Pontos nodais da arbitragem na Administração Pública

Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho

Mestre em Direito. Professor de Direito Financeiro e de Direito Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB). Ex-procurador da Fazenda Nacional de categoria especial (aposentado). Ex-consultor da União (1996-2015). Sócio sênior de serviço do escritório MJ Alves e Burle Advogados e Consultores. Advogado e parecerista.

Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Neto

Sócio de serviço do escritório MJ Alves e Burle Advogados e Consultores, onde atua nas áreas administrativa e tributária. Advogado em Brasília (DF).

Resumo: Neste artigo, serão enfrentados e respondidos alguns dos pontos mais nevrálgicos da arbitragem no âmbito da Administração Pública, em especial os relacionados com conveniência do uso da arbitragem no setor público diante da celeridade e maior domínio técnico das questões postas e da identificação do que se entende como direitos patrimoniais disponíveis, um dos requisitos para a utilização desse instituto.

Palavras-chave: Arbitragem. Direitos patrimoniais disponíveis. Conflitos relacionados com a Administração Pública. Contratos administrativos.

Sumário: **1** Introdução – **2** Novo paradigma que deveria existir entre o Estado e o setor privado: ruptura da cultura demandista em prol de soluções resolutivas e consensuais – **3** Proveito da arbitragem para a Administração Pública – **4** Escólio sobre o instituto da arbitragem e de sua aplicação em contratos administrativos – **5** Autoridade competente para autorizar a arbitragem – **6** A cláusula compromissória e o cumprimento dos requisitos para a instauração do juízo arbitral – **7** Patrimonialidade e disponibilidade do direito discutido – **8** Arbitragem de direito – **9** Conflito entre os princípios publicidade e privacidade – **10** Conclusão – Referências

1 Introdução

1. Neste artigo, serão abordadas algumas questões-chave relativas ao uso da arbitragem para dirimir conflitos entre a Administração pública e particulares, como a conveniência da adoção da arbitragem, como instrumento processual mais célere e tecnicamente mais confiável para solução de controvérsias entre o Poder Público e os particulares, aplicação desse instituto para dirimir conflitos decorrentes de contratos administrativos, a

identificação da autoridade competente para autorizar a arbitragem e os requisitos legais para abertura da arbitragem no âmbito da Administração pública, com a identificação dos chamados *direitos patrimoniais disponíveis*.

2. A arbitragem, no Brasil, teve impulso com a edição da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, a chamada Lei Geral de Arbitragem, tendo sido contemplada pelo novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.501, de 16 de março de 2015), e, para espancar qualquer dúvida por acaso ainda existente, estendida, expressamente, para a entidades e órgãos da Administração Pública direta e indireta pela Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015, e demais leis específicas, diplomas legais que serão focalizados neste trabalho.

3. Impende apenas mencionar que a Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, trata, ainda, de outros formas alternativas de composição de litígios: a mediação entre particulares e a autocomposição de conflitos entre órgãos e entidades da Administração pública, assuntos que não serão enfrentados neste artigo.

2 Novo paradigma que deveria existir entre o Estado e o setor privado: ruptura da cultura demandista em prol de soluções resolutivas e consensuais

4. Um traço típico da arbitragem é a voluntariedade, que se caracteriza pela disponibilidade das partes de dirimir o conflito através da submissão consensual de questões técnicas a um Comitê de árbitros com experiência no assunto e que sejam de confiança das partes, obstando assim a *via crucis*, praticamente, interminável do tradicional processo judicial.

5. No processo civil tradicional, a voluntariedade recai mais sobre o autor, que pode propor a inicial a qualquer momento (desde que dentro do prazo prescricional), podendo, ainda, desistir da sua pretensão a depender do estágio do processo. O réu, por outro lado, é surpreendido com a demanda e é obrigado a contestar a inicial, dentro do prazo legal, sob pena de revelia, tendo, ainda, que impugnar todos os argumentos da parte, sob pena de tornar incontroverso os fatos ignorados.

6. Em assuntos complexos e de elevado caráter técnico, as partes se desdobram para esclarecer os fatos ao juiz, sabendo, desde já, que o assunto dificilmente receberá a devida atenção por causa do excesso de processos que se acumulam em sua mesa – segundo dados do CNJ, são quase 93 milhões de feitos a serem solucionados por 17 mil juízes no país.

7. Por isso, as partes abusam de argumentos retóricos como principal meio de convencimento, o que acaba por tornar os fatos nebulosos, podendo a solução judicial pender para qualquer dos lados, escancarando a insegurança jurídica.

8. Observa-se também que as partes tendem a acatar mais as decisões de juízes arbitrais do que as decisões de juízes de primeira instância. É que a própria sistemática de recursos do processo civil permite a postergação por anos do resultado definitivo, inviabilizando a satisfação do direito por uma das partes. A definitividade da sentença arbitral (impossibilidade de recursos) e a submissão voluntária das partes à jurisdição especializada possibilitam o cumprimento espontâneo das decisões.

9. Ademais, no processo civil tradicional, transigir algum direito não faz parte do hábito das partes, posto que, a partir da judicialização da demanda, a preocupação dos litigantes gira em torno das eventuais despesas da sucumbência, fomentando a litigiosidade pela litigiosidade.

10. Por essas razões, a via judicial não é o ambiente adequado para a construção dialética da verdade material.

11. A União Federal é a maior litigante no sistema judiciário, o que é previsível diante da enorme gama de serviços que presta.[1] Não se pode, todavia, naturalizar os números de litigiosidade da Administração Pública. Por essa razão, o legislador, através dos parágrafos art. 3º do novo Código de Processo Civil – CPC (Lei nº 13.105/2015), autoriza e incentiva que o Estado promova a solução consensual de conflitos, como autocomposição de conflitos[2] ou arbitragem, nos seguintes termos:

> Art. 3º. [...]
>
> §1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.
>
> §2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.
>
> §3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

12. O artigo 42 do CPC repete a previsão da arbitragem[3] ao dispor que *as causas cíveis serão processadas e decididas pelo juiz nos limites de sua competência, ressalvado às partes o direito de instituir juízo arbitral, na forma da lei*, vale dizer, com supedâneo na Lei nº 9.307, de 23.09.1996, com as inovações introduzidas pela Lei nº 13.129, de 26.05.2015.

13. Aliás, o mesmo diploma processual civil sinalizou a necessidade e utilidade de os entes federativos adotarem postura resolutiva e consensual

---

1 ADAMS, Luís Inácio. União é maior litigante e maior prestador de serviços. [Entrevista a] *Consultor Jurídico*, 30 set. 2012. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2012-set-30/luis-adams-nao-separacao-entre-estado-governo-burocracia-politica. Acesso em: 15 mar. 2021.

2 Entende-se como autocomposição de conflitos o meio de solução de controvérsia empregado no âmbito da Administração Pública, sem recurso ao Poder Judiciário ou terceiros.

3 A arbitragem é um meio privado de solução de litígios, regida por legislação própria, através da qual pessoas capazes de direito privado e de direito público dirimem definitivamente os conflitos por intermédio de árbitros de confiança das partes, que exaram decisões arbitrais, em regra, não sujeitas a recursos.

ao impor a criação das câmaras com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, sem excluir "outras formas de mediação e conciliação extrajudicial" (arts. 174 c/c 165).[4] [5]

14. Embora originariamente a chamada Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996)[6] não tenha deixado explícita a faculdade de o Poder Público recorrer à jurisdição especializada, a Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015, ampliando as disposições legais anteriores, deixou estreme de dúvida a possibilidade de a Administração Pública utilizar a arbitragem em inúmeros conflitos existentes no âmbito dos contratos públicos. Destacam-se as seguintes inovações:

> Art. 1º [...]
>
> §1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.
>
> §2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações.
>
> Art. 2º [...]
>
> §3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.

15. Logo em seguida, ampliando o leque de possibilidades de resolução extrajudicial de conflitos, a Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, tratou da mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias

---

4 CPC, Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como: I – dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública; II – avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública; III – promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

5 MOURA, Wesley Luiz de. *Novo Código de Processo Civil comentado na prática da Fazenda Nacional*. Coordenação: Rogério Campos *et al*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 374.

6 O Pleno do STF decidiu pela constitucionalidade da lei de arbitragem, quando as partes sejam capazes e quando o litígio envolva interesses disponíveis, por ocasião do julgamento, em 12.12.2001, do SE-AgR 5.206/ES, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, publicação de 30.04.2004. "EMENTA: 1. Sentença estrangeira: laudo arbitral que dirimiu conflito entre duas sociedades comerciais sobre direitos inquestionavelmente disponíveis [...] 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 (art. 6º, parág. único; 7º e seus parágrafos e, no art. 41 e art. 42) [...] 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)".

e sobre a autocomposição de conflitos entre órgãos e entidades da Administração Pública.

16. Assim, a Lei nº 13.140/2015 dispõe, nos seus artigos 1º ao 31, sobre a mediação[7] (judicial ou extrajudicial) entre particulares como meio de solução de litígios privados, e preceitua, nos artigos 32 ao 40, sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública,[8] deixando as disposições finais para o regramento dos seus artigos 41 ao 48.

17. A legislação citada – entre outras – é posterior à Lei nº 9.307/1996 e teve como escopo deixar clara a possibilidade do uso da arbitragem também pela Administração Pública em relação a direitos patrimoniais disponíveis.

18. Portanto, cumpre ser visto com bons olhos que a Administração Pública possa se valer da arbitragem para a solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Esse entendimento é manifestado por Joel Figueira Jr.,[9] *in verbis*:

> A Lei 9.307/1996 (com as alterações trazidas pela Lei 13.129/2015) representa muito mais do que um microssistema específico; acima de tudo, é representativo de uma verdadeira revolução em nossa cultura jurídica, na medida em que coloca, lada a lado, a jurisdição estatal com a privada, à escolha do jurisdicionado.
>
> [...]
>
> Esse modelo – inversamente do que pensavam alguns operadores e estudiosos do Direito – em nada afronta a Lei Maior, enfraquece ou desprestigia o Judiciário. Muito pelo contrário, veio para minimizar reflexamente a crise jurisdicional, e, permitir ao Estado-juiz que dirija a sua atividade principal à solução dos conflitos que não podem, por questões de ordem pública, ser conhecidos pelo particular.
>
> Houve sim [...] a reestruturação de nossa cultura jurídica, à medida que a Lei 9.307/1996 passou a oferecer mais uma forma de resolução de conflitos que envolvem direitos patrimoniais disponíveis, especialmente os mais complexos, de elevado valor econômico.
>
> [...] a arbitragem é simplesmente mais um instrumento válido e colocado à disposição dos interessados para a solução de seus conflitos de natureza patrimonial disponível, ao lado de outras formas alternativas de composição (v.g. Juizados Especiais, Mediação, etc.), concomitantemente à jurisdição estatal.

19. Ademais, a Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996, arts. 1º, §1º; 2º, §3º, acréscimos promovidos pela Lei nº 13.129/2015) garante o cumprimento

---

7 Na mediação, pessoas privadas socorrem-se do auxílio de terceiro, pessoa da confiança das partes para chegarem a acordo que extinga o litígio. Segundo o parágrafo único do art. 1º da Lei nº 13.140/2015, *considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia*.

8 O termo *autocomposição* significa que a resolução da controvérsia (seja entre órgãos e entidades da própria Administração Pública direta e indireta, seja entre esta e particulares) é atingida na própria seara administrativa, sem necessidade de se recorrer às vias judiciais ou a terceiros (particulares).

9 FIGUEIRA JR., Joel. *Arbitragem*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 44, 56-57.

do princípio da legalidade administrativa em sentido estrito (CF, art. 37, *caput*), segundo o qual o administrador público só pode fazer o que a lei expressamente lhe permite.[10]

20. A solução consensual e extrajudicial de conflitos também é a orientação da jurisprudência:

> STJ-T3
>
> RECURSO ESPECIAL 1.623.475/PR[11]
>
> [...]
>
> 6. A desjudicialização dos conflitos e a promoção do sistema multiportas de acesso à justiça devem ser francamente incentivadas, estimulando-se a adoção da solução consensual, dos métodos autocompositivos e do uso dos mecanismos adequados de solução das controvérsias, tendo como base a capacidade que possuem as partes de livremente convencionar e dispor sobre os seus bens, direitos e destinos.

21. A propósito, cumpre realçar o Enunciado nº 17 do Conselho de Justiça Federal (CFJ), exarado por ocasião da *I Jornada "Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios": Nos processos administrativos e judiciais, é dever do Estado e dos operadores do Direito propagar e estimular a mediação, a autocomposição e a arbitragem como solução pacífica dos conflitos*.[12]

22. Nesse sentido, seria um contrassenso o esforço de instituições públicas e privadas para promover meios alternativos de solução de controvérsias, como conciliação, mediação e arbitragem, se o Estado litigante procurasse continuar criando todo tipo de embaraços para não aceitação do compromisso arbitral, preferindo continuar a fazer uso da via congestionada, morosa e nem sempre tecnicamente adequada do Poder Judiciário.

3 Proveito da arbitragem para a Administração Pública

23. Na seara dos contratos administrativos, fala-se no princípio do benefício como diretriz do administrador público para uma contratação que seja tanto economicamente quanto qualitativamente mais vantajosa.[13]

---

[10] MARTINS, André Chateaubriand. A administração pública na reforma da lei de arbitragem. *In*: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (coord.). *Arbitragem e mediação*: a reforma da legislação brasileira. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 21.

[11] BRASIL. STJ-T3. REsp 1.623.475/PR. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Julgado em 17.04.2018. *DJe*, 20.04.2018.

[12] BRASIL. Conselho da Justiça Federal. JORNADA PREVENÇÃO E SOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE LITÍGIOS, 1., 22 e 23.08.2016, Brasília. Centro de Estudos Judiciários do CJF, 2016. p. 1-3 *apud* NASCIMBENI, Asdrubal Franco; RAMIRES, Rosana Laura de Castro Farias. *Administração pública na era da consensualidade*: a visão e a prática dos Tribunais de Contas. 2018. (*E-book*). posição 2.162.

[13] VALENTIM, Carlos Eduardo Moreira. Princípio da Vantajosidade – busca por contratação implica no melhor e menor gasto. *Consultor Jurídico*, 9 fev. 2010. Disponível: https://www.conjur.com.br/2010-fev-09/principio-vantajosidade-implica-busca-melhor-menor-gasto#author. Acesso em: 20 mar. 2021.

24. Para além da aplicação da vantagem na seleção de propostas em certames públicos, deve-se, por força de sua conjugação com os princípios economicidade, eficiência e do interesse público, desbordar sua aplicação para todas as cláusulas contratuais além da cláusula que fixa o preço.

25. Já é amplamente reconhecido que a estipulação de cláusula de arbitragem em contratos de concessão é medida de interesse público, considerando as vantagens de uma jurisdição mais célere e técnica para contratos complexos e de longo prazo.

26. Cumpre observar que a própria Constituição da República de 1988, de forma pioneira, estimula a solução de conflitos por meio de arbitragem, como se pode constatar no preceptivo constitucional do §1º do artigo 114.[14]

27. Por essas razões, a Lei Geral das Concessões Públicas (Lei nº 8.987/1995) confere ao gestor público a discricionariedade técnica[15] de entabular convenção arbitral, assim como a Lei nº 13.448/2017 possibilita o aditamento de contratos, sempre considerando que o gestor público deve sopesar as razões de interesse público:

> Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, 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.

> Art. 31. As controvérsias surgidas em decorrência dos contratos nos setores de que trata esta Lei após decisão definitiva da autoridade competente, no que se refere aos direitos patrimoniais disponíveis, podem ser submetidas a arbitragem ou a outros mecanismos alternativos de solução de controvérsias.
>
> §1º Os contratos que não tenham cláusula arbitral, inclusive aqueles em vigor, poderão ser aditados a fim de se adequar ao disposto no *caput* deste artigo.

28. O interesse público não se iguala com o interesse arrecadatório, embora a obtenção de receita seja um instrumento para a satisfação daquele, muito menos não se confunde com o interesse de postergar o

[14] CF/1988, §1º do art. 114: "frustrada a negociação coletiva [em matéria trabalhista], as partes poderão eleger árbitros".

[15] Na análise da "discricionariedade técnico-administrativa", há um primeiro momento de cognição técnica e outro de submissão das alternativas ao interesse público (PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães. Discricionariedade e apreciações técnicas da administração. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 231, p. 217-267, jan./mar. 2003). Diante de conceitos jurídicos indeterminados, nem sempre os critérios técnicos serão capazes de indicar uma única solução correta, devendo a escolha das alternativas caber à autoridade administrativa (DAROCA, Eva Desdentado. *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica*: un estudio crítico de la jurisprudencia. Madrid: Civitas, 1997. p. 63 *et seq*. *in:* GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti, Eficiência administrativa: alargamento da discricionariedade acompanhado do aperfeiçoamento dos instrumentos de controle e responsabilização dos agentes públicos – um paradigma possível? *Revista Brasileira de Estado e Função Pública – RBEFP*, Belo Horizonte, ano 4, n. 10, jan./abr. 2015. p. 141).

pagamento de indenização à concessionária. Nesse sentido, são perenes as lições de Celso Antônio Bandeiro de Mello,[16] que diferenciou o interesse público do interesse particular do Estado:

> 41. É que, além de subjetivar estes interesses, o Estado, tal como os demais particulares, é também ele, uma pessoa jurídica, que, pois, existe e convive no universo jurídico em concorrência com todos os demais sujeitos de direito. Assim, independentemente do fato de ser, por definição, encarregado dos interesses públicos, o Estado pode ter, tanto quanto as demais pessoas, interesses que lhe são particulares, individuais, e que, tal como os interesses delas, concebidas em suas meras individualidades, se encarnam no Estado enquanto pessoas. Estes últimos não são interesses públicos, mas interesses individuais do Estado, similares, pois (sob prisma extrajurídico), aos interesses de qualquer outro sujeito. Similares, mas não iguais. Isto porque a generalidade de tais sujeitos pode defender estes interesses individuais, ao passo que o Estado, concebido que é para a realização de interesses públicos (situação, pois, inteiramente diversa da dos particulares), só poderá defender seus próprios interesses privados quando, sobre não se chocarem com os interesses públicos propriamente ditos, coincidam com a realização deles. Tal situação ocorrerá sempre que a norma donde defluem os qualifique como instrumentais ao interesse público e na medida em que o sejam, caso em que sua defesa será, ipso facto, simultaneamente a defesa de interesses públicos, por concorrerem indissociavelmente para a satisfação deles.

29. Pois bem, a arbitragem, como método alternativo de solução de conflito, oferece várias vantagens à Administração Pública. A primeira e principal vantagem para ela *é a redução de riscos decorrentes da judicialização*, especialmente, no âmbito do Poder Judiciário hodierno, promotor de reduzida segurança jurídica, onde os julgamentos têm se realizado frequentemente não com supedâneo em norma legal expressa, mas com base na ponderação entre princípios abstratos e genéricos dentro de uma certa realidade, de modo que, de acordo com a ideologia do julgador, este ou aquele princípio poderá prevalecer ou não.

30. Ademais, a Administração Pública, como uma das maiores litigantes do sistema judiciário, é especialmente atingida pela morosidade e pela deficiente especialização técnica da prestação jurisdicional em determinados assuntos.[17]

31. Não é realista a perspectiva do gestor público de que a Administração sempre conseguirá o melhor resultado no futuro, seja pela via judicial ou normativa. Quanto mais complexo o litígio, maior serão os riscos decorrentes de sua judicialização.

32. De modo que, em contratos públicos de realização de obras e aparelhamentos e de exploração de serviços públicos, tem a Administração, diante de faculdade conferida por lei, escolhido estipular a cláusula

[16] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 56-57.

[17] ACCIOLY, João Pedro. *Arbitragem em conflitos com a Administração Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 12.

compromissória para a solução de eventuais litígios contratuais, uma vez que a arbitragem tem proporcionado decisões de árbitros que dominam a respectiva matéria que lhes é posta, tendo apresentado a maior celeridade, simplicidade e objetividade.

33. Como visto, a disponibilidade possível do patrimônio público pode ser de maior interesse da coletividade do que a sua preservação, a exemplo da recomposição do equilíbrio-financeiro dos contratos administrativos, porque sem ela, tornar-se-ia inviável a continuidade da obra ou da prestação de serviços públicos.[18] Aliás, não raro a disponibilidade do patrimônio pode ser mais interessante se considerarmos a acumulação da dívida com a incidência de juros no tempo.

34. Nesse sentido, a arbitragem é vantajosa porque confere segurança jurídica pela previsibilidade das decisões e redução de riscos.

35. Não se pode empurrar litígios para a gestão do futuro sem que isso não signifique a perda de uma chance de conciliar ou dirimir o conflito. Por isso, orienta-se aos gestores uma postura proativa e resolutiva, como, aliás, estimula o §3º do artigo 3º do Código de Processo Civil.

36. No mesmo sentido, na esfera das teorias do direito regulatório, a doutrina[19] tem se posicionado no sentido de que a utilização de instrumentos mais drásticos do que aqueles necessários para o atingimento do objetivo da política regulatória pode gerar ambiente de desconfiança e enfrentamento,[20] de maneira que a cooperação entre as partes favorece um modelo de regulação mais seguro e eficiente.

37. Em diálogo com essas razões (redução de riscos e previsibilidade das decisões), a arbitragem também possibilita flexibilização das regras procedimentais, podendo as partes defini-las para melhor atender às peculiaridades do caso concreto. Nesse sentido, ensina o administrativista João Pedro Accioly.[21] [22]

> A consensualidade e a flexibilidade procedimental são fortes traços identitários do sistema arbitral. Como a própria arbitragem só ocorre por acordo das partes, não há porque negar-lhes o direito de conformar o procedimento de modo a melhor

[18] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 33. ed. 2020. (*E-book*). p. 1.085-1.088.

[19] ARANHA, Márcio Iório. *Manual de direito regulatório*: fundamentos do direito regulatório. London: Laccademia Publishing, 2018. (*E-book*). posição 992; GUNNINGHAM, N.; GRABOSKY, P. *Smart regulation*: designing environmental policy. Oxford: Clarendon Press, 1998.

[20] MÉLO FILHO, Marconi Araní. Da regulação responsiva à regulação inteligente: uma análise crítica do desenho regulatório do setor de transporte ferroviário de cargas no Brasil. *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, Brasília, v. 6, n. 1, maio 2020.

[21] ACCIOLY, João Pedro. Obra citada. p. 8.

[22] CPC, art. 190: *Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo*.

> atender às suas necessidades e interesses – faculdade que também foi introduzida, com maiores restrições, aos litigantes em processos judiciais pelo Código de Processo Civil de 2015.

38. A arbitragem é ainda mais flexível do que o processo judicial, porque permite a concentração de certos atos e a superação das formalidades prescindíveis.

39. A flexibilidade dos procedimentos, a unidade da instância e a instauração extraordinária do juízo arbitral asseguram um procedimento mais célere e livre da taxa de congestionamento do Judiciário.[23]

40. Outra vantagem da arbitragem é a possibilidade de escolha de julgadores técnicos e de confiança das partes, o que permite que se entregue "a solução de litígios especializados a um corpo de julgadores (escolhidos pelos próprios litigantes) que entenda deste tipo específico de conflito e que tenha habilidade e conhecimento técnico para melhor decidir".[24]

41. Nesse sentido, as partes poderão indicar aquelas pessoas que mais inspiram confiança em face da sua experiência, conhecimento específico da matéria e retidão de conduta. Devem ser técnicos especializados na aérea do objeto em conflito, de elevado quilate científico e credibilidade.

42. Cumpre ressaltar, igualmente, que outro benefício da arbitragem é o cumprimento espontâneo das sentenças, posto que as decisões são proferidas em instância única e possuem força executiva.

43. A propósito, o artigo 18 da Lei nº 9.307/1996 reza que *o árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário*.

44. A esse respeito, Leonardo Saraiva[25] esclarece, citando o civilista José Francisco Cahali:[26]

> A experiência demonstra que as partes respeitam a sentença arbitral e a ela se submetem voluntariamente partindo do pressuposto de que os interessados elegeram o

[23] O próprio Decreto nº 10.025/2019 estipula calendário processual fixando tempo máximo para a apresentação e sentença arbitral, permitida a prorrogação uma única vez: *Art. 8º. No procedimento arbitral, deverão ser observados os seguintes prazos: I – o prazo mínimo de sessenta dias para resposta inicial; e II – o prazo máximo de vinte e quatro meses para a apresentação da sentença arbitral, contado da data de celebração do termo de arbitragem. Parágrafo único. O prazo a que se refere o inciso II do caput poderá ser prorrogado uma vez, desde que seja estabelecido acordo entre as partes e que o período não exceda quarenta e oito meses*.

[24] CARMONA, Carlos Alberto. A arbitragem no setor de infraestrutura portuária e as jabuticabas. *Migalhas*, 11 ago. 2015. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/224914/a-arbitragem-no-setor-de-infraestrutura-portuaria-e-as-jabuticabas. Acesso em: 19 mar. 2021.

[25] SARAIVA, Leonardo. *Arbitragem na Administração pública*: peculiaridades, governança, *compliance* e o desafio do envolvimento dos Tribunais de Contas no processo de sua institucionalização. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 11.

[26] CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*: mediação: conciliação: tribunal multiportas. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018. p. 126.

julgador por vontade própria, pela confiança e considerando ser ele conhecedor da matéria.

45. Observe-se que as hipóteses de rediscussão das decisões arbitrais perante o Judiciário se limitam a situações formais ou teratológicas, onde se verificam, por exemplo, a inobservância do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, LIV e LV), hipóteses de suspeição, prevaricação, concussão ou corrupção passiva, conforme art. 32 da Lei nº 9.307/96.

46. A propósito, uma vez acionada a cláusula arbitral, Asdrubal Nascimbeni e Rosana Ramires[27] destacam uma visão mais crítica de atuação possível dos Tribunais de Contas em matéria de controle da arbitrabilidade administrativa, que concebe que, do mesmo modo que as decisões arbitrais não ficam sujeitas a recurso ou à homologação do Poder Judiciário, pois se igualam às judiciais, consoante regra do artigo 31 da Lei nº 9.307/1996,[28] elas também não ficam sujeitas ao controle externo exercido pelas Cortes de Contas. De modo que o TCU não detém qualquer competência relativa à decisão arbitral em si ou ao procedimento em que se insere. Não lhe cabe controlar a validade da arbitragem. O controle que caberia ao TCU é relativo ao exercício do direito de propor a ação anulatória do artigo 33 da Lei nº 9.397/1996,[29] sendo firme o entendimento do STJ no sentido de que, na ação de invalidação de sentença arbitral, o controle judicial, exercido somente após a sua prolação, está circunscrito a aspectos de ordem formal, a exemplo dos vícios previamente elencados pelo legislador (art. 32 da Lei nº 9.307/1996), em especial, aqueles que dizem respeito às garantias constitucionais aplicáveis a todos os processos, que não podem ser afastadas pela vontade das partes.[30]

47. Diante das vantagens da arbitragem expostas nesta seção[31] e para se evitar que se postergue a resolução do litígio para gestões futuras, conclui-se que a instauração do juízo arbitral no âmbito da Administração Pública, quando legalmente possível, é a medida mais razoável e adequada.

48. Ademais, não se pode olvidar o mandamento constitucional do inciso LXXVIII do artigo 5º, acrescentado pela Emenda Constitucional

[27] NASCIMBENI, Asdrubal F.; RAMIRES, Rosana L. de C. F. Obra citada. posições 2.551 e 2.687.

[28] Lei nº 9.307/1996. Art. 31. *A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo*.

[29] Lei nº 9.307/1996. Art. 33. *A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei* (redação dada pela Lei 13.129/2015).

[30] BRASIL. STJ-T3. REsp 1.636.102/SP. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. *DJe*, 01.08.2001.

[31] Entre outras vantagens citadas pela doutrina, destacamos: criação de ambiente propício ao investimento em concessões de infraestrutura, pacificação social e alívio do Judiciário (SARAIVA, Leonardo. Obra citada. p. 11 e 16).

nº 45, de 08.12.2004,[32] reafirmado mais recentemente pelo artigo 4º do Código de Processo Civil,[33] no sentido de que a todos, tanto no âmbito judicial quanto na seara administrativa, são assegurados razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

49. Cabe ponderar que atende perfeitamente aos princípios da legalidade, da moralidade administrativa[34] e da celeridade no âmbito administrativo, da eficiência e da economicidade (CF, arts. 5º, LXXVIII; art. 37, *caput*; art. 70), que gestor público resolva controvérsias relativas a direitos patrimoniais disponíveis pelo juízo arbitral, existindo, no contrato público, expressa regra de convenção de arbitragem.

50. Contudo, não se pode negar que ainda persiste uma desconfiança quanto à arbitragem, sobretudo no que se refere à imparcialidade dos árbitros, embora esse entrave venha dia a dia se dispersando.

51. Em sua obra dedicada ao tema,[35] João Pedro Accioly propõe narrativa menos romantizada do instituto da arbitragem, que se preocupe na "contenção ou superação" dos riscos de uma "captura" do arbitro.

52. No âmbito do direito regulatório, a teoria da captura "ocorre quando a agência perde sua condição de autoridade comprometida com a realização do interesse coletivo e passa a reproduzir atos destinados a legitimar a consecução de interesses privados dos segmentos regulados".[36] *Mutatis mutandis*, o fenômeno pode ocorrer em relação aos árbitros, ocasião

[32] CF/1988. Art. 5º. [...] LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

[33] CPC – Lei nº 13.105, de 16.03.2015. Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

[34] SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. O princípio da moralidade da administração pública. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 132, p. 125-129, out./dez. 1996: "Por força do princípio da moralidade, os atos da administração pública e de seus agentes em geral devem conter a maior eficiência possível, pela obrigação de prestarem uma boa administração, observando-se a honestidade, a boa-fé, a lealdade, a moderação, a discrição. A economicidade, a sinceridade, sem que possa existir qualquer inconfessável desejo de prejudicar este ou aquele administrado. Merecem destaques as seguintes palavras do jurista luso Antônio José Brandão (espinçado do artigo *Moralidade administrativa*, RDA 25/459): '[...] tanto infringe a moralidade administrativa o administrador que, para atuar, foi determinado por fins imorais ou desonestos, como aquele que desprezou a ordem institucional; embora movido por zelo profissional, invade a esfera reservada a outras funções, ou procura obter mera vantagem para o patrimônio público à sua guarda. Em ambos os casos, os seus atos são infiéis à ideia que tinha de servir, pois violam o equilíbrio que deve existir entre todas as funções, ou, embora mantendo ou aumentando o patrimônio gerido, desviam-no do fim institucional, que é o de concorrer para a criação do bem-comum'".

[35] Como ensina Accioly: "De um lado, como antecipado, são as partes que remuneram e escolhem, direta ou indiretamente, os árbitros que julgarão o processo. Do outro, os profissionais escolhidos têm interesse econômico na manutenção ou intensificação das atividades arbitrais, no geral altamente lucrativas, que exercem". (ACCIOLY, João Pedro. *Arbitragem em conflitos com a Administração Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 11-12).

[36] JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 369-370.

em que a jurisdição especializada passa a servir de instrumento para legitimar interesses privados.[37]

53. Embora razoáveis as preocupações em torno da garantia da imparcialidade e neutralidade dos árbitros, não se pode ignorar que a arbitragem é um instituto já consolidado nas relações privadas, utilizada amplamente no mundo inteiro e cuja previsão em contratos públicos tem sido essencial para gerar um ambiente de confiança para investimentos de longo prazo, como concessões envolvendo obras públicas.

54. Além do fator tranquilizante da prática reiterada da via arbitral, a regulamentação adequada do uso da arbitragem por lei ou por ato administrativo normativo oferece regras claras sobre o assunto e maior segurança jurídica para as partes.

4 Escólio sobre o instituto da arbitragem e de sua aplicação em contratos administrativos

55. Arbitragem é um instituto voltado à heterocomposição entre as partes e resolução extrajudicial pelos árbitros de litígios, pautada pelos parâmetros de tecnicidade, celeridade, consensualidade, publicidade, flexibilidade procedimental, cumprimento espontâneo das decisões e diminuição de riscos decorrentes da judicialização.

56. A Lei nº 13.129/2015, que trouxe algumas inovações na Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996), assentou a possibilidade de arbitragem em relação à Administração Pública (art. 1º, §1º), resolvendo a controvérsia da cláusula compromissória nos contratos administrativos em geral.[38]

57. Assim, não há mais a menor dúvida que a Administração Pública pode participar de processos de arbitragem, uma vez que o §1º do artigo 1º da Lei nº 9.307, de 23.09.1996, dispõe expressamente que: "A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis" (inclusão feita pela Lei nº 13.129, de 25.05.2015).

[37] ACCIOLY, João Pedro. Obra citada. p. 9.

[38] Lei nº 9.307/1996. Art. 3º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato [...]. Art. 7º Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim [...]. §7º A sentença que julgar procedente o pedido valerá como compromisso arbitral [...]. Art. 9º O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.

58. Além da previsão geral do §1º do artigo 1º da Lei nº 9.307/96, são vários os preceptivos que disciplinam a arbitragem no âmbito da Administração Pública com viés específico, cabendo citar, entre outros: o artigo 23-A da Lei nº 8.987, de 13.02.1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, preceptivo incluído pelo artigo 120 da Lei nº 11.196, de 21.11.2005, que estatui que *o contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307*, de 23.09.1996; o inciso XV do *caput* do artigo 93 da lei dos serviços de telecomunicações (Lei nº 9.427, de 16.07.1997), que permite arbitragem para solução de divergências contratuais; o inciso X do *caput* do artigo 43 da Lei de Petróleo e Gás (Lei nº 9.478, de 06.08.1997), que reza que o contrato de concessão deverá conter, como uma das cláusulas essenciais, regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional; o inciso XVI do *caput* do artigo 35, da Lei de Transportes Aquaviário e Terrestre (Lei nº 10.233, de 05.06.2001), que impõe como uma das cláusulas essenciais do contrato de concessão, regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem; o inciso III do *caput* do artigo 11 da Lei da Parceria Público-privada (PPP) no âmbito da Administração Pública (Lei nº 11.079, de 30.12.2004), que estipula que o correspondente contrato deverá prever *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 23.09.1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato*; a Lei nº 13.190, de 19.11.2015, que acrescentou o artigo 44-A na Lei nº 12.462, de 04.08.2011, que institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) para determinar que, *nos contratos regidos por esta Lei, poderá ser admitido 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, e a mediação, para dirimir conflitos decorrentes da sua execução ou a ela relacionados*; e o parágrafo único do artigo 12 da Lei nº 13.303, de 30.06.2016, que instituiu o "Estatuto das Estatais" e autoriza o uso a arbitragem por estas.[39]

[39] O caso paradigmático acerca da possibilidade de utilização da arbitragem por parte de estatais está no julgamento pelo STJ-T2. REsp 612.439/RS. Relator: Min. João Otávio Noronha. *DJ*, 14.09.2006. p. 299. Ementa: "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.

59. Por sua vez, a Lei nº 13.867, de 26.08.2019, alterou a Lei Geral da Desapropriação (Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941), para nela incluir o artigo 10-B, para possibilitar a opção pela mediação ou pela via arbitral. Já o §4º do artigo 10-B estabelece que *a arbitragem seguirá as normas da Lei nº 9.307/1996, e, subsidiariamente, os regulamentos do órgão ou instituição responsável*.

60. Insta colimar que o citado diploma legal, ao permitir o emprego da mediação e da arbitragem, reconheceu que o valor da indenização nas desapropriações a cargo do poder público, ainda que em decorrência de um ato original não de gestão, mas de império, constitui bem patrimonial disponível.

61. Em relação ao retromencionado inciso III do artigo 11 da Lei nº 11.079/2004, o Tribunal de Contas da União, aprovou, por intermédio do Acórdão nº 1.330/2007, Instrução Normativa nº 52, de 4 de julho de 2007, que dispõe sobre o controle e fiscalização de procedimentos de licitação, contratação e execução contratual de Parcerias Público-privadas (PPP), incluindo a possibilidade de os contratos públicos estipularem a solução de controvérsias por meio da arbitragem.[40]

62. Especificamente para os setores aeroportuários, portuário e de transportes, por exemplo, o *caput* do artigo 31 da Lei nº 13.448/2017 estatui que as controvérsias surgidas entre a Administração Pública Federal e empresas desses setores, no que se refere aos direitos patrimoniais disponíveis decorrentes dos pertinentes contratos, podem ser submetidas a arbitragem ou a outros mecanismos alternativos de solução de controvérsias, após decisão definitiva da autoridade competente.

63. O Senhor Presidente da República expediu o Decreto nº 10.025/2019, que regulamenta a arbitragem da Lei nº 13.448/2017, estipulando,

---

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".
No mesmo diapasão, cf. STJ-T2. REsp 606.345/RS. Relator: Min. João Otávio Noronha. *DJ*, 08.06.2007; e STJ-T3. REsp 904.813/PR. Relator: Min. Nancy Andrighi. *DJe*, 28.02.2012, em que se abriu, ainda, o precedente segundo o qual *o fato de não haver previsão da arbitragem no edital de licitação ou no contrato celebrado entre as partes não invalida o compromisso arbitral firmado posteriormente*.

[40] BRASIL. TCU. Acórdão 1.330/2007. Plenário. Relator: Raimundo Carreiro. Processo Administrativo 011.988/2007-4, data da sessão 04.07.2007.

no seu inciso VIII do artigo 3º, que *a decisão administrativa contestada na arbitragem deverá ser definitiva, assim considerada aquela insuscetível de reforma por meio de recurso administrativo*.

64. Há uma especial atenção para a preservação dos princípios administrativos da legalidade e da indisponibilidade do interesse público, não se admitindo a arbitragem por equidade (Lei nº 9.703/1996, §3º do art. 2º, incluso pela Lei nº 13.129/2015).

65. Cumpre anotar, todavia, que, por um tempo, existia dúvida se a Administração Pública realmente poderia ser parte no processo, considerando a natureza de direito privado do compromisso arbitral: trata-se de cláusula autônoma em relação ao contrato administrativo, ainda que nele inserido.

66. Entendimento refratário tem sido derrotado diante de previsões legais geral e específicas, autorizando a arbitragem no âmbito da Administração Pública, bem como diante da visão do Superior Tribunal de Justiça (STJ), uniformizada por meio da Súmula nº 485, segundo a qual "a Lei de Arbitragem aplica-se aos contratos que contenham cláusula arbitral, ainda que celebrados antes da sua edição".[41]

67. Nesse assunto, sobressai judiciosa Ementa do Acórdão da 1ª Seção do STJ, de lavra do então Ministro Luiz Fux, exarada ainda antes da edição da Lei nº 13.129/2015, que autorizou expressamente a utilização da arbitragem por parte da Administração Pública para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis:

> MANDADO DE SEGURANÇA nº 11.308/DF[42]
>
> Ementa: ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PERMISSÃO DE ÁREA PORTUÁRIA. CELEBRAÇÃO DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. JUÍZO ARBITRAL. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE. ATENTADO.
>
> [...]
>
> 5. Questão gravitante sobre ser possível o juízo arbitral em contrato administrativo, posto relacionar-se a direitos indisponíveis.
>
> 6. A doutrina do tema sustenta a legalidade da submissão do Poder Público ao juízo arbitral, calcado em precedente do E. STF, *in litteris*: *"Esse fenômeno, até certo ponto paradoxal, pode encontrar inúmeras explicações, e uma delas pode ser o erro, muito comum de relacionar a indisponibilidade de direitos a tudo quanto se puder associar, ainda que ligeiramente, à Administração." Um pesquisador atento e diligente poderá facilmente verificar que não existe qualquer razão que inviabilize o uso dos tribunais arbitrais por agentes do Estado. Aliás, os anais do STF dão conta de precedente muito expressivo, conhecido como 'caso Lage', no qual a própria União submeteu-se a um juízo arbitral para resolver questão pendente com a Organização Lage, constituída de empresas privadas que se dedicassem a navegação, estaleiros e portos. A decisão nesse caso unanimemente proferida pelo Plenário do STF é de extrema importância porque reconheceu especificamente 'a legalidade do juízo arbitral, que o nosso*

[41] BRASIL. STJ. Súmula 485. *DJe*, 01.08.2012; *RSTJ*, v. 227, p. 943.

[42] BRASIL. STJ-1ª Seção. MS 11.308/DF. Relator: Min. Luiz Fux. *DJe*, 19.05.2008.

direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a Fazenda.' Esse acórdão encampou a tese defendida em parecer da lavra do eminente Castro Nunes e fez honra a acórdão anterior, relatado pela autorizada pena do Min, Amaral Santos. Não só o uso da arbitragem não é defeso aos agentes da administração, como, antes é recomendável, posto que privilegia o interesse público." (in "Da Arbitrabilidade de Litígios Envolvendo Sociedades de Economia Mista e da Interpretação de Cláusula Compromissória", publicado na Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, Editora Revista dos Tribunais, Ano 5, outubro – dezembro de 2002, coordenada por Arnold Wald, esclarece às páginas 398/399).

7. Deveras, não é qualquer direito público sindicável na via arbitral, mas somente aqueles cognominados como "disponíveis", porquanto de natureza contratual ou privada.

8. A escorreita exegese da dicção legal impõe a distinção jus-filosófica entre o interesse público primário e o interesse da administração, cognominado "interesse público secundário". Lições de Carnelutti, Renato Alessi, Celso Antônio Bandeira de Mello e Min. Eros Roberto Grau.

9. O Estado, quando atestada a sua responsabilidade, revela-se tendente ao adimplemento da correspectiva indenização, coloca-se na posição de atendimento ao "interesse público". Ao revés, 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.

10. Destarte, é assente na doutrina e na jurisprudência que indisponível é o interesse público, e não o interesse da administração.

11. Sob esse enfoque, saliente-se que dentre os diversos atos praticados pela Administração, para a realização do interesse público primário, destacam-se aqueles em que se dispõe de determinados direitos patrimoniais, pragmáticos, cuja disponibilidade, em nome do bem coletivo, justifica a convenção da cláusula de arbitragem em sede de contrato administrativo.

[...]

13. Outrossim, a ausência de óbice na estipulação da arbitragem pelo Poder Público encontra supedâneo na doutrina clássica do tema, *verbis*: *"[...] Ao optar pela arbitragem o contratante público não está transigindo com o interesse público, nem abrindo mão de instrumentos de defesa de interesses públicos, Está, sim, escolhendo uma forma mais expedita, ou um meio mais hábil, para a defesa do interesse público. Assim como o juiz, no procedimento judicial deve ser imparcial, também o árbitro deve decidir com imparcialidade. O interesse público não se confunde com o mero interesse da Administração ou da Fazenda Pública; o interesse público está na correta aplicação da lei e se confunde com a realização correta da Justiça."* (No sentido da conclusão Dalmo Dallari, citado por Arnold Wald, Atlhos Gusmão Carneiro, Miguel Tostes de Alencar e Ruy Janoni Doutrado, em artigo intitulado "Da Validade de Convenção de Arbitragem Pactuada por Sociedade de Economia Mista", publicado na Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, nº 18, ano 5, outubro-dezembro de 2002, à página 418).

[...]

16. É cediço que o juízo arbitral não subtrai a garantia constitucional do juiz natural, ao contrário, implica realizá-la, porquanto somente cabível por mútua concessão entre as partes, inaplicável, por isso, de forma coercitiva, tendo em vista que ambas as partes assumem o "risco" de serem derrotadas na arbitragem. (Precedente: Resp nº 450.881 de relatoria do Ministro Castro Filho, publicado no DJ 26.05.2003)

> 17. Destarte, uma vez convencionado pelas partes cláusula arbitral, o árbitro vira juiz de fato e de direito da causa, e a decisão que então proferir não ficará sujeita a recurso ou à homologação judicial, segundo dispõe o artigo 18 da Lei 9.307/96, o que significa categorizá-lo como equivalente jurisdicional, porquanto terá os mesmos poderes do juiz togado, não sofrendo restrições na sua competência.
>
> [...]
>
> 21. Por fim, conclui com acerto Ministério Público, *verbis*: *In casu, por se tratar tão somente de contrato administrativo versando cláusulas pelas quais a Administração está submetida a uma contraprestação financeira, indubitável o cabimento da arbitragem. Não faria sentido ampliar o conceito de indisponibilidade à obrigação de pagar vinculada à obra ou serviço executado a benefício auferido pela Administração em virtude da prestação regular do outro contratante. A arbitragem se revela, portanto, como o mecanismo adequado para a solução da presente controvérsia, haja vista, tratar-se de relação contratual de natureza disponível, conforme dispõe o artigo 1º, da Lei 9.307/96: "as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis."* (fls. 472/473)
>
> [...]

68. Do bem fundamentado acórdão, podemos deduzir que: proíbe-se interpretação ampliativa do que seja direito indisponível; é cabível a arbitragem para dirimir conflitos envolvendo contraprestação financeira do Estado; a regra da prevalência do interesse público se aplica mais intensamente em garantir que o Estado que atesta a sua responsabilidade de indenizar cumpra suas obrigações ao invés de evadir-se da responsabilidade patrimonial.

69. Outras decisões do STJ estão nessa linha de reconhecer e de estimular a utilização pela Administração Pública da via da arbitragem, como se pode demonstrar, mais uma vez, tão somente a título exemplificativo, a seguinte Ementa de Acórdão:

> STJ-1ª Seção
>
> CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 139.519/RJ[43]
>
> CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO ARBITRAL E ÓRGÃO JURISDICIONAL ESTATAL. CONHECIMENTO. ARBITRAGEM. NATUREZA JURISDICIONAL. MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITO. DEVER DO ESTADO. PRINCÍPIO DA COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA. PRECEDÊNCIA DO JUÍZO ARBITRAL EM RELAÇÃO À JURISDIÇÃO ESTATAL. CONTROLE JUDICIAL *A POSTERIORI*. CONVIVÊNCIA HARMÔNICA ENTRE O DIREITO PATRIMONIAL DISPONÍVEL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O INTERESSE PÚBLICO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA JULGADO PROCEDENTE.
>
> I – Conflito de competência entre o Tribunal Arbitral da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional e o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, suscitado pela Petróleo Brasileiro S/A – PETROBRAS. Reconhecida a natureza jurisdicional da arbitragem, compete a esta Corte Superior dirimir o conflito.

[43] BRASIL. STJ. CC 139.519/RJ. Relator para o Acórdão: Min. Regina Helena Costa. *DJe*, 10.11.2017; *RSTJ*, v. 249, p. 99.

II – Definição da competência para decidir acerca da existência, validade e eficácia da Cláusula Compromissória de Contrato de Concessão firmado para exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural, cujas condições para execução foram alteradas unilateralmente pela agência reguladora por meio da Resolução da Diretoria (RD) n. 69/2014.

III – O conflito de competência não se confunde com os pedidos e causa de pedir da ação originária, na qual se objetiva a declaração de indisponibilidade do direito objeto da arbitragem e consequente inaplicabilidade da cláusula arbitral e a declaração de nulidade do procedimento arbitral em decorrência da Resolução da Diretoria n. 69/14, alterando a área de concessão controvertida, cumulado com pedido de anulação do processo arbitral, qual seja, de *anti-suit injuction*, destinada a evitar seu processamento junto ao Juízo Arbitral.

V – O CPC/2015 trouxe nova disciplina para o processo judicial, exortando a utilização dos meios alternativos de solução de controvérsia, razão pela qual a solução consensual configura dever do Estado, que deverá promovê-la e incentivá-la (art. 3º, §§1º e 2º). A parte tem direito de optar pela arbitragem, na forma da lei (art. 42).

VI – A Lei n. 13.129/15 introduziu no regime jurídico da arbitragem importantes inovações, com destaque para os princípios da competência-competência, da autonomia da vontade e da cláusula compromissória (arts. 1º, 3º e 8º, parágrafo único).

VII – No âmbito da Administração Pública, desde a Lei n. 8.987/95, denominada Lei Geral das Concessões e Permissões de Serviços Públicos, com a redação dada pela Lei n. 11.196/05, há previsão expressa de que o contrato poderá dispor sobre o emprego de mecanismos privados para resolução de conflitos, inclusive a arbitragem. No mesmo sentido a Lei n. 9.478/97, que regula a política energética nacional, as atividades relativas à extração de petróleo e a instituição da ANP (art. 43, X) e a Lei n. 13.129/15, que acresceu os §§1º e 2º, ao art. 1º da Lei n. 9.307/96, quanto à utilização da arbitragem pela Administração Pública.

VIII – A jurisdição estatal decorre do monopólio do Estado de impor regras aos particulares, por meio de sua autoridade, consoante princípio da inafastabilidade do controle judicial (art. 5º, XXXV, da Constituição da República), enquanto a jurisdição arbitral emana da vontade dos contratantes.

IX – A jurisdição arbitral precede a jurisdição estatal, incumbindo àquela deliberar sobre os limites de suas atribuições, previamente a qualquer outro órgão julgador (princípio da competência-competência), bem como sobre as questões relativas à existência, à validade e à eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória (arts. 8º e 20, da Lei n. 9.307/96, com a redação dada pela Lei n. 13.129/15).

X – Convivência harmônica do direito patrimonial disponível da Administração Pública com o princípio da indisponibilidade do interesse público. A Administração Pública, ao recorrer à arbitragem para solucionar litígios que tenham por objeto direitos patrimoniais disponíveis, atende ao interesse público, preservando a boa-fé dos atos praticados pela Administração Pública, em homenagem ao princípio da segurança jurídica.

XI – A arbitragem não impossibilita o acesso à jurisdição arbitral por Estado-Membro, possibilitando sua intervenção como terceiro interessado. Previsões legal e contratual.

XIII – Prematura abertura da instância judicial em descompasso com o disposto no art. 3º, §2º, do CPC/2015 e os termos da Convenção Arbitral.

XIV – Conflito de competência conhecido e julgado procedente, para declarar competente o Tribunal Arbitral da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional. Agravos regimentais da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis e do Estado do Espírito Santo prejudicados.

70. A propósito, nesse diapasão, é o Enunciado nº 60 do CJF, expedido por ocasião da *I Jornada "Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios": As vias adequadas de solução de conflitos previstas em lei, como a conciliação, a arbitragem e a mediação, são plenamente aplicáveis à Administração Pública e não se incompatibilizam com a indisponibilidade do interesse público, diante do Novo Código de Processo Civil e das autorizações legislativas pertinentes aos entes públicos*.[44]

71. Hodiernamente, as Administrações Públicas vêm utilizando com grande êxito a arbitragem em inúmeros conflitos ocorridos no âmbito da execução e extinção dos contratos,[45] nomeadamente, em relação às cláusulas financeiras, que dizem respeito à remuneração do contratado, ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato ou à indenização em face da extinção do contrato público de concessão de obras e serviços públicos.

72. Enfim, a convenção de arbitragem decorre da discricionariedade técnica do administrador, que ocorre quando há um primeiro momento de cognição técnica e outro de submissão das alternativas ao interesse público. Na ocasião, deve-se ponderar a complexidade técnica do caso, a longa duração da concessão e a necessidade de soluções céleres. Na formulação da cláusula, ambas as partes se obrigam à jurisdição arbitral por força do princípio da *pacta sunt servanda*.

5 Autoridade competente para autorizar a arbitragem

73. O §2º do artigo 1º da Lei nº 9.307/1996, preceptivo incluso pela Lei nº 13.129/2015, dispõe que *a autoridade ou o órgão competente da Administração Pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações*.

74. Cumpre esclarecer, no âmbito federal, a autoridade competente para conhecer do pedido, analisar o mérito, deferindo ou não a arbitragem, ou, ainda, coordenar a resolução do litígio através de conciliação.

75. Pois bem, conforme a Lei Complementar nº 73/1993, o Advogado-Geral da União tem atribuição para conciliar litígios, na forma do inciso VI, do art. 4º: "São atribuições do Advogado-Geral da União: VI – desistir, transigir, acordar e firmar compromisso nas ações de interesse da União, nos termos da legislação vigente".

---

[44] BRASIL. Conselho da Justiça Federal. JORNADA PREVENÇÃO E SOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE LITÍGIOS, 1., 22 e 23.08.2016, Brasília. Centro de Estudos Judiciários do CJF, 2016. p. 1-3 *apud* COSTA, Patrícia Ayub da; MUNIZ, Tânia Lobo. *Lei de Arbitragem e Lei de Mediação anotadas*. Coordenação: Bruno Fuga. Londrina: Thoth Editora, 2020. (Coleção Códigos Anotados). p. 16.

[45] Deste trabalho, observam-se frutos a exemplo de disputa envolvendo o Porto de Santos, cuja disputa foi encerrada com sentença arbitral final de mérito favorável à União (BRASIL. Advocacia-Geral da União. Núcleo Especializado em Arbitragem da AGU atua em processos que passam de R$ 60 bi. 2020. Disponível em: https://www.gov.br/agu/pt-br/comunicacao/noticias/nucleo-especializado-em-arbitragem-da-agu-atua-em-processos-que-passam-de-r-60-bi. Acesso em: 20 mar. 2021).

76. Ademais, a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, no *caput* do seu artigo 1º, com redação dada pela Lei nº 13.140/2015, definiu que cabe ao *Advogado-Geral da União, diretamente ou mediante delegação, e os dirigentes máximos das empresas públicas federais, em conjunto com o dirigente estatutário da área afeta ao assunto, poderão autorizar a realização de acordos ou transações para prevenir ou terminar litígios, inclusive os judiciais*.

77. Consoante §4º do artigo 1º da Lei nº 9.469/1997, incluso pela Lei nº 13.140/2015, *quando o litígio envolver valores superiores aos fixados em regulamento*,[46] *o acordo ou a transação* [ou arbitragem], *sob pena de nulidade, dependerá de prévia e expressa autorização do Advogado-Geral da União e do Ministro de Estado a cuja área de competência estiver afeto o assunto, ou ainda do Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, de Tribunal ou Conselho, ou do Procurador-Geral da República, no caso de interesse dos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário ou do Ministério Público da União, excluídas as empresas públicas federais não dependentes, que necessitarão apenas de prévia e expressa autorização dos dirigentes de que trata o* já transcrito *caput* desse dispositivo.

78. Nos Estados, no Distrito Federal e nos Municípios, a competência é definida pela respectiva legislação.

6 A cláusula compromissória e o cumprimento dos requisitos para a instauração do juízo arbitral

79. Há duas espécies de convenção de arbitragem: a cláusula compromissória, que é necessariamente prévia ao litígio, e o compromisso arbitral, que é o acordo entre as partes para submeter um litígio atual à jurisdição especializada.

80. Como ensina Alexandre Freitas Câmara, a cláusula compromissória é, em verdade, um contrato preliminar, quer dizer, é uma promessa de celebrar o contrato definitivo quando presente o litígio antes imaginado. A cláusula compromissória, gera, portanto, uma obrigação de fazer, que é o compromisso arbitral.[47] [48]

[46] O Decreto nº 10.021, de 15.01.2020 regulamenta o §4º do art. 1º e o art. 2º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, para fixar os valores de alçada para a autorização de acordos ou transações celebradas por pessoa jurídica de direito público federal e por empresas públicas federais, para prevenir ou terminar litígios, inclusive os judiciais, parâmetros que servem também para a arbitragem.

[47] CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem Lei nº 9.307/96*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997. p. 23.

[48] Lei nº 9.307/1996. Art. 3º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

81. No que concerne à *clausula compromissória* e ao *compromisso arbitral*, transcrevam-se trechos das seguintes Ementas de Acórdãos do STJ:

> RECURSO ESPECIAL Nº 1.569.422/RJ[49]
>
> [...]
>
> 2. Por meio da cláusula compromissória, as partes signatárias ajustam convenção de arbitragem para solver eventuais conflitos de interesses, determinados ou não, advindos de uma relação contratual subjacente, cuja decisão a ser prolatada assume eficácia de sentença judicial. Desse modo, com esteio no princípio da autonomia da vontade, os contratantes elegem um terceiro – o *árbitro, que pode ser qualquer pessoa que detenha, naturalmente, a confiança das partes* –, para dirimir, em definitivo, a controvérsia a ele submetida. Como método alternativo de solução de litígios, o estabelecimento da convenção de arbitragem produz, de imediato, dois efeitos bem definidos. O primeiro, positivo, consiste na submissão das partes à via arbitral, para solver eventuais controvérsias advindas da relação contratual subjacente (em se tratando de cláusula compromissória). O segundo, negativo, refere-se à subtração do Poder Judiciário em conhecer do conflito de interesses que as partes tenham reservado ao julgamento dos árbitros.
>
> [...]

> SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA Nº 1.210/GB[50]
>
> [...]
>
> 2. As duas espécies de convenção de arbitragem, quais sejam, a cláusula compromissória e o compromisso arbitral, dão origem a processo arbitral, porquanto em ambos ajustes as partes convencionam submeter a um juízo arbitral eventuais divergências relativas ao cumprimento do contrato celebrado.
>
> 3. A diferença entre as duas formas de ajuste consiste no fato de que, enquanto o compromisso arbitral se destina a submeter ao juízo arbitral uma controvérsia concreta já surgida entre as partes, a cláusula compromissória objetiva submeter a processo arbitral apenas questões indeterminadas e futuras, que possam surgir no decorrer da execução do contrato.
>
> [...]
>
> 5. O mérito da sentença estrangeira não pode ser apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça, pois o ato homologatório restringe-se à análise dos seus requisitos formais. Precedentes do STF e do STJ.
>
> 6. Pedido de homologação deferido.

82. A resistência ao cumprimento da obrigação de fazer por uma das partes permite que a outra recorra ao Poder Judiciário para que a tutela jurisdicional substitua a declaração vontade da parte relutante, na forma do art. 7º da Lei nº 9.307/96.[51]

---

[49] BRASIL. STJ-T3. REsp 1.569.422/RJ. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. *DJe*, 20.05.2016.

[50] BRASIL. STJ-CE. SEC 1.210/GB, Relator: Min. Fernando Gonçalves. *RSTJ*, v. 211, p. 37.

[51] Art. 7º Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim. [...] §7º A sentença que julgar procedente o pedido valerá como compromisso arbitral.

83. A convenção de arbitragem decorre do exercício de liberdade entre as partes, com a ressalva de que, em relação à Administração Pública, a autonomia privada deve estar submetida a uma cognição técnica e de oportunidade e conveniência.

84. O que não se pode admitir é que, já existindo por disposição contratual a cláusula compromissória, o gestor público de plantão venha a substituir a vontade de seus antecessores e realizar nova avaliação quanto às vantagens e desvantagens da arbitragem no caso concreto. Nesse ponto, o Estado está vinculado ao contrato subscrito por força da cláusula da *pacta sunt servanda*.

85. A resistência em firmar o compromisso arbitral pelo gestor público está limitada tão somente à identificação da falta de algum dos requisitos indispensáveis para a validade e eficácia da convenção.

86. Nesse sentido, por força do princípio da legalidade (CF, art. 37, *caput*), diferentemente da arbitragem entre particulares (Lei nº 9.307/1996, art. 2º, *caput*), o §3º do artigo 2º da Lei de Arbitragem, inserido pela Lei nº 13.129/2015, reza que *a arbitragem que envolva administração pública será sempre de direito*, ou seja, fundamentada na lei ou em atos normativos administrativos, inclusive com base nos princípios previstos no ordenamento jurídico, não podendo, contudo, os árbitros decidirem litígios envolvendo órgãos administrativos ou entes públicos com base na equidade.

87. Ademais, a Lei de Arbitragem dispõe que o objeto a ser arbitrado deve envolver sempre direitos patrimoniais disponíveis (Lei nº 9.307/1996, art. 1º, *caput* e §1º, incluso este parágrafo pela Lei nº 13.129/2015).

88. Outros diplomas legais, como a lei que prevê a arbitragem para os setores portuários e de transportes, condiciona também a instauração do juízo arbitral à prévia ocorrência de decisão definitiva da autoridade administrativa competente (Lei nº 13.448/2017, art. 31, *caput*).

7 Patrimonialidade e disponibilidade do direito discutido

89. Insta realçar que indisponível pela Administração Pública é o interesse público cujo titular é o povo, a população. Todavia, isso não significa que todos os direitos patrimoniais, na seara do Direito Público, sejam indisponíveis, uma vez que a disponibilidade de um patrimônio público pode ser de maior interesse da coletividade do que a sua preservação.[52] [53]

[52] Por exemplo, é preferível a recomposição do equilíbrio-financeiro dos contratos administrativos, porque sem ela tornar-se-ia inviável a continuação dos mesmos, levando-os à necessidade de suas rescisões, sendo do interesse público a manutenção e o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos.

[53] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Obra citada. p. 1.085-1.088. Nessa obra, a emente administrativista resume, com base na doutrina e na jurisprudência, os direitos patrimoniais disponíveis: "*a) é possível usar a arbitragem quando se trata de ato de gestão (em que a Administração Pública atua*

90. De modo que uma das acatadas correntes doutrinárias legitimadoras da arbitrabilidade objetiva separa o interesse público primário, assim entendido como os fins que cabem ao Estado promover (direitos à vida, à saúde, à educação, à segurança, ao meio-ambiente preservado etc.), que são indisponíveis; dos interesses secundários, vale dizer, os interesses de natureza instrumental, resolvendo-se em relações patrimoniais, que seriam disponíveis e, portanto, arbitráveis, de modo a não poder se confundir a indisponibilidade do interesse público com a disponibilidade de direitos patrimoniais, uma vez que o Estado é detentor dessa segunda categoria de direitos e dele se utilizam para concretizar os objetivos traçados pela sociedade, sendo perfeitamente cabível o adoção de cláusulas compromissória em contratos que envolvam tais direitos instrumentais, mesmo porque, se isso não fosse correto, nem sequer poderia a Administração Pública participar de contratos administrativos.[54] [55] [56]

91. Outra vertente mais moderada dessa primeira corrente, que adota a bipartição do interesse público, concebe que tanto os interesses públicos primários quanto os secundários seriam indisponíveis, mas, para que uma questão que envolva a Administração Pública pudesse ser dirimida por arbitragem, deveria haver autorização legal geral ou específica para tanto.[57] [58]

---

sem o seu poder de império, ou seja, como se fosse um particular na gestão de seus negócios); [...] *ao contrário do que ocorre quando se trata de ato de império*; b) [...] o interesse público é sempre indisponível; os direitos patrimoniais podem ser disponíveis ou indisponíveis; *c) é possível a arbitragem* [...] *quando se trata de atividade econômica; d) é possível a arbitragem nos atos negociais, em que a Administração Pública se iguala ao particular, porque age sem prerrogativas públicas; e) é possível nos contratos de direito privado firmado pela Administração Pública; f) é possível nas empresas estatais que exercem atividade econômica, com fundamento no art. 173, §1º, II, da Constituição Federal* [...]."

54 MARINHO, Fábio Rascão. A arbitragem em contratos administrativos. *In*: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro (org.). *Mediação e arbitragem na administração pública*. Curitiba: Editora CRV, 2018. p. 131-133. Para esse autor, a primeira corrente parece ser a mais correta, posto que *a divisão entre interesse público primário e secundário contempla melhor todas as dimensões de um contrato administrativo com suas repercussões disponíveis e aquelas que são indisponíveis, além de se adequar ao dinamismo das relações contratuais entre poder público e particular que imperam atualmente*.

55 SESTER, Peter Christian. *Comentários à lei de arbitragem e à legislação extravagante*. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 113-115.

56 Dispõe a CF/1988, no seu art. 21, *caput*, inciso XII, alíneas *d* e *f*, que compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, permissão ou contrato de concessão, os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado; os portos marítimos, fluviais e lacustres.

57 Lei nº 8.666, de 21.06.1993. Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas: I – quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta nos seguintes casos: [...].

58 Cf. GRUPENMACHE, Betina Treiger. Arbitragem e transação em matéria tributária. *In*: PISCITELLI, Tathiane; MASCITTO, Andréa; MENDONÇA, Priscila Faricelli de (coord.). *Arbitragem tributária*:

92. A segunda corrente doutrinária entende que todos e quaisquer direitos e obrigações discutidos contratualmente pela Administração são passíveis, portanto, de discussão arbitral.[59]

93. Nessa esteira, Marçal Justen Filho[60] advoga que *todas as questões que comportam disciplina por via contratual também admitem a instituição de arbitragem. Trata-se de uma questão indissociável, já que existe um único mundo jurídico. A disponibilidade para impor a arbitragem é a mesma para criar direitos e obrigações por via consensual*.

94. Essa concepção, a qual, no sentido de o fato de o direito litigioso estar previsto em contrato administrativo, autoriza a busca da solução pela via do tribunal arbitral é corroborada por Eros Grau,[61] para quem *sempre que puder contratar, o que importa disponibilidade de direitos patrimoniais, poderá a Administração, sem que isso importe disposição do interesse público, convencionar cláusula de arbitragem*.

95. Tal entendimento é lecionado, outrossim, por Alexandre Santos de Aragão,[62] *ipsis litteris*:

> Em linhas gerais, pode-se afirmar que todos os direitos e obrigações que decorram, em última análise, de contratos celebrados pela Administração Pública podem, também por disposição negocial nesse sentido (cláusula compromissória ou compromisso arbitral), ser submetidos à arbitragem. [...]
>
> Vimos também que os reflexos pecuniários de direitos extrapatrimoniais ou indisponíveis podem ser apreciados perante os Tribunais arbitrais, a exemplo do que ocorre no instituto da transação.

96. Cumpre repisar que o §1º do artigo 1º da Lei de Arbitragem autoriza, de forma genérica, à Administração Pública utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

97. Seguindo essa senda da Lei Geral de Arbitragem, por exemplo, o §4º do artigo 31 da Lei nº 13.448/2017 esclarece que *consideram-se*

desafios institucionais brasileiros e a experiência portuguesa. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. posições 5.499 e 5.639.

59 Cf. REIS, Marcos Hokumura; CEZIMBRA, Gabriela Souza. Arbitragem e administração pública: possibilidade de inversão da multa pactuada em contrato administrativo, em detrimento de sociedade de economia mista. *In*: FERREIRA, Olavo A. V. Alves; LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.). *Arbitragem*: 5 anos da Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015. Ribeirão Preto: Editora Migalhas, 2020. p. 878.

60 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 824.

61 GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. *Revista dos Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 32, p. 14-20, 2000.

62 ARAGÃO, Alexandre Santos de. Arbitragem no direito administrativo. *Revista da AGU*, Brasília, v. 16, n. 3, 2017. p. 38.

controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis, entre outras: [...] o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de parceria.[63] [64]

98. A expressão contrato de parceria é ampla e abarca o contrato de concessão, conforme o próprio Decreto nº 10.025/2019 esclarece no §1º do seu artigo 9º: *[...] considera-se como contratado: I – o concessionário; II – o subconcessionário; III – o permissionário; IV – o arrendatário; V – o autorizatário; ou VI – o operador portuário*.

99. Nessa mesma vereda, percorre o Enunciado nº 13 da *I Jornada "Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios"* do CJF, liderada pelo Excelentíssimo Senhor Ministro Luiz Felipe Salomão do STJ, ao ratificar que podem ser objeto de arbitragem relacionada à Administração Pública, dentre outros, litígios relativos ao inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes; à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, cláusulas financeiras e econômicas.[65]

100. A utilização da arbitragem para definição dos critérios de cálculo de indenização também é utilizada nos casos de desapropriações a cargo do poder público, nos termos do art. 10-B, da Lei Geral da Desapropriação (Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941), alterada pela Lei nº 13.867, de 26.08.2019. Ainda que a desapropriação decorra de ato de império, a indenização constitui bem patrimonial disponível.

101. Acerca das matérias que podem ser submetidas à arbitragem, ciente de que nem todas podem ser objeto de decisão pela via da arbitragem – mas apenas os direitos patrimoniais disponíveis –, Di Pietro[66] apresenta a seguinte ponderação, *verbo ad verbum*:

> O fato de ser inserida a cláusula de arbitragem nos contratos administrativos não significa que a arbitragem poderá referir-se a todas as matérias de que trata o contrato, porque algumas podem referir-se a direitos patrimoniais indisponíveis.
>
> Note-se que os contratos administrativos contêm *cláusulas regulamentares* e *cláusulas financeiras*. As primeiras referem-se ao próprio objeto do contrato, à forma de sua execução; elas decorrem do poder regulador da Administração Pública; são fixadas unilateralmente e alteradas unilateralmente. Correspondem às chamadas cláusulas

[63] Art. 31. [...] §4º Consideram-se controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis, para fins desta Lei: I – as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos; II – o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de concessão; e III – o inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes.

[64] No mesmo sentido, dispõe o Decreto nº 10.025/2019: Art. 2º Poderão ser submetidas à arbitragem as controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis. Parágrafo único. Para fins do disposto neste Decreto, consideram-se controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis, entre outras: [...] II – o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de parceria.

[65] BRASIL. Conselho da Justiça Federal. JORNADA PREVENÇÃO E SOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE LITÍGIOS, 1., 22 e 23.08.2016, Brasília. Centro de Estudos Judiciários do CJF, 2016. p. 1-3 *apud* NASCIMBENI, Asdrubal Franco; RAMIRES, Rosana Laura de Castro Farias. *Administração pública na era da consensualidade*: a visão e a prática dos Tribunais de Contas. 2018. (*E-book*). posição 3.280.

[66] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Obra citada. p. 1.089.

> exorbitantes ou cláusulas de prerrogativas. Mas as cláusulas financeiras, que dizem respeito à remuneração do contratado e ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato têm natureza tipicamente contratual. Por isso mesmo, não podem ser alteradas unilateralmente pelo poder público. Mas podem ser objeto de acordo entre as partes.
>
> Também não teria sentido que se instalasse um procedimento de arbitragem para decisão de conflito que envolva prerrogativa de autoridade que só o poder público pode exercer. [...] Mas pode decidir sobre efeitos patrimoniais decorrentes do uso de prerrogativas próprias do poder público, como as de alterar e rescindir unilateralmente os contratos, que podem provocar o desequilíbrio econômico-financeiro. São aspectos que se incluem no conceito de direitos patrimoniais disponíveis, não porque a Administração Pública possa abrir mão de seus direitos, mas porque se trata de direitos passíveis de valoração econômica.
>
> Visto o mesmo argumento sob outro ângulo, pode-se partir da distinção entre atos de império e atos de gestão. Os primeiros são praticados pelo poder público como autoridade, como ente que atua em nome do estado. As decisões sobre desapropriação, tombamento, servidão administrativa, por exemplo, não podem ser objeto de apreciação por árbitros. Mas os efeitos patrimoniais dessas decisões podem, porque são passíveis de valorização econômica. [...] constitui bem patrimonial disponível.
>
> Já os atos de gestão são praticados pelo poder público sem as prerrogativas próprias de autoridade, tal como ocorre com os contratos de direito privado celebrados pela Administração Pública, como compra e venda, locação, permuta etc. Os conflitos surgidos podem ser decididos pela via da arbitragem.

8 Arbitragem de direito

102. Com esteio no princípio da legalidade, que orienta a Administração Pública direta e indireta dos três Podres dos entes da Federação brasileira (CF/1988, art. 37, *caput*), a primeira parte do §3º do artigo 2º da Lei nº 9.307/1996, inserto pela Lei nº 13.129/2015, estabelece que *a arbitragem, que envolva a administração pública, será sempre de direito*, ou seja, com supedâneo nos princípios e normas que possam ser espinçadas do ordenamento jurídico, afastada a arbitragem baseada na equidade, a critério das partes.

103. O princípio da legalidade do *caput* do art. 37 da CF/1988 pode ser entendido tanto em sentido restrito, para alcançar apenas os atos normativos aprovados pelo Poder Legislativo, quanto em sentido amplo, alcançando, além das leis gerais e específicas que cuidem da arbitragem, os atos administrativos normativos (decretos, portarias, instruções normativas, resoluções, contratos), quando utilizados dentro dos seus limites juridicamente aceitáveis.

9 Conflito entre os princípios publicidade e privacidade

104. Encerramos, com breves palavras, este artigo, enfrentando o conflito entre o princípio da publicidade no âmbito da arbitragem e o princípio do direito à privacidade.

105. Determina o *caput* do artigo 37 da Constituição da República que a Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes dos entes da Federação obedecerá, entre outros princípios, como os da legalidade, impessoalidade ou finalidade, moralidade, da eficiência, e, com base no *caput* do artigo 70, da Lei Maior da economicidade, o princípio da publicidade.

106. A seu turno, o artigo 5º, inciso XXXIII, da Lei Maior garante a todos o direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, ressalvados, contudo, aqueles cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

107. Por sua vez, o inciso LX do artigo 5º do Estatuto Político estabelece que a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.

108. Por outro lado, a Constituição Federal, no artigo 5º, incisos X, assegura a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas.

109. Já o preceptivo do artigo 2º, §3º, *in fine*, da Lei nº 9.307/1996, inserto pela Lei nº 13.129/2015, dispõe que a arbitragem que envolva a Administração Pública respeitará o princípio da publicidade.

110. Tal preceptivo infralegal deverá ser interpretado, quanto à sua constitucionalidade, com a utilização da técnica exegética de ponderação de princípios ou de valores constitucionais, com o uso do devido processo legal substancial (CF/1988, art. 5º, LIV).

111. Sem dúvida, deve prevalecer o princípio da publicidade, quando as informações ou dados relativos à arbitragem sejam inerentemente públicos, merecedores de controle da sociedade, estando, em baila, o interesse ou o patrimônio público, como as informações de dados decorrentes de gestão de dinheiro público.[67] [68]

[67] SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. Sigilos bancário e fiscal em face da Administração tributária e do Ministério Público. *In*: SARAIVA, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (coord.). *Sigilos bancário e fiscal*: homenagem ao jurista José Carlos Moreira Alves. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 52.

[68] BRASIL. STF-Pleno. MS 21.729/DF. Relator para o Acórdão: Min. Néri da Silveira. *RTJ*, 179-01, p. 225: "EMENTA: – Mandado de Segurança. Sigilo bancário. Instituição financeira executora de política creditícia e financeira do Governo Federal. Legitimidade do Ministério Público para requisitar informações e documentos destinados a instruir procedimentos administrativos de sua competência. [...] 5. Não cabe ao Banco do Brasil negar, ao Ministério Público, informações sobre nomes de beneficiários de empréstimos concedidos pela instituição, com recursos subsidiados pelo erário federal, sob invocação do sigilo bancário, em se tratando de requisição de informações e documentos para instruir procedimento administrativo instaurado em defesa do patrimônio público. Princípio da publicidade, *Caput* art. 37 da Constituição. 6. No caso concreto, os empréstimos concedidos eram verdadeiros financiamentos públicos, porquanto o Banco do Brasil os realizou na condição de executor da política creditícia e financeira do Governo Federal, que deliberou sobre sua concessão e ainda se comprometeu a proceder à equalização da taxa de juros, sob a forma

112. A prevalência do princípio da privacidade, em detrimento do princípio da publicidade na arbitragem, só poderá acontecer, em casos excepcionais, quando o sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem e em relação aos aspectos pertinentes apenas à intimidade e à vida privada do pessoas privadas envolvidas com o Poder Público, que não apresentem interesse algum que justifique o conhecimento público desses dados por terceiros.

113. Desse modo, devem ser observadas, dentre outras normas legais, as normas da Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527, de 18.11.2011, regulamentada pelo Decreto nº 7.724, de 16.05.2012), de modo que os árbitros devem também colimar cada uma das normas desta lei, que define o que se considera sigilo imprescindível à segurança da sociedade e do Estado e, portanto, identifica o que não é sujeito à divulgação (arts. 23 e 24); que protege os casos de sigilo, de segredo de justiça e de segredo industrial (art. 22); e que estatui que as informações pessoais, relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem, terão seu acesso restrito a agentes públicos legalmente autorizadas e à pessoa a que elas se referirem (§ 1º do art. 31).

114. Ademais, devem os árbitros e as partes respeitarem a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD (Lei nº 13.709, de 14.08.2018, com as inovações introduzidas pela Lei nº 13. 853, de 08.07.2019).

10 Conclusão

115. Diante de todo o exposto, resta concluir que a arbitragem é solução alternativa e adequada para se dirimir, com supedâneo sempre no Direito, conflitos entre a Administração pública e particulares pertinentes a direitos patrimoniais disponíveis, posto que há autorizações para a sua adoção por leis geral e específicas, além de cláusulas contratuais prevendo o recurso à via arbitral, com ingente vantagens para ambas as partes, pois as experiências arbitrais têm comprovado mais celeridade e maior segurança técnica de suas decisões, não havendo razão para que a arbitragem não seja estimulada pelas autoridades públicas, observadas todas as recomendações discorridas nos capítulos anteriores deste trabalho.

de subvenção econômica ao setor produtivo, de acordo com a Lei nº 8.427/1992. 7. Mandado de segurança indeferido".

Key points of arbitration in Public Administration

Abstract: In this article, some of the most critical points of arbitration within the Public Administration will be confronted and answered, in particular, those related to the convenience of using arbitration in the public sector in view of the speed and greater technical mastery of the questions raised and the identification of what is understands as available patrimonial rights, one of the requirements for the use of this institute.

Keywords: Arbitration. Available property rights. Conflicts related to Public Administration. Administrative contracts.

Referências

ACCIOLY, João Pedro. *Arbitragem em conflitos com a Administração Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

ADAMS, Luís Inácio. União é maior litigante e maior prestador de serviços. [Entrevista a] *Consultor Jurídico*, 30 set. 2012. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2012-set-30/luis-adams-nao-separacao-entre-estado-governo-burocracia-politica. Acesso em: 15 mar. 2021.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Arbitragem no direito administrativo. *Revista da AGU*, Brasília, v. 16, n. 3, 2017.

ARANHA, Márcio Iório. *Manual de direito regulatório*: fundamentos do direito regulatório. London: Laccademia Publishing, 2018. (*E-book*).

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. STF-Pleno. MS 21.729/DF. Relator para o Acórdão: Min. Néri da Silveira. *RTJ*, 179-01, p. 225.

BRASIL. STF-Pleno. SE-AgR 5.206/ES. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. *DJ*, 30.04.2004.

BRASIL. STJ. CC 139.519/RJ. Relator para o Acórdão: Min. Regina Helena Costa. *DJe*, 10.11.2017; *RSTJ*, v. 249, p. 99.

BRASIL. STJ. Súmula 485. *DJe*, 01.08.2012; *RSTJ*, v. 227, p. 943.

BRASIL. STJ-1ª Seção. MS 11.308/DF. Relator: Min. Luiz Fux. *DJe*, 19.05.2008.

BRASIL. STJ-CE. SEC 1.210/GB, Relator: Min. Fernando Gonçalves. *RSTJ*, v. 211, p. 37.

BRASIL. STJ-T2. REsp 612.439/RS. Relator: Min. João Otávio Noronha. *DJ*, 14.09.2006. p. 299.

BRASIL. STJ-T3. REsp 1.569.422/RJ. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. *DJe*, 20.05.2016.

BRASIL. STJ-T3. REsp 1.623.475/PR. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Julgado em 17.04.2018. *DJe*, 20.04.2018.

BRASIL. STJ-T3. REsp 1.636.102/SP. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. *DJe*, 01.08.2001.

BRASIL. TCU. Acórdão 1.330/2007. Plenário. Relator: Raimundo Carreiro. Processo Administrativo 011.988/2007-4, data da sessão 04.07.2007.

CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*: mediação: conciliação: tribunal multiportas. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem Lei nº 9.307/96*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

CARMONA, Carlos Alberto. A arbitragem no setor de infraestrutura portuária e as jabuticabas. *Migalhas*, 11 ago. 2015. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/224914/a-arbitragem-no-setor-de-infraestrutura-portuaria-e-as-jabuticabas. Acesso em: 19 mar. 2021.

COSTA, Patrícia Ayub da; MUNIZ, Tânia Lobo. *Lei de Arbitragem e Lei de Mediação anotadas*. Coordenação: Bruno Fuga. Londrina: Thoth Editora, 2020. (Coleção Códigos Anotados).

DAROCA, Eva Desdentado. *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica*: un estudio crítico de la jurisprudencia. Madrid: Civitas, 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 33. ed. 2020. (*E-book*).

FIGUEIRA JR., Joel. *Arbitragem*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. *Revista dos Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 32, p. 14-20, 2000.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti, Eficiência administrativa: alargamento da discricionariedade acompanhado do aperfeiçoamento dos instrumentos de controle e responsabilização dos agentes públicos – um paradigma possível? *Revista Brasileira de Estado e Função Pública – RBEFP*, Belo Horizonte, ano 4, n. 10, jan./abr. 2015.

GRUPENMACHE, Betina Treiger. Arbitragem e transação em matéria tributária. *In*: PISCITELLI, Tathiane; MASCITTO, Andréa; MENDONÇA, Priscila Faricelli de (coord.). *Arbitragem tributária*: desafios institucionais brasileiros e a experiência portuguesa. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

GUNNINGHAM, N.; GRABOSKY, P. *Smart regulation*: designing environmental policy. Oxford: Clarendon Press, 1998.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

MARINHO, Fábio Rascão. A arbitragem em contratos administrativos. *In*: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro (org.). *Mediação e arbitragem na administração pública*. Curitiba: Editora CRV, 2018.

MARTINS, André Chateaubriand. A administração pública na reforma da lei de arbitragem. *In*: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (coord.). *Arbitragem e mediação*: a reforma da legislação brasileira. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MÉLO FILHO, Marconi Araní. Da regulação responsiva à regulação inteligente: uma análise crítica do desenho regulatório do setor de transporte ferroviário de cargas no Brasil. *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, Brasília, v. 6, n. 1, maio 2020.

MOURA, Wesley Luiz de. *Novo Código de Processo Civil comentado na prática da Fazenda Nacional*. Coordenação: Rogério Campos *et al*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NASCIMBENI, Asdrubal Franco; RAMIRES, Rosana Laura de Castro Farias. *Administração pública na era da consensualidade*: a visão e a prática dos Tribunais de Contas. 2018.

NASCIMBENI, Asdrubal Franco; RAMIRES, Rosana Laura de Castro Farias. *Administração pública na era da consensualidade*: a visão e a prática dos Tribunais de Contas. 2018. (*E-book*).

PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães. Discricionariedade e apreciações técnicas da administração. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 231, p. 217-267, jan./mar. 2003.

REIS, Marcos Hokumura; CEZIMBRA, Gabriela Souza. Arbitragem e administração pública: possibilidade de inversão da multa pactuada em contrato administrativo, em detrimento de sociedade de economia mista. *In*: FERREIRA, Olavo A. V. Alves; LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.). *Arbitragem*: 5 anos da Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015. Ribeirão Preto: Editora Migalhas, 2020.

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. O princípio da moralidade da administração pública. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 132, p. 125-129, out./dez. 1996.

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. Sigilos bancário e fiscal em face da Administração tributária e do Ministério Público. *In*: SARAIVA, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (coord.). *Sigilos bancário e fiscal*: homenagem ao jurista José Carlos Moreira Alves. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

SARAIVA, Leonardo. *Arbitragem na Administração pública*: peculiaridades, governança, *compliance* e o desafio do envolvimento dos Tribunais de Contas no processo de sua institucionalização. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

SESTER, Peter Christian. *Comentários à lei de arbitragem e à legislação extravagante*. São Paulo: Quartier Latin, 2020.

VALENTIM, Carlos Eduardo Moreira. Princípio da Vantajosidade – busca por contratação implica no melhor e menor gasto. *Consultor Jurídico*, 9 fev. 2010. Disponível: https://www.conjur.com.br/2010-fev-09/principio-vantajosidade-implica-busca-melhor-menor-gasto#author. Acesso em: 20 mar. 2021.

Recebido em: 14.04.2021
Aprovado em: 06.08.2021

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; SARAIVA NETO, Oswaldo Othon de Pontes. Pontos nodais da arbitragem na Administração Pública. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 23, n. 128, p. 143-174, jul./ago. 2021.