
**JUSTIÇA MULTIPORTAS E OS CONFLITOS ENVOLVENDO A
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: ARBITRAGEM E OS INTERESSES
PÚBLICOS DISPONÍVEIS**

***MULTI-DOOR COURTHOUSE CONCEPTS AND PUBLIC
ADMINISTRATION CONFLICTS: ARBITRATION AND ALIENABLE
PUBLIC RIGHTS***

RICARDO GUEIROS BERNARDES DIAS

Pós-Doutorado em Direito pela University of Houston, EUA. Doutor em Direito pela University of California (Hastings)/UGF. Mestre em Direito pela UGF/UERJ. Pós-graduado em Direito Comparado pela Université de Sorbonne (Paris-Panthéon). E-mail: ricardogueiros2014@gmail.com

DIOGO ABINEDER FERREIRA NOLASCO PEREIRA

Mestre em Direito Processual pelo Programa de pós-graduação *stricto sensu* em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo – UFES. Pós-graduado em Direito Processual Civil – Novo CPC pela UNIFEOB. Pós-graduado em Direito Material e Processual do Trabalho pela Universidade Anhanguera – UNIDERP. Advogado. Professor da Rede de Ensino DOCTUM. Membro da Comissão de Educação Jurídica da Ordem dos Advogados do Brasil Seção de Minas Gerais. Membro do Núcleo Docente Estruturante – NDE da Faculdade Doctum de Manhuaçu. Parecerista “ad hoc” da Revista Brasileira de Direito Processual (RBDPro). E-mail: diogo.nolasco@gmail.com



RESUMO

Objetivos: o objetivo deste artigo é levar a compreensão da necessidade de compatibilizar-se a linguagem do sistema multiportas nos conflitos envolvendo a Administração Pública, especialmente a arbitragem.

Metodologia: a pesquisa adota uma abordagem dedutiva, a técnica de pesquisa é bibliográfica e documental, seu objetivo metodológico é exploratório e propositivo.

Resultados: o artigo faz proposições sobre a possibilidade de aplicar-se a arbitragem nos conflitos envolvendo a Administração Pública, autorizada pela Lei nº. 13.129/2015. Busca-se demonstrar que a Administração Pública possui interesses disponíveis e que, por tal razão, podem ser objeto de cláusula compromissória ou compromisso arbitral.

Contribuições: o estudo apresenta um tema que merece debate no meio acadêmico, devido à sua inovação e complexidade. Tradicionalmente, verifica-se uma interpretação de que os interesses públicos seriam necessariamente indisponíveis, o que induz a uma resistência ao reconhecimento do modelo justiça multiportas nos conflitos envolvendo a Administração Pública, que, como se verá, deve ser superada.

Palavras-chave: Justiça Multiportas; Arbitragem; Administração Pública; Interesse Público.

ABSTRACT

Objective: the purpose of this article is to understand the need to make the language of the multi-door courthouse compatible in conflicts involving Public Administration, especially arbitration.

Methodology: the research adopts a deductive approach, bibliographic and documental research technique, with an exploratory and propositional methodological objective.

Results: the paper makes proposals about the possibility of applying arbitration in conflicts involving the Public Administration, authorized by the Act No. 13,129/2015. It will be demonstrated that the Public Administration has alienable public rights and for such reason, they can be the subject to an arbitration clause or arbitration commitment.

Contributions: the study presents a topic that deserves debate in the academic environment due to its innovation and complexity. Traditionally, there is an



interpretation that public interests would necessarily be alienable, which leads to resistance to the recognition of the multi-door courthouse in conflicts involving Public Administration, which, as will be seen, must be overcome.

Keywords: Multi-Door Courthouse; Arbitration; Public Administration; Public Right.

1 INTRODUÇÃO

A expressão *multi-door courthouse* (justiça multiportas) foi originalmente usada pelo Prof. Frank Sander (Harvard) em 1976, em conferência que posteriormente veio a ser publicada em 1979: Frank Sander. *Varieties of dispute processing*, Minnesota: West Publishing, 1979, p.65/87. Este sistema cria uma verdadeira mudança de paradigma, pois privilegia a utilização de meios extrajudiciais de solução de controvérsias, que passa pela participação das partes na busca de uma solução amigável, o que melhor atenderia aos seus interesses.

O Código de Processo Civil de 2015, artigo 3º., §3º., cogita o sistema multiportas em qualquer fase processual, permitindo às partes uma solução pacífica da controvérsia.

O sistema multiportas, dada sua dimensão, deve ser percebido à luz de distintos tratamentos adequados de solução de conflitos; os que tratam da autocomposição, bem como dos meios heterocompositivos, compreendidos a jurisdição estatal e não-estatal.

O instituto da arbitragem, como meio heterocompositivo, tratado como forma de jurisdição não-Estatal, apesar de não ser um instituto novo, ganhou novos contornos a partir do giro dado à cultura do litígio no Brasil que privilegia a jurisdição estatal.

Ocorre que a jurisdição estatal, nos moldes como exercida atualmente, não parece instrumento hábil a promover a pacificação social, haja vista dar a resposta de modo intempestivo e com pouca possibilidade de restaurar a relação social rompida pelo litígio.



Ademais, nos conflitos envolvendo a Administração Pública, percebe-se, ao longo da história, uma resistência estatal em desenvolver uma autonomia negocial. Neste contexto, a arbitragem coloca-se como um dos tratamentos adequados à solução das controvérsias jurídicas.

A resistência mencionada parte do reconhecimento de um inconsciente coletivo quanto aos interesses da Administração Pública serem sempre encarados como indisponíveis. Isto induziria a uma incompatibilidade da utilização da arbitragem, ou mesmo os demais tratamentos, como instrumento adequado aos conflitos envolvendo a Administração Pública.

Porém, pretende-se induzir a compreensão de que a Administração Pública possui interesses disponíveis.

A partir disto, o presente estudo fará um corte metodológico no sentido de mostrar ser compatível a arbitragem como tratamento adequado à solução de controvérsias envolvendo a Fazenda Pública, conforme previsão da Lei n.º 13.129/2015.

O presente estudo pretende responder se a Administração Pública possui interesses disponíveis e de que modo tais interesses, na existência de eventual controvérsia jurídica que os envolva, possam ser tutelados por meio da arbitragem.

O desenvolvimento do presente artigo é dividido em três partes. Na primeira delas, intitulada “Arbitragem”, pretende-se contextualizar o momento histórico da inserção da arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro, bem como buscar explicar o referido instituto, levando-se em consideração a sua natureza jurídica, o seu objeto e o seu campo de atuação, demonstrando, assim, como o contendor do direito pode-se valer de tal instituto na defesa de seus Direitos.

Na segunda parte, nomeada de “Administração Pública e seus interesses disponíveis”, buscou-se demonstrar que há uma cultura jurídica equivocada a interpretar que os interesses da Administração Pública necessariamente são indisponíveis.

Por derradeiro, a terceira parte, a saber, “Alguns aspectos sobre a Arbitragem na solução das controvérsias envolvendo o Poder Público”, encerra a



discussão pretendida ao dispor sobre a possibilidade de utilizar-se o instituto da arbitragem como instrumento para dar solução às controvérsias jurídicas envolvendo a Administração Pública.

2 JUSTIÇA MULTIPORTAS: DOS MEIOS AUTOCOMPOSITIVOS E HETEROCOMPOSITIVOS E A HISTÓRIA DA ARBITRAGEM NO BRASIL

A partir do modelo de justiça multiportas, verifica-se que a autocomposição e a jurisdição não-estatal, muito embora bastante evoluídos no resto do mundo, são institutos que vem engatinhando no Brasil. Tal cultura deve ser superada haja vista as inúmeras vantagens em utilizar-se de meios não convencionais de solução de controvérsias.

A arbitragem é eficiente tratamento adequado à resolução de conflitos jurídicos da sociedade. Destacam-se inúmeras vantagens na sua utilização em detrimento da solução convencional oferecida pela Jurisdição Estatal, tais como a rapidez, informalidade, especialização e confiança dos contendores.

A escolha deste meio parte da existência de um “compromisso” bilateral assumido pelos sujeitos envolvidos no conflito, demonstrando, com isso, uma confiança recíproca na busca comum do resultado. A expressão “compromisso” deve ser lida genericamente, ausente do significado técnico do compromisso arbitral ou da cláusula arbitral.

Um procedimento menos formal que o processo judicial, trazendo maior celeridade na sua solução. Além disso, o aspecto da especialidade talvez seja a maior das vantagens, já que os árbitros são tecnicamente especializados no assunto que irão julgar, conhecendo todas as especificidades de casos semelhantes.

Destaca-se ainda a confidencialidade do procedimento arbitral muito embora, nos conflitos envolvendo a Administração Pública vigora o princípio da publicidade. Com efeito, a vantagem da confidencialidade, ao nosso sentir, não se



coaduna com a garantia constitucional da publicidade que permite a fiscalização, por qualquer do povo, dos atos envolvendo o Poder Público.

Os tratamentos tradicionais de solução de controvérsias possuem singularidades. Na autotutela há uma imposição do interesse de uma parte sobre a outra. Na autocomposição as partes conjuntamente e autonomamente compõem o conflito. Na jurisdição estatal o Poder Judiciário, como órgão do Estado, decide com caráter substitutivo e imperativo. O Estado, ao apreciar o pedido, substitui a vontade das partes, aplicando ao caso concreto a “vontade” da norma jurídica (CHIOVENDA, 2000, p.9-14).

A autotutela pode ser identificada como uma forma primitiva de solução de conflitos, verificada quando ainda não existia autoridade (órgão estatal) capaz de superar os interesses dos homens e impor o Direito imperativamente. Atualmente a legislação brasileira autoriza o exercício da autotutela quando há ausência de confiança entre as partes e há impossibilidade de estar o Estado-juiz presente sempre que um direito esteja sendo ou prestes a ser violado como, por exemplo, no caso da prisão em flagrante, legítima defesa, estado de necessidade, desforço imediato, direito de retenção, entre outros.

A autocomposição é também uma forma primitiva de resolução de conflitos, em que as partes envolvidas no conflito cedem seu interesse ou parte dele. Considerada como expressão altruísta que traduzia atitudes de renúncia, reconhecimento ou concessões mútuas entre os adversários. Atualmente legitima-se a autocomposição pela utilização da conciliação e da mediação.

Na visão clássica esposada por Ada Pellegrini e Dinamarco a jurisdição (estatal) é o instrumento utilizado pelos órgãos do Poder Judiciário para pacificar os conflitos sociais manifestando, para tanto, a vontade do ordenamento jurídico para cada caso apresentado. Atualmente é o método praticamente exclusivo no exercício da pacificação social.

A arbitragem (jurisdição não-estatal), se coloca como um método de solução de conflitos em que a composição do conflito é entregue a terceira pessoa que



decide de forma imperativa, daí ser meio heterocompositivo. As partes envolvidas no conflito elegem um árbitro no qual têm confiança e ele resolve o conflito.

A arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro tem origem nos tempos da colonização portuguesa, nas Ordenações Filipinas que constava de cinco Livros, divididos em Títulos, e estes em princípio e em parágrafos. O livro III, com 98 Títulos, destinava-se às leis processuais civis. O Título 16 do Livro III das Ordenações Filipinas, previa a certeza da sentença arbitral, independentemente de homologação e a possibilidade de apelação.

A Constituição Imperial de 1824 trazia previsão no artigo 160 que nas causas cíveis, caso as partes convencionassem, seriam nomeados juízes árbitros para decidirem sendo que tais decisões eram irrecorríveis.

O Código de Processo Civil de 1939, no Livro IX – Do Juízo Arbitral, previa arbitragem em diversos dispositivos. O diploma de 1939 autorizava a utilização da arbitragem em alguns casos, mas dependente de homologação pelo Poder Judiciário.

No Código de Processo Civil de 1973, houve uma remodelagem do instituto, previsto no Capítulo XIV do Livro IV, mas manteve-se, entretanto, a obrigação original de intervenção do Poder Judiciário.

Há aproximadamente 25 (vinte e cinco) anos, é que passou a ter previsão em legislação própria. A Lei n.º 9.307/96 que revogou a previsão do instituto no Código de Processo Civil de 1973.

Com a edição da Lei da Arbitragem, em meados da década de 90, com uma cultura nacionalmente desfavorável haja vista seu alto custo, manteve-se adstrita a círculos muito restritos.

Na doutrina nacional, a cultura desfavorável à arbitragem se dava pela ausência de execução específica à cláusula compromissória, fato que, segundo Vera Cecília Monteiro de Barros, se resolveu com a entrada em vigor da Lei n.º 9.307/96, pois “deu-se um passo extremamente importante e removeu-se o obstáculo que sempre impediu o desenvolvimento da arbitragem no país” (BARROS, 2016, p. 584).



Outro marco importante à consolidação da arbitragem no país foi o reconhecimento da constitucionalidade da Lei n.º 9.307/96 pelo Supremo Tribunal Federal em 2001.

EMENTA: 1.Sentença estrangeira: laudo arbitral que dirimiu conflito entre duas sociedades comerciais sobre direitos inquestionavelmente disponíveis - a existência e o montante de créditos a título de comissão por representação comercial de empresa brasileira no exterior: compromisso firmado pela requerida que, neste processo, presta anuência ao pedido de homologação: ausência de chancela, na origem, de autoridade judiciária ou órgão público equivalente: homologação negada pelo Presidente do STF, nos termos da jurisprudência da Corte, então dominante: agravo regimental a que se dá provimento, por unanimidade, tendo em vista a edição posterior da L. 9.307, de 23.9.96, que dispõe sobre a arbitragem, para que, homologado o laudo, valha no Brasil como título executivo judicial. 2. Laudo arbitral: homologação: Lei da Arbitragem: controle incidental de constitucionalidade e o papel do STF. A constitucionalidade da primeira das inovações da Lei da Arbitragem - a possibilidade de execução específica de compromisso arbitral - não constitui, na espécie, questão prejudicial da homologação do laudo estrangeiro; a essa interessa apenas, como premissa, a extinção, no direito interno, da homologação judicial do laudo (arts. 18 e 31), e sua conseqüente dispensa, na origem, como requisito de reconhecimento, no Brasil, de sentença arbitral estrangeira (art. 35). A completa assimilação, no direito interno, da decisão arbitral à decisão judicial, pela nova Lei de Arbitragem, já bastaria, a rigor, para autorizar a homologação, no Brasil, do laudo arbitral estrangeiro, independentemente de sua prévia homologação pela Justiça do país de origem. Ainda que não seja essencial à solução do caso concreto, não pode o Tribunal - dado o seu papel de "guarda da Constituição" - se furtar a enfrentar o problema de constitucionalidade suscitado incidentalmente (v.g. MS 20.505, Néri). 3. Lei de Arbitragem (L. 9.307/96): constitucionalidade, em tese, do juízo arbitral; discussão incidental da constitucionalidade de vários dos tópicos da nova lei, especialmente acerca da compatibilidade, ou não, entre a execução judicial específica para a solução de futuros conflitos da cláusula compromissória e a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). Constitucionalidade declarada pelo plenário, considerando o Tribunal, por maioria de votos, que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV, da CF. Votos vencidos, em parte - incluído o do relator - que entendiam inconstitucionais a cláusula compromissória - dada a indeterminação de seu objeto - e a possibilidade de a outra parte, havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, recorrer ao Poder Judiciário para compelir a parte recalcitrante a firmar o compromisso, e, conseqüentemente, declaravam a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 9.307/96 (art. 6º, parág. único; 7º e seus parágrafos e, no art. 41, das novas redações atribuídas ao art. 267, VII e art. 301, inciso IX do C. Pr. Civil; e art. 42), por violação da garantia da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário. Constitucionalidade - aí por decisão unânime, dos dispositivos da Lei de Arbitragem que prescrevem a irrecorribilidade (art. 18) e os efeitos de



decisão judiciária da sentença arbitral (art. 31). (SE 5206 AgR, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 12/12/2001, DJ 30-04-2004 PP-00029 EMENT VOL-02149-06 PP-00958).

A Suprema Corte, por maioria de votos, manifestou entendimento de que não se representaria afronta à inafastabilidade da jurisdição a manifestação de vontade da parte contratante na cláusula compromissória.

A corrente minoritária preconizada pelo relator Min. Sepúlveda Pertence, assentava que a lei de arbitragem afrontaria a garantia constitucional do acesso à Justiça por colidir frontalmente com a inafastabilidade do controle jurisdicional prevista no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988. Porém, a corrente majoritária, que contou com os votos dos Ministros Nelson Jobim, Ilmar Galvão, Ellen Gracie, Celso de Mello, Marco Aurélio, Maurício Corrêa e Carlos Velloso, ratificou como efetivo fundamento do reconhecimento da constitucionalidade que o inciso XXXV representa um direito à ação, e não um dever.

Na ocasião, assentou o Min. Marco Aurélio Mello que a arbitragem é “uma tendência mundial no sentido de, tanto quanto possível, evitar-se a sobrecarga do Judiciário, de modo a chegar-se, no menor espaço de tempo, à solução de um conflito de interesses, no que este abala a paz social” (AgRe na SE 5206/Espanha, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 30.04.2004).

Com vistas a ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem, em agosto de 2012, por iniciativa do Senado Federal, foi criada uma Comissão de Juristas incumbida de elaborar o projeto de Lei de Arbitragem e Mediação. Presidiu esta comissão o Ministro do Superior Tribunal de Justiça Luís Felipe Salomão. A iniciativa visava dispor sobre a escolha dos árbitro, a prever sobre interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem e sobre a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem.

O Anteprojeto no Senado Federal teve seu texto original, com poucas modificações, aprovado pelo PLS 406/2013. Na Câmara dos Deputados, o projeto que teve o número 7.108/2004, teve uma pequena alteração que foi rejeitada pelo Senado Federal posteriormente. Após aprovação do texto final pelo Senado, o



Projeto foi encaminhado à sanção presidencial. Em 26 de maio de 2015, após sancionada com vetos na esfera consumerista e trabalhista, promulga-se a Nova Lei de Arbitragem n.º 13.129 que entraria em vigor 60 dias após sua publicação.

A alteração legislativa manteve a sistemática anterior. “Foram preservados, no geral, os princípios e fundamentos normativos do texto original, com melhorias pontuais, a consolidação da jurisprudência dos nossos Tribunais Superiores e a definição de algumas questões práticas que suscitaram interpretações divergentes” (BARROS, 2016, p. 585).

No Brasil, com o Código de Processo Civil de 2015, verificou-se uma expansão da Arbitragem com “a equiparação da sentença arbitral com a sentença judicial, qualificando aquela como título executivo judicial e retirando a necessidade de homologação” (MAZZEI; CHAGAS, 2015, p. 530).

Uma importante modificação feita pela Lei n.º 13.129/2015 é a arbitragem envolvendo a Administração Pública.

A possibilidade de incidência das disposições da lei de arbitragem nos interesses da administração pública tem produzido inúmeros debates.

André Chateaubriand Martins traz alguns pontos divergentes ao mencionar uma polarização daqueles que defendem que o art. 1º da Lei Brasileira de Arbitragem (“LBA”) seria uma autorização legal para a Administração Pública utilizar a arbitragem, completando assim o requisito do princípio da legalidade em sentido estrito que preconiza que o administrador público apenas pode fazer o que a lei expressamente lhe permite e daqueles que questionam a arbitragem em contratos administrativos sem previsão expressa na Lei n. 8.666/93, ou sem lei específica autorizando de forma expressa (MARTINS, 2016, p. 67).

Para o autor, esta divergência foi parcialmente resolvida pela jurisprudência ao admitir que cláusulas compromissórias celebradas por empresas públicas e sociedades de economia mista seriam válidas desde que tais órgãos estejam sujeitos ao regime jurídico das sociedades privadas quando exploram atividade econômica conforme artigo 173 §1º, II da Constituição Federal de 1988 (MARTINS, 2016, p. 67). No mesmo sentido.



Em que pese a polêmica, a jurisprudência vinha se mostrando bastante favorável à participação de entidades públicas em arbitragens. Além do famoso “caso Lage”, decidido em 1973 pelo STF, e de acórdão do extinto Tribunal Federal de Recursos – que considerava necessária prévia autorização legal, a orientação do STJ consolidou nitidamente um tendência *favor arbitratis*, reconhecendo até que empresas estatais prestadoras de serviços públicos poderiam se submeter à arbitragem, desde que se trate de questão patrimonial disponível, como o equilíbrio econômico-financeiro do contrato (TIBURCIO; PIRES, 2016, p. 431-462).

Mas a divergência ainda reside quando se diz respeito às autarquias e a entes integrantes da Administração Pública direta, mormente para se identificar quais conflitos de enquadrariam no conceito de direitos disponíveis relacionados à Administração Pública, questão que ainda será debatida neste ensaio.

Com efeito, a arbitragem envolvendo a Administração Pública implicou em divergências existindo, antes da Lei n.º 13.159/2015, três correntes doutrinárias.

A primeira corrente baseava-se no artigo 54, *caput*, da Lei n.º 8.666/93, que determina a aplicação supletiva aos contratos regidos por ela, dos princípios da teoria geral dos contratos e das disposições de direito privado. Tal afirmação é defendida por Adilson Abreu Dallari citado por Carmen Tibúrcio e Thiago Magalhães Pires (DALLARI *apud* TIBURCIO, 2016, p. 431-462).

A segunda corrente defende que há uma autorização genérica para que se adote a arbitragem em diversas legislações pontuais relacionadas à Administração Pública – como a Lei de Concessões (Lei 8.987/1995, art. 23-A) (TIBURCIO; PIRES, 2016, p. 431-462). Integram esta corrente Caio Tácito (TÁCITO, 1997) e Diogo de Figueiredo Moreira Neto (NETO, 2007).

A terceira e derradeira corrente sustenta que as sociedades de economia mista e empresas públicas exploradoras de atividade econômica, seriam aptas a se submeter à arbitragem tendo em vista a previsão do art. 173, §1º, da Constituição Federal de 1988. Tal posicionamento é sustentado por André Chateaubriand Martins, conforme já elencado e Luís Roberto Barroso (BARROSO, 2006).

Com a nova lei a questão se encaminha para a admissibilidade da arbitragem em processos envolvendo a Fazenda Pública, e que, mesmo nesse



contexto é preciso compreender, tendo em vista o que prescreve o artigo 1º da Lei da Arbitragem, em que consiste a indisponibilidade do interesse público.

3 INTERESSES DISPONÍVEIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA?

Feitas as considerações iniciais quanto a arbitragem, apenas para contextualizá-la na história, já que o presente estudo não pretende debater o procedimento arbitral nem tampouco esgotar a matéria pretendida, antes de passar ao exame da temática, induziremos a uma compreensão do que consiste a indisponibilidade do interesse público que sustentará a conclusão deste ensaio.

Antes, necessário refletir sobre uma visão um tanto quanto equivocada de que a doutrina clássica de direito administrativo se posiciona no sentido de que os interesses do Estado seriam necessariamente indisponíveis.

Isso levando-se em consideração o fato de que parece haver um inconsciente coletivo no sentido de que o interesse público se sobrepõe ao particular, como verdadeira cláusula geral do direito administrativo.

Esse inconsciente coletivo, aqui denunciado, é fruto de uma leitura superficial que se faz da doutrina clássica. Hely Lopes Meirelles afirma que “a noção de supremacia do interesse público sobre privado decorre da desigualdade entre a Administração e os administrados, constituindo um dos pressupostos do direito administrativo e da existência do próprio estado” (MEIRELLES, 2009, p.105). Celso Antônio Bandeira de Mello assevera que:

Caracteriza a supremacia do interesse público sobre o privado como um princípio basilar de direito administrativo, o qual representa ‘verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Privado’. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo; da sobrevivência e asseguração deste último (MELLO 2007, p.66).

Como exemplo dessa leitura superficial que se faz da doutrina clássica, embora adote conclusão sobre a análise dos direitos disponíveis com a qual



concordamos, temos André Chateaubriand Martins, segundo o qual “estariam os interesses do Estado, em qualquer hipótese, sobrepostos aos interesses do particular” (MARTINS, 2016. p. 73).

Em que pese tal equívoco, o autor reconhece a dificuldade na “compreensão do papel do Estado nas relações em que contrata em nome próprio e, conseqüentemente, a análise das matérias que podem se submeter a arbitragem” (MARTINS, 2016. p. 73), objeto deste tópico.

Pontuando essa imprecisa crítica à doutrina clássica, veja-se que Claudio Penedo Madureira assevera que “ambos os lados parecem compartilhar uma mesma diretriz teórica sobre o modo como deve se dar a aplicação do direito pela Administração, segundo a qual a observância do interesse público pressupõe, inclusive, a realização de direitos subjetivos dos indivíduos” (MADUREIRA, 2015. p. 78).

Após uma leitura conjugada da doutrina clássica, verifica-se que o interesse público se reflete no interesse do Estado e da sociedade na observância da ordem jurídica e por isto há efetiva realização de direitos subjetivos dos indivíduos e (MADUREIRA, 2015, p. 78), além disso, o conceito formulado pelo direito administrativo traz maior segurança às relações jurídicas (MADUREIRA, 2015. p. 85).

Assim, o Estado e a sociedade ao observarem a ordem jurídica realizam o próprio interesse público.

Logo, não nos parece que todo o direito da Administração, por sua simples relação com os administrados, pauta-se pela ideia de indisponibilidade.

Com efeito, é inquestionável o equívoco em “relacionar a indisponibilidade de direitos a tudo quanto se puder associar, ainda que ligeiramente, à Administração” (GRAU, 2002, p.398).

Neste ponto do trabalho, vale destacar a diferença entre interesse público primário e interesse público secundário, classificação proposta por Renato Alessi.

O interesse público primário seria o “complexo de direitos individuais prevalentes em uma determinada organização jurídica da coletividade” já o interesse



público secundário seria “o interesse da administração enquanto aparato organizativo, unitariamente considerado” (ALESSI *apud* MARTINS, 2011, p. 197-198).

Celso Antônio Bandeira de Mello trouxe para o direito brasileiro a sua contribuição desta distinção afirmando, em resumo, que o interesse primário é a dimensão pública do interesse privado, se referindo ao plexo de interesses dos indivíduos enquanto partícipes da sociedade e o secundário é o interesse particular, individual do Estado enquanto pessoa jurídica autônoma (MELLO, 2007, Cap. I).

Mostra-se importante a distinção referenciada, pois conforme sustenta Renato Alessi citado por Ricardo Marcondes Martins, “em relação aos interesses secundários e patrimoniais a Administração deve utilizar-se de meios jurídicos estabelecidos pelo direito privado, pois para a satisfação desses interesses ela não goza de supremacia jurídica sobre os particulares” (ALESSI *apud* MARTINS, 2011, p. 198).

Em apertada síntese, os interesses públicos primários são aqueles que promovem e concretizam os valores eleitos pela sociedade como um todo, como por exemplo, a dignidade da pessoa humana, a democracia, a justiça, a proteção ao meio ambiente, etc. ao passo que os interesses públicos secundários se relacionam aos interesses patrimoniais do Estado ou suas entidades.

Nessa linha de raciocínio é que começa a tomar corpo a afirmação de que a Administração Pública possui interesses disponíveis, embora tal afirmação não se parece incontroversa entre os doutrinadores.

Ainda fundado na distinção entre os interesses públicos primários e secundários, Diogo de Figueiredo Moreira Neto assenta a noção de disponibilidade aqui defendida.

Está-se diante de duas categorias de interesses públicos: os primários e os secundários, sendo que os primeiros são indisponíveis e o regime público é indispensável, ao passo que os segundos têm natureza meramente instrumental, existindo para que os primeiros sejam satisfeitos, e resolvem-se em relações patrimoniais e, por isso, tornaram-se disponíveis na forma da lei, não importando sob que regime. São disponíveis nesta linha, todos os interesses e os direitos derivados que tenham expressão patrimonial, ou



seja, que possam ser quantificados monetariamente, e estejam no comércio, e que são, por esse motivo e normalmente, objeto de contratação que vise a dotar a Administração ou seus delegados dos meios instrumentais de modo a que estejam em condições de satisfazer os interesses finalísticos que justificam o próprio Estado (NETO, 1997, p.84).

Neste escopo, os interesses patrimoniais da Administração, que são interesses secundários, são interesses públicos disponíveis e em relação a eles, “a Administração não gozaria de supremacia: estaria numa posição de igualdade em relação aos administrados” (ALESSI *apud* MARTINS, 2011, p. 199).

Cumpra ressaltar, neste ponto, em respeito ao valor intelectual do autor e como modo de demonstrar que o tema não é pacificado, que apesar de ter sido trazido neste artigo as lições de Renato Alessi citado por Ricardo Marcondes Martins, este não compreende como possível a arbitragem pela Administração Pública mormente por não reconhecer como disponíveis os interesses públicos secundários.

Sintetiza-se: a teoria que sustenta a possibilidade da utilização da arbitragem pela Administração para os interesses disponíveis desta deve ser rechaçada porque a Administração, conceitualmente, não possui interesses disponíveis. O chamado interesse público secundário só é juridicamente reconhecido quando for coincidente com o primário. Interesse público secundário não coincidente com o primário não é tutelado pelo Direito, não é interesse jurídico (MARTINS, 2011, p. 201).

Como já afirmado, embora dissonante, o reconhecimento de interesses disponíveis da Administração é fundamental para a conclusão deste estudo.

O Superior Tribunal de Justiça já enfrentou a matéria no Agravo Regimental no Mandado de Segurança 11.308-DF em que foi relator o então Ministro daquela corte e hoje no Supremo Tribunal Federal Luiz Fux. Em voto afirmou que “naturalmente não seria todo e qualquer direito público sindicável na via arbitral, mas somente aqueles conhecidos como ‘disponíveis’, porquanto de natureza contratual ou privada” (AgRe no MS 11.308-DF, 1ª Seção, rel. Min. Luiz Fux, j. 28.6.2006, *DJ* 14.8.2006).



Além disso, assentou o órgão que o Estado “quando visa a evadir-se de sua responsabilidade no afã de minimizar os seus prejuízos patrimoniais, persegue nítido interesse secundário, subjetivamente pertinente ao aparelho estatal em subtrair-se de despesas, engendrando locupletamento à custa do dano alheio” (AgRe no MS 11.308-DF, 1ª Seção, rel. Min. Luiz Fux, j. 28.6.2006, *DJ* 14.8.2006).

Aliados a este entendimento, Carmen Tibúrcio e Thiago Magalhães Pires, em estudo sobre o tema, manifestam que como os interesses públicos secundários corresponderiam aos interesses instrumentais ou acessórios da Administração, passam, por isso a serem disponíveis.

Enquanto o interesse primário é indisponível por sua natureza, o secundário pode ser – e frequentemente é – objeto de disposição por parte do Estado. Muitas vezes, a própria satisfação do interesse primário recomendará que o Poder Público efetue mais gastos ou abra mão de determinadas pretensões patrimoniais – é o que ocorre, e.g., quando se regulariza a posse de áreas indevidamente ocupadas para promover o direito fundamental à moradia (art. 6º. Da CF/1988) (TIBURCIO; PIRES, 2016, p. 435).

Com efeito, tal assertiva revela-se plenamente compatível com a própria ideia de interesse público da doutrina clássica de direito administrativo para quem “o interesse público se traduz no interesse do Estado e da sociedade na observância da ordem jurídica estabelecida” (MADUREIRA, 2015, p. 78).

Assim, “razoável o entendimento de que os direitos patrimoniais da Fazenda Pública são disponíveis nos limites traçados pelo ordenamento jurídico, baseado na mais simples ideia de princípio da legalidade” (SICA, 2016, p. 275).

Repisa-se que o interesse público se conjuga ao princípio administrativo da legalidade (MADUREIRA, 2015, p. 90) e por isso, “o reconhecimento de que a administração pública é titular de direitos disponíveis está sujeito aos princípios informadores do Direito Administrativo” (STAJN, 2016, p. 520).

Nesse sentido, nos parece compatível o reconhecimento de interesses públicos disponíveis já que, como também defende André Chateaubriand Martins, são “inúmeras as situações em que o Estado contrata, através de certame licitatório,



de forma meramente instrumental e, portanto, adequada ao instituto da arbitragem” (MARTINS, 2016, p. 75).

Assim, os interesses secundários da Administração destinados ao funcionamento do aparato administrativo, envolvendo atos de gestão e questões mercantis possuem, em sua essência, caráter de disponibilidade já que podem ser transacionáveis (MATTOS NETO, p. 222).

Essa difusão sobre a definição dos interesses públicos secundários vinculados, em alguns casos, a direitos disponíveis é importante para revelar o próprio papel do Estado na sociedade “que deve, cada vez mais, agir de forma eficiente para atrair mais investimentos privados, promovendo ambiente de regras mais claras e seguras para o mercado” (MARTINS, 2016, p. 75).

Criou-se um dogma da indisponibilidade do interesse público que promove certa resistência de atores governamentais e doutrinadores (GODOY, 2016, p. 104) que não contribui para a qualificação e eficiência da Administração.

Nesse contexto, a Lei Brasileira de Arbitragem, Lei n.º 13.129 de 26 de maio de 2015, qualifica “a eficiência administrativa, a boa administração e a adequada condução da ação governamental” (GODOY, 2016, p. 104).

4 A ARBITRAGEM COMO TRATAMENTO ADEQUADO À SOLUÇÃO DAS CONTROVÉRSIAS ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Vimos até aqui o contexto histórico da arbitragem e a polêmica envolvendo o interesse público no que concerne a sua possível disponibilidade.

Ao longo da história, embora entre os particulares a autonomia negocia foi tomando corpo, no Estado, há uma tardia capacidade de regulamentação (CAPONI, 2014, p. 359).

Partiremos agora ao reconhecimento da arbitragem como tratamento adequado à solução das controvérsias envolvendo o Poder Público, mormente



quanto aos aspectos da Lei Brasileira de Arbitragem, Lei n.º 13.129 de 26 de maio de 2015.

Certamente a edição da reforma da Lei de Arbitragem, em 2015, proporcionou, de certa maneira, uma redefinição do tema haja vista a ampliação de sua aplicação.

Como observam Carmen Tibúrcio e Thiago Magalhães Pires “a decisão legislativa, em verdade, foi bem clara: admite-se que a Administração Pública submeta à arbitragem os litígios em que é parte” (TIBURCIO; PIRES, 2016, p. 432).

Os autores chamam atenção para a questão envolvendo a viabilidade jurídica de submeter-se uma controvérsia jurídica envolvendo a Administração Pública à arbitragem, o que chamam de arbitrabilidade, daí a relevância do tema, já que não são todas as questões que podem ser apreciadas por juízos arbitrais. Neste contexto, a arbitrabilidade de um litígio comportaria o exame em dois ângulos distintos e complementares: (a) arbitrabilidade subjetiva – a possibilidade de as partes envolvidas se sujeitarem ao juízo arbitral; e (b) arbitrabilidade objetiva – a viabilidade de a questão controvertida ser submetida à arbitragem (TIBÚRCIO; PIRES, 2016, p. 433).

Como já trazido anteriormente, a arbitragem envolvendo a Administração necessitava de prévia autorização visando atender o princípio da legalidade administrativa, ficando excepcionados os casos envolvendo empresas estatais exploradoras de atividade econômica ou prestadores de serviço público com certas limitações.

De certo modo, ainda que de forma genérica, a Lei de Arbitragem de 2015 passou a autorizar “explicitamente a celebração de convenções arbitrais pelas entidades da Administração, qualquer que seja sua natureza” (TIBURCIO; PIRES, 2016, p. 433), tratando, neste caso, do entendimento da arbitrabilidade subjetiva.

Além disso, quanto ao entendimento da arbitrabilidade objetiva, vê-se que a Nova Lei de Arbitragem determinou que a arbitragem fosse admitida para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.



Os §1º. e §2º. do artigo 1º. da Lei nº. 13.129/2015 estabelece que a Administração Pública, tanto direta quanto indireta, pode utilizar da arbitragem para a solução de conflitos relacionados a direitos patrimoniais disponíveis e terá como autoridade ou órgão competente o mesmo competente para realizar acordos ou transações. O §3º. do artigo 2º. do mesmo diploma dispõe sobre a publicidade do procedimento além de asseverar que a arbitragem que envolva a Administração Pública será sempre de direito.

Veja-se que tais disposições ampliam e explicitam o entendimento sobre a arbitrabilidade subjetiva e objetiva, conforme observam Arnoldo Wald e Ana Gerda de Borja para quem o art. 1º, §1º, da Lei de Arbitragem concede uma autorização genérica para resolver por arbitragem todos os litígios de entes estatais (e não somente os da sociedade de economia mista, das concessionárias e das PPPs e algumas outras em relação às quais a lei ou regulamentação já preveem a adoção de cláusula compromissória), inclusive sem autorização legislativa específica, pois a mesma é dada em caráter genérico, o que é explicitado na Lei (WALD; BORJA, 2016, p. 131).

E seguindo, os autores sustentam que o §2º do mesmo dispositivo visa assegurar a segurança jurídica, “ao esclarecer que, em relação a entes da Administração Pública, poderá firmar a cláusula compromissória ou compromisso arbitral quem for autorizado para celebrar acordos” (WALD; BORJA, 2016, p. 131).

Nesse caso, o particular que for estabelecer cláusula compromissória ou compromisso arbitral com a Administração Pública deverá verificar quem tem poderes para tanto a fim de tornar válida a arbitragem.

Quanto o §3º. do artigo 2º. acima destacado, verifica-se que há exigência que a arbitragem envolvendo o Poder Público deva ser sempre de Direito, não abrindo qualquer margem para que se decida por equidade além de exigir o respeito ao princípio da publicidade.

Certamente isso garante a transparência dos atos da Administração, permitindo que os administrados fiscalizem seus atos, além do fato de que o respeito



à ordem jurídica estabelecida (Direito Positivo) protege o interesse público, conforme já debatido neste estudo.

Aspecto diverso e de igual relevante é a não limitação a litígios oriundos de contratos, como observado por Heitor Vitor Mendonça Sica. Para o autor, as disputas envolvendo direitos patrimoniais disponíveis decorrentes de relações extracontratuais poderiam ser objeto de convenção arbitral, desde que sejam objeto de compromisso arbitral (não seria possível alvitrar, por óbvio, uma cláusula compromissória em tais casos), citando o cabimento desse meio de solução de conflitos nas desapropriações e indenização por atos ilícitos extracontratuais (SICA, 2016, p. 277).

Ainda que se reconheça, embora seja fundamento nada científico, que a Arbitragem envolvendo o Poder Público serviria para “desafogar o Poder Judiciário”, argumento amplamente difundido no Congresso Nacional durante a tramitação do PLS nº. 406/2013, tal método justifica-se “pela constatação de que em diversos casos ela se apresenta como um mecanismo mais adequado de solução de conflitos” (SICA, 2016, p. 278).

A solução arbitral mostra-se superior à solução judicial, principalmente naqueles conflitos complexos relativos a contratos de alto valor (vultuosos) de onde extraem as vantagens da arbitragem, tais como a celeridade e a possibilidade de escolha de árbitros detentores de *expertise* em questões técnicas específicas atinentes ao litígio (SICA, 2016, p. 278).

Com estas premissas vê-se que a arbitragem envolvendo a Administração Pública movimenta-se ao passo da atual lógica do sistema “multiportas” de solução de controvérsias segundo o qual não se busca necessariamente um instrumento preferencial ou alternativo à resolução do litígio, mas sim em se verificar as particularidades do caso concreto diante de um método mais adequado à sua pacificação (LORENCINI, 2012, p. 57-87).

Essa deve ser a tendência do direito administrativo atual que opta por valorizar a consensualidade dos atos que envolvam a Administração bem como por



ampliar sua “contratualização”, expressão difundida por Marçal Justen Filho em seu Curso de Direito Administrativo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como demonstrado no presente estudo, a arbitragem é efetivo instrumento de solução de controvérsias envolvendo a Administração Pública, sendo necessário destacar que não há mais lugar para a afirmação de que o interesse público seja sempre indisponível.

Viu-se que a Nova Lei de Arbitragem ampliou a aplicação do instituto da arbitragem como instrumento de solução de controvérsias, mormente com a previsão expressa da aplicabilidade nos conflitos envolvendo a Administração Pública.

Buscou-se demonstrar o entendimento de que a Administração Pública possui interesses disponíveis e que estes podem ser objeto de cláusula compromissória ou compromisso arbitral.

REFERÊNCIAS

BARROS, Vera Cecília Monteiro de Barros. A reforma da Lei de Arbitragem e as listas de árbitros. in: CAHALI, Francisco; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre. **Arbitragem: estudos sobre a lei n.º 13.129 de 26-5-2015**. São Paulo: Saraiva, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras: constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. In: BINENBJOM, Gustavo (coord.). **Agências reguladoras e democracia**. 2006.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 25 out. 2017.



_____. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 25 out. 2017.

CAPONI, Remo. Autonomia privada e Processo Civil: Os acordos processuais. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 228, 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova Era do Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____; GRINOVER, Ada Pellegrini; ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de. **Teoria geral do processo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GIUSEPPE CHIOVENDA. **Instituições de direito processual civil**. v. II. Campinas: Bookseller, 2000.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. O tema da arbitragem no contexto da Administração Pública. in: CAHALI, Francisco; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre. **Arbitragem: estudos sobre a lei n.º 13.129 de 26-5-2015**. São Paulo: Saraiva, 2016.

GRAU, Eros. Da arbitralidade de litígios envolvendo sociedades de economia mista e da interpretação de cláusula compromissória. In: **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, n.18, ano 5, Editora Revista dos Tribunais, out./dez. de 2002.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. 1.

LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. Sistema multiportas: opções para o tratamento de conflitos de forma adequada. In: SALLES, C.A. et al (coord.). **Negociação, mediação e arbitragem: curso básico para programas de graduação**. SP: Método, 2012.

MADUREIRA, Claudio Penedo. **Advocacia Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MARTINS, André Chateaubriand. Arbitragem e Administração Pública. in: CAHALI, Francisco; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre. **Arbitragem: estudos sobre a lei n.º 13.129 de 26-5-2015**. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Arbitragem e Administração pública: contribuição para o sepultamento do tema. In: **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 54, 2011.

MATTOS NETO, Antônio José. Direito Patrimonial disponível e indisponível à luz da arbitragem. In: **Revista de Processo**, n.106. São Paulo: RT.



MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Os negócios jurídicos processuais e a arbitragem. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. v. 1. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 23 . ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 6. ed. v. V. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Arbitragem nos contratos administrativos. In: **Revista de Direito Administrativo**, n.209, Editora Renovar, jul./set. 1997.

_____. **Mutações do direito administrativo**. 2007.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Arbitragem e Fazenda Pública. in: CAHALI, Francisco; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre. **Arbitragem: estudos sobre a lei n.º 13.129 de 26-5-2015**. São Paulo: Saraiva, 2016.

STAJN, Rachel. Notas sobre conciliação e Administração Pública. in: CAHALI, Francisco; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre. **Arbitragem: estudos sobre a lei n.º 13.129 de 26-5-2015**. São Paulo: Saraiva, 2016.

TÁCITO, Caio. Arbitragem nos litígios administrativos. **Revista de direito administrativo** 210:223, 1997.

TIBURCIO, Carmen; PIRES, Thiago Magalhães. Arbitragem envolvendo a Administração Pública: Notas sobre as alterações introduzidas pela Lei 13.129/2005. **Revista de Processo**, vol. 254/2016: Revista dos Tribunais, Abr/2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v.1.

WALD, Arnoldo; BORJA, Ana Gerdau de. Arbitragem envolvendo entes estatais: a evolução da jurisprudência e a Lei n. 13.129, de 26-5-2015. in: CAHALI, Francisco; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre. **Arbitragem: estudos sobre a lei n.º 13.129 de 26-5-2015**. São Paulo: Saraiva, 2016.

