pelo fato de que quando a Administração contrata uma obra ou empresa, ela está dispondo de seu próprio patrimônio para realização do ato. O professor Eros Grau,¹⁶ brilhantemente, segue essa linha de pensamento:

¹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 34.

¹⁶ GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 32, p. 20, 2000. Vide, ainda: BINENBOJM, Gustavo. Arbitragem em ambientes regulados e sua relação com as competências das agências reguladoras. In: *Estudos de direito público: artigos e pareceres*, Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 195/197.

Dispor de direitos patrimoniais é transferi-los a terceiros. Disponíveis são os direitos patrimoniais que podem ser alienados. A Administração, para a realização do interesse público, pratica atos, da mais variada ordem, dispondo de determinados direitos patrimoniais, ainda que não possa fazê-lo em relação a outros deles. Por exemplo, não pode dispor dos direitos patrimoniais que detém sobre os bens públicos de uso comum. Mas é certo que inúmeras vezes deve dispor de direitos patrimoniais, sem que com isso esteja a dispor do interesse público, porque a realização deste último é alcançada mediante disposição daqueles.

Entretanto, a doutrina deixa claro que o interesse público se divide em duas partes, quais sejam, primárias e secundárias. Os interesses primários são aqueles que versam, por exemplo, sobre saúde, segurança, entre outros, e, de forma alguma poderá ser objeto de arbitragem. Já os interesses secundários são aqueles nos quais, por exemplo, a Administração Pública dispõe de seu patrimônio, como uma obra contratada, um serviço terceirizado, etc. Esses secundários, sim, poderão ser objeto de arbitragem, desde que respeitem os preceitos constitucionais, bem como os princípios que rondam a Administração Pública.

Assim, prevalece atualmente o entendimento de que quando a Administração Pública contrata, ela está dispondo de seu patrimônio, razão pela qual todos os conflitos que surgirem possam ser levados ao juízo arbitral, até pelo fato da celeridade processual que este ramo de solução de litígios propõe.

4.2 A arbitragem e o princípio da publicidade

Os agentes públicos têm por obrigação respeitar os princípios constitucionais que lhes foram impostos, lembrando que estes têm por função zelar e administrar interesses que não lhes pertencem, devendo, portanto, prestar contas e se sujeitarem ao controle exercido pela Administração Pública.

O princípio da publicidade está esculpido no artigo 37, que segundo Rafael Carvalho Rezende de Oliveira,¹⁷ “guarda estreita relação com princípio democrático (artigo 1 CRFB), possibilitando o exercício do (controle) social sobre os atos públicos”. O Estado não pode agir em sigilo, haja vista que tal atuação se dá apenas em países autoritários, não cabendo esse tipo de atuação no regime democrático.

¹⁷ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p. 29.

Assim, por óbvio, diferentemente do ocorrido nas arbitragens privadas, não será possível a contratação da cláusula de confidencialidade quando da arbitragem fizer parte o poder público.

Vale lembrar que a Lei de Arbitragem possui em seu contexto autorização expressa para que alguns litígios possam se tornar confidenciais, para, assim, atingir o interesse das partes litigantes. Entretanto, os atos promovidos por agentes da Administração Pública, conforme já explicitado, estão sujeitos à publicidade, conforme preceitua o artigo 37, Constituição Federal, principalmente pelo fato de que o interesse e o patrimônio pelo qual os agentes zelam pertencem a toda coletividade, ou seja, é direito da sociedade em geral.

Assim, diferentemente do que ocorre nas arbitragens em geral, em que as partes são pessoas jurídicas de direito privado, o conflito que for submetido a arbitragem e onde a Administração Pública for parte não poderá haver sigilo no que diz respeito à resolução do conflito, eis que o interesse da resolução atinge toda a população.

A grande controvérsia no presente é acerca de qual parte seria responsável pela publicidade dos atos, ou seja, a câmara arbitral ou o Poder Público?

Imperioso destacar que a câmara arbitral trata-se de mero prestador de serviço, não podendo a ela responsabilizar pela publicidade dos atos ali concedidos. Assim, prevalece o entendimento de que o próprio poder Público tem não só o poder, mas também o dever de publicizar qualquer ato firmado perante terceiros.

Não houve muito debate, quando da aprovação dessa reforma da lei, no tocante à publicidade no procedimento arbitral, prevalecendo o entendimento de que, excepcionalmente, o árbitro poderá decretar o segredo do procedimento arbitral.

5 Conclusão

Com o advento da Lei nº 13.129/2015, a polêmica que existia acerca da utilização da arbitragem por parte do Poder Público chegou ao fim. Atualmente, por força da nova redação atribuída ao art. 1º, §1º, da Lei nº 9.307/96, não mais pode persistir dúvida de que a via arbitral está aberta e disponível para os entes da Administração Pública, aí incluídas as pessoas jurídicas de direito público.

Haverá muita oposição sobre a Arbitragem na Administração Pública, ante a grande dificuldade de os entes públicos dirimirem seus conflitos via arbitragem. Assim, ainda que a lei aprove a utilização de Arbitragem ao Poder Público, nada mudará se a cultura do litígio que a sociedade prega não mudar, pois a solução alternativa de conflitos em nada poderá ajudar caso o próprio poder público não o utilize, procurando na maioria das vezes a solução de seus problemas na esfera

judicial, lembrando que o julgamento dos conflitos nos quais a Administração for parte, o que deverá ser julgado será pelo Direito e nunca pela equidade, em razão dos princípios que a Administração Pública segue.

Arbitration in Public Authorities of Brazil

Abstract: The study seeks to present some of the arbitration notions and concepts that make possible the analysis of its application in the public sector in the information society . Thus , the study makes every effort to bring much more than a simple check of the main institutions provided for in the arbitration. This article aims to analyze the application of arbitration in government as well as the inclusion of its provisions in the national legal system , assessing its validity and internal acceptance. We conducted a literature search , seeking to emphasize the importance of arbitration in public power and its effects on the Brazilian information society and the creation of informational infrastructure . It follows that there will be much opposition on Arbitration in Public Administration at the great difficulty of Public dirimirem loved their disputes via arbitration.

Keywords: Arbitration. Information Society. Public Authority.

Summary: **1** Introduction – **2** Arbitration – **3** Historical Aspects – **4** Arbitration statute reform (Law nº 13.129/2015) – **4.1** Arbitration in conflicts with the public administration – **4.1.1** The subjective arbitration – **4.1.2** The objective arbitration – **4.2** Arbitration and the principle of publicity – **5** Conclusion; References.

Referências

- ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação: conciliação: resolução CNJ 125/2010*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25. ed., rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012.
- CRETELLA JUNIOR, José. Conceito moderno do serviço público. *Revista da Faculdade Direito*, Universidade de São Paulo, v. 61, n. 2, p 202-203, 1966. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66490/69100>>. Acesso em: 02 maio 2016.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013.
- HOFFMAN, Paulo. Arbitragem: algumas dúvidas processuais práticas... In: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca (Coord). *Arbitragem no Brasil: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

TÁCITO, Caio. Arbitragem nos litígios administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, v. 210, out./dez. 1997.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Igualdade é assegurada às partes na composição do painel arbitral. *Consultor Jurídico*, 5 de agosto de 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-05/igualdade-assegurada-partes-composicao-painel-arbitral>>. Acesso em: 20 abr. 2016.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Transigibilidade na administração pública: uma faceta da consensualidade no direito administrativo do século XXI. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 11, n. 123, maio 2011.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MALHEIRO, Emerson Penha; BENATTO, Pedro Henrique Abreu. Arbitragem no poder público do Brasil. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 11, n. 36, p. 131-144, jan./jun. 2017.

Recebido em: 12.07.2016

Pareceres: 20.11.2016 e 06.12.2016

Aprovado em: 14.12.2016