

Mariana de Souza Saraiva

O IMPACTO DA IMPECUNIOSIDADE NA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA:

UMA ANÁLISE SOBRE OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS



EXPERT
EDITORA DIGITAL

A presente obra foi elaborada com o objetivo de analisar o impacto na cláusula compromissória, no que tange à sua existência, validade e eficácia, em face da ausência de condições financeiras de uma parte para arcar com os custos da arbitragem, considerando, especialmente, a situação nos contratos administrativos. Para compreensão do assunto, ao longo da pesquisa, foi realizada uma análise dos princípios e do atual cenário da Administração Pública brasileira, de forma a embasar e contextualizar o tema com a situação específica em foco. Buscou-se, ainda, observar o uso dos métodos adequados de solução de conflitos, estudando-se o tema do ponto de vista do acesso à justiça, dando especial foco à questão do tempo que envolve o assunto. Em seguida, foi feita uma análise sobre o conceito e as características da arbitragem, bem como sobre seu uso pela Administração Pública. Foi ponto de preocupação também, observar o impacto da impecuniosidade de uma parte na cláusula compromissória em termos gerais, de forma a pavimentar a análise da questão no contexto dos contratos administrativos. Com foco no objeto desta pesquisa, foi observado o regime jurídico aplicável à cláusula compromissória; a exorbitância que envolve a questão; o interesse público que permeia o assunto, incluindo, neste ponto, a análise do tempo como recurso público; a possibilidade de configuração de impecuniosidade da Administração Pública; bem como possíveis soluções ao problema proposto.

ISBN 978-65-6006-050-0



9 786560 060500 >

O IMPACTO DA IMPECUNIOSIDADE NA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA:

UMA ANÁLISE SOBRE OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS



Prof. Dra. Adriana Goulart De Sena Orsini
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Alexandre Miguel Cavaco Picanco Mestre
Universidade Autónoma de Lisboa, Escola Superior de Desporto de Rio Maior, Escola Superior de Comunicação Social (Portugal), The Football Business Academy (Suíça)

Prof. Dra. Amanda Flavio de Oliveira
Universidade de Brasília - UnB

Prof. Dr. Carlos Raul Iparraguirre
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral (Argentina)

Prof. Dr. César Mauricio Giraldo
Universidad de los Andes, ISDE, Universidad Pontificia Bolivariana UPB (Bolívia)

Prof. Dr. Eduardo Goulart Pimenta
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, e PUC - Minas

Prof. Dr. Francisco Satiro
Faculdade de Direito da USP - Largo São Francisco

Prof. Dr. Gustavo Lopes Pires de Souza
Universidad de Litoral (Argentina)

Prof. Dr. Henrique Viana Pereira
PUC - Minas

Prof. Dr. Javier Avilez Martínez
Universidad Anahuac, Universidad Tecnológica de México (UNITEC), Universidad Del Valle de México (UVM) (México)

Prof. Dr. João Bosco Leopoldino da Fonseca
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG.

Prof. Dr. Julio Cesar de Sá da Rocha
Universidade Federal da Bahia - UFBA

Prof. Dr. Leonardo Gomes de Aquino
UniCEUB e UniEuro, Brasília, DF.

Prof. Dr. Luciano Timm
Fundação Getúlio Vargas - FGVSP

Prof. Dr. Mário Freud
Faculdade de direito Universidade Agostinho Neto (Angola)

Prof. Dr. Marcelo Andrade Féres
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Omar Jesús Galarreta Zegarra
Universidad Continental sede Huancayo, Universidad Sagrado Corazón (UNIFE), Universidad Cesar Vallejo. Lima Norte (Peru)

Prof. Dr. Raphael Silva Rodrigues
Centro Universitário Unihorizontes e Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dra. Renata C. Vieira Maia
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Rodolpho Barreto Sampaio Júnior
PUC - Minas e Faculdade Milton Campos

Prof. Dr. Rodrigo Almeida Magalhães
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, PUC - Minas

Prof. Dr. Thiago Penido Martins
Universidade do Estado de Minas Gerais - UEMG

Direção editorial: Luciana de Castro Bastos

Diagramação e Capa: Editora Expert

Revisão: Do Autor

A regra ortográfica usada foi prerrogativa do autor.



Todos os livros publicados pela Expert Editora Digital estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 BY-SA. <https://br.creativecommons.org/>
"A prerrogativa da licença creative commons 4.0, referencias, bem como a obra, são de responsabilidade exclusiva do autor"

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

SARAIVA, Mariana de Souza

Título: O IMPACTO DA IMPECUNIOSIDADE NA CLÁUSULA

COMPROMISSÓRIA: Uma análise sobre os contratos administrativos -

Belo Horizonte - Editora Expert- 2023

Autor: Mariana de Souza Saraiva

ISBN: 978-65-6006-050-0

Modo de acesso: <https://experteditora.com.br>1. Direito Administrativo

2. Administração Pública 3. Contratos Administrativos

I. I. Título.

CDD: 341.3

Pedidos dessa obra:

experteditora.com.br

contato@editoraexpert.com.br



EXPERT
EDITORA DIGITAL

Para Maria, mãe do Cristo.

“O passado, quando não mais ilumina o futuro, deixa o espírito andando nas trevas”. (TOCQUEVILLE, 1951, p. 336).

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AMCHAM Brasil	<i>American Chamber</i> Brasil
Art.	Artigo
CAMARB	Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial – Brasil
CAM-CCBC	Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá
CAM-CIESP/ FIESP	Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem do Centro das Indústrias do Estado de São Paulo e da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo
CBAr	Comitê Brasileiro de Arbitragem
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC	Código de Processo Civil
FERJ	Fundo Especial de Modernização e Reaparelhamento do Judiciário
IBA	<i>International Bar Association</i>
IPCA	Índice Nacional de Preços ao Consumidor
nº	Número
MASC	Método Adequado de Solução de Controvérsias
MASCs	Métodos Adequados de Solução de Controvérsias
NEA	Núcleo Especializado em Arbitragem da Advocacia-Geral da União
p.	Página
Rede PENSSAN	Rede Brasileira de Pesquisa e Soberania e Segurança Alimentar
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TPF	<i>Third party funding</i>

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	17
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	27
2.1 Conceito	29
2.2 Princípios da Administração Pública	33
2.2.1 Princípio da eficiência	35
2.2.2 Princípio da razoabilidade e princípio da proporcionalidade	41
2.2.3 Princípio da legalidade	46
2.2.4 Princípio da indisponibilidade do interesse público	53
2.2.5 Princípio da publicidade	57
2.3 Transformações e tendências do direito administrativo	61
2.3.1 Fuga do direito administrativo	62
2.3.2 Constitucionalização do direito administrativo	64
2.3.3 Modelo atual de gestão da Administração Pública brasileira	69
2.3.3.1 Evolução do modelo burocrático para o gerencial	72
2.3.3.2 Novo Serviço Público e a Administração Pública societal	80
2.3.4 Novas tendências da Administração Pública	86
2.3.4.1 Estado em Rede e a Governança Pública	86
2.3.4.2 Administração Pública Consensual	92
2.4 Contratos administrativos e o regime jurídico aplicável	95
ARBITRAGEM	99
3.1 Considerações iniciais	101
3.2 Arbitrabilidade	109

3.2.1 Arbitrabilidade subjetiva	110
3.2.2 Arbitrabilidade objetiva	111
3.3 Natureza jurídica e principais características da arbitragem	113
3.3.1 Natureza jurídica.....	113
3.3.2 Princípio da autonomia privada.....	115
3.3.3 Celeridade	118
3.3.4 Especialidade do julgador	122
3.3.5 Confidencialidade	124
3.3.6 Flexibilidade	126

OS USOS DOS MÉTODOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS E O ACESSO À JUSTIÇA..... 131

4.1 Definição do termo e abordagem sobre acesso à justiça	133
4.1.1 As ondas de acesso à justiça	137
4.1.2 As barreiras do acesso à justiça	139
4.2 O acesso à justiça garantido pelo uso dos métodos adequados de solução de controvérsias.....	146
4.3 O uso dos métodos adequados de solução de controvérsias pela Administração Pública	156

O TEMPO E O USO DOS MÉTODOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS..... 167

5.1 O tempo	169
5.2 O tempo e o direito.....	179
5.3 O tempo e os métodos adequados de solução de controvérsias	186

O USO DA ARBITRAGEM PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA 195

6.1 Breves considerações históricas acerca do uso da arbitragem pela Administração Pública e a situação atual 197

6.2 O uso da arbitragem frente aos princípios da Administração Pública 206

6.3 O uso da Arbitragem e as tendências da Administração Pública..... 222

O IMPACTO DA AUSÊNCIA DE CONDIÇÕES FINANCEIRAS DE UMA PARTE NA CLÁUSULA ARBITRAL 231

7.1 O conflito entre princípios 234

7.2 Limites da aplicação do princípio da obrigatoriedade contratual e o modelo complexo dos contratos 236

7.3 Consequências da ausência de condições financeiras na cláusula arbitral.. 242

7.3.1 A eficácia da cláusula compromissória frente a situação de impecuniosidade de uma parte..... 246

7.3.1.1 Análise da condição de impecuniosidade de uma parte como causa de ineficácia superveniente da cláusula compromissória 249

7.3.1.2 A incidência do princípio da competência-competência e a intervenção judicial na cláusula compromissória..... 263

REPERCUSSÕES DA IMPECUNIOSIDADE DE UMA PARTE FRENTE À CLÁUSULA ARBITRAL DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS 275

8.1 O custeio das despesas das arbitragens que envolvem a Administração Pública 278

8.2 O regime jurídico dos contratos administrativos e a convenção de arbitragem 287

8.2.1 O regime jurídico aplicável aos contratos administrativos e a exorbitância na cláusula compromissória	287
8.2.2 O interesse público e a incidência da exorbitância na cláusula compromissória	304
8.2.2.1 O acesso à justiça	305
8.2.2.2 O tempo e a Administração Pública.....	307
8.2.2.3 As tendências da Administração Pública	311
8.2.2.4 O impacto econômico e financeiro do uso da arbitragem nos contratos administrativos	316
8.2.2.5 O interesse público e a exorbitância na cláusula compromissória frente à impecuniosidade da Administração Pública	325
8.3 A impecuniosidade da Administração Pública	328
8.4 Possíveis soluções	339
8.4.1 Cláusula de renegociação.....	339
8.4.2 O Financiamento por terceiros na arbitragem	348
8.4.2.1 A possibilidade do uso do financiamento por terceiros na arbitragem pela Administração Pública	353
8.4.2.2 Questões sobre a confidencialidade do financiamento por terceiros na arbitragem em arbitragens envolvendo a Administração Pública	361
8.4.3 Planejamento quanto as despesas da arbitragem	375
CONCLUSÃO	383
REFERÊNCIAS	397



INTRODUÇÃO

O Brasil vem passando, nos últimos anos, por crises importantes em razão de questões políticas, econômicas e, mais recentemente, em virtude da pandemia relacionada ao COVID-19.

Tal situação gera consequências no que tange à solução de conflitos, dado o aumento de controvérsias que as crises proporcionam, bem como em razão das dificuldades econômicas e financeiras enfrentadas pelos particulares e pelo setor público.

Assim, por um lado, todo esse cenário gera um número maior de demandas que, em sua maioria, acabam por serem levadas ao Judiciário para resolução. Por outro lado, a atividade jurisdicional estatal queda sem incremento de investimentos, considerando a ausência de recursos públicos para tanto.

Além disso, tem-se que os problemas financeiros advindos desse contexto frequentemente impedem que partes, optantes por dirimir suas controvérsias de forma privada, fora do Judiciário, tenham capacidade de arcar com as despesas para o uso de métodos que possuem melhores condições de solucionar seus conflitos, como é o caso da arbitragem¹.

O alto número de demandas levadas ao Judiciário, que já sofre há tempos com a morosidade, bem como a redução da possibilidade de utilização dos métodos privados e adequados de solução de controvérsias, faz com que o direito de acesso à justiça seja ameaçado, algo que merece atenção no contexto de um Estado Democrático de Direito.

Dentro desse cenário, quando se fala da impossibilidade de arcar com os custos de um procedimento, frequentemente é analisada e colocada como foco a situação de empresários que passam por dificuldades financeiras. Entretanto, essa dificuldade em relação a recursos não acomete apenas o setor privado, mas também o público.

¹ No contexto da presente pesquisa, a falta de condições financeiras de uma parte em arcar com as despesas de um método adequado de solução de controvérsias (MASC) também será indicada por meio do termo impecuniosidade. Em outras palavras, quando se disser que a parte é impecuniosa, está-se tratando daquela que não tem condições de arcar com os valores que lhe cabem para o processamento da demanda a partir do emprego de um MASC.

Neste ponto, é necessário observar que a Administração Pública² brasileira, como é amplamente divulgado, vem enfrentando uma série de dificuldades financeiras e orçamentárias nos últimos anos, mostrando-se incapaz de contornar as consequências da instabilidade econômica, política e institucional instalada no país.

Dados da Rede Brasileira de Pesquisa e Soberania e Segurança Alimentar e Nutricional (Rede PENSSAN) demonstram um profundo agravamento da insegurança alimentar da população brasileira, indicando que a proporção do problema retornou a níveis próximos daqueles constatados em 2004³. (L'ORGANISATION POUR L'ALIMENTATION ET L'AGRICULTURE, 2021).

Nos últimos anos, também se assistiu reiteradamente a cortes no setor da educação, o que coloca em xeque, dentre outros problemas, a continuidade de pesquisas e da atividade de universidades públicas⁴.

2 No presente trabalho, o termo Administração, com iniciais maiúsculas, deve ser entendido como sinônimo de Administração Pública.

3 “A Rede Brasileira de Pesquisa em Soberania e Segurança Alimentar e Nutricional (Rede PENSSAN), realizou em 2021 o Inquérito Nacional sobre Insegurança Alimentar no Contexto da Pandemia da Covid-19 no Brasil, cujos resultados estão sendo agora divulgados. Os resultados do inquérito mostram que nos três meses anteriores à coleta de dados, menos da metade dos domicílios brasileiros (44,8%) tinha seus(suas) moradores(as) em Segurança Alimentar. Dos demais, 55,2% que se encontravam em Insegurança Alimentar; 9% conviviam com a fome, ou seja, estavam em situação de IA grave, sendo pior essa condição nos domicílios de área rural (12%). Do total de 211,7 milhões de brasileiros(as), 116,8 milhões conviviam com algum grau de Insegurança Alimentar e, destes, 43,4 milhões não tinham alimentos em quantidade suficiente e 19 milhões de brasileiros(as) enfrentavam a fome. Observou-se que a IA grave no domicílio dobra nas áreas rurais do país, especialmente quando não há disponibilidade adequada de água para produção de alimentos e aos animais. A pesquisa mostra o aumento da fome no Brasil aos níveis observados em 2004, na Pnad (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios), quando a insegurança alimentar moderada estava em 12% e a grave em 9,5%. Na pesquisa atual, os dados mostram o primeiro quesito em 11,5%, e o segundo em 9%. É o pior índice desde então. Em 2004, o país tinha 64,8% da população em segurança alimentar, hoje tem 44,8%. Até 2013, pesquisas mostravam regressão da fome no país. A Pesquisa de Orçamentos Familiares 2017-2018 do IBGE, no entanto, evidenciou o aumento da insegurança alimentar. Hoje, é ainda maior.” (L'ORGANISATION POUR L'ALIMENTATION ET L'AGRICULTURE, 2021).

4 “Nesta terça-feira (11/5), a notícia de que a Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), uma das maiores do país, poderá fechar este ano por falta de recursos, chocou todo mundo. Porém, não é só a maior instituição pública do Rio de Janeiro que corre o risco de fechar as portas por falta de verba. De acordo com uma reportagem publicada pelo jornal O Globo, com informações do Painel do Orçamento Federal, as

Por fim, de forma a também ilustrar os impactos da falta de recursos públicos, pode-se mencionar as tragédias anunciadas no setor cultural, como o caso do incêndio no Museu Nacional do Rio de Janeiro⁵, em 2019, e o também incêndio da Pinacoteca em 2021⁶. Diz-se anunciadas, pois a falta de investimentos e, portanto, manutenção dos locais, já era de conhecimento da Administração Pública, que ficou inerte sobre os problemas, não impedindo as perdas irreparáveis sofridas no setor cultural do país.

Como se vê, a Administração Pública brasileira tem encontrado dificuldades para custear atividades e investimentos básicos à sociedade. Diante dessa situação, é de se imaginar que o setor público – da mesma forma como mencionado sobre o setor privado – tem encontrado fragilidades no que tange ao pagamento de despesas relacionadas à resolução extrajudicial de conflitos.

universidades de todo o país enfrentam uma situação orçamentária difícil. Hoje, as 69 instituições têm a mesma verba que as 51 existentes em 2004. Só que 17 anos atrás elas tinham 574 mil alunos, hoje são 1,3 milhão de estudantes. A falta de recursos atinge universidades como a Universidade Federal de São Paulo (Unifesp), Universidade Federal de Goiás (UFG) e a Universidade Federal de Brasília (UnB). Ainda em março, quando o orçamento para este ano estava sendo votado, a Associação Nacional dos Dirigentes das Instituições Federais de Ensino Superior (Andifes) alertou que o corte de mais de 18% no orçamento das universidades federais em 2021 poderia inviabilizar o ensino. A redução chega a R\$ 1 bilhão, segundo a associação. Essa quantia é direcionada à verba discricionária, que serve para custear o pagamento de despesas como água, luz e limpeza e manutenção da infraestrutura.” (MARTINS, 2021).

5 “Há três anos, um incêndio de grandes proporções tomava o Museu Nacional, em São Cristóvão (RJ). Era um domingo, por volta das 19h30 de 2 de setembro de 2018 e, durante a madrugada de segunda-feira (3/9), o Brasil viu uma parte da própria história queimar e se perder. A maior parte dos 20 milhões de itens que o museu abrigava foi totalmente destruída. Nele, estava o mais antigo fóssil humano já encontrado no país, a Luzia; a coleção egípcia que começou a ser adquirida ainda por Dom Pedro I; a coleção de arte e artefatos greco-romanos da Imperatriz Teresa Cristina e coleções de paleontologia que incluíam o fóssil de um dinossauro proveniente de Minas Gerais.” (SOUZA, 2021).

6 “Um incêndio atingiu um galpão da Cinemateca Brasileira, em São Paulo. O prédio que pegou fogo nesta quinta-feira (29) é o que fica na Vila Leopoldina, na Zona Oeste de São Paulo. Ele não é aberto ao público, diferentemente do prédio mais conhecido, que fica na Vila Mariana, onde funcionam duas salas de cinema, com exposições e museus. Nesse prédio, ficavam guardados 1 milhão de documentos da antiga Embrafilme como roteiros, arquivos em papel, cópias de filmes e equipamentos antigos. Alguns tinham mais de 100 anos e seriam usados na montagem de um museu, para contar a história do cinema brasileiro.” (INCÊNDIO..., 2021).

Especialmente no caso da arbitragem, as despesas para processamento da demanda correspondem, frequentemente, a valores altos para pagamento de honorários de árbitros; de taxas de registro e de administração devidas às câmaras; de advogados especializados; de honorários de peritos e assistentes técnicos; dentre outros valores que podem ser incluídos nesse rol.

Assim, vem sendo cada vez mais comum as situações que envolvem relações contratuais públicas ou privadas em que, nada obstante tenha sido feita a opção pela arbitragem como forma de resolução de conflitos, as partes, diante do surgimento de controvérsias, se encontrem incapazes de custear o procedimento, impedindo, assim, a sua instauração e o seu processamento.

No caso da Administração Pública, considerando o incremento do uso dos métodos adequados de solução de controvérsias (MASCs) em suas relações, essa situação se mostra cada vez mais frequente. Neste ponto, destaca-se que, nos últimos anos, as legislações vêm reiteradamente sendo alteradas e criadas com o intuito de estabelecer ou permitir a utilização dos MASCs pela Administração Pública, especialmente no que tange à arbitragem.

Ressalte-se que, quando inserida a cláusula compromissória em um contrato, além desta acarretar em um efeito positivo, no sentido de determinar o uso da arbitragem como forma de resolução dos conflitos, a avença também estabelece um efeito negativo, retirando a possibilidade de as partes optantes utilizarem o mecanismo judicial para tanto.

É diante de todo esse contexto que se estabelece o problema proposto para investigação nesta pesquisa, qual seja: qual o impacto da impecuniosidade⁷ de uma parte na cláusula compromissória, no que tange à sua existência, validade e eficácia, considerando,

⁷ Para esta pesquisa, impecuniosidade significa a ausência de condições financeiras de uma parte para arcar com as despesas de um método de resolução de conflitos. Sobre o tema, Gabardo ensina que “[...] o termo impecuniosidade é utilizado pela Doutrina estrangeira para definir a situação em que uma pessoa física ou jurídica apresenta dificuldade financeira e não possui recursos financeiros para arcar com as custas e despesas de um procedimento judicial ou arbitral.” (GABARDO, 2014, p. 25)

especialmente, o âmbito dos contratos administrativos? Neste sentido, objetiva-se analisar se seria possível o afastamento ou alteração da avença no caso concreto, interessando, de modo destacado, a situação da Administração Pública.

É importante esclarecer que a escolha pelo tema desta pesquisa se deu a partir de duas razões principais.

Primeiramente, por um interesse em compreender melhor a interação do meio privado com o público e suas implicações, bem como a influência de um ramo no outro, especialmente considerando a crescente interdependência entre os setores e o aumento constante das relações estabelecidas entre esses.

Dentro deste cenário, observa-se ser de grande complexidade a análise de questões que se colocam nas relações entre o meio público e o meio privado, não se vislumbrando uma divisão e aplicação muito claras entre as normas de cada área nesse tipo de interação. Marca disso são os contratos administrativos que, como se verá, apesar de firmados pela Administração Pública, possuem grande influência do direito privado, inclusive em razão da aplicação subsidiária das normas privadas, o que não deixa muito claro até que ponto se está diante de uma situação regulada pelo público ou pelo privado, sendo imprescindível uma análise complexa e pormenorizada de cada situação. Especificamente no caso da arbitragem, método em foco nesta pesquisa, observa-se que ele se trata de um instituto de direito privado e, portanto, por este regulado, mas reiteradamente utilizado nos contratos administrativos, mesmo antes de legislações específicas sobre o tema. Desta feita, percebe-se que, atualmente, apesar de não se negar a existência de ramos distintos do direito, estes interagem de maneira fluída, merecendo, assim, estudos que possam trazer luz para questões que envolvam essa dualidade, não só de princípios e normas, mas também de interesses.

Neste ponto, observa-se que os paradigmas atrelados, tanto ao direito privado, quanto ao direito público, vêm sendo revistos reiteradamente, especialmente frente a essa crescente interação e interdependência entre os setores, característica de uma sociedade

inserida em um Estado Democrático de Direito, em que os particulares são chamados a realizar serviços públicos, a participar, a fazer parte das decisões do Estado, envolvimento, este, necessário à legitimação e à eficiência da atividade estatal.

Em segundo lugar, em soma à primeira razão, coloca-se a convicção da autora de que a situação da Administração Pública, tão frágil, complexa e problemática na atualidade, demanda da comunidade acadêmica, talvez como nunca antes tenha demandado, a busca de estudos que possibilitem reflexões e soluções para os problemas sociais que cada vez mais deixam claro que a sociedade não pode esperar. O tempo, como será visto nesta pesquisa, parece escorrer pelas mãos e aqueles que possuem a responsabilidade, dada a sua posição de privilégio ou de atribuição, como é o caso da comunidade acadêmica, necessitam buscar soluções, sem hesitar, exercendo o papel que lhes é próprio.

Obviamente que não se pretende, mesmo em razão da limitação que é inerente a qualquer atividade humana, realizar um estudo que traga uma solução pronta, acabada e perfeita para a situação. O que se busca é contribuir efetivamente para a compreensão de um tema, ainda não estudado com o enfoque proposto nesta pesquisa, como se é de esperar de uma tese de doutoramento. Neste ponto, é interessante lembrar os ensinamentos de François Ost que ilustram bem o que se quer dizer:

Enfim, um desejo. O combate com o verdadeiro, assim como o combate com o belo, está sempre prestes a recomeçar, porque jamais foi ganho. No momento de encerrar um empreendimento de muitos anos (a introdução de um livro, sabe-se bem, sempre a última coisa a ser escrita), temos perfeita consciência de ter atingido apenas muito parcialmente o objetivo entrevisto. Resta-nos desejar a cooperação dos leitores no prosseguimento do caminho. Sem dúvidas,

aí está igualmente a obra do tempo. Portalis⁸ escrevia: “os códigos dos povos fazem-se como o tempo; para falar convenientemente, não os fazemos”. Deveríamos dizer o mesmo dos livros: eles se fazem como o passar do tempo; propriamente falando, não os escrevemos. (OST, 2005, p. 20).

Para que seja possível a realização do estudo e a análise do problema proposto, serão abordados os seguintes assuntos: o contexto atual em que se insere a Administração Pública, suas tendências e princípios; o uso dos métodos adequados frente ao direito de acesso à justiça, incluindo a análise específica da situação da Administração Pública; o uso do tempo frente a opção do método de solução de conflitos; a arbitragem e seu uso pela Administração Pública; o impacto da impecuniosidade da parte na cláusula compromissória, no que tange à sua existência, validade e eficácia, considerando, primeiramente, o ambiente privado⁹; e, por fim, a contextualização deste último tema com o cenário dos contratos administrativos.

O presente trabalho se desenvolverá com o intuito de unir os aspectos teóricos às consequências e implicações práticas sobre o objeto da pesquisa. É, portanto, objetivo desta investigação buscar reflexões e caminhos que efetivamente possam contribuir, dentro do tema em análise, para a superação de obstáculos enfrentados pela Administração Pública ou, ao menos, criar bases para que se possa pensar em soluções efetivas. Desta forma, a busca por uma

8 PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. **Discours et rapports sur le Code Civil**. Caen: Reproduits par la Centre de philosophie politique et juridique de Caen, 1992, p. 15.

9 É importante esclarecer que se compreendeu necessário realizar, primeiramente, a análise do impacto da impecuniosidade de uma parte na cláusula compromissória, no que tange à sua existência, validade e eficácia, de forma ampla, com base na teoria geral dos contratos, dado que, como será observado, os contratos administrativos possuem aplicação supletiva dos princípios da teoria geral dos contratos e de disposições de direito privado. Por outro lado, a estruturação do estudo dessa maneira também se deu com intuito de contribuir academicamente com reflexões que possam auxiliar, igualmente, na solução de situações práticas nos contratos que se estabelecem apenas em âmbito privado.

abordagem mais pragmática é uma preocupação constante para o desenvolvimento deste trabalho.

Neste ponto, é importante lembrar que a construção teórica no campo específico da arbitragem se faz de forma volumosa, mas, muitas vezes, a análise das consequências práticas do que se pesquisa é deixada de lado. Esse quadro leva a uma redução da efetividade dos estudos realizados que, ao final, acabam tendo sua relevância prática reduzida, situação essa que chega a gerar uma descrença e um desprezo pelo esforço dogmático, “porque, no final, ‘não tem reflexo na prática’, como se o trabalho teórico, apenas por sê-lo, estivesse condenado ao fracasso ou ao esquecimento” (CAVANI, 2014, p. 120).

Também se entende importante mencionar que, quando se pensou em escrever sobre o tema, foi objeto de preocupação a realização da pesquisa com o cuidado de se esforçar para não utilizar dados de forma tendenciosa, para se chegar a uma conclusão favorável à inafastabilidade dos efeitos da cláusula compromissória, rechaçando, assim, a influência de convicções e interesses próprios da autora, ainda que se saiba ser impossível que isso não permeie, de alguma forma, o desenvolvimento da pesquisa na prática. Essa postura demanda um estado de alerta e autocrítica constantes ao se pesquisar, de modo a buscar a lisura do trabalho e das consequentes colocações sobre o tema.

Por fim, destaca-se que a pesquisa será exploratória e realizada a partir de revisão bibliográfica. O método de abordagem será o hipotético-dedutivo. Saliente-se que não serão ignorados ou omitidos enfoques extrajurídicos. Poderão, esses enfoques, se fazerem presentes nesta pesquisa de forma incidental, ou seja, justificando ou interrogando posicionamentos socioculturais, bem como político-econômicos, buscando a observação, a exploração e a comparação da prática com a teoria.



**ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA**

2.1 CONCEITO

Inicialmente, é essencial para compreensão da presente pesquisa que o conceito de Administração Pública seja definido de forma precisa, com o objetivo de possibilitar a análise e a abordagem corretas sobre o tema.

Para tanto, é importante que se compreenda, preliminarmente, o significado do termo administração.

Segundo Maximiano, a resolução de problemas é inerente à condição humana, o que impõe às pessoas em geral “a necessidade de tomar decisões de natureza administrativa” (MAXIMIANO, 2018, p. 4).

Quando se formaram os primeiros grupos humanos, que viviam da caça e da coleta de alimentos na natureza, tiveram que fazer escolhas – localização das aldeias e cidades, destino das migrações quando o ambiente se tornava desfavorável, coordenação e liderança dos esforços coletivos, armazenamento de alimentos, formação de equipes para tarefas especiais, busca e movimentação de materiais de construção... Era essa a administração que os ancestrais praticavam. Os antigos grupos de caçadores e coletores transformaram-se em aldeias, cidades e reinos, que precisavam de monarcas, administradores regionais, sistemas de irrigação, transporte e produção, armazenamento e distribuição de alimentos, manutenção e proteção dos bens públicos, exércitos e generais... Milhares de anos depois, são os mesmos problemas que resolvemos, usando recursos e técnicas diferentes. A origem da administração é esse processo de tomar decisões para resolver problemas, do presente e do futuro, especialmente quando há organizações envolvidas. (MAXIMIANO, 2018, p. 4).

Segundo o referido autor, a administração pode ser definida como a atividade ou o processo de decidir sobre objetivos e recursos, abrangendo cinco categorias principais de decisões: planejar; organizar; liderar; executar; e controlar, sendo estas as funções mais relevantes dos administradores.

Já na compreensão de Chiavenato (2014), o termo administração pode ser definido como um processo sistêmico e contínuo que se estabelece por meio de várias atividades impulsionadas, como organizar, planejar, controlar e dirigir recursos e competências, de modo a atingir objetivos e metas. Diz respeito, portanto, a uma atividade voltada à fixação de objetivos que se buscará alcançar, bem como a “[...] tomar decisões no meio desse caminho e liderar todo esse processo, a fim de alcançar os objetivos e oferecer resultados” (CHIAVENATO, 2014, p. 11).

De acordo com Di Pietro (2019), o termo administrar remete não só à função de uma prestação e execução de serviços, mas também ao encargo de dirigir, governar e exercer uma determinada vontade, com o objetivo de obter um resultado útil.

Por todas essas definições, é possível extrair que administrar remete a um processo decisório que envolve, especialmente, planejar, organizar, liderar, executar e controlar recursos, com o intuito de estabelecer e atingir objetivos úteis a uma determinada organização, pessoa ou coletividade.

No caso específico da Administração Pública, é possível entender que os objetivos inerentes à atividade de administrar estão estabelecidos na legislação, que define a finalidade a ser perseguida pelo administrador (DI PIETRO, 2019).

Especificamente sobre o conceito do termo Administração Pública, Carvalho Filho (2018), ensina que:

Há um consenso entre os autores no sentido de que a expressão “administração pública” é de certo modo duvidosa, exprimindo mais de um sentido. Uma das razões para o fato é a extensa gama de tarefas e

atividades que compõem o objetivo do Estado. Outra é o próprio número de órgãos e agentes públicos incumbidos de sua execução. Exatamente por isso é que, para melhor precisar o sentido da expressão, devemos dividi-lo sob a ótica dos executores da atividade pública, de um lado, e da própria atividade, de outro. (CARVALHO FILHO, 2018, p. 67).

Carvalho Filho define a expressão, assim, em dois sentidos: objetivo e subjetivo.

De acordo com o autor, o termo administração pública, grafado com iniciais minúsculas, deve ser entendido em seu sentido objetivo, consistindo na atividade administrativa própria exercida pelo Estado, por seus agentes e órgãos, remetendo, assim, à função administrativa.¹⁰ Diz respeito, portanto, à gestão dos interesses públicos que o Estado exerce por meio, por exemplo, de sua organização interna, da intervenção no campo privado, da prestação de serviços públicos e até mesmo do exercício do poder de polícia. Tem-se, assim, que, independentemente da hipótese de administração da *res publica*, a destinatária dessa gestão é a própria sociedade.

Já o termo Administração Pública, grafado com iniciais maiúsculas, corresponde ao sentido subjetivo da expressão e diz respeito ao conjunto de agentes, órgãos e pessoas jurídicas que possuem como encargo a execução das atividades administrativas. Considera-se, assim, os sujeitos que exercem a função administrativa de fato. Ressalte-se que, em seu sentido subjetivo, a Administração Pública não se confunde com os poderes estruturais do Estado, como o Executivo. Tem-se que o Executivo exerce a função administrativa, mas o que importa aqui é a função administrativa em si e não o Poder que a exerce. Sabe-se que o Poder Executivo é aquele que exerce a

¹⁰ “Na prática, a função administrativa tem sido considerada de caráter residual, sendo, pois, aquela que não representa a formulação da regra legal nem a composição de lides *in concreto*. Mais tecnicamente pode dizer-se que função administrativa é aquela exercida pelo Estado ou por seus delegados, subjacentemente à ordem constitucional e legal, sob regime de direito público, com vistas a alcançar os fins colimados pela ordem jurídica”. (CARVALHO FILHO, 2018, p. 61).

função administrativa por excelência, mas não se pode esquecer que os demais Poderes, o Legislativo e o Judiciário, também o fazem de forma recorrente. Em conclusão, tem-se que todos os órgãos e agentes de quaisquer dos Poderes, que exerçam atividade administrativa, são integrantes da Administração Pública (CARVALHO FILHO, 2018).

Nesse contexto, fazem parte da Administração Pública, em seu sentido subjetivo, os órgãos e agentes pertencentes ao sistema federativo (União, Estados, Distrito Federal e Município), que dizem respeito à Administração Pública Direta, a qual exerce a função pública de forma centralizada; bem como aqueles pertencentes à Administração Pública Indireta (autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações públicas), que exercem a função administrativa de forma descentralizada.

Sobre a definição de Administração Pública, ensina, Carvalho:

Subjetivamente, a expressão é grafada com letras iniciais em maiúsculo. Corresponde ao conjunto de órgãos e entidades administrativas que exercem a função administrativa. Sob este prisma, considera-se relevante identificar as pessoas, públicas ou privadas, que, integrando a máquina administrativa, exercem a atividade administrativa do Estado. Administração Pública designa, assim, órgãos das pessoas federativas e as suas entidades administrativas que, de ofício, cumprem as normas jurídicas, a fim de satisfazerem a necessidades sociais. (CARVALHO, 2009, p. 652-653).

Já Di Pietro (2019), de modo relativamente diverso, apesar de também pontuar a dualidade de sentidos do termo, adota as iniciais maiúsculas para designar tanto o sentido objetivo, como o subjetivo da Administração Pública.

Basicamente, são dois os sentidos em que se utiliza mais comumente a expressão Administração Pública: a) em sentido subjetivo, formal ou orgânico,

ela designa os entes que exercem a atividade administrativa; compreende pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos incumbidos de exercer uma das funções em que se triparte a atividade estatal: a função administrativa; b) em sentido objetivo, material ou funcional, ela designa a natureza da atividade exercida pelos referidos entes; nesse sentido, a Administração Pública é a própria função administrativa que incumbe, predominantemente, ao Poder Executivo. (DI PIETRO, 2019, p. 74).

Por fim, é necessário esclarecer, que, para esta pesquisa, importa, de forma precípua, a Administração Pública¹¹ em seu sentido subjetivo, que não designa a atividade, mas aqueles que exercem de fato a gestão da *res publica*. Ressalte-se, contudo, que aspectos da Administração Pública em seu sentido objetivo serão observados, com o intuito de compreender e embasar o presente estudo.

2.2 PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Segundo Greco Filho “Princípios são proposições de caráter geral que informam determinado ramo do conhecimento” (GRECO FILHO, 2009, p. 88), obrigando, talvez, de forma mais intensa do que as regras (JUSTEN FILHO, 2006).

Para MARÇAL (2007),

Princípio é uma construção teórica integradora, na medida em que é resultado de uma generalização, que reúne e organiza outros e anteriores conhecimentos e, como tal, permite compreender e explicitar

11 Na presente pesquisa, nada obstante a conceituação explicitada acima, o termo Administração Pública será grafado com letras iniciais sempre maiúsculas, tanto para designar o aspecto subjetivo, quanto para o aspecto objetivo do termo, no mesmo sentido abordado por Di Pietro (2019).

a correlação entre conhecimentos e a realidade conhecida. (MARÇAL, 2007, p. 6).

De forma geral, os princípios no âmbito jurídico são considerados elementos que informam, inspiram e orientam a criação, a interpretação e a aplicação das regras de determinado âmbito, sendo a análise principiológica fundamental para a compreensão e observação de qualquer problema jurídico.

Especificamente sobre os princípios aplicáveis à Administração Pública, Mello (2010) ensina que, só há que se falar em uma disciplina jurídica autônoma, quando o sistema em análise possua peculiaridades que designem princípios e regras específicas que lhe identifiquem e diferenciem dos demais ramos do direito. Assim,

Só se pode, portanto, falar em Direito Administrativo, no pressuposto de que existam princípios que lhe são peculiares e que guardem entre si uma relação lógica de coerência e unidade compondo um sistema ou regime: o regime jurídico-administrativo. (MELLO, 2010, p. 52).

Sobre o tema, Justen Filho ensina que os princípios aplicáveis à Administração Pública “são os postulados fundamentais que inspiram todo o modo de agir da Administração Pública. Representam cânones pré-normativos, norteados a conduta do Estado quando no exercício de atividades administrativas.” (JUSTEN FILHO, 2018, p. 74).

Portanto, vê-se essencial para a presente pesquisa analisar a atual compreensão sobre os princípios da Administração Pública. Insta destacar que serão abordados aqueles princípios que possuem relação com tema sob análise. Neste sentido, serão estudados o princípio da eficiência; o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade; o princípio da legalidade; o princípio da indisponibilidade do interesse público; e o princípio da publicidade, todos de forma ampla, para que, preliminarmente, se crie uma base para o entendimento da

pesquisa. Ressalte-se, contudo, que estes serão revisitados, ampliados e analisados sob a ótica específica dos temas centrais que serão estudados, como será possível observar ao longo do presente estudo.

2.2.1 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

O primeiro princípio a ser observado diz respeito ao da eficiência, sendo ele também considerado um dos mais novos da Administração Pública, possuindo grande importância para esta pesquisa.

Antes de se adentrar ao princípio, que, pode-se deduzir, diz respeito à uma atividade público-administrativa eficiente, é relevante tratar sobre a eficiência no âmbito da administração geral, para que seja possível ter uma visão mais abrangente, vez que a eficiência, no contexto da Administração Pública, tem inspiração na teoria geral da administração.

Segundo Maximiano (2014), quando as organizações objetivam resolver problemas de seus usuários, devem buscar a eficiência no uso do recurso disponível, com o intuito de satisfazer as pessoas. Assim, o desempenho da organização pode ser considerado satisfatório e aceitável quando os mencionados problemas são resolvidos por meio do uso correto dos recursos.

Ainda segundo o referido autor, duas palavras são utilizadas quando está-se tratando do desempenho da administração: eficácia e eficiência.

Eficácia é a palavra usada para indicar que a organização realiza seus objetivos. Quanto mais alto o grau de realização dos objetivos, mais a organização é eficaz. Eficiência é a palavra usada para indicar que a organização utiliza produtivamente, ou de maneira econômica, seus recursos. Quanto mais alto o grau de produtividade ou economia na utilização dos recursos, mais eficiente a organização é. Em muitos casos, isso

significa usar menor quantidade de recursos para produzir mais. (MAXIMIANO, 2014, p. 8).

Maximiano (2014) também menciona o termo efetividade, compreendendo-o como uma medida de desempenho utilizada em determinados contextos, em especial na Administração Pública. O vocábulo, nesta seara, é considerado como o impacto de uma ação, sendo este avaliado a partir dos efeitos finais dos objetivos alcançados. Nesse sentido, a efetividade corresponde ao benefício estabelecido aos administrados, a partir da atividade administrativa. Segundo o autor, “No caso das empresas, competitividade é medida de efetividade. No caso da administração pública, benefícios sociais são medidas de efetividade.” (MAXIMIANO, 2014, p. 9).

Outro que trata sobre a definição dos termos eficiência, eficácia e efetividade é Carvalho Filho (2018). Segundo o autor, os termos não devem ser confundidos. Em sua compreensão:

A eficiência não se confunde com a eficácia nem com a efetividade. A eficiência transmite sentido relacionado ao modo pelo qual se processa o desempenho da atividade administrativa; a ideia diz respeito, portanto, à conduta dos agentes. Por outro lado, eficácia tem relação com os meios e instrumentos empregados pelos agentes no exercício de seus misteres na administração; o sentido aqui é tipicamente instrumental. Finalmente, a efetividade é voltada para os resultados obtidos com as ações administrativas; sobreleva nesse aspecto a positividade dos objetivos. O desejável é que tais qualificações caminhem simultaneamente, mas é possível admitir que haja condutas administrativas produzidas com eficiência, embora não tenham eficácia ou efetividade. De outro prisma, pode a conduta não ser muito eficiente, mas, em face da eficácia dos meios, acabar por ser dotada de efetividade. Até mesmo é possível admitir que condutas eficientes e eficazes

acabem por não alcançar os resultados desejados; em consequência, serão despidas de efetividade. (CARVALHO FILHO, 2018, p. 86).

Neste ponto, é relevante pontuar sobre a denominação do princípio, dadas as diferenças existentes entre os três termos. Considerando que o termo eficiência é aquele empregado na designação, estaria a atividade estatal dispensada do dever de concretizar uma atividade eficaz e eficiente? Esta indagação é respondida por Castro:

Surge então um questionamento fundamental. É viável ou mesmo desejável um Estado eficiente, mas que não seja eficaz nem efetivo? É claro que a resposta é negativa. Toda a moderna teoria gerencial sobre o Estado e, mais ainda, todas as ações do Estado devem ocorrer no sentido de que os objetivos desejados pela administração devam ser alcançados, com os melhores meios possíveis, atendendo às necessidades da população visada. (CASTRO, 2006, p. 8).

Desta feita, compreendendo não haver sentido em se considerar apenas o dever de perseguição da eficiência, a atividade administrativa pública deve ter como características, também, a eficácia e a efetividade, ou seja, a ação desempenhada deve ser adequada, a partir do uso dos recursos devidos, que possam gerar os resultados legitimamente perseguidos.

Entendido isto, e tratando especificamente sobre a origem e o contexto de surgimento do referido princípio, tem-se que este foi expressamente introduzido no artigo 37 da Constituição Federal por meio da Emenda Constitucional nº 19/1998, referindo-se, de forma ampla, ao dever de otimização dos recursos públicos, impondo como dever da Administração a busca por prevenir e evitar o desperdício e a falha (JUSTEN FILHO, 2006, p. 86).

O mencionado dispositivo passou, então, a ter a seguinte redação: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]” (BRASIL, 1988).

Com a referida inclusão, “[...] pretendeu o Governo conferir direitos aos usuários dos diversos serviços prestados pela Administração ou por seus delegados e estabelecer obrigações efetivas aos prestadores” (CARVALHO FILHO, 2005, p. 21). Em outras palavras, o que se buscou foi a prestação de um serviço de qualidade aos usuários – direito destes – bem como estabelecer o dever da Administração Pública de efetivar, por meio de suas ações, tal finalidade.

Segundo Carvalho Filho (2005), a inclusão do mencionado princípio se deu a partir do descontentamento da sociedade perante uma atividade estatal deficiente, que acarretou em muitos prejuízos aos administrados.

De acordo com Meirelles (2003), o princípio da eficiência é o princípio mais moderno da função administrativa “[...] que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros” (MEIRELLES, 2003, p. 94).

Carvalho Filho (2018), entretanto, lembra que a simples inclusão do termo eficiência na Constituição de 1988 não faz, por si só, com que a Administração Pública se torne eficiente. É necessário que a mentalidade dos administradores mude e que estes procurem buscar, realmente, os interesses da coletividade e não os interesses pessoais dos responsáveis pela atividade estatal. O autor ressalta que a eficiência se vê como um dever constitucional administrativo, não podendo ser desrespeitado pelos administradores, sob pena de responsabilização destes por uma conduta constitucionalmente reprovada.

Carvalho Filho acrescenta o seguinte:

Vale a pena observar, entretanto, que o princípio da eficiência não alcança apenas os serviços públicos prestados diretamente à coletividade. Ao contrário, deve ser observado também em relação aos serviços administrativos internos das pessoas federativas e das pessoas a elas vinculadas. Significa que a Administração deve recorrer à moderna tecnologia e aos métodos hoje adotados para obter a qualidade total da execução das atividades a seu cargo, criando, inclusive, novo organograma em que se destaquem as funções gerenciais e a competência dos agentes que devem exercê-las. Tais objetivos é que ensejaram as recentes ideias a respeito da administração gerencial nos Estados modernos (public management), segundo a qual se faz necessário identificar uma gerência pública compatível com as necessidades comuns da Administração, sem prejuízo para o interesse público que impele toda a atividade administrativa. (CARVALHO FILHO, 2018, p. 85).

Segundo Mello (2010), nada obstante a inserção do termo eficiência na Constituição tenha ocorrido em 1998, a ideia do dever de uma boa administração já havia sido estabelecida por meio do princípio da boa administração. Segundo o autor, citando Guido Falzone (1953)¹², o mencionado princípio determina o desenvolvimento da atividade administrativa da forma mais congruente, oportuna e adequada possível, visando alcançar os seus objetivos e finalidades, a partir da escolha idônea dos meios e das ocasiões pertinentes de utilização. Segundo explicita Mello (2010), Falzone ainda ressalta que a busca por uma boa administração não deve ser confundida com um dever ético ou deontológico, mas como um dever jurídico atual.

Sobre o princípio da eficiência, Carvalho Filho também ensina que:

12 FALZONE, Guido. **Doveredi Buona Amministrazione**. 11. ed. Milão: Giuffrè, 1953.

O núcleo do princípio é a procura de produtividade e economicidade e, o que é mais importante, a exigência de reduzir os desperdícios de dinheiro público, o que impõe a execução dos serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional. Há vários aspectos a serem considerados dentro do princípio, como a produtividade e economicidade, qualidade, celeridade e presteza e desburocratização e flexibilização [...]. (CARVALHO FILHO, 2018, p. 84).

Nesse sentido, dentro do que se entende pelo princípio da eficiência, existe outro princípio: o da economicidade que, segundo Lemes (2007), determina, mais especificamente, a busca pelo melhor custo-benefício na realização de despesas ou na obtenção de receita pública.

É relevante mencionar, nesse ponto, a compreensão de Justen Filho (2006, p. 86), segundo o qual a eficiência administrativa não é um simples sinônimo de eficiência econômica. Não diz respeito à busca pela obtenção de maior lucro ou economia financeira, mas à busca pela realização de seus fins pelos meios de menor custo econômico possível. Ressalte-se que essa percepção é diferente quando está-se tratando de situações em que a Administração Pública desempenha uma atividade econômica propriamente dita, como é o caso de instituições bancárias públicas. Neste último contexto, há, de fato, uma busca direta pela eficiência econômica, tendo em vista que, nesse cenário, objetiva-se o lucro, como ocorre com qualquer empresa do setor privado (LEMES, 2007, p. 154).

De forma conclusiva e por todo o exposto, pode-se entender que o princípio da eficiência determina que a Administração Pública deve agir com o intuito de buscar o melhor resultado, de acordo com o interesse público, a partir do uso mais econômico possível dos recursos disponíveis, sendo esta forma de agir um dever estritamente jurídico que, se não for seguido, poderá acarretar na responsabilização dos administradores que derem causa a sua violação. Importante, por fim, ressaltar que tal determinação se direciona não apenas aos serviços

públicos prestados pela Administração Pública, mas à atividade administrativa como um todo.

2.2.2 PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Em razão da proximidade existente entre o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, optou-se por tratá-los conjuntamente neste item. Inclusive, explanando sobre este assunto, Oliveira (2018) ensina que, nada obstante haja essa polêmica sobre a existência de dois princípios ou apenas um, é possível observar de forma prevalente a compreensão de fungibilidade de ambos, sendo eles considerados como instrumentos que limitam e impedem excessos na atividade realizada pela Administração Pública, relacionando-se aos “ideais de igualdade, justiça material e racionalidade” (OLIVEIRA, 2018, p. 86).

Neste sentido, dado o exposto, Di Pietro (2018) os trata como um único princípio – da razoabilidade e da proporcionalidade – compreendendo-o como uma tentativa de limitar a “discricionariedade administrativa, ampliando-se o âmbito de apreciação do ato administrativo pelo Poder Judiciário” (DI PIETRO, 2018, p. 107). Para a autora, apesar da menção em separado da proporcionalidade e da razoabilidade na Lei nº 9.784/1999¹³, é possível observar que a proporcionalidade se estabelece como um aspecto da razoabilidade, vez que exige que o ato seja proporcional entre o que se busca e os meios que se utiliza. Ressalte-se que esta proporcionalidade não deve ser medida de acordo como as convicções pessoais do administrador público, mas estabelecida em consonância com os padrões sociais vigentes, bem como com as peculiaridades do caso concreto.

Essa razoabilidade, que designa a proporção entre meio e fim, pode ser observada de forma implícita no parágrafo único do artigo

¹³ “Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal” (BRASIL, 1999).

2º, e em seus respectivos incisos VI, VIII, IX, bem como no artigo 29, parágrafo 2º, todos contidos na Lei nº 9.784/1999 (DI PIETRO, 2018)¹⁴.

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade,

14 Di Pietro (2018) também cita a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, que trata sobre a razoabilidade e a proporcionalidade nos artigos 20, parágrafo único, 21, parágrafo único, 22, parágrafos 1º, 2º e 3º, 26, parágrafo 1º, inciso I, todos introduzidos pela Lei nº 13.655/18. Os mencionados dispositivos determinam:

“Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.

§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

[...]

Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.

§ 1º O compromisso referido no **caput** deste artigo:

I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais; [...]" (BRASIL, 1942).

moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

[...]

VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;

[...]

VIII - observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados;

[...]

IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados;

[...]

Art. 29. As atividades de instrução destinadas a averiguar e comprovar os dados necessários à tomada de decisão realizam-se de ofício ou mediante impulsão do órgão responsável pelo processo, sem prejuízo do direito dos interessados de propor atuações probatórias.

[...]

§ 2º Os atos de instrução que exijam a atuação dos interessados devem realizar-se do modo menos oneroso para estes. (BRASIL, 1999).

Para Gordillo¹⁵, citado por Di Pietro, a decisão do administrador pode ser considerada ilegítima por sua irrazoabilidade, mesmo quando não contrariar qualquer norma expressa e concreta. É o caso de um ato que não possua proporção entre o meio empregado e a finalidade desejada pela lei, situação em que se configurará uma medida com proporções inadequadas ou excessivas face ao que se objetiva (GORDILLO, 1977 apud DI PIETRO, 2018, p. 147).

15 GORDILLO, Agustín **Princípios gerais de direito público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

Tratando dos princípios separadamente, tem-se que o princípio da razoabilidade diz respeito, como sua própria denominação remete, àquilo que é razoável, “[...] que se situa dentro de limites aceitáveis.” (CARVALHO FILHO, 2018, p. 93).

Oliveira (2018) explica que o princípio da razoabilidade teve origem no *Common Law* e, desde de seu surgimento, vem sendo utilizado como um instrumento que permite ao Judiciário valorar a constitucionalidade dos atos da Administração Pública e do conteúdo das leis, sendo considerado uma forma de defesa de direitos fundamentais.

Para Carvalho Filho (2018), a razoabilidade é um juízo de valor. Sendo assim, o que é razoável para um indivíduo pode não ser para outro. Dentro deste quadro, o autor entende que a razoabilidade está atrelada ao princípio da legalidade. Neste sentido, em razão do princípio da razoabilidade, a Administração deve observar em suas condutas os padrões normais de aceitabilidade, mas a conduta administrativa que estiver inteiramente revestida de licitude não poderá ser considerada violação ao princípio da razoabilidade, o que difere, como visto, da compreensão de Di Pietro (2018).

Já sobre o princípio da proporcionalidade, Oliveira (2018) entende que este se origina nas teorias jusnaturalistas dos séculos XVII e XVIII, em um cenário de reconhecimento do dever do Poder Público de respeitar o direito dos indivíduos. Dessa forma, o princípio da proporcionalidade estabelece que ao agir, a Administração Pública deve se portar de forma proporcional ao que objetiva, sendo este princípio, por isso, inerente a um Estado de Direito, que repele a ação autoritária e abusiva por parte do Estado, impedindo que os direitos fundamentais dos cidadãos sejam atingidos desnecessariamente. O autor também explica que deste princípio é possível extrair três subprincípios:

- a) Adequação ou idoneidade: o ato estatal será adequado quando contribuir para a realização do resultado pretendido (ex.: O STF considerou

inconstitucional a exigência de comprovação de “condições de capacidade” para o exercício da profissão de corretor de imóveis, pois o meio – atestado de condições de capacidade – não promovia o fim – controle do exercício da profissão; b) Necessidade ou exigibilidade: em razão da proibição do excesso, caso existam duas ou mais medidas adequadas para alcançar os fins perseguidos (interesse público), o Poder Público deve adotar a medida menos gravosa aos direitos fundamentais (ex.: invalidade da sanção máxima de demissão ao servidor que pratica infração leve); c) Proporcionalidade em sentido estrito: encerra uma típica ponderação, no caso concreto, entre o ônus imposto pela atuação estatal e o benefício por ela produzido (relação de custo e benefício da medida), razão pela qual a restrição ao direito fundamental deve ser justificada pela importância do princípio ou direito fundamental que será efetivado (ex.: O STF considerou inconstitucional lei estadual que obrigou a pesagem de botijões de gás no momento da venda para o consumidor, com abatimento proporcional do preço do produto, quando verificada a diferença a menor entre o conteúdo e a quantidade especificada no recipiente, tendo em vista que a proteção do consumidor não autorizaria a aniquilação do princípio da livre-iniciativa). Os atos estatais devem passar por esses testes de proporcionalidade para serem considerados válidos. (OLIVEIRA, 2018, p. 86-87).

É importante lembrar que o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade se irradia de forma ampla à atividade administrativa, sendo aplicável, inclusive, aos contratos administrativos firmados pela Administração Pública, objetos do presente estudo.

Pode-se mencionar, por fim, a compreensão de Meirelles (2016) que explicita a importância da proporcionalidade no que tange ao uso da discricionariedade pelo administrador:

Assim colocada a questão, é inevitável reconhecer que, na maior parte dos casos, o exercente de atividade administrativa é encarregado de realizar uma escolha quanto ao modo de promoção dos diferentes fins de interesse público. Essa ponderação decorre da aplicação do princípio da proporcionalidade e traduz uma competência que não é disciplinada de modo exaustivo pelo direito. Existem limites à decisão do administrador. Assim, não se admite a eleição de um fim de interesse pessoal, ou que seja realizado um valor sem relevância coletiva, ou que se implementem valores reprováveis. Em todos esses casos, as decisões serão reprováveis e incompatíveis com a ordem jurídica. Mas, respeitados esses limites, o administrador realiza um processo de seleção entre os diversos fins que sejam compatíveis. Portanto, há uma decisão de cunho discricionário, o que significa, inclusive, afirmar que o direito reconheceu intencionalmente a autonomia do administrador para tanto. (MEIRELLES, 2016, p. 260).

Por todo exposto e de forma conclusiva, é possível compreender que, com base no princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, a Administração Pública tem o dever de avaliar e buscar meios razoáveis e proporcionais de se atingir um interesse público. Caso haja desproporção e o ato não seja razoável para tanto, este deve ser considerado ilegítimo.

2.2.3 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O artigo 37 da Constituição Federal dispõe expressamente sobre o princípio da legalidade administrativa, indicando que “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá

aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]” (BRASIL, 1988).

O artigo 2º da Lei nº 9.784/1999, já citada neste trabalho, também determina que nos processos administrativos a Administração deve atuar “[...] conforme a lei e o Direito.” (BRASIL, 1999).

Segundo Oliveira (2018), o referido princípio pode ser considerado fruto do Liberalismo que, no âmbito dos três Poderes, posicionou o Legislativo em patamar superior aos demais.

Sobre o tema, Medauar ensina que:

Uma das decorrências da caracterização de um Estado como Estado de Direito encontra-se no princípio da legalidade que informa as atividades da Administração Pública. Na sua concepção originária, esse princípio vinculou-se à separação de poderes e ao conjunto de ideias que historicamente significaram oposição às práticas do período absolutista. No conjunto dos poderes do Estado, traduzia a supremacia do Poder Legislativo em relação ao Poder Executivo; no âmbito das atuações, exprimia a supremacia da lei sobre os atos e medidas administrativas. Mediante a submissão da Administração à lei, o poder tornava-se objetivado; obedecer à Administração era o mesmo que obedecer à lei, não à vontade instável da autoridade. Daí um sentido de garantia, certeza jurídica e limitação do poder contido nessa concepção do princípio da legalidade administrativa. (MEDAUAR, 2018, p. 116-117).

Tem-se, assim, que em sua concepção clássica, o princípio da legalidade determina, basicamente, que a Administração Pública depende de uma autorização legal prévia para que haja legitimidade do ato, em sentido oposto ao que estabelece o princípio da autonomia privada. Em outras palavras, a Administração Pública só poderia agir em virtude de autorização ou determinação legal, diferentemente do que ocorre com o particular que, em virtude do princípio da autonomia

privada disposto no artigo 5^o¹⁶ da Constituição Federal, pode fazer ou deixar de fazer, exceto no caso de vedação ou determinação legal expressa. Assim, o administrador público, considerando a interpretação clássica do princípio, depende de previsão legal para validade e eficácia de suas ações, não interessando a ele o silêncio da lei.

É o que entende Carvalho Filho:

Não custa lembrar, por último, que, na teoria do Estado moderno, há duas funções estatais básicas: a de criar a lei (legislação) e a de executar a lei (administração e jurisdição). Esta última pressupõe o exercício da primeira, de modo que só se pode conceber a atividade administrativa diante dos parâmetros já instituídos pela atividade legisferante. Por isso é que administrar é função subjacente à de legislar. O princípio da legalidade denota exatamente essa relação: só é legítima a atividade do administrador público se estiver condizente com o disposto na lei. (CARVALHO FILHO, 2018, p. 75).

Em julgados também é possível verificar, ainda, a prevalência do entendimento clássico, conforme observa-se a seguir:

Ementa: Administrativo - Ação civil pública - Pretensão de município ao ressarcimento de seus cofres por ex-prefeito [...]. Desvio de verbas advindas de convênios com o Estado e a União - Conduta improba caracterizada - Violação ao princípio da legalidade estrita e da impessoalidade - Inteligência do art. 11 “caput” e inciso I da Lei 8.429/92 - Emprego, entanto,

16 “Art. 5^o Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.” (BRASIL, 1988).

em gastos da própria Administração - Ressarcimento indevido [...]. Recurso provido em parte. [...] Nessa esteira, de argumentar-se que, em se tratando da coisa pública, as formalidades legais devem sim ser observadas e à risca. Cuida-se de ater-se ao princípio da legalidade, além dos demais previstos no art. 37º caput da Lei Maior. E, como atrás visto, o demandado desprezou tal regramento, dando destino diverso aos valores recebidos por conta dos convênios mencionados. Tal conduta, por certo, contraria o princípio da legalidade e até mesmo a exigência constitucional que diz com a impessoalidade. Irrelevante ter ou não havido prejuízo ao erário, quer porque as condutas do art. 11 independem desse resultado, quer porque a lei de regência dispensa o dano patrimonial à caracterização dos atos que prevê (art. 21,1). (SÃO PAULO, 2010).

Ementa: Administração Pública – Princípio da legalidade. A Administração Pública submetese ao princípio da legalidade, sobrepondo-se ao regulamento a lei em sentido formal e material [...]. (BRASIL, 2014).

Ocorre que, nada obstante ainda haja a adoção dessa concepção clássica por parte da doutrina e dos julgados brasileiros, a entendimento não é unânime.

Neste sentido, pode-se citar a compreensão de Medauar, que entende que o princípio da legalidade permanece como um instrumento que garante a limitação e a certeza do ato administrativo, mas que, diante de diversos fatores, evoluiu, deixando para trás uma ideia meramente genérica da legalidade.

Embora permaneçam o sentido de poder objetivado pela submissão da Administração à legalidade e o sentido de garantia, certeza e limitação do poder, registrou-se evolução na ideia genérica da legalidade. Alguns fatores dessa evolução podem ser apontados,

de modo sucinto. A própria sacralização da legalidade produziu um desvirtuamento denominado legalismo ou legalidade formal, pelo qual as leis passaram a ser vistas como justas por serem leis, independentemente do conteúdo. Outro desvirtuamento: formalismo excessivo dos decretos, circulares e portarias, com exigências de minúcias irrelevantes. Por outro lado, com as transformações do Estado, o Executivo passou a predominar sobre o Legislativo; a lei votada pelo Legislativo deixou de expressar a vontade geral para ser vontade de maiorias parlamentares, em geral controladas pelo Executivo. Este passou a ter ampla função normativa, como autor de projetos de lei, como legislador por delegação, como legislador direto (por exemplo, ao editar medidas provisórias), como emissor de decretos, portarias e circulares que afetam direitos. Além do mais, expandiram-se e aprimoraram-se os mecanismos de controle de constitucionalidade das leis. (MEDAUAR, 2018, p. 117).

A autora supramencionada esclarece que, nesse contexto, a Administração Pública passa a se submeter não apenas à lei formal, mas também ao ordenamento jurídico como um todo, incluindo os preceitos fundamentais inerentes ao Estado Democrático de Direito. Assim, os fundamentos e princípios de base constitucional devem ser também considerados no que tange ao agir da Administração Pública.

Em razão dessa releitura do princípio da legalidade, inclusive, passa-se a utilizar o termo juridicidade para designá-lo, com vista a retirar a ideia de uma Administração Pública restrita à letra fria das leis formais.

Analisando o tema, Fonte (2009) ensina que o princípio da legalidade, em sua concepção clássica, se estabeleceu no contexto da Revolução Francesa, em um momento histórico de necessidade de contenção dos abusos e autoritarismo estatais, em que a sociedade clamava pela limitação da ação da Administração Pública, de forma a salvaguardar uma segurança jurídica aos cidadãos, evitando surpresas

aos administrados que teriam como garantia a legislação previamente estabelecida. Contudo, novas demandas sociais se estabeleceram com o tempo e o Estado adotou novos papéis, assumindo o dever de prestar serviços e realizar mudanças na sociedade, o que culminou em um processo de constitucionalização do direito, conforme o mencionado autor explicita abaixo:

O Estado monárquico e absolutista, contudo, deixou de existir, tendo sido substituído pelo Estado prestador de serviços públicos e artífice de transformações sociais. O novo Estado surge com o new deal nos Estados Unidos, na década de 30 do século XX, e consolida-se, no Brasil, com a edição da Constituição Federal de 1988, de feição marcadamente dirigente. Ao lado destas modificações, ocorreram mudanças na metodologia do direito e, em especial, no papel conferido ao direito público. Quanto à primeira, deixou-se de lado o legicentrismo, i.e., a hermenêutica centrada na aplicação da lei, passando-se à centralidade da Constituição. De outra banda, o neoconstitucionalismo impôs a prevalência dos direitos fundamentais, e reconheceu, do ponto de vista metodológico, que não há interpretação sem participação criativa do intérprete. Enfim, de todas estas mudanças, o Estado recebeu a finalidade especial de conferir efetividade aos direitos fundamentais, que agora ocupam espaço central no sistema jurídico. (FONTE, 2009, p. 18-19).

Contudo, é importante ressaltar que o princípio da juridicidade, também chamado de princípio da constitucionalidade, não repele a ideia de vinculação da Administração Pública ao direito. O que se busca afastar é uma noção de submissão isolada ao conteúdo da legislação. Neste sentido, a Administração possui como parâmetro para seus atos, além da legislação em si, as disposições constitucionais (FONTE,

2009), que incluem, como visto, os princípios administrativos, sejam eles expressos ou implícitos, estabelecidos no texto constitucional.

Tratando sobre o princípio da legalidade frente à eficiência, Castro (2006) ilustra a situação e esclarece a importância da aplicação da lei considerando todo o sentido do direito administrativo:

Por exemplo, a construção de uma ponte. Não basta que o processo licitatório esteja dentro da conformidade legal e que a construção seja feita na melhor relação entre qualidade e preço. É necessário que estes pressupostos sejam cumpridos, mas impõe-se um passo adiante. A ponte tem de atender aos anseios das pessoas que dela se servirão. Ela tem de trazer benefícios à população. (CASTRO, 2006, p. 9).

Monteiro (2012), tratando sobre a mutação quanto à compreensão do princípio da legalidade, explica que sua reformulação se deu diante de uma sociedade complexa em que se erigiu uma pluralidade de interesses relevantes, que devem ser protegidos pelo Estado, vez que a interpretação clássica não é “[...] capaz de refletir e ponderar, na atuação concreta da Administração Pública, a diversidade de interesses públicos.” (MONTEIRO, 2012, p. 3).

Em sentido análogo, Binenbojm ensina:

Com a constitucionalização do Direito Administrativo, a lei deixa de ser o fundamento único e último da atividade administrativa. A Constituição - entendida como sistema de regras e princípios - passa a constituir o cerne da vinculação administrativa à juridicidade. A legalidade, embora ainda muito importante, passa a constituir apenas um princípio do sistema de princípios e regras constitucionais. Passa-se, assim, a falar em um princípio da juridicidade administrativa para designar a conformidade da atuação da Administração Pública ao direito como

um todo, e não mais apenas à lei. (BINENBOJM, 2008, p. 12).

Desta forma, é possível verificar uma atual proposta de superação da visão clássica dada ao princípio da legalidade estabelecida em um momento em que o contexto histórico exigiu. Por isso, em razão da situação e dos problemas sociais atuais, há que se pensar em uma nova roupagem para o princípio da legalidade que não pode mais ser visto como uma submissão simplista da Administração Pública à letra fria da lei.

2.2.4 PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO

O princípio da indisponibilidade do interesse público pode ser considerado um dos pilares do direito administrativo, ainda que não seja possível considerá-lo como absoluto, como é o caso de todos os princípios (MELLO, 2010).

Para entendimento do tema, é necessário, inicialmente, compreender o conceito de interesse público.

O vocábulo interesse pode ser conceituado como:

- 1 Desejo de se informar ou de saber mais sobre alguém ou alguma coisa; curiosidade: Assistiu a todas as palestras com grande interesse.
- 2 Qualidade de algo que chama a atenção por ser considerado importante ou relevante; vulto: É um assunto de interesse nacional.
- 3 Aquilo que é objeto de desejo: O seu maior interesse é propiciar aos filhos uma boa educação.
- 4 Envolvimento ou participação legal, geralmente ligado a negócios ou posses: Tem interesses em muitas regiões do país.
- 5 Conveniência, vantagem ou proveito que alguém encontra em alguma coisa: As decisões atenderam aos interesses do empresariado.

6 Sentimento de cobiça ou proveito pessoal: Só age movido por interesse.

7 Atividade que alguém exerce por prazer: Seus interesses são esporte e música.

8 Participação nos lucros por parte dos empregados de uma empresa.

9 PSICOL Sentimento que acompanha a atenção que se dirige para uma atividade determinada. (INTERESSE, 2021).

Assim, dentro do contexto ora colocado, pode-se entender o termo como algo que possui importância e que seja conveniente e relevante, estabelecendo vantagem ou proveito a alguém. Especificamente no caso do interesse público, a vontade ou proveito se estabelecem em relação à coletividade.

Mello (2010) explica que o termo interesse público, em seu viés jurídico, designa o conjunto de interesses do todo, não devendo, porém, ser entendido como a soma dos interesses individuais, vez que transcende a estes, pertencendo ao próprio conjunto social. O autor ressalta, entretanto, que não se deve compreender o interesse público como aquele que se opõe ou é contrário aos dos indivíduos. Neste sentido,

Seria inconcebível um interesse do todo que fosse, ao mesmo tempo, contrário ao interesse de cada uma das partes que o compõem. Deveras, corresponderia ao mais cabal contra-senso que o bom para todos fosse o mal de cada um, isto é, que o interesse de todos fosse um anti-interesse de cada um. Embora seja claro que pode haver um interesse público contraposto a um dado interesse individual, sem embargo, a toda evidência, não pode existir um interesse público que se choque com os interesses de cada um dos membros da sociedade. Esta simples e intuitiva percepção basta para exibir a existência de uma relação íntima,

indissolúvel, entre o chamado interesse público e os interesses ditos individuais. (MELLO, 2010, p. 59-60).

Para ilustrar, é possível imaginar o caso de desapropriação da residência de um indivíduo para ampliação de uma pista de veículos. Tal providência, por óbvio, contraria o interesse de propriedade do particular no caso específico. Contudo, ainda que aparentemente o ato esteja totalmente contraposto ao interesse do particular, a via a ser construída traz um benefício ao todo. Por mais que naquela situação o particular tenha seu interesse atingido, a ampliação de pistas, de forma geral, traz um benefício social amplo, vez que melhora o tráfego, conferindo proveito, inclusive, às pessoas que são desapropriadas para tanto. Em outras palavras, para que seja possível garantir o deslocamento adequado das pessoas e coisas, pode ser necessário que sejam realizadas desapropriações para alargamento de vias, porém, a providência se estabelece com vista a um interesse coletivo que está em consonância, de forma geral, com os interesses dos indivíduos, nada obstante possa se chocar com outros interesses particulares e específicos de algumas pessoas.

Desta forma, pode-se perceber a coexistência de interesses sobre um mesmo indivíduo. Um relacionado a sua individualidade, que diz respeito ao direito de propriedade, e outro coletivo, relacionado ao direito e ao interesse de ter garantida uma infraestrutura pública adequada que permita o deslocamento eficiente de pessoas e coisas.

É importante compreender que a Administração Pública, em seu sentido subjetivo, também possui interesses individuais que não devem ser confundidos com os públicos. Entretanto, eles só podem ser perseguidos caso não sejam contrários àqueles considerados públicos (MELLO, 2010).

Neste sentido, o autor supracitado ensina:

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. (MELLO, 2010, p. 66).

Os interesses particulares do Estado, assim, são aqueles denominados como interesses públicos secundários, referentes aos atos de gestão estatais, em oposição aos atos de império que envolvem interesses públicos primários, assuntos que serão melhor trabalhados oportunamente neste trabalho¹⁷.

No que tange especificamente à indisponibilidade do interesse público, tem-se que tal premissa designa a impossibilidade de a Administração Pública dispor totalmente dos interesses e bens públicos. Em outras palavras, é possível afirmar que os interesses e bens que pertencem ao coletivo não estão livremente à disposição do administrador.

Neste sentido, Pereira e Giovanini ensinam:

Assim, por se tratarem de interesses pertencentes à coletividade, cabe ao órgão administrativo apenas geri-los, em estrita conformidade com o disposto em lei, deles não podendo dispor livremente. Nessa linha, portanto, a indisponibilidade consiste na garantia de que os bens públicos serão utilizados em prol e segundo os interesses da coletividade. Não podem ser disponibilizados pela Administração e seus Agentes, aos quais cabe apenas gerir, conservar e zelar por

¹⁷ Especialmente no item 6.2 desta pesquisa.

esses bens, eis que não são titulares desses interesses. O Estado deve proteger esses interesses por meio da função administrativa, a qual é realizada pelos órgãos da administração, que nada mais são que veículos da vontade estatal expressamente disposta em lei. (PEREIRA; GIOVANINI, 2017, p. 1153-1154).

Pelo exposto, observa-se a diferença entre os interesses e bens privados, em comparação aos de caráter público. Enquanto aqueles são, em regra, disponíveis, estes são indisponíveis.

Para ilustrar essa questão, pode-se pensar nas tragédias ocorridas em razão do rompimento das barragens de rejeitos da mineração. Nestas situações, é de interesse de um produtor rural, por exemplo, ser reparado por prejuízos atuais e futuros incidentes em sua produção. Contudo, o produtor pode, considerando a disponibilidade de seu interesse, simplesmente abrir mão da reparação e deixar de tomar providências. Diferente é a situação do Estado. Este não pode abrir mão dos ressarcimentos relacionados aos prejuízos sociais, econômicos e ambientais. Isso se dá em razão da indisponibilidade dos interesses públicos envolvidos. Neste caso, o Estado tem o dever de buscar a reparação dos danos causados à coletividade, considerando que os bens atingidos não são seus, mas do povo.

2.2.5 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

Um dos princípios expressos na Constituição de 1988 é o da publicidade, que se encontra estampado em seu artigo 37. Igualmente, a Lei nº 9.784/1999, que trata sobre os processos administrativos, dispõe sobre a publicidade em seu artigo 2º, já mencionado no presente estudo.

A publicidade, segundo Oliveira (2018), possibilita a transparência necessária a um Estado Democrático de Direito, sendo também importante à efetivação do princípio da democracia insculpido no

artigo 1^o¹⁸ da Constituição. Assim, é possível compreender que a falta de concessão de informações aos administrados, que envolvam interesses públicos, consequência da ausência de publicidade, é característica comum de Estados autoritários e, por isso, repelida no ordenamento jurídico brasileiro.

Além dos dispositivos supracitados, o texto constitucional também trata expressamente do direito à informação, intimamente relacionado com o princípio ora estudado, conforme pode-se observar a seguir:

Art. 5º [...] XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; [...] (BRASIL, 1988).

Ao observar o ordenamento jurídico brasileiro, é possível encontrar diversos instrumentos jurídicos que obrigam a publicidade dos atos realizados pelo Estado. É o caso, por exemplo, do direito de obter certidões¹⁹, bem como do *habeas data*²⁰ (OLIVEIRA, 2018).

Inclusive, em razão da importância da divulgação de informações públicas e das disposições constitucionais sobre o tema, em 2011 foi criada a Lei de Acesso à Informações (Lei nº 12.527/2011), com o

18 “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...]” (BRASIL, 1988).

19 “Art. 5º [...] XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: [...] b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal; [...]” (BRASIL, 1988).

20 “Art. 5º [...] LXXII - conceder-se-á “habeas-data”: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo; [...]” (BRASIL, 1988).

objetivo de regular o tema em âmbito infraconstitucional, conforme pode-se observar a seguir:

Art. 3º Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes:

- I - observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção;
- II - divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações;
- III - utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação;
- IV - fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública;
- V - desenvolvimento do controle social da administração pública. (BRASIL, 2011).

Nada obstante seja visível a importância da publicidade, é necessário lembrar que, em situações específicas, é possível que informações referentes à atividade estatal sejam mantidas em sigilo, excepcionalmente quando a sua divulgação puder acarretar em prejuízos maiores à coletividade, casos em que a legislação deve dispor sobre o tema. É o caso de dados que, se divulgados, possam colocar em risco a soberania e a defesa nacionais ou a integridade do território nacional²¹.

21 “Art. 23. São consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado e, portanto, passíveis de classificação as informações cuja divulgação ou acesso irrestrito possam:

- I - pôr em risco a defesa e a soberania nacionais ou a integridade do território nacional;
- II - prejudicar ou pôr em risco a condução de negociações ou as relações internacionais do País, ou as que tenham sido fornecidas em caráter sigiloso por outros Estados e organismos internacionais;
- III - pôr em risco a vida, a segurança ou a saúde da população;
- IV - oferecer elevado risco à estabilidade financeira, econômica ou monetária do País;
- V - prejudicar ou causar risco a planos ou operações estratégicos das Forças Armadas;

Sobre a possibilidade de restrição à divulgação de informações pela Administração Pública, a própria Lei de Acesso à Informações, em seu artigo 22, dispõe:

Art. 22. O disposto nesta Lei não exclui as demais hipóteses legais de sigilo e de segredo de justiça nem as hipóteses de segredo industrial decorrentes da exploração direta de atividade econômica pelo Estado ou por pessoa física ou entidade privada que tenha qualquer vínculo com o poder público. (BRASIL, 2011).

Por todo exposto, extrai-se que no âmbito da Administração Pública o princípio da publicidade se estabelece como um dever estatal de divulgação de informações à coletividade, ficando o sigilo autorizado apenas em casos excepcionais. A mencionada obrigação possui íntima relação com um Estado Democrático de Direito, onde devem estar presentes, permanentemente, a possibilidade de controle e fiscalização da atividade estatal, bem como de acesso às informações pessoais por parte dos administrados. Tais proposições só podem ser viabilizadas em havendo a transparência adequada sobre os atos praticados pela Administração. Pode-se afirmar, assim, que o desrespeito à publicidade é característica de uma atividade estatal autoritária, vez que impede a fiscalização da atuação do Estado, o que é repellido, como visto, pelo ordenamento jurídico brasileiro.

VI - prejudicar ou causar risco a projetos de pesquisa e desenvolvimento científico ou tecnológico, assim como a sistemas, bens, instalações ou áreas de interesse estratégico nacional;

VII - pôr em risco a segurança de instituições ou de altas autoridades nacionais ou estrangeiras e seus familiares; ou

VIII - comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações.” (BRASIL, 2011).

2.3 TRANSFORMAÇÕES E TENDÊNCIAS DO DIREITO ADMINISTRATIVO

O direito administrativo pode ser entendido como “o ramo do direito público que disciplina a função administrativa, bem como as pessoas e órgãos que a exercem” (MELLO, 2010, p. 37).

Segundo Di Pietro (2019), no contexto brasileiro, amplamente influenciado pelo direito comunitário europeu, ocorreram, nas últimas décadas, inovações no regime jurídico administrativo.

De acordo com a autora, mudanças significativas foram realizadas nesse âmbito, especialmente atreladas à constitucionalização do direito administrativo; a uma tendência de privatizações ou fuga do direito público; bem como à busca pela implementação da consensualidade.

Observa-se, assim, que o direito administrativo brasileiro sofreu mudanças substanciais, especialmente com a promulgação da Constituição de 1988, bem como com as emendas que a sucederam.

É de se imaginar que as reiteradas mudanças no contexto da Administração Pública têm influência direta na relação estabelecida entre os cidadãos e o Estado.

Assim, para que seja possível contextualizar a atual situação e as tendências relacionadas à Administração Pública, serão tratadas, a seguir, temas que interessam ao desenvolvimento deste trabalho.

Passa-se, portanto, a tratar sobre: a constitucionalização do direito administrativo; a fuga do direito administrativo; o modelo de gestão da Administração Pública brasileira; bem como sobre outras tendências que envolvem a organização e a atuação administrativas.

Insta, antes disso, realizar um esclarecimento sobre a análise proposta. Quando se está tratando do modelo adotado pela Administração Pública e suas tendências, várias teorias e vertentes são mencionadas. Especialmente no que tange aos modelos administrativos, existem diversas abordagens, além da patrimonialista, burocrática e gerencial, que são as consideradas clássicas. É perceptível, neste sentido, a existência de muitas visões teóricas sobre os modelos, várias formas possíveis de organização

a serem adotadas pela Administração Pública, bem como muitas abordagens sobre tendências que se estabelecem nesse âmbito.

Constata-se, também, na prática, uma tentativa de implementação dos diversos modelos, formas de organização e tendências de maneira sobreposta, complementar e até concorrente. Assim, é importante deixar registrado que a estruturação dos tópicos a seguir se dará com base na leitura de diversos autores, que serão, obviamente, citados, e em uma concatenação de pensamentos da forma mais lógica e organizada possível para a análise dos assuntos.

Além disso, destaca-se que a análise dos assuntos e abordagens escolhidos dizem respeito ao que afeta a presente pesquisa. Assim, o que se busca é o estabelecimento de uma base teórica, e até prática, para a análise do problema proposto neste trabalho. Portanto, os assuntos serão estudados de modo a aprofundar o tema na medida da necessidade da pesquisa.

2.3.1 FUGA DO DIREITO ADMINISTRATIVO

A fuga do direito administrativo, uma tendência que também é denominada como privatização ou fuga para o direito privado, diz respeito à uma aproximação do direito administrativo em relação ao direito privado.

Segundo Di Pietro:

Uma das tendências que se nota atualmente é a de ampliar a utilização de institutos do direito privado, com o objetivo de privatizar o próprio regime jurídico a que se submete a Administração Pública, para escapar às normas sobre licitação, contrato administrativo, concurso público e outras normas constitucionais sobre servidores públicos, controles formais, regras sobre orçamento e contabilidade pública. (DI PIETRO, 2019, p. 43).

Guimarães (2010) explica que a utilização do direito privado pela Administração Pública tem direta correspondência com a maior participação do Estado nas relações sociais, como uma forma de buscar alternativas e soluções capazes de satisfazer às necessidades contextuais, mantendo-se o uso dessas opções ao lado daquelas que consagram a autoridade administrativa.

Ressalte-se que a mencionada tendência não deve e nem pode ser total, vez que a figura da Administração Pública e seu papel estabelecem peculiaridades que demandam um tratamento diferenciado. Neste ponto, é necessário observar que, apesar de haver uma maior tendência na atualidade, o administrador nunca deixou de lançar mão de instrumentos de direito privado (DI PIETRO, 2019).

Por isso mesmo, muitos autores, desde longa data, falam na existência de um Direito Administrativo em sentido amplo, que abrange o regime jurídico de direito público e o direito privado a que se submete a Administração Pública; e um Direito Administrativo em sentido estrito, correspondente a um regime jurídico de direito público, derogatório e exorbitante do direito comum, com restrições e prerrogativas destinadas a, de um lado, garantir a autoridade do poder público e, de outro, respeitar os direitos dos cidadãos. Por mais que se idealize a fuga do Direito Administrativo, ela nunca poderá ser integral, porque, mesmo quando se socorre de institutos do direito privado, tais normas são parcialmente derogadas pelo direito público. (DI PIETRO, 2019, p. 44).

Portanto, nada obstante haja essa aproximação do direito administrativo em relação ao direito privado, por diversos motivos que serão oportunamente observados neste trabalho, não há como simplesmente compreender por uma ruptura completa de suas bases, mesmo quando há o uso de instrumentos que são de direito privado, como é o caso da arbitragem, objeto de análise desta pesquisa.

Assim, há que se analisar, aplicar e interpretar as regras de direito privado de forma específica, razoável e equilibrada, considerando as peculiaridades e o papel desempenhado pela Administração, de forma a não realizar uma aplicação e interpretação das situações fáticas de maneira inadequada, que desnature a figura da Administração Pública. Entretanto, é igualmente necessário repelir arbitrariedades e uma postura indevidamente autoritária por parte da Administração.

Dada a importância do presente assunto para análise do problema proposto nesta pesquisa, optou-se por tratar a questão, neste ponto do trabalho, de forma superficial, apenas com o intuito de criar bases para a compreensão do estudo em termos gerais. Assim, o aprofundamento sobre o assunto, de forma conjugada com o tema central, será realizado oportunamente no último capítulo desta pesquisa.

2.3.2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

O fenômeno da constitucionalização não é exclusivo do direito administrativo, tendo reverberado no ordenamento jurídico brasileiro como um todo. Dessa forma, o que se tem, dentre outros aspectos, é uma mudança na forma de interpretar, analisar, criar e aplicar as normas, vez que estas necessariamente devem estar em consonância com os mandamentos constitucionais.

Sobre o tema, Barroso explana que:

A ideia de constitucionalização do direito [...] está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a

constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares. (BARROSO, 2012, p. 32).

No que tange à constitucionalização do Direito Administrativo, Segundo Di Pietro (2018), ela pode ser observada em dois sentidos principais, quais sejam: na elevação de matérias tratadas em nível infraconstitucional ao patamar constitucional; bem como na irradiação de efeitos das normas constitucionais em torno de todo o sistema jurídico.

No que tange à elevação de tratamento de matérias do direito administrativo ao patamar constitucional, percebe-se que esse viés da constitucionalização teve início na Constituição de 1934 e foi substancialmente fortalecido na Constituição de 1988, bem como em suas subsequentes emendas.

Observa-se, portanto, que foram inseridas nas constituições diversas matérias administrativas, antes tratadas apenas infraconstitucionalmente, estabelecendo, assim, maior prestígio para os assuntos que passaram a integrar o texto constitucional.

Em relação ao segundo sentido da constitucionalização do direito administrativo, foram estabelecidos reflexos importantes no que tange ao princípio da legalidade, que restou ampliado, bem como no que diz respeito à discricionariedade, que foi substancialmente reduzida (DI PIETRO, 2018).

No que tange ao princípio da legalidade, é possível afirmar que a Constituição de 1891, que estabeleceu um Estado Liberal de Direito, possuía importante preocupação com as liberdades dos indivíduos. Com isso, o mencionado princípio era interpretado no sentido de que a Administração Pública podia fazer tudo que a lei não proibia, o que se assemelhava ao princípio da autonomia da vontade voltado às pessoas em geral.

A partir da Constituição de 1934, essa lógica foi alterada em um contexto de um Estado Social de Direito, em que o Estado se volta à

prestação de serviços à população, passando a Administração Pública a poder fazer apenas aquilo que fosse legalmente autorizado.

Posteriormente, a Constituição de 1988 objetivou estabelecer um Estado Democrático de Direito, criando-se uma concepção ampliada da legalidade, bem como uma busca pela participação do cidadão no controle e na gestão da Administração.

Assim, conforme ensinamento de Di Pietro (2018), o Estado Democrático de Direito passou a buscar a vinculação da lei aos ideais de justiça, almejando, neste sentido, não só a submissão estatal à lei formal, mas também aos valores e princípios inseridos expressamente ou implicitamente na Constituição.

Nesse sentido, verifica-se que ocorreu na Constituição de 1988 a inserção de diversos valores e princípios, especialmente no preâmbulo e nos artigos 1º a 4º do referido diploma, conforme é possível depreender da leitura dos dispositivos a seguir:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

- I - independência nacional;
- II - prevalência dos direitos humanos;
- III - autodeterminação dos povos;
- IV - não-intervenção;
- V - igualdade entre os Estados;
- VI - defesa da paz;
- VII - solução pacífica dos conflitos;
- VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;
- IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;
- X - concessão de asilo político.

Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações. (BRASIL, 1988).

O estabelecimento dos valores e princípios constitucionais, incluindo os acima observados, são voltados aos três Poderes do

Estado e, com isto, a lei ou ato que os contrarie será considerada inconstitucional. Especificamente no caso da Administração Pública, a discricionariedade a ela aplicável também se vê limitada, devendo estar em consonância com os ditames da Constituição de forma mais ampla, cabendo, nesse sentido, o controle dos atos administrativos, não só no que diz respeito a sua compatibilidade com a lei em si, mas também em relação aos princípios e valores constitucionais inerentes ao ordenamento jurídico brasileiro.

Sendo assim, com a constitucionalização do direito administrativo, a discricionariedade teve substancial redução, havendo importantes reflexos referentes à conveniência e oportunidade da decisão administrativa diante do interesse público.

Nesse ponto, tem-se que a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados sofreu grande evolução. A mencionada teoria diz respeito à compreensão de que alguns termos legais como “interesse público”, “urgência”, “utilidade pública” são abertos e, por isso, passíveis de uma interpretação discricionária. Contudo, antes da constitucionalização do direito administrativo, considerando o caráter indefinido das expressões, a interpretação de seus significados tocava à Administração Pública e, por isso, não era possível que o Judiciário realizasse um controle sobre a questão, em razão da ausência de uma definição legal e específica dos termos. Com a constitucionalização do direito administrativo, que passou a estar atrelado aos valores e princípios constitucionais, passou-se a admitir que o Judiciário avaliasse a discricionariedade da Administração e a forma de aplicação da lei, ainda quando se está diante de termos indefinidos (DI PIETRO, 2019).

Portanto, e em resumo, é possível dizer que, atualmente, considerando a evolução da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, o Judiciário pode observar se a interpretação e a aplicação da lei foram realizadas de forma adequada pela Administração Pública, avaliando o ato administrativo frente aos princípios e aos valores constitucionalmente estabelecidos.

Por todo exposto e em conclusão, é possível compreender que dois reflexos importantes ocorreram a partir da constitucionalização do direito administrativo. No que tange ao princípio da legalidade, este deixou de ser considerado como uma submissão pura à letra fria da lei, para se estabelecer como uma obrigatoriedade de adequação do ato administrativo ao ordenamento jurídico em geral, especialmente considerando os princípios e valores estabelecidos na Magna Carta. Além disso, com a emergência do fenômeno, nada obstante o administrador possua a discricionariedade quanto à aplicação dos termos indeterminados, isto deve ser feito em acordo com o que estabelece a Constituição, sendo possível, neste contexto, a avaliação judicial sobre a adequação do ato discricionário frente ao ordenamento jurídico como um todo.

2.3.3 MODELO ATUAL DE GESTÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

De forma geral, desde seu surgimento, a Administração Pública vem sofrendo mudanças relevantes de acordo com as necessidades sociais e com os objetivos perseguidos pelos administradores.

Na história brasileira, percebe-se a existência de três grandes modelos referentes à Administração. São eles: o modelo patrimonialista, o modelo burocrático e o modelo gerencial. Pode-se, entretanto, citar outras duas vertentes que se colocam, de certa forma, como concorrentes e sucedâneas ao modelo gerencial e que possuem muitas semelhanças entre si. São elas: o Novo Serviço Público e a Administração Pública societal.

Para o presente trabalho, importa analisar a evolução do modelo burocrático para o gerencial, bem como estudar a emergência dos modelos societal e do Novo Serviço Público, sendo estes dois últimos considerados como formas alternativas de gestão pública.

Insta, neste ponto, salientar que a emergência de cada um dos modelos que serão apresentados a seguir não deve ser vista, nem

do ponto de vista teórico, nem do ponto de vista prático, como uma ruptura em relação às outras formas de gestão.

Portanto, os modelos e as propostas emergentes de administração pública não podem ser analisados e criticados como se cada um deles fosse um fenômeno único, isolado, aplicado à sociedade como um todo homogêneo. Em outros termos, os modelos e as propostas de administração pública aplicam-se à realidade social em que há múltiplos espaços para a existência humana, cada qual com suas exigências e necessidades próprias. Considerados sob esse prisma, os modelos integram a administração pública e são necessários à sociedade politicamente articulada e ao cidadão que dela faz parte. (SALM; MEGANASSO, 2009, p. 99).

Neste sentido, percebe-se que

Ao longo da evolução dos referidos paradigmas, vários conceitos, modelos, sistemas e ferramentas de administração pública foram criados, transformados, consolidados e até mesmo abandonados. Cada etapa, sofreu impactos das anteriores, influenciou e aprimorou as seguintes, proporcionando importantes lições e abrindo novas oportunidades no processo permanente de modernização, reforma e gestão da administração pública. Todavia, é importante destacar que não se trata de uma evolução estritamente linear e segmentada. Muitas vezes os paradigmas encontram-se sobrepostos e caminham juntos, com avanços e retrocessos em um movimento pendular. Assim, embora alguns paradigmas tenham perdido sua intensidade ao longo do tempo, muitas de suas características permanecem ativas, gerando impactos e influências sobre a gestão pública. [...] A administração pública brasileira é um excelente

exemplo desta sobreposição. Ao mesmo tempo que se discute questões avançadas de governança pública e de como melhorar a eficiência dos serviços a partir de arranjos institucionais públicos-privados, ainda se constata fortes traços patrimonialistas com os conflitos frequentes entre patrimônio público e propriedade pessoal. (GUIMARÃES *et al.*, 2017, p. 2).

Pelo exposto, verifica-se, no âmbito da Administração Pública, que o modo de gestão está em constante mutação prática, não sendo possível identificar de forma exata qual o modelo adotado, mas nuances que possibilitam a identificação de características de um ou de outro.

No que tange às considerações teóricas sobre o modelo mais adequado à Administração, observa-se que há sempre uma busca por soluções melhores, mais adequadas e justas, sem, entretanto, existir a pretensão de se estabelecer um padrão administrativo perfeito e acabado para resolver os problemas públicos que são muitos, complexos e que se estabelecem nos mais diversos campos.

Neste sentido, observa-se que,

Em princípio, cada novo paradigma busca superar as deficiências dos anteriores, bem como produz impactos – ou consequências imprevistas –, cujas soluções são encaminhadas aos paradigmas seguintes em um processo de permanente modernização da administração pública para fazer face às novas demandas da sociedade. Dessa forma, o que se vê na prática da gestão pública no mundo é um mosaico de experiências que mesclam elementos de vários paradigmas – do patrimonialismo à governança pública –, trazendo singularidade à evolução da gestão pública em cada localidade. (GUIMARÃES *et al.* 2017, p. 13-14).

2.3.3.1 EVOLUÇÃO DO MODELO BUROCRÁTICO PARA O GERENCIAL

Para que seja possível compreender o contexto específico da evolução dos modelos da Administração Pública no Brasil, é essencial que os modelos burocrático e gerencial sejam analisados de maneira ampla, inclusive fazendo-se a contextualização geral da emergência de cada um. Isso se faz necessário considerando que as reformas administrativas são temas de interesse e debates mundiais, bem como relacionadas a “[...] um processo de adaptação da máquina pública ao ambiente em que se insere” (CAPOBIANGO; NASCIMENTO; SILVA; FARONI, 2013, p. 63).

Após o entendimento, de forma mais geral, sobre os modelos, será possível, então, tratar sobre adoção de cada um no contexto brasileiro, considerando as especificidades do ambiente em que foram e estão inseridos.

O modelo burocrático, também denominado de convencional, surgiu em um contexto de necessidade de superação do modelo patrimonialista²².

A forma patrimonialista é considerada como o primeiro modelo de administração do Estado. Nele não há uma diferenciação entre os bens públicos e aqueles privados do Soberano. Por essa razão, ele se mostra permeado por atos de corrupção, nepotismo e arbitrariedade nas decisões do administrador.

Diante disso, o modelo burocrático se estabelece com o intuito de proteger a coisa pública, bem como de racionalizar e organizar a Administração, caracterizando-se pela busca do profissionalismo, da impessoalidade e do tratamento igualitário aos administrados (SILVA,

22 Sobre o modelo patrimonialista, Silva ensina: “No Brasil, predominou até 1930 o modelo Patrimonialista. Neste modelo, os governantes consideram o Estado seu patrimônio, dispondo dos bens públicos como sendo de sua propriedade. O aparelho do Estado funciona como uma extensão do poder do soberano. A característica principal é a indistinção entre a *res publica* (coisa pública, patrimônio do povo) e a *res principis* (patrimônio do príncipe ou do soberano). Essa indistinção colabora para que haja uma grande confusão entre o patrimônio público e o privado e essa confusão proporciona aos Soberanos um cenário propício para a apropriação indevida dos bens públicos.” (SILVA, 2017, p. 6).

2017). Neste sentido, qualquer situação que conceda arbitrariamente privilégios aos administradores e aos administrados é repelida.

Considerando os objetivos perseguidos, o modelo burocrático se baseia no princípio da legalidade que, neste cenário, determina a submissão dos atos da Administração estritamente à letra da lei, estabelecendo um ambiente preponderantemente formalista.

A partir desse axioma fundamental derivam-se as três características principais do modelo burocrático: a formalidade, a impessoalidade e o profissionalismo. A formalidade impõe deveres e responsabilidades aos membros da organização, a configuração e legitimidade de uma hierarquia administrativa, as documentações escritas dos procedimentos administrativos, a formalização dos processos decisórios e a formalização das comunicações internas e externas. As tarefas dos empregados são formalmente estabelecidas de maneira a garantir a continuidade do trabalho e a standardização dos serviços prestados, para evitar ao máximo a discricionariedade individual na execução das rotinas. A impessoalidade prescreve que a relação entre os membros da organização e entre a organização e o ambiente externo está baseada em funções e linhas de autoridade claras. O chefe ou diretor de um setor ou departamento tem a autoridade e responsabilidade para decidir e comunicar sua decisão. O chefe ou diretor é a pessoa que formalmente representa a organização. Ainda mais importante, a impessoalidade implica que as posições hierárquicas pertencem à organização, e não às pessoas que a estão ocupando. Isso ajuda a evitar a apropriação individual do poder, prestígio, e outros tipos de benefícios, a partir do momento que o indivíduo deixa sua função ou a organização. O profissionalismo está intimamente ligado ao valor positivo atribuído ao mérito como critério de justiça e diferenciação. As funções são atribuídas a pessoas

que chegam a um cargo por meio de competição justa na qual os postulantes devem mostrar suas melhores capacidades técnicas e conhecimento. [...] A promoção do empregado para postos mais altos na hierarquia depende da experiência na função (senioridade) e desempenho (performance). O ideal é a criação de uma hierarquia de competências com base na meritocracia. Outras características do modelo que derivam do profissionalismo são a separação entre propriedade pública e privada, trabalho remunerado, divisão racional das tarefas e separação dos ambientes de vida e trabalho. (SECCHI, 2009, p. 351-352).

Nada obstante a compreensão de que o modelo burocrático teve como objetivo a superação do modelo patrimonialista, ele também, na prática, criou um ambiente de pouca eficiência da atividade administrativa. Tal situação se deu em razão da excessiva formalidade e rigidez implementadas, o que gerou uma dependência exagerada às regras, bem como uma dificuldade de adaptação da Administração às necessidades dos diversos âmbitos de sua atuação. Assim, as características do modelo passaram a se mostrar incompatíveis com as necessidades práticas e fáticas, bem como estabeleceram um grande distanciamento da Administração em relação aos cidadãos e seus reais anseios, (SILVA, 2017), acarretando em uma atividade com baixo grau de efetividade, eficiência e eficácia.

Diante dessa situação, surge o modelo gerencial, também denominado como a Nova Gestão Pública, que se estabeleceu, igualmente, com o intuito de superação dos efeitos negativos do modelo anterior, neste caso, o burocrático. Nada obstante o princípio da legalidade ainda seja importante para a Administração Pública, nessa nova forma de gestão o princípio da eficiência é considerado como um pilar. Portanto, passa a ser obrigação da Administração Pública agir com o intuito de buscar o melhor resultado, visando sempre o interesse público, a partir do uso mais econômico possível dos recursos disponíveis.

No mencionado modelo, além de se prezar pela igualdade no tratamento direcionado aos administrados, pelo profissionalismo e por um ambiente isento de ações arbitrárias e que visem benefícios pessoais dos administradores, há um foco importante no sentido de se estabelecer uma administração que atue e preste serviços públicos de forma adequada e que consiga efetivamente resolver os problemas inerentes à atividade pública de modo econômico.

Os mencionados objetivos do modelo gerencial são perseguidos por meio da adoção, no contexto da atividade estatal, de ferramentas e instrumentos de gerenciamento privados e da busca por reduzir o escopo da atividade pública, que passou a ter como foco a regulação e a fiscalização dos serviços de interesse público, buscando entregar ao particular aquelas atividades que pudessem ser realizadas pelo setor privado. Nesse contexto, uma das características marcantes da atividade administrativa no âmbito do modelo gerencial é a descentralização de sua atividade.

Sobre o tema, ensinam Capobiango, Silva e Nascimento:

O modelo gerencial de organização administrativa do espaço público focou seus objetivos em duas frentes: de um lado, predominou a incorporação por parte dos gestores públicos de técnicas e ferramentas gerenciais como as utilizadas no meio privado; do outro, houve a propagação de idéias de Estado Mínimo e enxugamento da “máquina pública”. Ambas as frentes de perspectivas gerencialistas procuravam reestruturar o Estado-Nação nos moldes da administração privada e das orientações advindas do processo de globalização (CAPOBIANGO; SILVA; NASCIMENTO, 2011, p. 9).

É possível identificar no modelo da Nova Gestão Pública, três fases: o gerencialismo puro, o consumerismo e o serviço público orientado.

Segundo Paludo (2012), na primeira fase, quando se estabeleceu o gerencialismo puro, a eficiência foi objetivada por meio de uma administração inspirada na gestão empresarial. Nesse contexto, o foco maior dizia respeito a reduzir custos, agir de forma eficiente, reduzir pessoal, vislumbrando-se uma grande consciência sobre o valor dos recursos disponíveis e da necessidade de uma atividade produtiva.

Já na segunda fase, denominada consumerismo, passou-se a compreender a Administração frente aos administrados de forma análoga à relação que se estabelece entre fornecedores e consumidores. Dessa maneira, a Administração passa a concentrar seus esforços em prestar serviços de qualidade e que garantam a satisfação dos administrados. Nessa etapa, surge a compreensão de que a redução de custos, isoladamente, não se sustenta, sendo necessário que haja um serviço também de qualidade. Em outras palavras, há uma observação maior no que tange ao custo-benefício dos serviços prestados, pretendendo-se, então, prestar o melhor serviço, a partir do uso mais econômico possível dos recursos disponíveis.

Por fim, em uma terceira fase, denominada como *Public Service Orientation*, é perceptível uma compreensão, por parte da Administração, da necessidade de participação dos cidadãos no que tange à orientação de sua atividade, vez que são eles os destinatários dos serviços estatais, sendo imperativo, assim, que eles participem dos processos decisórios, especialmente no que tange à destinação de recursos.

No contexto específico brasileiro, é observável que, nas últimas décadas do século XX, houve uma busca pela implementação do modelo gerencial com o intuito de superar o burocrático que, como visto, criou vários entraves à uma atividade estatal eficiente, efetiva e eficaz.

De acordo com Klering *et al.* (2010), já no Governo de Juscelino Kubitschek foi realizada uma primeira tentativa de reforma administrativa que superasse o modelo burocrático.

A reforma operada em 1967 pelo Decreto-Lei nº 200, entretanto, constitui um marco na tentativa de superação da rigidez burocrática, podendo ser considerada como um primeiro momento da administração gerencial no Brasil. Mediante o referido Decreto-Lei, realizou-se a transferência de atividades para autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, a fim de obter-se maior dinamismo operacional por meio da descentralização funcional. Instituíram-se, como princípios de racionalidade administrativa, o planejamento e o orçamento, o descongestionamento das chefias executivas superiores (visando a desconcentrar e descentralizar), a tentativa de reunir competência e informação no processo decisório, a sistematização, a coordenação e o controle. O paradigma gerencial da época, compatível com o monopólio estatal na área produtiva de bens e serviços, orientou a expansão da administração indireta, numa tentativa de “flexibilizar a administração” com o objetivo de atribuir maior operacionalidade às atividades econômicas do Estado. Entretanto, as reformas operadas pelo Decreto-Lei nº 200/67 não desencadearam mudanças no âmbito da administração burocrática central, permitindo a coexistência de núcleos de eficiência e competência na administração indireta e formas arcaicas e ineficientes no plano da administração direta ou central. (KLERING *et al.*, 2010, p. 6-7).

De acordo com os autores supracitados, após a mencionada busca por uma superação do modelo burocrático, que havia sido implementado nos anos 60 no Brasil, ocorreram, nas décadas seguintes, outras iniciativas com o mesmo objetivo. Entretanto, foi apenas nos anos 90 que a busca pelo estabelecimento do modelo gerencial teve maior êxito. Já no breve governo do Presidente Itamar Franco, houve grande preocupação com a estabilização da economia, sendo este o objetivo principal da criação do Plano Real, conduzido

pelo então Ministro Fernando Henrique, que foi eleito para presidir o mandato seguinte.

Sobre os motivos e a conjuntura que criaram a necessidade de mudanças no modelo administrativo brasileiro, ensina Klering *et al.*:

Nesse novo contexto, de desafios impostos pela expansão das funções econômicas e sociais do Estado, do aumento do desenvolvimento tecnológico e da globalização da economia mundial, a proposição de um modelo de administração pública gerencial, emprestando conceitos de administração de empresas do mercado, surge como resposta ao modelo burocrático de administração pública. A diferença fundamental do novo modelo de administração pública está na forma de controle, que deixa de basear-se nos processos para concentrar-se nos resultados. Outrossim, são definidas metas para cada órgão, outorga-se maior autonomia na gestão de recursos, e passa-se a instituir, a *posteriori*, o controle de resultados alcançados. São valorizados, também, aspectos de transparência e participação dos cidadãos. A eficiência da administração pública – a necessidade de reduzir custos e aumentar a qualidade dos serviços, tendo o cidadão como beneficiário – torna-se, então, primordial. A Reforma do Aparelho do Estado passa a ser orientada predominantemente pelos valores da eficiência e qualidade na prestação de serviços públicos e pelo desenvolvimento de uma cultura gerencial nas organizações. (KLERING *et al.*, 2010, p. 7-8).

Foi, assim, que em 1995 ocorreu a Reforma do Estado, a qual redefiniu o papel deste que deixou de ser responsável pelo incremento econômico e social por meio da produção de bens e serviços, passando a se fortalecer como promotor e regulador desse desenvolvimento.

O Estado, nesse contexto, se tornou um instrumento de transferência de renda.

A Reforma do Aparelho do Estado surge num contexto de tecnologia e globalização do mundo, em que são atribuídas crescentes competências ao poder público, que por isso precisa buscar condições para tanto, bem como obter efetividade no processo, via busca de novas soluções, medidas inovadoras, bem como novos colaboradores e parceiros. Objetivando maior eficiência e qualidade nos serviços prestados aos cidadãos, o cenário da Reforma empreendida no Brasil prevê diferentes estratégias e formas de descentralização dos serviços públicos: via instituição de mecanismos de privatização, visando a reduzir o tamanho do aparelhamento administrativo do Estado, bem como a dinamizar e flexibilizar sua atuação; a quebra de monopólios, para tornar competitivas as atividades exercidas com exclusividade pelo poder público; o recurso a autorizações, permissões e concessões de serviços públicos, delegando-se estes serviços ao Terceiro Setor e à iniciativa privada; o estabelecimento de parcerias com entidades públicas ou privadas para a gestão associada de serviços públicos, ou serviços de utilidade pública, por meio de convênios, consórcios e contratos de gestão; a terceirização como forma de se buscar o suporte de entidades privadas ao desempenho de atividades-meio da administração pública. (KLERING, PORSE; GUADAGNIN, 2010, p. 8).

Insta, contudo, salientar, que apesar de ter como finalidade a superação das disfunções do modelo burocrático, o modelo gerencial não rompeu totalmente com este. Em verdade, a burocracia se mostra presente no modelo gerencial, vez que a legalidade, centro do modelo burocrático, continua sendo importante à Administração Pública, mas não mais de forma isolada e simplória, necessitando estar em consonância com os princípios constitucionais administrativos, inclusive com o da eficiência.

Pode-se concluir, portanto, que o modelo da Administração Pública gerencial visou superar as disfunções do modelo burocrático, saindo de uma mera busca pela garantia da legalidade, para objetivar o estabelecimento de uma Administração Pública eficiente, que utiliza adequadamente os recursos públicos, dirigindo-se a atender da forma mais eficaz, efetiva, eficiente e econômica possível às necessidades dos administrados.

Contudo, é importante ressaltar que o modelo gerencial, apesar de todo seu mérito, também é passível de críticas e possui algumas características que ocasionaram efeitos que não são percebidos como positivos. Portanto, passa-se a tratar, nos tópicos seguintes, sobre dois modelos que são considerados alternativos ou concorrentes ao modelo gerencial e que se estabelecem de maneira a buscar uma administração mais participativa.

2.3.3.2 NOVO SERVIÇO PÚBLICO E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SOCIETAL

Nada obstante o modelo gerencial, em tese, preze pela eficiência, o gerencialismo, como visto, estabeleceu uma Administração Pública que vê os administrados de forma distante. Tal situação permaneceu mesmo na fase do *Public Service Orientation*, momento em que já havia uma maior compreensão sobre a necessidade de participação dos cidadãos na atividade administrativa.

Assim, ainda que se verifique, em um primeiro momento, que a proposta maior do modelo gerencial tenha sido implementar uma administração mais eficiente, percebe-se que o afastamento entre a atuação da Administração Pública e os cidadãos, em sua essência humana, trouxe um descompasso entre a atividade estatal e o real interesse público. O que se quer dizer com isso é que a Administração Pública passou a focar em produtividade e prestação de serviços públicos de qualidade, mas de forma unilateral e pouco democrática, sem ouvir os administrados. Houve, assim, no contexto

do gerencialismo, a implementação de uma gestão fortemente baseada no modelo empresarial, que não se adaptou completamente às peculiaridades do setor público.

Nesse contexto, os problemas criados por esse distanciamento passaram a ser observados e, com isso, buscou-se a sua superação. Assim, objetivou-se suplantar o modelo gerencial por outros que, entretanto, não emergiram com objetivo de negá-lo ou rompê-lo, mas de lhe suceder com o olhar mais voltado à participação social e à inclusão dos administrados.

É nesse sentido que surgem o Novo Serviço Público e a Administração Pública societal, vertentes que buscam maior inclusão, participação e proximidade em relação aos administrados. Dentro do cenário desses modelos alternativos, não há uma simples preocupação em atender aos interesses públicos. Cuida-se, também, e de forma primária, que eles sejam reais e definidos pelos administrados antes mesmo de serem perseguidos.

Neste sentido, a eficiência passa a estar atrelada a resolver os problemas sociais realmente relevantes para a população e não aqueles definidos unilateralmente como importantes pelos administradores que, como se sabe, possuem interesses próprios que, de uma maneira ou outra, reverberam na escolha da destinação dos esforços e dos recursos públicos.

Supera-se, assim, a compreensão de que a eleição do governante basta para legitimar a atividade administrativa, sob um prisma de representação indireta. Dessa forma, surge a necessidade de participação do cidadão diretamente, por meio de instrumentos efetivos, como é o caso do orçamento participativo e das consultas públicas.

Sobre o Novo Serviço Público, Santos e Selig explicam:

Em resposta a Nova Gestão Pública, surge o Novo Serviço Público, com preceitos mais democráticos e responsivos. Uma abordagem que se constrói sobre a ideia do interesse público, da valorização do cidadão e

do diálogo aberto, cujo estabelecimento de um espaço democrático para servir a sociedade apresenta-se como cerne da questão. (SANTOS; SELIG, 2014, p. 83).

Destaque-se que o Novo Serviço Público é um modelo proposto por Denhardt e Denhardt (2003) e diz respeito a uma forma de administração que considera o elemento humano dos destinatários do serviço público, não devendo os administrados serem encarados apenas como meros consumidores ou clientes, mas como capazes de produzir o próprio bem público.

A base de tal teoria está centrada em valores de cidadania e de participação e na crença de que o cidadão saberá tomar as decisões corretas, se, para isso, for-lhe dada oportunidade. Assim, o cidadão é visto como um indivíduo que anseia não apenas pela satisfação de suas necessidades e de seus interesses privados, mas que busca também a construção de um bem comum. (SANTOS *et al.*, 2006, p. 1).

No contexto do Novo Serviço Público, Denhardt (2012) destaca sete tendências mais importantes no que tange à atuação da Administração Pública: i) tratamento dos administrados como cidadãos e não como meros consumidores; ii) busca pelo atendimento dos interesses públicos; iii) valorização da cidadania e do serviço público; iv) busca pela efetivação da democracia e realização de ações estratégicas; v) compreensão da complexidade da *accountability*²³; vi) compreensão do papel do Estado como servidor e não apenas como gestor; vii) valorização das pessoas acima da produtividade.

É com base no Novo Serviço Público que surge a Administração Pública societal descrita por Paula (2005), modelo que passou a ser observado no contexto específico brasileiro.

23 Que diz respeito à responsabilidade e à prestação de contas relacionadas às atividades desempenhadas.

Segundo Paula,

Nas últimas décadas, os brasileiros estiveram engajados no processo de redemocratização do país, buscando reformar o Estado e construir um modelo de gestão pública capaz de torná-lo mais aberto às necessidades dos cidadãos brasileiros, mais voltado para o interesse público e mais eficiente na coordenação da economia e dos serviços públicos. Ao analisar esse contexto histórico, identificamos dois projetos políticos em desenvolvimento e disputa. O primeiro se inspira na vertente gerencial, que se constituiu no Brasil durante os anos 1990, no governo do ex-presidente Fernando Henrique Cardoso. O segundo se encontra em desenvolvimento e tem como principal referencial a vertente societal. Manifesta-se nas experiências alternativas de gestão pública, como os Conselhos Gestores e o Orçamento Participativo, e possui suas raízes no ideário dos herdeiros políticos das mobilizações populares contra a ditadura e pela redemocratização do país, com destaque para os movimentos sociais, os partidos políticos de esquerda e centro-esquerda, e as organizações não-governamentais. (PAULA, 2005, p. 37).

Conforme ensina Silva (2017), quando se fala da Administração Pública brasileira na atualidade, pode-se identificar dois projetos políticos em desenvolvimento na gestão pública. A Administração Pública gerencial, já trabalhada nesta pesquisa, e a Administração Pública societal.

A Administração Pública societal se manifesta em experiências alternativas de gestão pública (SILVA, 2017), como, por exemplo, por meio do orçamento participativo e das consultas públicas.

O mencionado modelo visa estabelecer, sobretudo, a participação dos cidadãos no controle e na agenda política da Administração.

Ainda de acordo com Silva,

A vertente societal enfatiza principalmente a participação social e procura estruturar um projeto político que repense o modelo de desenvolvimento brasileiro e a estrutura do aparelho de Estado, viabilizando a participação popular por meio da institucionalização de canais apropriados de acesso da população (SILVA, 2017, p. 16).

É importante ressaltar que há uma tentativa de implementação de ambos os projetos, societal e gerencial, nas últimas décadas, não havendo, portanto, um estabelecimento preciso e integral de um ou outro. Afinal, o sentido e os objetivos da Administração Pública evoluem constantemente e são efetivados de acordo com os interesses dos administrados, bem como a partir da convicção dos administradores eleitos e designados.

Neste sentido, ensina Paula:

A “nova administração pública” é aquilo que cotidianamente ignoramos como administradores públicos, sendo essencialmente não-prescritiva e se orientando para o curso de ações e necessidades dos cidadãos em um dado momento, evitando os enfoques normativos e subordinando a teoria das organizações à teoria do desenvolvimento humano. Em outras palavras, a nova administração pública está sempre sendo reinventada, e enquanto houver vitalidade democrática permanecerá como um projeto inacabado. (PAULA, 2005).

É importante ressaltar, como dito, que não se vislumbra neste modelo o abandono da busca pela eficiência. A eficiência continua sendo vista como elemento essencial à ação da Administração, atrelada, como destacado por Paula (2005), à moralidade administrativa.

Sobre o tema, ensina Carvalho Filho:

Alguns estudiosos proclamam a necessidade de que a reforma da Administração seja constante e adequada às mudanças sociais, e não apenas um fato isolado em busca de impacto. Se é verdadeira tal premissa, mais importante se nos afigura a premência na mudança de postura e de consciência por parte dos administradores públicos, processo que, inegavelmente, passa pela transformação dos baixos padrões éticos facilmente observados no seio de nossa sociedade. Sem dúvida, eficiência guarda estreita aproximação com moralidade social. Em outra vertente, é imperioso não esquecer que a eficiência também guarda relação com outros princípios básicos da Administração, como é o caso dos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da razoabilidade. (CARVALHO FILHO, 2018, p. 86).

Constata-se, assim, que a eficiência continua sendo relevante nos modelos do Novo Serviço Público e na Administração Pública societal, que se colocam como alternativos à forma gerencial. Ora, não se pode admitir uma atividade que seja ineficiente, que desperdice os recursos públicos ou que permita atos e a prestação de serviços que se estabeleçam com alto custo e poucos benefícios. A eficiência não pode ser abandonada.

Neste sentido, verifica-se que, o que ocorre nos modelos alternativos, é um olhar diferenciado sobre o elemento eficiência, que passa a ser considerado a partir do que realmente é de interesse dos cidadãos. A ação eficiente da Administração Pública, portanto, parte da ideia de que o seu agir deve ser estabelecido de acordo com os anseios sociais e de forma democrática. Mas, a partir do momento em que esses interesses são definidos, a Administração deve perseguir seus objetivos da forma mais eficiente possível. Em outras palavras, para ser eficiente no contexto desses modelos alternativos, não basta agir e resolver problemas de forma econômica, se essa ação ou escolha de problemas a serem combatidos estão em descompasso com o que os próprios destinatários querem. Eficiência, assim, passa a estar

correlacionada a agir e resolver os problemas certos, de acordo com uma definição democrática dos interesses públicos, os quais devem ser perseguidos da melhor e mais econômica forma possível.

Portanto, e em conclusão, a eficiência vem sendo, nas últimas décadas, o centro das atenções quando o assunto é a atividade administrativa pública, não importando o modelo que se busque implementar. O que muda em cada modelo é a forma de estabelecimento dessa eficiência, que será perseguida de modos diferentes, a partir das premissas sobre as quais se estabelece cada forma de gerenciar o setor público.

2.3.4 NOVAS TENDÊNCIAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Na busca por se adequar às necessidades sociais, algumas tendências são estabelecidas no contexto da Administração Pública, demonstrando objetivos por ela perseguidos em sua atuação.

Conforme já mencionado, as mudanças ocorridas no âmbito administrativo, consequência destas tendências, impactam nas relações que se estabelecem entre a Administração Pública e seus administrados. Por isso, serão analisadas aquelas que são mais recentes e que possuem maior relação com o tema central desta pesquisa. Desta forma, a seguir, serão estudados o Estado em Rede e a Governança Pública, bem como a Administração Pública Consensual.

2.3.4.1 ESTADO EM REDE E A GOVERNANÇA PÚBLICA

Ao estudar as novas tendências do direito administrativo, não há apenas uma visão sobre o tema. Nada obstante isso, percebe-se que, reiteradamente, são mencionados o Estado em Rede e a Governança Pública nas abordagens mais atuais sobre a Administração.

Com base no entendimento de Oliveira e Schwanka (2009), a compreensão dessas duas tendências contextualiza o surgimento do consensualismo que vem se estabelecendo na Administração Pública

brasileira, tema que será aprofundado na sequência, e que, como se verá, tem grande importância para esta pesquisa, relacionando-se com o uso dos MASCs.

Por isso, considerando a proximidade e interligação sobre os temas, optou-se por tratá-los em conjunto, de modo a estabelecer um diálogo maior entre os assuntos.

Inicialmente, para que seja possível compreender o Estado em Rede, é necessário realizar algumas considerações sobre as organizações em rede.

A teoria das redes parte do entendimento de que “todas as organizações se situam em redes sociais e devem ser analisadas como tais” (PECI, 1999, p. 14), sendo possível entender a rede social como um conjunto de organizações ou pessoas conectadas por relações sociais.

As organizações-rede, especificamente, são caracterizadas pela descentralização da gestão, pela existência de relações laterais, por relações horizontalizadas e pela flexibilidade, em oposição a uma organização hierarquizada que é caracterizada por sua rigidez no que tange aos deveres e papéis desempenhados pelos diversos atores, pela burocracia, pela verticalização das relações, bem como pela centralização do controle.

Segundo Peci (1999), as organizações-rede surgiram em um contexto de necessidade de emergência de um modelo organizacional adequado para fazer frente às alterações ambientais de grande impacto, inerentes a um meio social afetado pela globalização, por avanços tecnológicos constantes, por mudanças econômicas e institucionais recorrentes, pelo surgimento de necessidades individualizadas, dentre outros fatores característicos de um cenário cada vez mais disruptivo e que, portanto, demanda adaptações constantes, as quais não seriam possíveis pela adoção de uma organização hierarquizada, especialmente em razão da rigidez inerente a esta (PECI, 1999).

Nessas condições, cresce cada vez mais a necessidade de estabelecer novos conceitos para a administração das redes organizacionais, que são estruturas flexíveis,

integradas na busca de uma eficiência coletiva. Isso requer importantes mudanças de comportamento e uma valorização crescente do papel do homem dentro da organização. (PECI, 1999, p. 9).

A teoria das redes surge atrelada às mudanças ocorridas nos modos de produção. Tem-se que, neste contexto de grandes alterações e da emergência de necessidades individuais, o fordismo, que é reconhecidamente um modelo de produção e gestão capitalista, destinado a uma produção em massa e padronizada, se tornou incompatível com as transformações sociais. Dessa forma, o modo de produção e gestão se alterou para se adequar a essa nova realidade que demanda maior flexibilidade e capacidade de inovação. Esse novo modo de produção foi denominado como pós-fordismo e se estabeleceu no âmbito de um pós-capitalismo, conforme ensina, Peci:

Começa um novo período, o pós-capitalista, no qual o emprego do conhecimento em si supera o controle do capital em importância. O modelo pós-capitalista, ou a empresa de criação de valor, funciona como uma rede de recursos muito mais diversificada, freqüentemente com fronteiras menos perceptíveis do que as estruturas corporativas. [...] De fato, as pequenas empresas independentes, ou as grandes empresas integradas verticalmente, já não são mais capazes de se adaptar às novas características estruturais de produção e de mercado. Vários autores começam a alertar para a emergência de novas formas organizacionais que funcionam em rede. (PECI, 1999, p. 10).

Nada obstante a teoria das redes tenha surgido com foco maior na análise das organizações que se voltam a atividades econômicas e aos meios de produção, a Administração Pública, como uma organização, também pode ser observada a partir dessa proposição.

Daí o surgimento do termo Estado em Rede que foi evidenciado e trabalhado por Manuel Castells (1999), estando atrelado fortemente à participação social no direcionamento da atividade administrativa, à transparência no contexto da Administração Pública, bem como ao compartilhamento de autoridade.

Assim como as demais organizações, a Administração Pública também foi impactada pelas alterações sociais, culturais e econômicas mencionadas.

Nesse contexto, constatou-se “que o corpo social se encontra ordenado em redes exige que o Estado imprima maior capilaridade aos órgãos e entidades integrantes da arquitetura administrativa” (OLIVEIRA; SCHWANKA, 2009, p. 307).

Em breve síntese, percebe-se, em especial a partir do final dos anos 90, e, mais especificamente, com o início deste século XXI, uma guinada na gestão administrativa, substituindo-se o modelo anterior de gestão verticalizada, caracterizada pelo manejo da autoridade, por um Estado mediador de interesses públicos, que passa a atuar em rede com a sociedade, em relações horizontais com os setores privados, visando a atingir uma maior eficiência na alocação de recursos de que dispõe para implementar políticas públicas. (MONTEIRO, 2012, p. 2).

Nesse âmbito, a Administração Pública se estabelece em uma rede de conexões entre diversos atores, sendo indispensável a participação destes, de modo a viabilizar uma atividade orientada a satisfazer adequadamente as necessidades de todos. Verifica-se essencial, assim, que se estabeleça uma atividade estatal participativa, descentralizada, partilhada, cooperativa e horizontalizada, para que seja possível uma adaptação das ações estatais à lógica social estabelecida.

Percebe-se, portanto, uma tendência no contexto da Administração Pública de adaptação, por meio da adoção de uma organização em rede.

Dentro deste tema, a Governança Pública é observada como “complementar e interdependente do Estado em Rede” (OLIVEIRA; SCHWANKA, 2009, p. 307), podendo ser entendida como

[...] um modelo alternativo a estruturas hierarquizadas de Governo e implica que os Governos sejam mais eficazes em um marco de economia globalizada, atuando com capacidade máxima e garantindo e respeitando as normas e valores próprios de uma sociedade democrática. A finalidade precípua da Governança Pública é a de alcançar a estabilidade das instituições políticas e sociais por meio do fortalecimento do Estado de Direito e do fortalecimento da sociedade civil, mediante o fomento de uma participação e de um pluralismo de dimensões múltiplas. (OLIVEIRA; SCHWANKA, 2009, p. 307-308).

De forma geral, a Governança Pública diz respeito a um método de organização capaz de garantir a implementação de políticas públicas eficientes e efetivas, havendo, neste contexto, grande preocupação com a participação dos cidadãos e com a democracia, no que diz respeito à elaboração e concretização da prestação de serviços à população, tendo em vista que tal proposição é necessária para que haja legitimidade e adequação da atividade pública (PEREIRA; CKAGNAZAROFF, 2021). Em outras palavras, é possível compreender a Governança Pública como ferramenta capaz de garantir a democracia e a participação da sociedade nos processos decisórios realizados pelo administrador.

Pereira e Ckagnazaroff, com precisão, definiram o termo da seguinte forma:

[...] governança pública é entendida como referente à relação entre governantes e governados, associada à coprodução do desenvolvimento, mas principalmente

à construção de uma democracia mais inclusiva que possibilite ao cidadão construir, coordenar e avaliar as políticas públicas. Refere-se, portanto, à dimensão governamental, ou seja, a um tipo de arranjo institucional governamental que, ao articular as dimensões econômico-financeira, institucional-administrativa e sociopolítica, estabelecendo parcerias com sociedade civil e mercado por meio de processos deliberativos, busca soluções inovadoras para os problemas sociais. (PEREIRA; CKAGNAZAROFF, 2021, p. 112).

Mencionando o Livro Branco da Governança, editado em 2001 pela Comissão Europeia e que aborda o assunto, Oliveira e Shwanka ressaltam que a Governança Pública está atrelada ao “conjunto de regras, processos e práticas que dizem respeito à qualidade do exercício do poder em nível europeu, essencialmente no que se refere à responsabilidade, transparência coerência, eficiência e eficácia” (OLIVEIRA; SHWANKA, 2009, p. 309).

Diante de todas essas novas ideias, a consensualidade se estabelece como outra tendência, que está de acordo com as proposições do Estado em Rede e com a Governança Pública, vez que se mostra em compasso com a busca pela participação da sociedade nos processos decisórios da Administração Pública, a partir da ideia de uma rede de coprodução do serviço público, apresentando-se como complementar aos ideais indicados neste item.

Neste sentido,

O crescente redimensionamento dos mecanismos de atuação estatal, pois, outrora caracterizados pelo manejo do poder extroverso, com a configuração de uma relação jurídica marcada, profundamente, pela verticalização e exercício da autoridade estatal, especialmente a partir verificação dos custos de transação do citado modelo, cede espaço para uma noção de governança pública e de parceria entre os

setores público e privado, dando azo à proliferação de formas consensuais de relacionamento jurídico. (MONTEIRO, 2012, p. 2).

Portanto, considerando a percepção de que a consensualidade se encontra em sintonia com a proposta atual de organização da Administração Pública, o tema será tratado na sequência, fazendo-se um paralelo do assunto com o uso dos métodos adequados de solução de conflitos; com a coprodução do bem público pelos administradores ao lado dos administrados; bem como da parceria que se estabeleceu entre o setor público e privado para consecução dos serviços públicos.

2.3.4.2 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONSENSUAL

A consensualidade diz respeito a uma nova forma de posicionamento da Administração Pública que utiliza, no âmbito de sua atividade, propostas como a negociação, a cooperação, a colaboração e o acordo, suplantando uma lógica de imperatividade e unilateralidade tradicionalmente operadas pela Administração.

De acordo com Di Pietro (2018), o consenso no âmbito administrativo tem como objetivo reduzir a face autoritária da Administração Pública, contribuindo para a sua democratização. Segundo a autora, “pode-se dizer que a consensualidade se insere como uma das formas de expressão da democratização da Administração Pública” (DI PIETRO, 2018, p. 41).

Oliveira e Schwanka ensinam que a Administração consensual:

[...] marca a evolução de um modelo centrado no ato administrativo (unilateralidade) para um modelo que passa a contemplar os acordos administrativos (bilateralidade e multilateralidade). Sua disseminação tem por fim nortear a transição de um modelo de gestão pública fechado e autoritário para um modelo aberto e democrático, habilitando o Estado

contemporâneo a bem desempenhar suas tarefas e atingir os seus objetivos, preferencialmente, de modo compartilhado com os cidadãos. (OLIVEIRA; SCHWANKA, 2009, p. 320).

Segundo Monteiro (2012), a mudança na forma de encarar o interesse público, que deixou de ser único e indivisível, passando a ser observado a partir de uma multiplicidade de nuances frente a uma sociedade complexa, culminou na expansão do diálogo entre o público e o privado, especialmente no que tange ao estabelecimento e a implementação do interesse público, reduzindo substancialmente o caráter autoritário do Estado.

Somado a isso, a busca por uma proporcionalidade e pela juridicidade dos atos administrativos, que não podem mais se pautar apenas pela letra fria da lei, permitiu que a Administração se portasse de forma menos apegada “[...] a estruturas e regras pré-definidas a respeito do interesse a ser preservado *a priori*, pautando as suas atuações em um juízo de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito de seus atos ou contratos” (MONTEIRO, 2012, p. 4).

Nesse âmbito, o fenômeno da contratualização da atividade Estatal se estabeleceu, emergindo, assim, uma Administração Pública Consensual, que passou a permitir uma maior interação e colaboração entre os diversos atores envolvidos, em consonância ao Estado em rede, no qual se vê essencial a contribuição entre público e privado, bem como entre os próprios entes públicos, para consecução do interesse público.

Destarte, o governo por contrato se estabelece em uma atuação horizontalizada entre os entes públicos, bem como entre estes e os particulares, lembrando, contudo, que tal proposição não retira o caráter de autoridade inerente ao Estado (MONTEIRO, 2012).

Portanto, é visível que a Administração Pública passa a buscar pela consensualidade que se estabelece mediante a colaboração permanente entre público e privado, administradores e administrados, com vista à consecução do interesse público, inclusive

por meio do estabelecimento de contratos, bem como pelo uso de métodos adequados de solução de conflitos, os quais possuem como característica a consensualidade quanto à escolha da forma de resolver a demanda e, em alguns casos, como próprio elemento de tratamento da controvérsia.^{24 25}

Por todo exposto e de forma conclusiva, observa-se que, no contexto da evolução do modelo adotado pela Administração Pública, houve uma busca pela implementação de um modelo gerencial que superasse os problemas criados por um modelo burocrático caracterizado por grande rigidez e ineficiência na promoção da atividade administrativa estatal.

Entretanto, esse novo modelo, inspirado no gerenciamento de empresas, permaneceu distante dos cidadãos que foram tratados de forma análoga a clientes, proposição que não se adequou totalmente à complexidade e às peculiaridades do ambiente público.

Tendo em vista esta situação, de forma concorrente, emergiram novas propostas, consideradas alternativas ao gerencialismo, como é o caso do Novo Serviço Público e da Administração Pública societal, sendo esta última, como observado, estabelecida e estudada especificamente no contexto brasileiro.

Essas novas formas de organização administrativa, apesar de suas diferenças, mostram-se atreladas a uma maior participação dos cidadãos e à busca por uma coprodução do serviço público, bem como pela administração em conjunto com os administrados, tendo

24 No caso da arbitragem, por exemplo, a consensualidade se estabelece na escolha do método, mas, de forma geral, o conflito será resolvido por um terceiro, ou seja, a arbitragem diz respeito a um procedimento contencioso. Já no caso dos métodos autocompositivos, como é o caso da mediação e da conciliação, a consensualidade permeia não só a escolha, como também se estabelece na própria gestão do conflito, vez que nesses casos o resultado do procedimento depende da vontade das próprias partes envolvidas, no que tange à solução dada à controvérsia.

25 Conforme será aprofundado oportunamente, é atual a compreensão de que o Judiciário, método mais tradicional de resolução de conflitos, não é capaz de resolver de forma adequada e eficiente todos os tipos de demandas. Além disso, sabe-se hoje, especialmente em razão de uma compreensão econômica, que a colaboração para resolver controvérsias é capaz de gerar a maximização de ganhos e a redução dos custos de transação, quando comparados aos métodos heterocompositivos, o que está em compasso com uma atividade eficiente no contexto da gestão de controvérsias.

em vista que a falta dessa interação reduz a atividade estatal a uma unilateralidade que é incapaz de atender aos anseios sociais, vez que se mostra distanciada dos reais interesses coletivos, os quais só podem ser definidos a partir da participação democrática dos destinatários da atividade administrativa.

No mesmo sentido e de forma correlacionada, atualmente assiste-se a emergência do Estado em Rede, da Governança Pública e da Consensualidade, que são tendências voltadas também à ideia de busca por uma atividade estatal democrática, participativa e transparente que, portanto, possui condições melhores de atuar de modo eficiente, eficaz e efetivo, a partir da implementação de políticas públicas escolhidas e estabelecidas adequadamente, de acordo com um real interesse social.

Percebe-se, portanto, uma interligação entre as novas tendências da Administração Pública no sentido mencionado, ressaltando, mais uma vez, que a Administração é complexa em sua organização e forma de gestão, não havendo, assim, um salto de um modelo ou de uma tendência para a outra, tampouco uma visão única acerca das tendências administrativas. Há, na realidade, uma superação gradativa e o desenvolvimento da gestão pública a partir das necessidades sociais e do contexto em que se insere.

2.4 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E O REGIME JURÍDICO APLICÁVEL

Há uma certa confusão na doutrina quanto à definição do termo contratos administrativos e, por isso, torna-se importante a definição da expressão para este estudo.

Carvalho Filho (2005) ensina que os contratos da Administração são um gênero do qual contratos administrativos e Contratos Privados da Administração são espécies. Para ele, os contratos da administração²⁶

²⁶ Denominados por Mello (2007, p. 595), como “contratos”, e por Justen Filho (2006, p. 284) como “contratos administrativos”.

são todos aqueles em que o Estado-Administração firma compromissos recíprocos com terceiros, celebrando um contrato. Já os contratos administrativos ²⁷, são contratos típicos da Administração e sofrem incidência específica de normas especiais de direito público e só lhes é aplicado supletivamente normas de direito privado. Os sujeitos do contrato administrativo são a Administração Pública (contratante) e o particular (contratado).

Os Contratos Privados da Administração ²⁸, segundo o mencionado teórico do direito, são aqueles firmados pela Administração Pública, porém, regulados pelo direito civil e empresarial, ou seja, pelo direito privado. Nesse contexto, não há que se falar em vantagens especiais à Administração Pública, vez que são regidos pelo regime privatista, o que, como regra, situa a Administração Pública “no mesmo plano jurídico da outra parte” (CARVALHO FILHO, 2005, p. 147).

É importante ressaltar que, neste trabalho, quando houver menção à expressão contratos administrativos, será adequado o conceito dado por Carvalho filho (2005, p.147-150), sendo eles considerados como espécie de contratos da Administração, conforme exposto anteriormente, sobre os quais incidem as normas de direito público e, supletivamente, as normas de direito privado.

Ressalte-se que a peculiaridade do contrato administrativo emana da supremacia do interesse público sobre o privado, o que concede à Administração Pública, como parte, a prerrogativa de alterar unilateralmente as obrigações que foram pactuadas e extinguir unilateralmente o contrato (MELLO, 2007).²⁹

Neste sentido, explica Lemes:

27 Denominados por Mello (2007, p. 596) como “contratos administrativos” e por Justen Filho (2006, 296) como “contratos administrativos propriamente ditos”.

28 Denominados por Mello (2007, p. 596) como contratos de Direito Privado da Administração e por Justen Filho (2006, p. 308) como contratos de direito privado pactuados pela Administração Pública.

29 Justen Filho (2006) e Carvalho Filho (2005) inserem outras prerrogativas da Administração Pública. Entretanto, são essas as mais importantes dentro do contexto em que se insere o trabalho.

Como elemento diferenciador, note-se que os contratos administrativos podem ser rescindidos e alterados unilateralmente pela Administração em decorrência das denominadas cláusulas exorbitantes; mas, evidentemente, com a contraprestação devida, ressarcindo o particular com os acréscimos e modificações efetuadas e sempre observando o princípio inarredável do equilíbrio econômico financeiro do contrato (Art. 37, XXI da Constituição Federal de 1988 – CF/88). (LEMES, 2007, p. 42).

Justen Filho explica que, ao contratar, o Estado não pode invocar o interesse público para restringir direitos, interesses ou garantias privadas.

É equivocado afirmar que o Estado dispõe do “direito” de inovar a relação jurídica. [...] Será inválida a inovação contratual que não se inserir nos limites da legalidade ou deixar de configurar-se como forma satisfatória e adequada de realizar o interesse público. (JUSTEN FILHO, 2006, p. 297).

Por fim, é necessário ressaltar que, conforme entendimento de Lemes (2007) e Moreira Neto (2001), o regime público aplicável aos contratos administrativos não exclui ou impossibilita a aplicação do direito privado, tema que será melhor aprofundado no último capítulo do presente estudo.

The image features a complex, abstract background composed of various shades of gray and white, with a prominent black horizontal band across the center. The background has a textured, almost crystalline appearance with some darker, more defined shapes that could be interpreted as stylized figures or structures. The central black band is solid and contains the word "ARBITRAGEM" in a clean, white, sans-serif font.

ARBITRAGEM

3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A arbitragem é um meio privado e adequado de solução de controvérsias, pelo qual as partes, fazendo uso da autonomia privada, delegam a terceiros, geralmente especialistas na matéria que será discutida, a solução de determinado litígio surgido entre si. No Brasil, o instituto é regulado pela Lei nº 9.307/1996, alterada pela Lei nº 13.129/2015, comumente denominada Lei de Arbitragem.

De acordo com Cretella Júnior (1998),

É o sistema especial de julgamento, com procedimento, técnica e princípios informativos especiais e com força executória reconhecida pelo direito comum, mas a este subtraído, mediante o qual duas ou mais pessoas físicas ou jurídicas, de direito privado ou de direito público, em conflito de interesses, escolhem de comum acordo, contratualmente, uma terceira pessoa, o árbitro, a quem confiam o papel de resolver-lhes a pendência, anuindo os litigantes em aceitar a decisão proferida. (CRETELLA JÚNIOR, 1998, p. 28).

Das formas de solução de litígio, é a que possui maiores semelhanças com o processo estatal, possuindo procedimento menos burocrático e, conseqüentemente, mais ágil (RENNÓ, 2003, p. 35). “[...] trata-se de procedimento desburocratizado, despido da rigidez procedimental do processo judiciário” (MAGALHÃES, 2000, p. 50).

Segundo Magalhães (2004),

A arbitragem é utilizada principalmente para a solução de questões empresariais, em particular, as internacionais, para cujo conhecimento específico há necessidade, tanto do direito internacional e empresarial quanto de costumes e praxes do comércio e, também, o problema da carência de uma jurisdição internacional. (MAGALHÃES, 2004, p. 9-10).

Firmada a convenção de arbitragem³⁰ em relação a determinado objeto, as partes optam por não submeter ao Poder Judiciário eventuais demandas surgidas no âmbito da referida relação. Neste sentido, Megna (2019) lembra que a inserção da cláusula arbitral possui o efeito positivo de reservar à arbitragem o conhecimento do mérito de um conflito, bem como o efeito negativo de retirar essa atribuição da jurisdição estatal. Segundo o autor:

A estabilidade desses efeitos é assegurada pelo princípio de que os acordos formados de boa-fé vinculam as partes (*pacta sunt servanda*), as quais têm legítima expectativa de seu cumprimento (direito de proteção da confiança). Por isso, mesmo as cláusulas vazias são exigíveis por meio de execução específica (art. 7º da Lei nº 9.307/1996), pois não se trata de mera promessa de contratar. (MEGNA, 2019, p. 232).

No que tange à sentença arbitral, esta possui caráter impositivo e é equiparada à sentença judicial, configurando-se como título executivo judicial, conforme dispõe o Código de Processo Civil (CPC), em seu artigo 515, inciso VII³¹ (BRASIL, 2015c).

Dentre as vantagens indicadas em relação ao uso da arbitragem, Magalhães (2012) cita a celeridade, a qualificação técnica e profissional dos árbitros, a liberdade das partes em determinar as regras procedimentais e o sigilo³². Além disso, o autor menciona que “a importância da arbitragem reside em se configurar em mais um instrumento disponibilizado à população para a solução de seus conflitos” (MAGALHÃES, 2004, p. 9).

30 O termo *convenção de arbitragem* é gênero do qual são espécies, a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. Ambos possuem o condão de instituir a arbitragem.

31 “Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: [...] VII - a sentença arbitral; [...]” (BRASIL, 2015).

32 As principais vantagens da arbitragem serão observadas, à frente, de forma mais detalhada.

A utilização da arbitragem, nas palavras de Theodoro Júnior,

[...] importa renúncia à via judiciária, confiando às partes a solução da lide a pessoas desinteressadas, mas não integrantes do Poder Judiciário. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário. (THEODORO JUNIOR, 2009, p. 43).

No mesmo sentido, dispõe o artigo 31 da Lei de Arbitragem, que regulamenta o método:

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. (BRASIL, 1996).

De acordo com Alvim, a arbitragem “pode ser convencionada por pessoas capazes, físicas ou jurídicas” (ALVIM, 2007, p. 1-2). Nos termos do artigo 1º da Lei de Arbitragem: “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis” (BRASIL, 1996).

Em suma, pode-se entender que a arbitragem é uma forma de solução de controvérsias escolhida por aqueles – pessoas físicas ou jurídicas e capazes de contratar – que, fazendo uso da autonomia privada, convencionam não submeter ao Poder Judiciário eventuais litígios surgidos em dada relação jurídica, referentes a direitos patrimoniais disponíveis. É um meio que possui características próprias, que se adequam à solução de demandas específicas e geralmente complexas, como é o caso das controvérsias que envolvem sociedades empresariais e demandas de cunho internacional. A sentença arbitral possui força de título executivo judicial, restando,

assim, juridicamente equiparada à sentença emanada do Poder Judiciário.

Quanto ao surgimento da arbitragem, Casado Filho (2014) ensina que não há consenso sobre a origem do instituto, especialmente considerando que a designação de uma decisão sobre um conflito a um terceiro é algo natural ao agrupamento humano. Segundo o autor, ainda nas formações mais simples da sociedade, é fácil imaginar que os indivíduos, quando em conflito, designavam ao membro líder do grupo, pessoa de confiança dos envolvidos, a decisão sobre a contenda. É o que ainda se estabelece, como exemplo atual, em agrupamentos indígenas, onde o cacique ou o pajé é aquele responsável pelas decisões dos litígios dos demais componentes do grupo (CASADO FILHO, 2014).

De maneira mais consistente, pode-se mencionar a existência e a utilização da arbitragem, de forma mais civilizada, em Roma. Primeiramente, antes mesmo da criação de um sistema estatal de decisão de litígios dos cidadãos, a arbitragem foi o meio heterocompositivo empregado de maneira exclusiva para solução de demandas, passando a concorrer, posteriormente, com a justiça estatal que, então, fora criada (ALVIM, 2007, p. 2)³³.

Nada obstante a longa existência do que se entende por arbitragem, tem-se que o instituto acabou por perder forças com o fortalecimento das justiças estatais, retomando seu desenvolvimento e relevância, especialmente para a solução de demandas entre particulares, com a ascensão do comércio internacional. Isso se deu, especialmente, em razão da arbitragem tornar mais confortável a solução de demandas entre os agentes do comércio internacional. Esse conforto se estabelece na medida em que o uso da arbitragem possibilita a decisão de eventuais demandas surgidas no âmbito de uma relação existente entre pessoas de duas ou mais nações por um terceiro de confiança das partes, não vinculado ao poder estatal dos países de origem dos envolvidos. É o que se denomina de desnacionalização dos contratos internacionais.

33 Para melhor aprofundamento sobre o tema, consultar ALVIM, José Eduardo Carreira. **Direito Arbitral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 1-5.

Conforme lição de Casado Filho (2014),

[...] diante da estatização das justiças locais, o comerciante internacional, sujeito que, por natureza, é desprovido de um local único de negócios, passou a enfrentar um dilema. Ao realizar seus contratos, teria de optar por um juízo que, provavelmente estaria vinculado de alguma forma a um dos lados do litígio. Afinal, é muito comum que se escolha entre o juízo da sede do vendedor ou o juízo da sede do comprador. Ambas as escolhas trazem consigo uma carga de desconfiança por parte do lado contrário. Nesse contexto, ressurge a ideia de escolher um terceiro imparcial que não se vinculasse a nenhum dos envolvidos no litígio e que, eventualmente, pudesse inclusive decidir a partir de um país igualmente desvinculado ao negócio jurídico em questão. (CASADO FILHO, 2014, p. 32-33).

No Brasil, têm-se notícias da arbitragem já na época da colonização. O instituto já era previsto nas Ordenações Portuguesas, que vigoraram no Brasil, inclusive, após a declaração de sua independência, na Constituição Imperial de 1824 e no Regulamento nº 737 de 1850 (BERALDO, 2014).

De forma geral, o instituto sempre foi permitido no ordenamento jurídico pátrio. Contudo, sua utilização foi incipiente até a promulgação da Lei de Arbitragem, em 1996, que conferiu ao instituto segurança jurídica e efetividade, possibilitando seu florescimento no Brasil.

Conforme leciona Rennó (2003), nada obstante a existência de previsão e permissão legal de utilização da arbitragem, vários fatores podem ser indicados para se tentar compreender a razão da sua pouca utilização. Pode-se mencionar, como um primeiro motivo, uma cultura voltada ao dissenso, pouco favorável aos meios adequados de solução de controvérsias. Ademais, o povo brasileiro teria uma expectativa

muito grande de contraprestação estatal, buscando, em um Estado paternalista, a solução de seus litígios.

A situação indicada mudou substancialmente com o advento da Lei de Arbitragem e com o incremento do Comércio Internacional no Brasil. Essa lei foi fruto de longo processo de investida, até a sua criação, após a tentativa de submissão de diversos anteprojetos à apreciação do Congresso Nacional.

Conforme leciona Rennó sobre os anteprojetos,

O primeiro foi levado ao Congresso em 1981, o segundo, em 1986, o terceiro, em 1988, mas foi o quarto projeto, de 1992, que contava com o apoio do então Senador Marco Maciel que acabou sendo aprovado e transformou-se na Lei nº 9.307/96. (RENNÓ, 2003, p. 56).

Conforme ensina Carmona (2009), após a submissão do último anteprojeto, que terminou por ser abandonado, os estudiosos da arbitragem mostraram-se desanimados pela pouca efetividade de suas contribuições, no sentido de aprovar uma legislação sobre o instituto. Foi nesse momento que emergiu da própria sociedade, a partir das categorias interessadas, o anteprojeto de 1992. O referido documento foi fruto de iniciativa do Instituto Liberal de Pernambuco que, no ano de 1991, lançou a Operação *Arbiter*, com o intuito de discutir e elaborar um anteprojeto de lei que preenchesse as expectativas daqueles que necessitavam de um meio alternativo ao Poder Judiciário e célere para solução de controvérsias.

Após a contribuição de diversos setores e estudiosos, o anteprojeto foi apresentado pelo então Senador Marcos Maciel, como esboço de lei, recebendo o número 78/1992. Decorrida ampla tramitação e algumas alterações na versão inicial submetida, o projeto foi aprovado em 1996, entrando a lei em vigência ainda no referido ano (CARMONA, 2009).

O texto aprovado trouxe várias alterações na forma de tratamento da arbitragem em âmbito nacional, retirando vários entraves à utilização do instituto. Contudo, foram duas as mudanças mais importantes.

Primeiramente, antes da promulgação da Lei de Arbitragem, a cláusula compromissória era ignorada pela legislação e dependia de uma aderência posterior das partes para instituição da arbitragem, não possuindo caráter vinculativo. Após a alteração legislativa, essa espécie de convenção passou a ser considerada obrigatória. Dessa forma, devidamente firmada a cláusula compromissória, as partes aderentes não mais podem se eximir da submissão da demanda, objeto da convenção, à arbitragem.

Outro entrave retirado pela lei foi a necessidade de homologação do laudo arbitral³⁴ pelo Poder Judiciário. Na legislação anterior, nada obstante a clara intenção das partes em não utilizar o processo estatal, após a prolação do laudo pelos árbitros, a decisão teria que ser submetida à homologação do Poder Judiciário. Essa exigência retirava da arbitragem sua celeridade e sigilo, aumentando, ainda, o custo para solução da demanda (CARMONA, 2009).

Dessa forma, com a nova lei, a utilização da arbitragem passou a ter maior segurança jurídica, o que transformou o Brasil em um ambiente propício para sua disseminação.

Como dito, o incremento do Comércio Internacional no Brasil também pode ser indicado como causa para o aumento da utilização da arbitragem. Aliás, esse fato pode ser mencionado como um dos incentivos da alteração legislativa sobre o instituto, que culminou na edição da Lei nº 9.307/1996

Conforme explicita Rennó (2003), a globalização e a formação de blocos regionais, bem como a aderência do Brasil a tratados e acordos internacionais intimamente relacionados ao comércio internacional, acarretaram na necessidade de maior utilização da arbitragem. Isso ocorreu, uma vez que os conflitos comerciais passaram a não ser

34 A expressão “laudo arbitral” foi substituída, e, atualmente, fala-se em “sentença arbitral”.

apenas internos, demandando, com isso, a utilização de um meio mais adequado para a solução desse tipo de litígio.

É possível mencionar também, no mesmo sentido, a forte política comercial que se estabeleceu no Brasil, a partir de 1988, que retirou barreiras aos negócios internacionais, incentivando ainda mais o comércio nesse âmbito.

Conforme já indicado, mundialmente, a arbitragem é uma opção amplamente utilizada para a solução de conflitos referentes a relações de comércio internacional, evitando-se que eventual demanda surgida entre partes de nações diferentes sejam decididas pelo Judiciário do país de origem de um dos envolvidos.

Em adição, o uso da arbitragem teve perceptível crescimento no Brasil, especialmente após o posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF), à época responsável pela homologação de sentença arbitral estrangeira³⁵, quando a corte concluiu pela constitucionalidade dos artigos relativos ao efeito negativo da cláusula compromissória contidos na Lei de Arbitragem³⁶, não acatando a alegação de violação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, insculpido no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição de 1988³⁷.

Por todo o exposto, observa-se que o instituto da arbitragem no Brasil se estabeleceu após a promulgação da Lei de Arbitragem³⁸ e floresceu, em âmbito nacional, passando a ser cada vez mais utilizado na solução de conflitos.³⁹

35 Hoje de competência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), por força da Emenda Constitucional nº 45 de 2004.

36 Por maioria de votos, o Plenário do STF julgou, em 2001, recurso em processo de homologação de Sentença Estrangeira (SE 5.206), considerando constitucional os dispositivos contidos na Lei de Arbitragem.

37 “Art. 5º [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito [...]” (BRASIL, 1988).

38 A referida lei sofreu alterações no ano de 2015 por meio da Lei nº 13.129. Para maior detalhamento, consultar MAIA NETO, Francisco; MUNIZ, Joaquim de Paiva (Coords.). **Reforma da Lei de Arbitragem, comentários ao texto completo da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996 com as alterações da Lei 13.129, de 26 de maio de 2015**. Belo Horizonte: Francisco Maia & Associados, 2015.

39 De acordo com pesquisa realizada anualmente pelo jornal Valor Econômico, “as disputas arbitrais envolveram valores recordes no último ano. Foram cerca de R\$ 24

Indicado, em termos gerais, o que se entende por arbitragem e suas origens, com o intuito de se criar uma base para compreensão da pesquisa proposta, passa-se a estudar sobre a arbitrabilidade objetiva e subjetiva, bem como, após, sobre a natureza jurídica e principais características do método.

3.2 ARBITRABILIDADE

A arbitrabilidade é um conceito que diz respeito à possibilidade de sujeitos e matérias figurarem como partes e objeto em um procedimento arbitral.

Dolinger e Tiburcio ensinam que:

Mesmo se partindo da premissa que a jurisdição – aplicação da lei ao caso concreto – é uma das funções do Estado, admite-se que as partes possam decidir submeter a solução de seus litígios à arbitragem, ao invés de à jurisdição estatal. O Estado conserva, todavia, o poder de decidir que determinadas questões sejam dirimidas pela via da arbitragem, resultando no estabelecimento da regra da competência exclusiva da jurisdição estatal no que se refere a determinadas controvérsias. Nesse caso, diz-se que o litígio não é passível de ser resolvido por arbitragem, ou melhor, não é arbitrável. Dessa forma, a arbitrabilidade é uma condição da validade da convenção arbitral e consequentemente da competência dos árbitros. (DOLINGER; TIBURCIO, 2003, p. 637).

bilhões nas seis principais câmaras do país – mais que o dobro de 2015, quando os números bateram em R\$ 10,7 bilhões. Uma das justificativas para tamanho aumento é que os novos casos se referiram especialmente a conflitos em contratos de grande porte. Isso porque a evolução dos valores não foi acompanhada pelo número de novos procedimentos. Em 2015 havia ingressado nos tribunais arbitrais 222 casos e em 2016 foram 249. Ou seja, um aumento de cerca de 12% contra os mais de 100% correspondentes ao montante envolvido.” (BACELO, 2017).

Segundo Skitnevsky (2008), a arbitrabilidade pode ser entendida como os limites estabelecidos pela arbitragem, de acordo com a lei interna de cada país, que inviabilizam seu uso por certas pessoas e matérias. Hanotiau (2003) compreende de forma diversa, entendendo o termo como a possibilidade de submissão de uma demanda à arbitragem. De outro lado, Gaillard e Savage (1999) consideram a arbitrabilidade apenas como a possibilidade de resolver litígios por meio da arbitragem.

Importa destacar, assim, que a arbitrabilidade pode ser observada em duas dimensões. Quando se trata da arbitrabilidade referente à matéria, diz-se que esta é objetiva. Já quando é referente à possibilidade de uma pessoa figurar como parte em uma arbitragem, é denominada arbitrabilidade subjetiva.

Em termos gerais, o que se tem é que a arbitrabilidade pode ser considerada como os limites impostos às matérias e pessoas que as vedam ou permitem serem objeto ou partes em uma arbitragem. Dessa forma, a arbitrabilidade indica tanto quem quanto o que pode ser submetido à arbitragem, bem como quem e o que não o podem, de acordo com o que é estabelecido na legislação interna de cada país.

Dessa forma, pode-se observar, especificamente no Brasil, que a arbitrabilidade está definida no artigo 1º da Lei de Arbitragem, que determina que “[...] as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis” (BRASIL, 1996).

3.2.1 ARBITRABILIDADE SUBJETIVA

Como dito, a possibilidade de alguém fazer uso da arbitragem como forma de solução de controvérsias é denominada arbitrabilidade subjetiva. A legislação pode, de acordo com a condição ou função do sujeito, restringir a sua capacidade de fazer uso desse meio adequado de solução de controvérsias (SKITNEVSKY, 2008).

No ordenamento pátrio, a capacidade subjetiva de utilização da arbitragem é indicada na primeira parte do artigo 1º da referida lei, que determina que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios [...]”. (BRASIL, 1996). Dessa forma, pode-se concluir que todos os sujeitos que podem contratar, civilmente capazes, nos termos da legislação pátria, sejam pessoas físicas ou jurídicas, nos limites de seus deveres ou no gozo de seus direitos, também podem fazer uso da arbitragem (LEMES, 2007).

Conforme ensina, Alvim (2007), podem ser parte em uma arbitragem, as pessoas físicas ou jurídicas, “[...] desde que a lide envolva ‘direitos patrimoniais disponíveis’. Tanto assim é que o artigo 1º da Lei de Arbitragem fala em ‘pessoas capazes de contratar’ e essa qualidade não é exclusiva de pessoa física” (ALVIM, 2007, p. 96).

Lemes (2007) ressalta que é recorrente, na legislação brasileira, a relação existente entre a permissão de uso da arbitragem por um sujeito e a sua capacidade civil. Dessa forma, em regra, não se identificam vedações para o uso da arbitragem pelos sujeitos capazes de contratar, e essa situação pode ser constatada no Brasil já nas Ordenações Filipinas de 1603.

Assim, pode-se inferir que, no ordenamento jurídico brasileiro, as pessoas capazes de contratar, sejam físicas ou jurídicas, podem fazer uso da arbitragem para resolução de suas divergências.

3.2.2 ARBITRABILIDADE OBJETIVA

A arbitrabilidade objetiva refere-se ao objeto a ser submetido à arbitragem, estabelecendo e limitando as matérias que podem ser submetidas ao procedimento, sendo uma condição de validade da cláusula arbitral.

As matérias que podem ser submetidas dizem respeito à disponibilidade do direito em questão e dependem da limitação imposta pelo ordenamento ao qual se submetem as partes e a causa em questão. Assim, para se saber se a matéria é arbitrável, é necessário

buscar as leis específicas a que se refere o caso concreto e analisá-las de forma a verificar se o direito em caso possui impedimentos à utilização da arbitragem, ou seja, se o direito é disponível ou não.

De forma geral, os direitos inalienáveis possuem inarbitrabilidade por se tratarem de matérias nas quais existe interesse público ou que dizem respeito a questões de ordem pública, sendo essas últimas consideradas como o maior dos limites impostos à utilização da arbitragem (SKITNEVSKY, 2008).

Neste sentido, a matéria pode ser submetida à arbitragem quando for considerada disponível pelo ordenamento, sendo essa uma das condições para validade do compromisso arbitral, tendo em vista que, se a matéria não pode ser submetida à arbitragem, de nada vale a vontade das partes em utilizar o instituto como forma de solução de suas controvérsias.

No Brasil, a regra sobre arbitrabilidade objetiva está insculpida na segunda parte do artigo 1º da Lei de Arbitragem, que determina que os direitos que serão discutidos na arbitragem devem ser “[...] relativos a direitos patrimoniais disponíveis” (BRASIL, 1996).

Sobre o tema, Lemes (2007) ensina que o conceito de disponibilidade está intimamente vinculado à definição de negociabilidade e de bens suscetíveis de valor e livres no mercado, ou seja, que tenham patrimonialidade. A autora aduz que “Os direitos patrimoniais disponíveis são aqueles direitos que as partes e seus detentores têm a livre disposição, para praticar atos da vida civil, como alienar, vender, etc.” (LEMES, 2007, p. 124).

Por todo exposto e em conclusão, extrai-se que podem ser submetidas à arbitragem as matérias referentes a direitos patrimoniais disponíveis, ou seja, aquelas que possuam caráter patrimonial, passíveis de negociabilidade.

3.3 NATUREZA JURÍDICA E PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DA ARBITRAGEM

3.3.1 NATUREZA JURÍDICA

Sobre a natureza jurídica do instituto, é possível mencionar alguns entendimentos divergentes sobre o tema. Os denominados privatistas ou contratualistas entendem que a arbitragem possui natureza contratual, vez que se origina de um compromisso feito entre as partes. Já os publicistas ou processualistas entendem que a arbitragem possui natureza jurisdicional, uma vez que a sentença arbitral decide o litígio por meio de um poder conferido pelas partes aos árbitros, impedindo que a controvérsia seja levada à jurisdição estatal (ALVIM 2007).

Beraldo (2014) ensina que

A primeira delas, também denominada contratualista, vê na arbitragem, unicamente, um negócio jurídico, sendo o árbitro apenas uma pessoa contratada para dirigir um processo e sentenciá-lo. E, justamente por este não ter poderes para forçar o cumprimento de suas decisões, só vem a corroborar a tese. A segunda, também nomeada jurisdicionalista, percebe, na arbitragem, verdadeira atividade jurisdicional, e, prova disso, é a lei ter outorgado poderes, ao árbitro, para dirimir os conflitos de interesses das partes. (BERALDO, 2014, p. 3-4).

Como mencionado, a sentença arbitral, considerando as inovações trazidas pela Lei de Arbitragem, é equiparada a uma sentença emanada do Poder Judiciário, independentemente de sua homologação judicial. Além disso, tanto a cláusula compromissória como o compromisso arbitral têm o condão de determinar a instituição

de uma arbitragem, sem que seja necessária a intervenção do Judiciário. Por essas razões, Theodoro Júnior (2012) indica que, com o advento da Lei Brasileira de Arbitragem, a corrente contratualista perdeu forças, passando a ter mais argumentos a corrente jurisdicionalista.

Se no regime anterior à Lei nº 9.307, mostrava-se forte a corrente que defendia a natureza contratual ou privatística da arbitragem, agora não se pode mais duvidar que saiu vitoriosa, após o novo diploma legal, a corrente jurisdicional ou publicística.

Com efeito, não obstante apoiada no pressuposto de uma autorização contratual, o novo procedimento arbitral, uma vez instaurado, em tudo se equipara à jurisdição oficial, já que nem mesmo o compromisso depende necessariamente de intervenção judicial, nem tampouco a sentença arbitral tem sua eficácia subordinada a qualquer crivo de aprovação em juízo. (THEODORO JÚNIOR, 2012, p. 72).

Há, também, uma terceira corrente, intermediária ou conciliadora, que, segundo Lemes (2007), é a que melhor se coaduna com o instituto. A referida corrente considera a arbitragem como contratual na fonte ou origem, uma vez que aqueles que se submetem ao procedimento o fazem em razão de um acordo anterior à arbitragem, mas jurisdicional no objeto ou resultado, considerando que sua finalidade é uma prestação jurisdicional, qual seja, uma decisão exequível e definitiva referente a uma demanda.

Ainda segundo a autora, há também uma quarta corrente, chamada parajurisdicional, que entende que a arbitragem se encontra sob a garantia do Estado, mas com a decisão entregue a um terceiro particular, cujas decisões se tornam estatais após o proferimento, possuindo, inclusive, as sanções típicas da sentença emanada do Poder Judiciário.

Essa quarta corrente compreende a arbitragem como um equivalente jurisdicional, “ao considerar que a jurisdição pertence

somente ao Estado. Porém, a arbitragem equivale a ela, pois apresenta todas as suas funções” (MAGALHÃES, 2004, p. 66).

A arbitragem é um equivalente jurisdicional, pois preenche todas as funções da jurisdição, ou seja, os objetivos sociais, políticos e jurídicos. Mas não é jurisdição, pois é função estatal, faz parte da soberania do estado e toda exceção terá que estar prevista na Constituição – o que não ocorre no caso da arbitragem. (MAGALHÃES, 2004, p. 279).

Ainda segundo o autor acima citado, a escolha de qualquer uma das teorias para tratamento do instituto dependerá das premissas tomadas como verdadeiras para a exploração da tese desejada.

Dito isso, para o presente estudo, pela compreensão da origem contratual que se percebe na opção pela arbitragem, porém, sem negar o caráter jurisdicional da sentença arbitral, a adoção da corrente intermediária será considerada como a mais adequada para a abordagem do instituto em análise.

3.3.2 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA

Como mencionado, a arbitragem pode ser considerada como um contrato, do ponto de vista da sua natureza jurídica, no que tange à sua origem. Dentre outros, o princípio da autonomia privada é considerado de grande relevância para o estudo dos contratos.

No caso da arbitragem, a autonomia privada pode ser mencionada de forma ainda mais importante, restando considerada como pilar do instituto e quase sempre indicada em primeiro lugar quando as características essenciais do método são abordadas.

A palavra autonomia é originada do vocábulo grego *autonomía*. *Autos* significa por si mesmo ou o mesmo; *nomos* significa convenção, lei. Assim, extrai-se que o termo indica, propriamente, a condição

pela qual o indivíduo pretende ter a capacidade de escolher as regras que orientam sua conduta (FERREIRA, 2009).

O princípio da autonomia privada tem fundamento no artigo 5º, inciso II da Constituição de 1988, que determina não ser dever de ninguém fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei.⁴⁰ Neste sentido, pode-se extrair que os indivíduos possuem liberdade de estabelecer e definir os termos de uma relação jurídica, desde que não haja vedação pelo ordenamento jurídico para tanto.

Sobre o tema, Ferreira ensina que

O Direito reserva às pessoas uma faixa de “liberdade” destinada ao estabelecimento de normas particulares para regular seus interesses, que se denomina autonomia. Resultado do exercício dessa liberdade no contexto do Direito, a autonomia é erigida à condição de princípio normatizador na ordem da vida privada. (FERREIRA, 2009, p. 495).

Como dito, a arbitragem se sustenta de forma basilar na autonomia privada, em razão da necessidade de ser estabelecida entre as partes uma convenção anterior, como uma autorregulação, que indique a intenção de submissão da demanda à solução arbitral (BERALDO, 2014). É possível e comum que, na referida convenção, se estabeleçam outros pontos relevantes, como a lei aplicável em caso do surgimento de um litígio, o número de árbitros e o tipo de arbitragem (institucional ou *ad hoc*⁴¹). Neste sentido, Casado Filho entende que

40 “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.” (BRASIL, 1988).

41 A arbitragem institucional é aquela em que uma instituição é indicada para administrar o procedimento arbitral. Nesse caso, as partes convencionam adotar o regulamento da instituição escolhida. Na arbitragem *ad hoc*, as partes e os árbitros, e eventuais secretários, realizam a administração da arbitragem, necessitando estabelecer também as regras sobre o procedimento, vez que inexistente um regulamento para tanto.

o referido princípio “[...] é algo que permeia toda a arbitragem, seja nacional ou internacional, não apenas como seu fundamento de validade, mas como princípio orientador dos árbitros e das partes em todo o procedimento” (CASADO FILHO, 2014, p. 38).

Conforme leciona Fiuza (2008), o princípio da autonomia privada:

Consiste na liberdade de as pessoas regularem, através de contratos, seus interesses, respeitados os limites legais. A autonomia privada é a esfera de liberdade em que às pessoas é dado estabelecer normas jurídicas para reger seu próprio comportamento. Os contratos são um fenômeno da autonomia privada, em que as partes se impõem normas de conduta. (FIUZA, 2008, p. 404).

Em adição, o autor ressalta que a autonomia privada não deve ser confundida com a autonomia da vontade. Esta diz respeito à capacidade de autodeterminação do indivíduo, de manifestação livre de sua vontade, algo que teria origem interna e seria externado pelo sujeito. Já aquela, como mencionado, trata da capacidade de autorregulamentação, emanada de uma vontade que surgiria em razão de uma necessidade, originada de fatores externos e condicionada aos limites legais. Neste sentido, a autonomia privada está limitada ao que é imposto pelo ordenamento jurídico.

Em sentido próximo, Amaral Neto (1984) defende que “[...] a autonomia da vontade dá relevo à vontade subjetiva, psicológica, enquanto que a tese da autonomia privada destaca a vontade objetiva, que resulta da declaração ou manifestação de vontade, fonte de efeitos jurídicos” (AMARAL NETO, 1984, p. 45-46).

Para exemplificar a limitação existente na autonomia privada dentro do contexto da arbitragem, pode-se citar a invalidade de cláusulas compromissórias que tenham como objeto questões que envolvam direitos indisponíveis. Conforme mencionado, a Lei

Brasileira de Arbitragem limita a utilização da arbitragem para questões de direitos patrimoniais disponíveis, havendo, assim, uma restrição legal ao uso do referido instituto. Neste sentido, ainda que exista convenção entre as partes, no sentido de fazer uso do método para solução de divergências relacionadas a esse tipo de matéria, essas não poderão lançar mão da arbitragem em razão de uma restrição legalmente estabelecida.

Desta forma e pelo exposto, pode-se concluir que a arbitragem é baseada na autonomia privada, que pode ser entendida como a capacidade dos indivíduos estabelecerem regras e se autorregular, desde que não contrariem o regime legal estabelecido, tornando-se responsáveis⁴² por essa manifestação de vontade.⁴³

3.3.3 CELERIDADE⁴⁴

Uma característica importante da arbitragem diz respeito ao tempo que se leva para solução de uma demanda. Comumente, se diz que o método é célere no que tange à resolução de disputas.

Ressalte-se que, quando se fala em celeridade⁴⁵, cabe mencionar que o objeto de referência é célere em comparação a outro objeto. No caso do procedimento arbitral, trata-se de um procedimento

42 Fiuza (2008) indica que o princípio da autorresponsabilidade é um daqueles que emanam da autonomia privada. Este subprincípio deriva intimamente da autonomia privada, vez que tem relação com a capacidade do ser de se impor normas de conduta e ser por isso responsabilizado. Determina que “[...] desde que uma pessoa declare sua vontade livremente, de acordo com a Lei, será responsável por ela. Ao declarar sua vontade, o indivíduo se autorresponsabiliza por ela” (FIUZA, 2008, p. 405).

43 É importante destacar que, no caso específico da Administração Pública, quando esta utiliza a arbitragem nos contratos administrativos, nos quais incidem precipuamente as normas de direito público, ela o faz com base na legalidade e na discricionariedade do administrador, conforme será oportunamente detalhado nesta pesquisa.

44 A questão da demora na solução de litígios, no que tange ao acesso à justiça, bem como a questão do tempo no contexto do uso dos MASCs serão abordadas de forma mais profunda neste trabalho, respectivamente, nos capítulos 4 e 5.

45 É importante ressaltar que a celeridade na resolução de uma demanda não pode ocorrer em detrimento da qualidade da decisão, sob pena de não se acessar a justiça de forma adequada, conforme será melhor detalhado em momento oportuno no presente trabalho.

constantemente comparado com o método judicial que, como já mencionado, é aquele que mais se assemelha com a arbitragem.

Neste sentido, de fato, é possível indicar que, em geral, as demandas são resolvidas no procedimento arbitral de forma mais célere do que quando submetidas ao Poder Judiciário.

Essa percepção foi indicada em pesquisa realizada pelo Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBar), na qual profissionais, usuários e atuantes em procedimentos arbitrais foram entrevistados e indicaram a celeridade⁴⁶ como a primeira vantagem concreta na utilização da arbitragem quando comparada com o processo judicial (COMITÊ BRASILEIRO DE ARBITRAGEM, 2012).

Rodovalho (2015) ensina que o fator tempo é especialmente relevante quando se observa a situação da Justiça estatal. O autor menciona que o Brasil possuía, a época da publicação, em 2015, 14 mil magistrados em primeiro grau, julgando em média 1.082 processos por ano, correspondendo a três processos a serem julgados diariamente, se considerados 365 dias de trabalho. Indica também estudo realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que verificou a existência de 95 milhões de processos em andamento no Poder Judiciário, dos quais 70% já aguardavam julgamento em 2013. Apenas no ano de 2014, houve o ingresso de aproximadamente 28 milhões de novas demandas. A referida pesquisa ainda demonstrou que o aumento da estrutura e de pessoal no Judiciário não tem resultado diretamente proporcional na produtividade, o que pode indicar um ponto-limite na produção dos magistrados.

Vilela (2007), escrevendo especificamente sobre as sociedades empresárias, indica que a demora na obtenção de um resultado sobre o litígio é especialmente prejudicial, vez que pode acarretar no adiamento de investimentos e paralisação da sociedade, o que, por vezes, determina a não subsistência de sua atividade. A prestação jurisdicional que chega fora do tempo devido ocasiona, em muitos casos, a falência da sociedade. No mesmo sentido, Henriques indica

⁴⁶ Que diz respeito ao tempo necessário para ter uma solução definitiva do conflito.

que, “não raro, um dos ‘activos’ mais valiosos de uma empresa, quando não o ‘único’ activo, consiste justamente num direito à acção contra outrem” (HENRIQUES, 2015, p. 574).

Nas palavras de Fiuza (1995),

A morosidade da justiça entrava a própria vida democrática desse país, na medida em que nossas pretensões quedam sem o devido retorno. É essencial à democracia garantir não só os direitos individuais em si, mas, também, sua realização. (FIUZA, 1995, p. 13).

De forma geral, a morosidade é vista como um dos aspectos mais negativos do Poder Judiciário, vez que a demora no surgimento da decisão torna o direito menos efetivo. Assim, a dificuldade de imposição de um direito no tempo adequado causa o seu enfraquecimento, culminando em consequências negativas para a sociedade⁴⁷.

Em outras palavras, de nada adianta ir a juízo, se não há uma resposta em tempo hábil “e capaz de realizar os objetivos da jurisdição. Há obstáculos que devem ser rompidos e um deles é o da demora da prestação jurisdicional” (CORTÊS; MAGALHÃES, 2006, p. 85).

47 A importância da celeridade no que tange ao acesso à justiça foi percebida e contemplada no Brasil por meio da Emenda Constitucional 45, que implementou a denominada reforma do Judiciário e inseriu, no artigo 5º da Constituição de 1988, o inciso LXXVIII, que determina: “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” (BRASIL, 1988). Portanto, percebe-se a inclusão na Magna Carta do entendimento da necessidade de se garantir um meio de acesso à justiça que tenha a duração adequada para a solução da demanda.

No mesmo sentido dispõe a Convenção Americana de Direitos Humanos, também denominada como Pacto de San José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário: “Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.” (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969).

Essa situação resulta no sentimento de insegurança jurídica, de desapego em relação às instituições públicas, já que não garante direitos. Um quadro desfavorável que inibe a natural recorrência às leis e até mesmo desestimula os investimentos de capital na produção, repercutindo claramente, a sensação de que a Justiça é inacessível, cara, complexa, lenta, inadequada. Com isso, propagam-se os conceitos: Justiça é denegação de justiça, a Justiça é injusta, não há justiça. (MAGALHÃES, 2000, p. 8).

No que tange à arbitragem⁴⁸, existem alguns fatores que contribuem para que ela transcorra com celeridade, dentre os quais, podem-se indicar a especialidade do julgador, sua dedicação à solução do litígio e a ausência de recursos.

Em relação à especialidade do julgador, esse possui maior facilidade para compreensão e decisão sobre a demanda, tendo em vista sua capacidade técnica, de maneira que é possível extrair que essa característica auxilia na rapidez do deslinde do procedimento.

No que diz respeito à dedicação do árbitro, o profissional, ao ser indicado para participar como julgador em uma arbitragem, é convidado a informar se possui disponibilidade suficiente para atuar no procedimento. Dessa forma, caso não entenda que possui o tempo necessário para dedicar-se à função, deverá declinar do convite. Essa situação é exatamente contrária à situação do juiz de direito que, nada obstante possa estar sobrecarregado em sua função, obrigatoriamente recebe a demanda que lhe é encaminhada por sorteio.

48 Em pesquisa realizada por Lemes, foi observada a duração média das arbitragens que, pontue-se, em regra, dizem respeito a questões complexas: “Duração do procedimento arbitral, a partir da assinatura do Termo de Arbitragem até prolação da Sentença Arbitral. Em 2018 a média em processar arbitragens (duração do procedimento) nas Câmaras indicadas foi de 18,8 meses. A Câmara com menor tempo foi a CAM-CCBC com a média de 14,3 meses. Em 2019 a média em processar arbitragens (duração do procedimento) nas Câmaras indicadas foi de 18,4 meses. A Câmara com menor tempo foi a AMCHAM com a média de 9,4 meses.” (LEMES, 2020, p. 5).

Em relação à ausência de recursos, tem-se que, na arbitragem, são permitidos apenas Pedidos de Esclarecimentos⁴⁹, o que reduz substancialmente o tempo para resolução final da demanda.

Na lição de Rodovalho,

A arbitragem, por sua vez, é célere. A própria Lei de Arbitragem fixa-lhe prazo de seis meses para terminar, ainda que não seja incomum sua prorrogação. Mas, mesmo com a prorrogação, a média das principais câmaras arbitrais é de pouco mais de um ano de duração, com realização de provas e audiências. Isso sem se falar nas chamadas arbitragens expeditas, mais céleres ainda.

Sendo a arbitragem resolvida em sentença final, não cabe recurso para impugná-la, cabe apenas Pedido de Esclarecimento (assemelhado aos embargos de declaração, no CPC). Assim, uma vez proferida a sentença arbitral, pode-se tão somente tentar-lhe a anulação por vício procedimental, mas não de mérito. (RODOVALHO, 2015, p. 16).

Esses pontos demonstram que o procedimento arbitral possui melhores condições de se desenvolver, no que concerne ao intervalo de tempo necessário para solução da demanda, e que a celeridade pode ser considerada um dos principais atrativos para utilização do método.

3.3.4 ESPECIALIDADE DO JULGADOR

Uma das características mais citadas sobre o procedimento arbitral diz respeito à especialidade do julgador. Magalhães ensina que a especialização dos árbitros é uma vantagem da arbitragem, no sentido de que a liberdade de indicação do profissional pelas partes faz

⁴⁹ Comumente equiparado aos embargos de declaração do processo judicial.

com que “a escolha recaia sobre pessoas que são dotadas de necessário conhecimento técnico das questões que irão resolver – os *experts* na matéria do litígio” (MAGALHÃES, 2000, p. 50).

Como será observado em item posterior, a capacidade técnica e especialização do árbitro têm íntima ligação com o que se entende atualmente sobre acesso à justiça. Por possuir a especialidade necessária para compreensão e julgamento da demanda, o julgador tem condições de decidir adequadamente o litígio, compreendendo as suas nuances e especificidades, conseguindo de forma eficaz e precisa indicar a resolução justa da demanda.

O caráter técnico e a qualidade das decisões foram indicados pela já mencionada pesquisa realizada pelo CBar, como a segunda maior vantagem concreta da utilização da arbitragem em relação ao processo judicial (COMITÊ BRASILEIRO DE ARBITRAGEM, 2012).

Convidados a apontar quais seriam as principais vantagens concretas da arbitragem, quando comparada ao processo judicial, a maioria dos entrevistados indicou em primeiro lugar “o tempo necessário para ter uma solução definitiva para o conflito” (37% das respostas), seguido do “caráter técnico e a qualidade das decisões” (27% das respostas). (COMITÊ BRASILEIRO DE ARBITRAGEM, 2012, p. 11).

Como exemplo, é possível citar as demandas referentes aos contratos de infraestrutura que comumente possuem cláusula compromissória indicando a opção pela arbitragem.

Em casos de litígios sobre esse tipo de matéria, a análise da demanda denota alta complexidade e dificilmente será bem decidida, por exemplo, por um juiz de direito, que pode ser considerado, dada a sua função, como um generalista. Seria impossível demandar de tal profissional conhecimento técnico específico de todos os tipos de assuntos que lhe são submetidos. Conforme entende Levy, ainda que

seja importante o aprimoramento técnico dos juízes, essencialmente, a partir da criação de varas e colegiados especializados no Poder Judiciário, “algumas matérias não restam apenas inacessíveis ao magistrado, mas também exigem um estudo e um aprofundamento cuja carga de trabalho desses juízos raramente permite” (LEVY, 2014, p. 214).

Por essa razão, a especialidade do julgador é um dos motivos que podem ser apontados quando as partes optam pela arbitragem para resolução de suas demandas e acarreta em uma melhor qualidade da decisão, essencialmente quando se trata de litígios que envolvem questões com alto grau técnico e de complexidade.

3.3.5 CONFIDENCIALIDADE

Ao contrário do que ocorre nos processos judiciais, nos quais a regra é a publicidade, a confidencialidade é característica comum do procedimento arbitral. Essa propriedade não ocorre por imposição legal, mas é fruto de uma prática comum no meio arbitral, no sentido de se estabelecer contratualmente o sigilo.

A Lei Brasileira de Arbitragem não estabelece o caráter sigiloso do procedimento arbitral, indicando apenas, em seu artigo 13, parágrafo 6^o⁵⁰, que o árbitro, no desempenho de sua função, deve proceder com discrição.

A confidencialidade, em regra, está estabelecida nos regulamentos de arbitragem das câmaras de arbitragem, que, ao serem adotados pelas partes para solução de suas demandas, passam a ter força de norma. Esse aspecto tem atraído pessoas físicas e jurídicas “que não desejam ver seu conflito exposto ao grande público, especialmente quando questões negociais sensíveis estão em jogo” (RODOVALHO, 2015, p. 16).

50 “Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes. [...] §6º No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição.” (BRASIL, 1996).

Para ilustrar o tema, imagine-se uma sociedade empresária, com ações comercializadas na bolsa de valores, em conflito com o seu maior fornecedor, único produtor nacional de certa matéria prima, essencial ao negócio desenvolvido pela referida sociedade. Nesse caso, o conhecimento da existência da mencionada demanda pelo público em geral poderia ocasionar impacto negativo no valor das ações da sociedade. Isso porque o potencial rompimento da relação com o principal fornecedor poderia ocasionar problemas na produção, indicando uma possível crise, o que repeliria investidores⁵¹.

Conforme lecionam, Silveira e Trigueiros, “[...] nem sempre é conveniente dirimir um conflito, ainda que entre dois concorrentes, com a publicidade de uma ação judicial. Por vezes a concorrência causa menor dano do que uma informação estratégica aberta ao mercado” (SILVEIRA; TRIGUEIROS, 2007, p. 127).

A relevância da confidencialidade para o procedimento arbitral foi contemplada pela Lei nº 13.129/2015 que realizou alterações na Lei Brasileira de Arbitragem. Foi inserido, o artigo 22-C, na Lei nº 9.307/1996, que dispõe o seguinte:

Art. 22-C. O árbitro ou o tribunal arbitral poderá expedir carta arbitral para que o órgão jurisdicional nacional pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato solicitado pelo árbitro.

Parágrafo único. No cumprimento da carta arbitral será observado o segredo de justiça, desde que comprovada a confidencialidade estipulada na arbitragem. (BRASIL, 1996).

51 Levy (2014) destaca diversos aspectos que levam a confidencialidade a ser considerada como o aspecto da arbitragem mais relevante quando o objeto do litígio diz respeito a questões referentes à propriedade intelectual. Isso em razão das demandas, nessa seara, envolverem informações confidenciais, como conhecimentos técnicos não passíveis de registro ou tuteláveis, que poderiam ser indevidamente utilizados por concorrentes, caso se tornassem públicos.

Como é possível observar pela leitura do dispositivo, a carta arbitral é o meio utilizado pelo Tribunal Arbitral para comunicação com o Poder Judiciário. O parágrafo único estabelece que, no cumprimento da carta, deverá ser mantido o segredo de justiça sobre a providência, desde que comprovada a estipulação de confidencialidade na arbitragem. Referida inovação traz importante garantia e demonstra a importância do sigilo no procedimento arbitral, vez que, ao optar pela arbitragem com caráter sigiloso, as partes esperam que as informações concernentes à solução da demanda não se tornem públicas.

Ressalte-se que o sigilo deverá ser afastado nos casos em que há obrigação legal de publicidade, como é o caso das demandas que envolvem a Administração Pública, estudadas nesta pesquisa. Por força do princípio da publicidade, insculpido no artigo 37⁵², da Constituição de 1988, a confidencialidade não se aplica aos procedimentos em que a Administração ocupa um dos polos processuais do procedimento arbitral, ainda que prevista na convenção de arbitragem ou no regulamento da câmara indicada para administração do caso.

3.3.6 FLEXIBILIDADE

Na arbitragem, por força da autonomia privada já mencionada, as partes podem estabelecer como o procedimento arbitral se dará.

Os contratantes possuem liberdade para escolher as regras aplicáveis à solução do conflito sejam “materiais ou processuais; do ordenamento pátrio ou estrangeiro, dos usos e costumes ou regras de negócios (nacionais e internacionais); e, também, por equidade” (NUNES, 2012, p. 186-187). Dessa forma, como na arbitragem prevalece o princípio da autonomia privada, “os árbitros julgam conforme os parâmetros estabelecidos pelos próprios litigantes, dentro dos limites impostos pela legislação aplicável” (SOARES; NEVES, 2012, p. 26).

52 “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]” (BRASIL, 1988).

Assim, é comum que as partes estabeleçam a lei aplicável ao caso, evitando, assim, conflito entre normas, o que se torna especialmente relevante em relação a contratos que envolvem questões e partes de países diversos. A definição da legislação a que se submeterá o julgamento do litígio evita que se despenda tempo com esse tipo de discussão, reduzindo a duração do procedimento. Neste sentido, pode-se dizer que “a deformalização constitui um fator de celeridade, e dá maior liberdade para a parte atuar e solucionar o conflito de interesse” (MAGALHÃES, 2000, p. 15).

Além disso, as partes, em geral, definem, em conjunto com os árbitros, questões procedimentais, como prazos e forma de seu cumprimento, bem como o modo de produção das provas. Essa possibilidade é especialmente importante em relação a procedimentos de alta complexidade, que demandarão, caso a caso, prazos e produção de provas específicas, que se adequem à necessidade da situação, permitindo que os julgadores e as partes explorem de forma eficiente os aspectos envolvidos em cada caso concreto, tornando possível que se chegue a uma decisão adequada para a situação, vez que “sem um procedimento justamente estruturado não é possível chegar-se a uma decisão justa” (CAVANI, 2014, p. 122).

Em relação à produção de provas, quando se compara a arbitragem com o processo judicial, geralmente a figura do árbitro “dispõe de maior tempo para apreciar a prova produzida, o que representa audiências mais longas e depoimentos mais aprofundados, bem como laudos periciais escrutinados e com maiores esclarecimentos dos *experts*” (RANZOLIN, 2015, p. 105).

Sobre o assunto, Rodovalho ensina que,

Em vez do engessamento do Código de Processo Civil, as partes, em conjunto com os árbitros, podem moldar o procedimento para um formato que lhes seja mais adequado, de acordo com o conflito, desde que preservados os princípios da igualdade e do contraditório. Assim, podem ajustar como serão

apresentadas as manifestações, prazos, quais provas serão produzidas e em que ordem, enfim, disciplinar como querem que o procedimento se desenvolva. Note-se que o Projeto do Novo Código de Processo Civil⁵³, influenciado pelo êxito da arbitragem, tem procurado flexibilizar, em certa maneira, o próprio processo judicial, o que é um grande avanço. (RODOVALHO, 2015, p. 16).

A melhor produção de provas acarreta em uma melhor apuração dos fatos ocorridos no contexto do litígio. Nada obstante a verdade e os fatos não possam ser perfeitamente reproduzidos em um procedimento, a arbitragem permite melhor detalhamento das questões, bem como melhor análise por profissionais que possuem capacidade técnica no assunto. Todo esse contexto possibilita que se chegue a uma decisão mais justa e adequada.

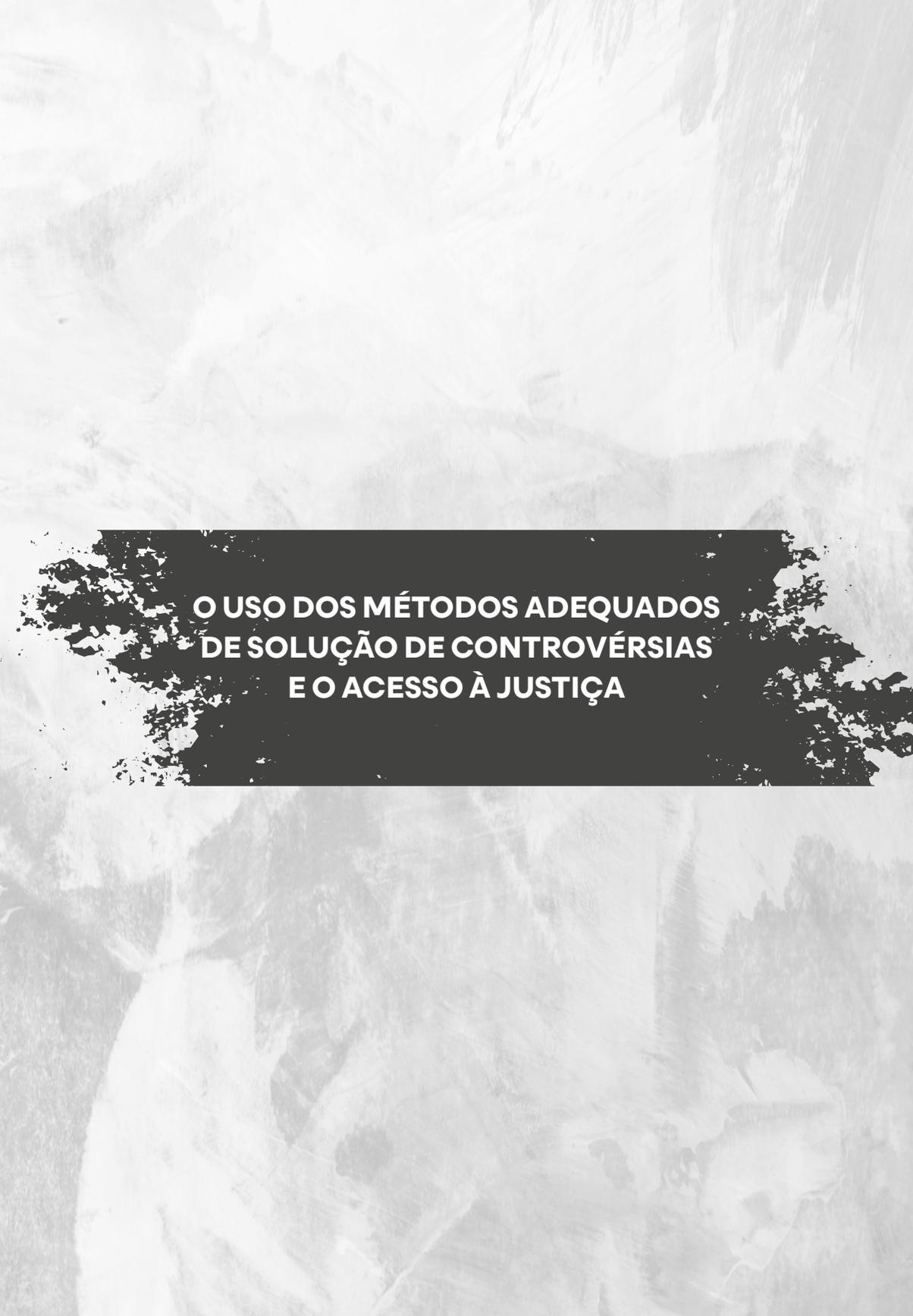
Sobre o tema, Cavani ensina que,

[...] mesmo que atingir a verdade seja um ideal nem sempre realizável, é preciso que ele seja procurado na medida do possível, já que é necessariamente injusta a decisão baseada em falsa verificação das alegações de fato no processo. Com efeito, em um ordenamento que consagra o modelo do Estado Constitucional as decisões dos juízes têm de espelhar, no maior grau possível, a verdade entre a situação comprovada na decisão e o verdadeiramente acontecido (correspondência). E para isso, exige-se uma adequada apuração dos fatos alegados (isto é, uma valoração da prova mediante instrumentos racionais), consubstanciada em justificação idônea. Na seara da importância da verdade no processo, é preciso, portanto, que: (i) quem alega fatos no contexto de um processo judicial possa efetivamente aportar meios que hipoteticamente possam ser idôneos para

53 Que deu origem à Lei nº 13.105/2015, o atual Código de Processo Civil.

aportar direta ou indiretamente, elementos de juízo acerca dos fatos que devem ser provados; (ii) esses meios de prova sejam efetivamente produzidos no processo; (iii) os meios de prova produzidos sejam valorados racionalmente; (iv) que exista motivação idônea por parte do juiz. Tudo isso leva a uma apuração o mais adequada possível, consubstanciada, como se vem insistindo, na importância da busca da verdade e a conformação de uma decisão justa a partir deste viés. (CAVANI, 2014, p. 134-135).

Por todo o exposto, observa-se a relevância da flexibilidade em relação à escolha pelo uso da arbitragem. Como será possível observar em item posterior, esse aspecto do instituto está intimamente ligado ao que se compreende atualmente por acesso à justiça e à adequação do procedimento à solução da demanda.



**O USO DOS MÉTODOS ADEQUADOS
DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS
E O ACESSO À JUSTIÇA**

No presente capítulo, os métodos adequados de solução de controvérsias serão observados frente ao acesso à justiça, de modo que seja possível compreender a importância específica do uso dessas formas de resolução de demandas pela Administração Pública, especialmente no que tange à arbitragem, método que está sob análise nesse estudo.

Assim, nas próximas linhas serão realizadas reflexões sobre a definição de acesso à justiça, sobre a importância do uso dos MASCs para a garantia do acesso à justiça, bem como sobre o uso destas formas de resolução de conflitos pela Administração Pública.

4.1 DEFINIÇÃO DO TERMO E ABORDAGEM SOBRE ACESSO À JUSTIÇA

O acesso à justiça é um termo de difícil e complexa definição e abordagem, e o que se buscará neste item é observar, de forma aprofundada, os diversos aspectos que envolvem o tema e que tenham relevância para a presente pesquisa.

Pode-se considerar o acesso à justiça como um dos direitos que devem ser garantidos dentro do que se compreende por Estado Democrático de Direito.

De acordo com Santos

O Estado democrático de direito é um conceito que designa qualquer Estado que se aplica a garantir o respeito das liberdades civis, ou seja, o respeito pelos direitos humanos e pelas garantias fundamentais, através do estabelecimento de uma proteção jurídica. Em um estado de direito, as próprias autoridades políticas estão sujeitas ao respeito das regras de direito. (SANTOS, 2011, p. 1).

No âmbito da mencionada forma de Estado, o acesso à justiça é percebido como indispensável, vez que confere condições de correção

de uma situação de violação das garantias fundamentais e dos demais direitos estabelecidos. Desta maneira, tem-se que a existência de uma garantia ou direito pode não ser efetiva, caso não haja, na hipótese de sua violação, um meio eficiente, efetivo e eficaz que garanta coercitivamente o seu respeito.⁵⁴

No que tange à evolução da abordagem sobre o acesso à justiça, tem-se que ao longo do tempo o termo foi enfrentado de diversas formas, de acordo com a percepção de sua efetividade e com o foco que lhe foi dado.

Cappelletti e Garth (1998), no trabalho denominado *Acesso à Justiça*⁵⁵, realizaram um relatório acerca das mudanças ocorridas no que tange à compreensão do mencionado direito.⁵⁶ Os autores indicam que:

54 Villela (1982) defende que a coerção não é nota essencial ao direito, constituindo-se apenas como um atributo meramente acidental desse. O autor afirma, inclusive, que o uso da força, com o intuito de se impor uma norma, não está em consonância com a dignidade da pessoa humana. O ideal seria que as pessoas possuíssem a consciência do dever de cumprimento do direito, sem que fosse necessária a utilização de meios coercitivos. O uso da coerção corroboraria com uma irresponsabilidade social do homem que, acostumado a agir apenas por obrigação, não obedeceria às regras sempre que encontrasse meios ou brechas para tanto. O autor não ignora que no atual estágio da vida social a coerção seja necessária e que uma ruptura total neste sentido traria o caos, mas entende que se deve buscar sua superação, vez que uma ordem jurídica baseada na coerção é indigna da grandeza transcendental do homem.

55 A compreensão do que se entende por acesso à justiça nesta pesquisa terá como base a mencionada obra de Cappelletti e Garth (1998), nada obstante tenham sido utilizadas outras obras e entendimentos de outros estudiosos do assunto, de modo a complementar o estudo do tema.

56 “A expressão ‘Acesso à Justiça’ adquiriu seu sentido atual no fim da década de 1970. Anteriormente, referia-se ao acesso às instituições judiciais governamentais. No discurso pós-Segunda Guerra Mundial, ocasionalmente surgia como descrição do objetivo e dos benefícios da assistência judiciária, ou como meio de se assegurar a isonomia perante a lei. No fim dos anos 1970, contudo, a expressão adquiriu um novo e mais amplo significado: a possibilidade de se fazer uso das várias instituições, governamentais e não governamentais, judiciais e não judiciais, em que um demandante poderia buscar justiça. A concepção da justiça, em várias modalidades e em diversos arranjos institucionais, cristalizou-se com o surgimento do Projeto Florença. Esse projeto foi patrocinado pela Fundação Ford e pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Ministério da Educação italianos, sob a direção de Mauro Cappelletti, um estudioso de vasta imaginação e energia empreendedora. A obra do Projeto Florença está corporificada na massiva série de diversos volumes denominada *Acesso à Justiça*, publicada em 1978 e 1979, e em uma pequena biblioteca de volumes satélites e artigos jurídicos. Tendo como base programas e experimentos em muitos locais, o

A expressão “acesso à Justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico — o sistema por meio do qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios, sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. [...] Sem dúvida, uma premissa básica será a de que a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, pressupõe o acesso efetivo. O acesso não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. (CAPPELLETTI; GARTH, 1998, p. 3).

Na Constituição de 1988, o acesso à justiça é considerado fundamental e constitui um princípio, estabelecido no artigo 5º, inciso XXXV⁵⁷.

Conforme menciona Casado Filho, essa garantia também está presente nas principais convenções internacionais de direitos humanos e é reconhecida como princípio da inafastabilidade da jurisdição. O autor também menciona que, nos termos da Constituição de 1988, todos devem ter garantido o acesso à justiça, “para postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória relativa a um direito. O direito contempla não só direitos individuais, como também os difusos e coletivos” (CASADO FILHO, 2014, p. 63).

Atualmente, compreende-se que acessar à justiça não significa tão somente ter acesso a um meio de se processar uma demanda. Verifica-se ser necessário que o resultado, a decisão, a solução dada

Projeto Florença codificou uma noção ampliada de acesso que supera a representação por advogados e a visão das cortes como o lugar de busca pela justiça. Ao analisar o fim daquela década, o próprio Cappelletti enxergou o desenvolvimento da noção de Acesso à Justiça constituída por três ‘ondas’, exemplificadas por uma série de avanços institucionais” (GALANTER, 2015, p. 38-39).

57 Art. 5º, XXXV – “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988).

à situação conflituosa, sejam justas, e que a forma como isso se dará tenha efetividade, incluindo-se, aqui, a necessidade de que o processo não seja moroso. Neste sentido, Cavani ensina que,

Em sendo assim, o processo, pelo menos na sua dimensão particular deve trazer um resultado. Mas não qualquer resultado. Tem de ser um que se espelhe na máxima medida do possível as exigências do direito material. Daí que se entenda que a tutela oferecida aos direitos (ou melhor: às situações jurídicas que são levadas ao processo) deve ser efetiva, adequada e tempestiva. Uma decisão produto de uma estrutura adequada que traga, no plano físico, efetividade em tempo proporcional (ou seja, sem dilações indevidas), pode ser chamada de justa. Essa justiça, refletida na tutela dos direitos, é o rasgo característico do processo do Estado Constitucional. (CAVANI, 2014, p. 121-122).

Matumoto argumenta que o acesso à justiça

[...] não se perfaz tão somente quando da chegada do cidadão ao judiciário, independente do pólo (passivo ou ativo) que ocupa. Muito mais do que estarem os jurisdicionados abrigados por uma garantia constitucional pétrea, urge imperiosamente a efetividade dessa garantia, ou seja, a hipostasiação desse soberano direito que, na realidade, pétreo é, porém no sentido de petrificado, morto, de papel e, não no seu verdadeiro sentido, qual seja, de supremo, imutável e prevalente que deveria ser, afinal a justiça, muito além do que é o direito, é a simplicidade de dar a cada um o que é seu. Contudo, apenas quando da consecução dessa premissa é que se verificará a magnitude das pilastras do Estado Democrático de Direito: a cidadania e a dignidade da pessoa humana. (MATUMOTO, 2003, p. 161).

Dentro desse contexto e considerando também a necessidade de tratar adequadamente os conflitos, o Judiciário passou a não ser mais visto como o único meio capaz de garantir o acesso à justiça, tendo florescido o entendimento de que outras formas de solução de controvérsias podem ser capazes de efetivar e garantir direitos, considerando suas características peculiares e a possibilidade de adequação do meio de resolver litígios para a solução de cada tipo de demanda.

Compreendido, em termos gerais, o significado de acesso à justiça, passa-se a verificar as mudanças de tratamento dadas à expressão, no que se compreende como ondas de acesso à justiça estudadas por Cappelletti e Garth (1998).

4.1.1 AS ONDAS DE ACESSO À JUSTIÇA

Como indicado, o acesso à justiça foi enfrentado de diversas formas ao longo do tempo. Para Cappelletti e Garth (1998) ocorreram três ondas relativas ao referido direito. A primeira foi caracterizada pela necessidade de garantir o acesso à justiça àqueles que não tinham condições financeiras de arcar com as custas processuais e com a remuneração dos advogados. Nesse momento, então, surgiram a justiça e a advocacia gratuitas. Essa solução permitiu uma maior igualdade entre os cidadãos, impedindo que o Judiciário funcionasse apenas para a parcela da sociedade que possuía desejáveis condições financeiras, proporcionando aos cidadãos com poucos recursos condições de reivindicar seus direitos e interesses.

Ocorre que a primeira onda garantiu o acesso à justiça aos cidadãos, no que tange a questões particulares, ou seja, relativas apenas àquelas partes envolvidas na demanda. Surgiu, assim, a necessidade de se buscar pela representação dos direitos difusos e coletivos. Nesse contexto, surge a segunda onda de acesso à Justiça.

A segunda onda se estabeleceu a partir do desenvolvimento social e da formação de grupos sociais que passaram a reivindicar

os direitos coletivos, muitas vezes violados pelo próprio Estado e por sociedades empresárias expressivas. Dessa maneira, passou-se a perceber que seria necessária uma mudança para que fosse garantido o acesso à justiça em relação às questões da coletividade, e para que essa fosse adequadamente representada em juízo. Referido entendimento culminou no estabelecimento de jurisprudência e leis que permitissem o processamento de demandas coletivas, bem como em mecanismos adequados de representação nesse âmbito.

Cappelletti e Garth (1998) mencionam também uma terceira onda que confere enfoque mais amplo à compreensão do acesso à justiça. É essa onda a mais relevante para a presente pesquisa.

Os autores ensinam que:

Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Nós o denominamos “o enfoque do acesso à Justiça” por sua abrangência. Seu método não consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas de reforma, mas em trata-las como apenas algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso. (CAPPELLETTI; GARTH, 1998, p. 25).

O enfoque encoraja uma amplitude de reformas no Poder Judiciário, bem como a exploração de outros métodos de solução de disputas, reconhecendo a “necessidade de correlacionar e adaptar o processo civil ao tipo de litígio” (CAPPELLETTI; GARTH, 1998, p. 26).

Os autores acrescentam que existem muitas características que fazem com que um litígio seja diferente do outro, ressaltando também as limitações do Judiciário em dar efetividade aos direitos. Assim, são aceitas:

As limitações das reformas dos tribunais regulares e, como consequência, envolvem a criação de alternativas, utilizando procedimentos mais simples e/ou julgadores mais informais. Os reformadores estão utilizando cada vez mais, o juízo arbitral, a conciliação e os incentivos econômicos para a solução de litígios fora dos tribunais. (CAPPELLETTI; GARTH, 1998, p. 30).

Como é possível depreender, a percepção indicada deu forças para o desenvolvimento de outros métodos de resolução de controvérsias, que passaram a ser considerados como formas alternativas às decisões judiciais de se atingir a justiça.

Observa-se, em conclusão, a compreensão da necessidade de adequação do mecanismo de solução de litígios, de modo a viabilizar o tratamento da demanda de acordo com suas peculiaridades.

4.1.2 AS BARREIRAS DO ACESSO À JUSTIÇA

Cappelletti e Garth (1998) indicam que o acesso à justiça possui barreiras que impedem sua efetivação, quais sejam: (a) possibilidade das partes; (b) problemas especiais dos interesses difusos e; (c) custas judiciais.

Sobre a possibilidade das partes, tem-se que este termo foi utilizado para demonstrar a ideia de que alguns litigantes possuem uma gama de vantagens estratégicas. As vantagens e desvantagens são assuntos complexos e de difícil avaliação precisa. Cappelletti e Garth (1998) indicam, nesta esteira, vantagens e desvantagens básicas de alguns litigantes.

Primeiramente, pode-se mencionar aquelas relacionadas a recursos financeiros. Alguns litigantes têm maiores condições de litigar por terem maior capacidade de pagar para tanto, bem como para aguardar o resultado da demanda.

Cada uma dessas capacidades, em mãos de uma única das partes, pode ser uma arma poderosa; a ameaça de litígio torna-se tanto plausível quanto efetiva. De modo similar, uma das partes pode ser capaz de fazer gastos maiores que a outra e, como resultado, apresentar seus argumentos de maneira mais eficiente. (CAPPELLETTI; GARTH, 1998, p. 8).

Desse modo, observa-se o impacto que a presença ou ausência de capacidade financeira pode ter no que tange ao acesso à justiça. Aquele que não possui condições de arcar com as despesas pode se ver impedido de utilizar um método adequado para solucionar sua demanda. Além disso, pode não ter um meio para custear a produção de provas da forma devida, com vistas a demonstrar suas razões.

Pode-se pensar, por exemplo, em um caso em que apenas uma das partes possui condições de arcar com o pagamento de um bom assistente técnico para acompanhamento de uma perícia e apresentação de pareceres, restando um dos polos impossibilitado financeiramente. Certamente, o lado desfavorecido, do ponto de vista financeiro, ficará prejudicado no que diz respeito ao desenvolvimento e à discussão de seus argumentos. Esse tipo de situação dará à parte abastada maiores chances de êxito na demanda.

Em relação às possibilidades das partes, os autores também indicam que alguns litigantes possuem maior aptidão para reconhecer um direito e propor uma ação ou realizar a sua defesa. Isso acontece em razão de dois principais fatores. Primeiramente, há uma falta de conhecimento jurídico básico para a população em geral que não possui clareza sobre seus direitos. Isso ocorre mesmo com aqueles que buscam se informar. Além disso, as pessoas não compreendem muito como se dá o ajuizamento de uma demanda. Esse desconhecimento remete a uma outra barreira que teria relação com a disposição psicológica das pessoas para ajuizar uma ação. Muitos deixam de ajuizar uma demanda por não quererem enfrentar a relação com

advogados e o ambiente formal em que se desenvolve um processo que pode passar uma sensação opressora para alguns indivíduos.

Outro ponto levantado diz respeito à barreira existente em relação à frequência com que cada pessoa litiga. Os autores indicam que alguns litigantes são eventuais e outros são habituais. Por óbvio, aqueles que são habituais, como é o caso de grandes organizações, possuem maior força dentro do processo por terem costume de se encontrar com o sistema judicial. As vantagens dos litigantes habituais são inúmeras:

1) maior experiência com direito possibilita-lhe melhor planejamento do litígio; 2) o litigante habitual tem economia de escala, porque tem mais casos; 3) o litigante habitual tem oportunidades de desenvolver relações informais com os membros da instância decisora; 4) ele pode diluir riscos da demanda por maior número de casos, de modo a garantir expectativa mais favorável em relação a casos futuros. Parece que, em função dessas vantagens, os litigantes organizacionais são, sem dúvida, mais eficientes que os indivíduos. (CAPPELLETTI; GARTH, 1998, p. 9).

Em relação à segunda barreira de acesso à justiça mencionada por Capelletti e Garth (1988), que diz respeito aos problemas especiais dos interesses difusos, os autores indicam alguns pontos de origem dessas. Primeiramente, quando se trata de direitos difusos, há pouco interesse econômico para que um indivíduo sozinho litigue para buscar a sua garantia. Existem poucas razões que levariam alguém a travar demanda de tamanha complexidade. Além disso, ainda que haja legitimidade ativa para um indivíduo ajuizar uma demanda para defesa de interesses difusos, eventual condenação não faria com que o infrator ressarcisse por todo o dano ocasionado, mas apenas indenizaria os prejuízos daquele que ajuizou a ação.

Considerando que os valores a serem recebidos seriam pequenos, perto do que se despenderia com o desenvolvimento do processo, a ação também se tornaria antieconômica. Neste sentido, desejável seria a conexão de demandas, o que já é uma realidade em diversos países, incluindo o Brasil.

Outra questão relevante diz respeito à dificuldade de organização da demanda, para que seja escolhida a estratégia a ser utilizada quando se pensa em vários requerentes participando de um processo. Por outro lado, os autores mencionam que deixar as questões coletivas sob os auspícios e defesa do Estado é algo que pode ser ineficiente, dado que os verdadeiros interessados, ou seja, os prejudicados, acabam não auxiliando muito no desenvolvimento da demanda.

Neste sentido, percebe-se a necessidade de criação de uma estrutura de defesa e disseminação de informações jurídicas aos indivíduos, além do estabelecimento de procedimentos específicos, que possam abarcar esse tipo de controvérsia.

Sobre a terceira barreira, que diz respeito às custas e despesas judiciais, estas podem ser consideradas como importantes obstáculos ao acesso à justiça. Isso porque aqueles que desejam levar um litígio à resolução têm que arcar, entre outros valores, com honorários advocatícios, emolumentos ou taxas e honorários periciais. Os autores também mencionam que, em alguns países, como ocorre no Brasil, além dos gastos para processar a demanda, é possível que a parte, caso não tenha êxito em suas alegações, tenha que pagar também valores referentes à sucumbência. Nesse sentido, aquele que foi vencido pode ter que arcar com as custas e até com os honorários advocatícios da outra parte que saiu vencedora na disputa.

Dessa forma, muitas vezes, por ausência de condições financeiras ou por receio de perder a demanda, o envolvido deixa de buscar a solução de seu litígio, abrindo mão de um direito. Essa situação se potencializa no caso das pequenas demandas, bem como em razão da demora na solução do litígio.

No caso das pequenas demandas, os gastos com o procedimento podem ser, proporcionalmente ao valor da causa, tão grandes, que

levam os indivíduos a desistirem da causa, considerando que o custo será, muitas vezes, igual ou maior do que aquele que se está pleiteando.

Em relação ao tempo, quanto maior for a sua utilização, maior será o gasto, o prejuízo e o desgaste para a parte. De acordo com os autores, isso ocorre, principalmente, em razão da inflação que pode ser substancial, acarretando em uma perda do valor efetivo que se receberá ao final do processo. Além disso, aquele que possui grande necessidade de ter o valor envolvido na causa disponível para uso, pode ter esse fato como uma pressão para a aceitação de um acordo com uma solução injusta para a demanda.

Essa barreira possui grande relevância para o estudo do tema proposto. Isso em razão do impacto econômico financeiro negativo que sobrevém nas sociedades empresárias e na Administração Pública, que frequentemente utilizam a arbitragem, quando têm que arcar com altos custos para acesso ao procedimento, tendo em vista que o dinheiro despendido para processamento da demanda poderia estar sendo utilizado para investimentos nas atividades que desenvolvem.

Neste sentido, investir em uma demanda representa, também, deixar de investir na própria empresa, sendo esse mais um fator que desincentiva a propositura da ação. Além disso, quanto maior for o tempo de processamento da causa, mais tempo a sociedade se verá sem os valores pleiteados na demanda, deixando, também nesse caso, de investir no negócio. Essa situação, como já mencionado, pode, inclusive, acarretar na extinção da sociedade empresária por ausência de recursos, o que seria mais relevante e pressionador para a aceitação de acordos injustos.

Nada obstante Cappelletti e Garth (1998) mencionem apenas as custas judiciais, quando se trata do procedimento arbitral, a questão das despesas pode ser ainda mais importante, vez que se trata de um método privado. Na arbitragem, não há que se falar na possibilidade de justiça gratuita, pois as câmaras e árbitros necessitam ser remunerados para que possam exercer suas funções. Além disso, o Estado não

arca com despesas para manutenção das câmaras e pagamento dos árbitros, como acontece com o Poder Judiciário.⁵⁸

Um ponto necessário de se destacar diz respeito à retirada de barreiras. Cappelletti e Garth (1998) ressaltam que é importante ter cuidado com essa situação, vez que a retirada de um obstáculo para acessar o meio de solução de disputas pode criar outras barreiras que impedem a efetividade da justiça.

O próprio Brasil é um exemplo disso. Os custos judiciais no Brasil são baixos quando comparados a outros países, como os Estados Unidos. Essa situação se estabelece com o intuito de dar às pessoas em geral maior possibilidade de utilização do Judiciário. Ocorre que esse cenário acaba por sobrecarregar o sistema judicial, que se tornou mais moroso e com decisões de menor qualidade. Dessa maneira, nada obstante tenham sido retirados os obstáculos relativos aos gastos, criaram-se novos problemas que impedem a efetivação do direito de acesso à justiça.

Sobre o assunto, Sica (2014) realiza uma comparação entre o congestionamento do Judiciário e o congestionamento das vias públicas. O autor relata que, do mesmo modo que o governo realiza incentivos para a produção e compra de veículos, criando mecanismos que facilitem sua produção e venda, há também um incentivo para a propositura de demandas, a partir da redução das barreiras para acesso ao Judiciário, por meio, por exemplo, da justiça gratuita e da desnecessidade de utilização de serviços advocatícios para propositura de determinados tipos de ação. Assim, da mesma forma que não há estrutura que garanta o recebimento de tantos veículos

58 Dentro desse tema, é interessante observar, como exemplo, que no Brasil as custas recolhidas nos processos judiciais não chegam a cobrir o que se gasta para manter a máquina judiciária, que, portanto, recebe investimento de recursos provenientes do que o Estado recolhe de impostos, dada a função essencial do Poder Judiciário. É o que se pode depreender dos dados fornecidos pelo CNJ. De acordo com Bonifácio e Schulze (2015), as informações do Conselho Nacional de Justiça demonstram que as receitas advindas da atividade jurisdicional com cobrança de custas, emolumentos, taxas e tributos devidos pelo contribuinte, em 2013, correspondem a cerca de 60% do que se gastou com o Poder Judiciário no mencionado ano. Dessa maneira, pode-se depreender que cerca de 40% dos gastos com o Judiciário vieram de outros meios de arrecadação do Estado.

nas vias brasileiras, criando-se congestionamentos, ocorre o mesmo com as ações que são propostas no Poder Judiciário, mas que não são efetivamente processadas, conduzindo a uma insuficiente prestação jurisdicional.

Os governos procuram enfrentar a saturação do sistema viário com obras paliativas, tais como viadutos, pontes, vias expressas e túneis, todos construídos com o único objetivo de dar o maior espaço possível para o trânsito de veículos individuais, ainda que em franco sacrifício da paisagem urbana. Permite-se que o motorista chegue mais rapidamente a seu destino, mas sem garantias de que o trajeto será cômodo e seguro. Ainda assim, o ganho de mobilidade decorrente de tais medidas costuma ser tímido e transitório, de modo que, embora o cidadão permaneça investido do direito de circular a bordo de seu automóvel particular, fica sujeito a congestionamentos cada vez maiores. O conforto do veículo de passeio, em realidade, revela-se um tanto ilusório.

A saturação do sistema judiciário também enseja soluções paliativas representadas por vias expressas processuais, tais como, v.g., o julgamento monocrático de recursos e demandas de competência originária dos tribunais e o julgamento de improcedência liminar. Esses atalhos não alteram o direito de acesso individual aos órgãos judiciários, mas procuram abreviar o trajeto procedimental até o resultado final. Considerando-se que os mecanismos acima indicados estão em vigor há algum tempo, pode-se afirmar, ainda que à mingua de dados estatísticos específicos, que, quando muito, trouxeram resultados paliativos. O cidadão permanece investido do direito de acessar individualmente o Poder Judiciário mas, apesar de algumas vias expressas, a tramitação do seu processo é quase que inevitavelmente lenta e, o que é pior, com pronunciada tendência de a demanda ser tratada sem

qualquer cuidado e julgada “em bloco”. O acesso à justiça, sob essa perspectiva, torna-se, em alguma medida, um tanto ilusório. (SICA, 2014, p. 16-17).

Neste contexto, Cappelletti e Garth (1998) lembram que a retirada de obstáculos e propostas de mudanças com o intuito de efetivar o acesso à justiça necessitam de constante atenção e monitoramento, sob o risco de serem criados obstáculos ainda maiores do que aqueles que foram retirados.

4.2 O ACESSO À JUSTIÇA GARANTIDO PELO USO DOS MÉTODOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

Compreendidos os aspectos gerais sobre o acesso à justiça, passa-se a analisar sobre como essa garantia pode ser assegurada pelo uso dos métodos adequados de solução de conflitos.

Porém, antes de adentrar ao tema específico, é importante que se compreenda o conflito, que é o objeto sobre o qual os referidos métodos irão atuar.

O conflito pode ser compreendido como um fenômeno intrínseco à sociedade, vez que “desacordos e problemas podem surgir em quase todos os relacionamentos” (MOORE, 1998, p. 22). É algo inevitável quando se fala de relações ou relacionamentos humanos, que envolvam tanto pessoas físicas como pessoas jurídicas.

Pode-se conferir vários significados ao termo conflito, mas, de forma ampla, é possível conceitua-lo como “uma divergência de perspectivas, percebida como geradora de tensão por, pelo menos, uma das partes envolvidas numa determinada interação, e que pode ou não se traduzir numa incompatibilidade de objetivos” (DIMAS; LOURENÇO; MIGUEZ, 2007).

Todo ser humano inserido em um meio social, ao longo de sua existência, acaba por se deparar com situações conflituosas, vez que isso faz parte da convivência em comunidade, fruto de interesses,

opiniões, pontos de vista e necessidades que divergem de um indivíduo para o outro. Entretanto, é com base na forma de tratamento do conflito que se determinará o alcance e as consequências da existência da divergência (MORAIS, 2015).

É possível que o conflito surja em diversos contextos – como no ambiente familiar, empresarial, escolar – e dele podem emergir sentimentos variados como de raiva, de indiferença, de tristeza, de desconfiança e até sentimentos considerados bons, como o amor e a paixão. O surgimento desses sentimentos exige atenção dos envolvidos, vez que estes influenciam na relação e podem ter efeitos importantes se não tratados adequadamente, especialmente em relacionamentos de longo prazo que envolvem maior complexidade.

Várias são as possíveis causas dos conflitos. Como exemplo, pode-se citar: a comunicação ruim; a quebra expectativas; a diferença sobre valores; a luta por poder e a existência de interesses iguais ou divergentes.

Quando está-se tratando de conflitos, deve-se entender que sua natureza é neutra, nada obstante haja uma compreensão de senso comum de que sua existência seja intrinsecamente ruim. Neste sentido, a sociedade costuma ver o conflito como algo negativo e essa percepção emana de uma cultura adversarial e que busca a terceirização da resolução do conflito, ou seja, a solução do conflito por meio da decisão de um terceiro – como acontece no processo judicial – e que geralmente remete a uma experiência de grande desgaste e de algo que deve ser impedido e evitado o que, por óbvio, é impossível, considerando ser uma situação natural da convivência em sociedade.

É importante salientar que evitar o enfrentamento do conflito pode acarretar em efeitos devastadores para a relação e para as pessoas envolvidas. O que se observa é que o conflito não tratado ou mal tratado, desgasta a relação e pode, inclusive, desencadear o rompimento da convivência e do contato entre os envolvidos.

Sobre o tema, Bastos ensina que:

O conflito em si tem caráter neutro, ou seja, é a mera sinalização de que há alguma diferença de opiniões. As pessoas é que dão a ele, segundo suas percepções, um caráter negativo ou positivo. No lugar de condenar os conflitos, deveríamos fazê-los trabalhar para nós. (BASTOS, 2014, p. 69).

Nesse sentido, pode-se entender que os efeitos do conflito dependem da forma como ele é encarado. Se o conflito é mal tratado e encarado negativamente, terá efeitos negativos, se tratado de forma adequada, terá potencial para o surgimento de efeitos positivos como, por exemplo, a partir da maximização de ganhos mútuos, como frequentemente ocorre em procedimentos de mediação.

Orsini e Souza, tratando sobre o enfrentamento do conflito e da forma como cada método considera a divergência, ensinam que

O método de resolução de conflitos hoje mais adotado é o sistema judicial, pelo qual o Poder Judiciário acerta e resolve o conflito mediante um processo judicial, mecanismo este que considera os conflitos como problemas a serem extirpados. Contudo, diante da própria naturalidade dos conflitos em interações entre sujeitos diversificados, a referida lógica de resolução de conflitos deve ser repensada, à luz do esclarecimento de que as disputas podem (e devem) ser consideradas como oportunidades para crescimento e transformação, gerando uma orientação transformadora do conflito e uma postura mais natural e cooperativa em relação à condução do conflito e às formas possíveis de solução. (ORSINI; SOUZA, 2015, p. 173).

Especificamente sobre o contexto corporativo, que em regra envolve conflitos referentes às pessoas jurídicas, Braga Neto ensina que:

As empresas, de maneira geral, possuem uma organização interna que se constitui em uma enorme e complexa rede de conexões e interações entre as pessoas que dela fazem parte. Com isso, geram entre si inúmeras inter-relações, algumas delas decorrentes da própria atividade profissional e outras resultantes das afinidades pessoais e/ou sociais de cada um de seus participantes. Este quadro acaba por transformá-las, não importando o porte, quer seja micro, pequeno médio ou grande, em um terreno fértil e privilegiado, onde prosperam diversos conflitos, conflitos estes relativos às inúmeras e intensas atividades internas decorrentes do seu cotidiano. (BRAGA NETO, 2009, p. 136).

Geralmente, quando do surgimento de conflito entre as pessoas, sejam elas naturais ou jurídicas, estas buscam posicionar-se no sentido de resolver a demanda. Ora os envolvidos optarão pela autocomposição, ora pela heterocomposição (NOGUEIRA, 2012).

No que tange à autocomposição, tem-se que nessas formas de tratamento do conflito as próprias partes, com ou sem a ajuda de um terceiro facilitador, chegam a uma solução para a demanda. É o caso da negociação, direta ou indireta, da conciliação, bem como da mediação.

Já na heterocomposição, a solução da controvérsia é terceirizada, ou seja, é entregue a um julgador imparcial que decidirá o litígio. Pode-se indicar como exemplos de métodos heterocompositivos o processo judicial e a arbitragem.

Como mencionado acerca do enfrentamento do conflito, tem-se que costumeiramente o tema é encarado apenas em seu aspecto negativo, a partir de uma ideia de idealização de uma convivência plenamente harmônica entre as pessoas, algo que, na prática, se vê impossível no contexto da interação humana. Considerando essa impossibilidade de viver sem divergências, compreende-se a necessidade de um enfrentamento do conflito de forma mais positiva,

a partir da observação da situação como uma oportunidade de criação de novos caminhos e desenvolvimento de soluções integradas entre os envolvidos.

Sobre o tema, referindo-se especificamente sobre às organizações, Morais afirma que:

Em tempos passados chegou a ser entendimento que a eficácia organizacional seria alcançada por meio da harmonia, cooperação absoluta e absoluta ausência de conflito, resultando desta perspectiva que o conflito seria algo negativo. Na segunda metade do século XX até os dias de hoje passou a afirmar-se que o conflito constitui o motor de desenvolvimento social, com efeitos positivos sempre que o mesmo seja gerido adequadamente, de modo a estabelecer relações cooperativas e buscando alcançar soluções integradas com benefício para todos. (MORAIS, 2015, p. 69-70).

Assim, do ponto de vista positivo, os indivíduos em conflito podem ter como resultado o fortalecimento das relações sociais, a identificação de interesses subjacentes ao conflito, a promoção de relacionamentos cooperativos e a exploração de estratégias que venham a resolver ou prevenir futuras controvérsias (AZEVEDO, 2009, p. 30).

Percebe-se, destarte, que a forma de tratamento do conflito é que determinará o seu resultado positivo ou negativo. Caso seja tratado inadequadamente, poderá significar o caos. Caso gerido da forma correta, fazendo uso da forma adequada para sua solução, o resultado possivelmente será benéfico, podendo representar “uma fonte de criatividade, mudança e maior produtividade” (MORAIS, 2015, p. 71).

É nesse contexto que se inserem os métodos adequados de resolução de controvérsias, que podem ser compreendidos como formas que, além da decisão judicial, são capazes de solucionar demandas, sendo possível que estejam dentro do próprio processo

judicial, como é o caso da mediação e da conciliação⁵⁹, ou se estabeleçam no âmbito extrajudicial, como é a situação da arbitragem.

Neste sentido, explanam Orsini e Souza:

O certo é que os conflitos podem ser destrutivos e até mesmo perigosos quando geram desavenças profundas, rompimento de relacionamentos, violência. Lado outro, conflitos podem ser construtivos e revelar-se como oportunidade quando ajudam a abrir a discussão sobre uma questão, bem como colaboram para que as pessoas adotem postura ativa e responsável sobre a própria vida, desenvolvam habilidades e reestruturem e fortaleçam laços relacionais. É fundamental, portanto, uma mudança cultural no tratamento dos conflitos, estabelecendo métodos que permitam, muito além da resolução de desavenças, o desenvolvimento social e individual. Mostra-se necessária a adoção de meios que resgatem ou instituem o diálogo, a cooperação, a criação, a manutenção e o fortalecimento de relações harmônicas, pautadas no respeito às diferenças e na assunção de responsabilidade. (ORSINI; SOUZA, 2015, p. 173).

É importante mencionar que quando se trata dos métodos adequados de solução de controvérsias, é comum encontrar a menção destes como alternativos. Este termo demonstra estar-se referindo sobre formas que se colocam como opções além do Judiciário

59 Ressalta-se, aqui, no âmbito brasileiro, o conteúdo do CPC de 2015, que reforçou a importância do uso dos métodos adequados de resolução de controvérsias. Demonstrado a relevância do tema, o legislador optou por mencionar os referidos meios logo em um dos primeiros artigos do diploma legal: “Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 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 juizes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.” (BRASIL, 2015c).

para resolver divergências. Porém, o uso do termo “alternativo” frequentemente é interpretado a partir de uma noção equivocada de que o Judiciário é o meio principal de solução de demandas, desprestigiando os outros métodos de resolução de litígios e colocando-os em posição hierarquicamente inferior ao Processo Judicial. Neste ponto, insta destacar que não há que se falar em uma hierarquia de métodos, mas, mais exatamente, em uma adequação à solução de cada tipo de demanda.

A expressão mais apropriada, neste sentido, seria métodos adequados, essencialmente, pela ideia de que, para cada demanda haverá um método que melhor possibilitará a solução do conflito.

Além da arbitragem, da mediação e da conciliação, já mencionadas, também pode-se indicar, neste contexto, a adjudicação e os *dispute boards*. Não são esses os únicos métodos adequados existentes, mas são os mais difundidos.

Não serão definidos, neste estudo, cada um dos meios, pois não é esse o objeto do presente trabalho. Pode-se indicar, contudo, que é perceptível a existência de várias formas para a solução de conflitos além da judicial, observando-se interessante, como visto, que para cada caso concreto seja escolhido um meio para solucionar o conflito em específico, especialmente considerando que as divergências podem surgir de formas e em contextos diferentes e, por essa razão, para que sejam resolvidas, necessitam ser enfrentadas de acordo com as suas particularidades.

Neste sentido, Discorre Lima que, em certas áreas ou conflitos de interesses, a submissão de uma determinada demanda ao Judiciário pode não se revelar “a melhor via para ensejar a vindicação efetiva de direitos” (LIMA, 1994, p. 21).

Em direção correlata, Watanabe (2012) ensina que algumas controvérsias, considerando suas peculiaridades e as particularidades das pessoas envolvidas, exigem soluções diferenciadas, muitas vezes diversas daquelas dadas pela autoridade estatal. No entendimento do autor, os meios adequados de resolução de controvérsias não podem ser utilizados com o principal objetivo de reduzir a morosidade do

Judiciário, mas para dar aos indivíduos “uma solução mais adequada e justa aos seus conflitos de interesses, propiciando-lhes uma forma mais ampla e correta de acesso à justiça” (WATANABE, 2012, p. 89). Ainda segundo o autor:

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, inscrito no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, não significa um mero acesso formal aos órgãos judiciários. Assegura ele um acesso qualificado à justiça que propicie ao jurisdicionado a obtenção de tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e adequada, enfim, um acesso a uma ordem jurídica justa. (WATANABE, 2012, p. 88).

Como mencionado, a atividade jurisdicional do Estado tem sido insuficiente em decorrência de diversos fatores, alguns já citados neste trabalho, de origens procedimentais, operacionais ou administrativas. Por essa razão, vem crescendo, a consciência de que é fundamental dar fim ao litígio, ainda que isso não decorra de obra eminentemente estatal, desde que aconteça por um método eficiente e que, por meio desse, sejam protegidas as liberdades fundamentais do cidadão (GAIO JÚNIOR, 2012).

Sobre o tema, Giannetti ensina que

Frente a esse cenário de crítica, desconfiança e descontentamento com o papel institucional do Judiciário e na visível constatação que ele não consegue bem resolver os diversos problemas a ele direcionados pela sociedade e pelo Estado, houve, nas últimas décadas, a incessante procura por novos métodos ou meios de resolução de litígios sem a presença estatal, até como forma de propiciar o acesso à justiça. E dentro desse panorama surge o debate sobre os meios alternativos de resolução de conflitos (MASC). (GIANNETTI, 2017, p. 31).

É necessário ressaltar, contudo, que nada obstante se compreenda que o Poder Judiciário passa, em diversos países, por uma séria crise de morosidade e qualidade das decisões, não se pretende, aqui, descartar a sua utilização ou passar a ideia de que o Judiciário está falido e não possui serventia para o acesso à justiça. Muito pelo contrário. O Poder Judiciário é também uma das formas de solução de demandas que pode ser adequada, a depender do tipo de litígio.

Vê-se, contudo, necessário que haja uma utilização de todos os métodos disponíveis, com o intuito de solucionar cada tipo de demanda de forma eficaz. Dessa maneira, imprescindível que os métodos adequados de solução de controvérsias sejam fortalecidos e divulgados, conferindo-se a todos a possibilidade de escolher qual a melhor forma de resolução da demanda.

Frise-se que, nada obstante a colocação de Watanabe (2012), citada acima, que indica não ser o objetivo primordial do uso dos MASCS desafogar o Judiciário, um novo olhar para os métodos adequados tem a capacidade de cooperar para a melhor prestação do sistema judicial, vez que, com isso, seriam desse retiradas as demandas que são melhores resolvidas por outros métodos, restando ao meio judicial apenas aquelas que lhe competem do ponto de vista de adequação.

Além disso, o uso e a propagação das formas amigáveis de solução de controvérsias, como a mediação e a conciliação, criam uma nova cultura de solução de demandas, incentivando as pessoas a realizarem a autocomposição de seus litígios, evitando a terceirização da resolução da divergência. Esse cenário menos beligerante, inclusive, acarreta em uma prevenção de controvérsias, vez que as partes passam a lidar de forma mais positiva com os seus próprios conflitos.

Desse modo, pode-se extrair que os métodos adequados de resolução de demandas são considerados e analisados, dentro do que se percebe atualmente como acesso à justiça, como soluções eficientes e eficazes que propiciarão, juntamente com o Poder Judiciário, o acesso à justiça efetivo, a partir da possibilidade de escolha do melhor meio para resolver cada litígio em concreto.

Considerando todo este contexto, é perceptível no ordenamento jurídico brasileiro a busca por uma tentativa de mudança desta mentalidade de terceirização da resolução de conflitos pelo emprego do processo judicial. Neste sentido, passaram a ser criadas diversas normas com o intuito de mudar a forma de tratamento de conflitos, tema que se tornou relevante e pauta de políticas públicas.

No âmbito desse assunto, pode-se dizer que a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, criada em 2010, é um dos instrumentos mais importantes no que tange a essa nova visão sobre o tratamento de conflitos.

Contextualizando o surgimento da mencionada norma, tem-se que já na década passada, diante de uma grande preocupação com a efetividade da prestação jurisdicional verificada no âmbito de um Judiciário abarrotado de demandas, passou-se a buscar por soluções que pudessem melhorar a forma de tratamento dos conflitos. Nesse sentido, foi editada a resolução 125 do CNJ, baseada na busca pela implementação de um acesso à ordem jurídica justa defendido pelo prof. Kazuo Watanabe, já citado nesta pesquisa. A mencionada resolução teve como objetivo institucionalizar a política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, estabelecendo diretrizes para a implementação dessa finalidade. (SCHRODER; PAGLIONE, 2012).

A Resolução nº 125 do CNJ pode ser considerada como um verdadeiro divisor de águas na história do Judiciário que, até então, sempre teve suas raízes fincadas na sentença, ou seja, na resolução heterocompositiva de conflitos, e na terceirização da resolução de demandas. O objetivo principal da resolução, assim, é tratar adequadamente os conflitos, da maneira mais efetiva, com o intuito de gerar uma real pacificação social. Dessa forma, o incentivo do uso de outros métodos se dá com o intuito de reduzir o tempo e o trabalho despendidos para resolver o conflito, bem como de obter respostas mais eficazes e satisfatórias (SCHRODER; PAGLIONE, 2012).

Após a criação da mencionada norma, outras foram estabelecidas com a mesma finalidade. Pode-se observar essa nova visão, por

exemplo, no Código de Processo Civil de 2015, na criação da Lei nº 13.140/2015, conhecida como Lei de Mediação, bem como na Lei 13.129/2015, que realizou relevantes alterações na Lei nº 9.307/1996, a Lei de Arbitragem, entre outras tantas.

Portanto, percebe-se uma busca, no contexto do ordenamento jurídico brasileiro, pela implementação dessa nova visão sobre o acesso à justiça, que necessita, para sua efetivação, do uso efetivo e coordenado dos métodos disponíveis, a fim de solucionar da maneira mais propícia os conflitos.

Considerando que o acesso à justiça também é considerado um direito importante para a Administração Pública, bem como em razão da percepção de que ele está diretamente atrelado ao uso da forma adequada de solução de controvérsias, passa-se, a seguir, a tratar sobre o uso dos MASCS especificamente no contexto da Administração Pública, vez que é ela a figura central do presente estudo.

4.3 O USO DOS MÉTODOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Conforme observado, a consensualidade é elemento presente no contexto da Administração Pública. A tendência diz respeito à busca pela superação de uma interação autoritária com os administrados e, até mesmo, entre os entes e órgãos estatais. Neste âmbito, restou também verificado que o emprego dos MASCS se mostra como uma forma de estabelecimento da consensualidade no contexto administrativo.

Além disso, percebe-se que a escolha adequada do método de solução de conflitos é essencial para que haja a gestão e a resolução da demanda de modo eficiente, havendo, portanto, correlação com a proposta atual de atuação da Administração Pública, vez que, como já descrito neste trabalho, a eficiência é um dos objetivos mais perseguidos pela Administração na atualidade, restando isso

observado no contexto de todas as tendências analisadas no segundo capítulo desta pesquisa.

Outro ponto de destaque diz respeito ao acesso à justiça que, em regra, é tratado nos estudos na perspectiva de um direito dos particulares.

Como amplamente observado nesse estudo, o acesso a um método adequado e eficiente de solução de demandas é um direito de grande importância no contexto dos indivíduos, vez que assegura o respeito e a efetivação das demais garantias e dos direitos estabelecidos em um Estado Democrático Direito. Percebe-se, entretanto, que o acesso à justiça também é uma garantia importante no contexto da Administração Pública que necessita, do mesmo modo, resolver satisfatoriamente os conflitos em que se encontra envolvida.

No âmbito da Administração é possível, inclusive, observar uma maior importância da mencionada garantia, vez que os direitos por ela titularizados interessam à coletividade em geral. Em outras palavras, pode-se extrair que o acesso à justiça atrelado à Administração Pública possui impacto e consequências muito importantes aos administrados, que, em última análise, são os interessados no respeito e efetivação dos direitos pertencentes às pessoas de direito público.

No que tange ao uso dos MASCs no âmbito administrativo, Di Pietro ensina que

A multiplicação de demandas levadas ao Poder Judiciário, envolvendo a Administração Pública, fortaleceu a tendência de adotar-se, em seu âmbito, os meios alternativos de solução de conflitos: a arbitragem, a mediação e a autocomposição de conflitos. (DI PIETRO, 2019, p. 1071).

Considerando o exposto, pode-se depreender que o uso dos métodos adequados de solução de conflitos tem a capacidade de auxiliar a Administração Pública a estabelecer a eficiência em sua atividade, bem como viabilizar o respeito aos direitos e garantias do

próprio Estado, estando em consonância com as tendências atuais referentes à Administração Pública.

Inclusive, diante desta percepção, assiste-se, nos últimos anos, à criação e à alteração de diversas normas em âmbito municipal, estadual e federal voltadas à Administração Pública incentivando e possibilitando o uso de diversos métodos adequados de solução de conflitos.

De forma exemplificativa, mencionar-se-á, a seguir, algumas normas estabelecidas, especialmente em âmbito federal, que preveem o uso dos MASCs pela Administração.

A Lei nº 13.140/2015, comumente chamada de Lei de Mediação dispõe “[...] sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública [...]” (BRASIL, 2015a). Tal diploma trata, de forma aprofundada, sobre o uso da mediação pela Administração Pública, dedicando um capítulo inteiro ao tema⁶⁰.

É possível mencionar, também, a Lei nº 9.307/1996, a Lei de Arbitragem⁶¹, a qual foi alterada no ano de 2015 pela Lei nº 13.129, passando a permitir expressamente o uso da arbitragem pela Administração Pública, retirando qualquer dúvida sobre a possibilidade de seu uso por parte do Poder Público, conforme observa-se no dispositivo abaixo⁶²:

60 A menção diz respeito ao capítulo II que tem o seguinte título: “da autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público” (BRASIL, 1996).

61 O conteúdo da mencionada lei, relacionado à Administração Pública, será aprofundado no capítulo seis da presente pesquisa.

62 Antes da alteração, a Lei de Arbitragem era silente sobre o uso da arbitragem pela Administração pública e previa, originariamente, em seu artigo 1º, apenas que: “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis” (BRASIL, 1996). Considerando a ausência de permissão expressa da Lei de Arbitragem, houve intenso debate sobre a autorização para o uso do método pelo Estado, tema que será melhor tratado no capítulo seis desta pesquisa.

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

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

§ 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações. (BRASIL, 1996).

Pode-se, também, citar o Decreto-lei nº 3.365/1941, alterado recentemente pela Lei nº 13.867/2019. Tal decreto dispõe sobre as desapropriações por utilidade pública e passou, com a alteração, a prever a possibilidade do uso da mediação e da arbitragem para resolver conflitos relativos ao âmbito de incidência da mencionada legislação. Tal disposição foi inserida no artigo 10-B, conforme pode-se observar a seguir:

Art. 10-B. Feita a opção pela mediação ou pela via arbitral, o particular indicará um dos órgãos ou instituições especializados em mediação ou arbitragem previamente cadastrados pelo órgão responsável pela desapropriação.

§ 1º A mediação seguirá as normas da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, e, subsidiariamente, os regulamentos do órgão ou instituição responsável.

§ 2º Poderá ser eleita câmara de mediação criada pelo poder público, nos termos do art. 32 da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015.

[...]

§ 4º A arbitragem seguirá as normas da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e, subsidiariamente, os regulamentos do órgão ou instituição responsável. (BRASIL, 1941).

Outro exemplo é a Lei nº 13.465/2017 que dispõe especificamente sobre o uso de mediação no processo de regulação fundiária e prevê nos artigos 21 e 34 sobre os métodos adequados de solução de conflitos, conforme é possível analisar abaixo:

Art. 21. Na hipótese de apresentação de impugnação, poderá ser adotado procedimento extrajudicial de composição de conflitos.

§ 1º Caso exista demanda judicial de que o impugnante seja parte e que verse sobre direitos reais ou possessórios relativos ao imóvel abrangido pela demarcação urbanística, deverá informá-la ao poder público, que comunicará ao juízo a existência do procedimento de que trata o caput deste artigo.

§ 2º Para subsidiar o procedimento de que trata o caput deste artigo, será feito um levantamento de eventuais passivos tributários, ambientais e administrativos associados aos imóveis objeto de impugnação, assim como das posses existentes, com vistas à identificação de casos de prescrição aquisitiva da propriedade.

§ 3º A mediação observará o disposto na Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, facultando-se ao poder público promover a alteração do auto de demarcação urbanística ou adotar qualquer outra medida que possa afastar a oposição do proprietário ou dos confrontantes à regularização da área ocupada.

§ 4º Caso não se obtenha acordo na etapa de mediação, fica facultado o emprego da arbitragem.

[...]

Art. 34. Os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito da administração local, inclusive mediante celebração de ajustes com os Tribunais de Justiça estaduais, as quais deterão competência para dirimir conflitos relacionados à Reurb, mediante solução consensual.

§ 1º O modo de composição e funcionamento das câmaras de que trata o caput deste artigo será

estabelecido em ato do Poder Executivo municipal e, na falta do ato, pelo disposto na Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015.

§ 2º Se houver consenso entre as partes, o acordo será reduzido a termo e constituirá condição para a conclusão da Reurb, com conseqüente expedição da CRF.

§ 3º Os Municípios poderão instaurar, de ofício ou mediante provocação, procedimento de mediação coletiva de conflitos relacionados à Reurb.

§ 4º A instauração de procedimento administrativo para a resolução consensual de conflitos no âmbito da Reurb suspende a prescrição.

§ 5º Os Municípios e o Distrito Federal poderão, mediante a celebração de convênio, utilizar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania ou as câmaras de mediação credenciadas nos Tribunais de Justiça. (BRASIL, 2017a).

Também se tem, nesse âmbito, a Lei nº 14.133/2021, a nova lei que regula as licitações e contratos administrativos, a qual prevê a possibilidade de uso da conciliação, da mediação, da arbitragem e do comitê de solução de disputas para resolver conflitos correlatos à referida norma.

Art. 138. A extinção do contrato poderá ser:

I - determinada por ato unilateral e escrito da Administração, exceto no caso de descumprimento decorrente de sua própria conduta;

II - consensual, por acordo entre as partes, por conciliação, por mediação ou por comitê de resolução de disputas, desde que haja interesse da Administração;

III - determinada por decisão arbitral, em decorrência de cláusula compromissória ou compromisso arbitral, ou por decisão judicial.

[...]

CAPÍTULO XII DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

Art. 151. Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem.

Parágrafo único. Será aplicado o disposto no caput deste artigo às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações.

Art. 152. A arbitragem será sempre de direito e observará o princípio da publicidade.

Art. 153. Os contratos poderão ser aditados para permitir a adoção dos meios alternativos de resolução de controvérsias.

Art. 154. O processo de escolha dos árbitros, dos colegiados arbitrais e dos comitês de resolução de disputas observará critérios isonômicos, técnicos e transparentes. (BRASIL, 2021c).

Outra legislação que pode ser citada é a Lei nº 11.079/2004, que trata das normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no contexto da Administração Pública, a qual, já na primeira década deste século, estabeleceu em seu artigo 11, inciso III, ser possível o uso “[...] dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato” (BRASIL, 2004a).

Pode-se mencionar, também a nível federal, o Projeto de Lei nº 2.421/2021, originado do Projeto de Lei do Senado nº 206/2018, que tem como objetivo regulamentar “a instalação de Comitês de Prevenção

e Solução de Disputas⁶³ em contratos celebrados pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios visa tratar sobre o uso do comitê de solução de disputas no âmbito federal” (ANASTASIA, 2021).

Nada obstante o foco deste item seja abordar sobre regras federais relacionadas ao uso dos MASCs, é possível citar também, de modo ilustrativo, duas legislações municipais, relativas às cidades de Belo Horizonte⁶⁴ e de São Paulo⁶⁵, que já tratam sobre o uso do comitê de solução de disputas no âmbito dos mencionados municípios.

Nesse ponto, é interessante observar que a regulação do uso do *dispute board* pela Administração Pública está mais avançada se comparada com as relações puramente privadas, que ainda não possuem uma legislação que trate de forma geral sobre o uso do método. Tal situação demonstra a compreensão da importância do uso dos MASCs pelo Estado, especialmente considerando a necessidade de agilidade e adequação na solução dos conflitos em que ele se vê envolvido. Isso ocorre em razão, como dito, da eficiência que é possível garantir por meio do uso da forma mais apropriada para a resolução de conflitos, considerando as características e complexidade desses.

Além das legislações, é interessante ressaltar, neste contexto, os diversos enunciados aprovados na I Jornada de Prevenção e Solução

63 Este método é frequentemente tratado em sua expressão inglesa, *dispute boards*, e geralmente, dadas as suas características, é utilizado para resolver conflitos relativos a contratos de média ou longa execução e que envolvam grande complexidade, como é o caso daqueles relativos a grandes obras de infraestrutura. Sobre o tema, Oliveira ensina que os *Dispute Boards* foram “[...] utilizados de forma pioneira nos Estados Unidos na década de 70, durante a construção do *Eisenhower Tunnel* no Colorado. O *dispute boards*, também conhecido como Comitê de Resolução de Conflitos, pode ser considerado órgão colegiado, geralmente formado por três *experts*, indicados pelas partes no momento da celebração do contrato, que tem por objetivo acompanhar a sua execução, com poderes para emitir recomendações e/ou decisões, conforme o caso.” (OLIVEIRA, 2018, p. 554).

64 Lei nº 11.241/20 que “regulamenta a utilização de Comitê de Prevenção e Solução de Disputas para prevenir e para solucionar conflito relativo a direito patrimonial presente em contrato administrativo de execução continuada.” (BELO HORIZONTE, 2020).

65 Lei nº 16.873/18 que “reconhece e regulamenta a instalação de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos administrativos continuados celebrados pela Prefeitura de São Paulo.” (SÃO PAULO, 2018).

Extrajudicial de Litígios, realizada pelo Conselho da Justiça Federal, que demonstram a compreensão da pertinência da adoção dos MASCs por parte do Poder Público.

53 Estimula-se a transação como alternativa válida do ponto de vista jurídico para tornar efetiva a justiça tributária, no âmbito administrativo e judicial, aprimorando a sistemática de prevenção e solução consensual dos conflitos tributários entre Administração Pública e administrados, ampliando, assim, a recuperação de receitas com maior brevidade e eficiência.

[...]

56 As ouvidorias servem como um importante instrumento de solução extrajudicial de conflitos, devendo ser estimulada a sua implantação, tanto no âmbito das empresas, como da Administração Pública.

[...]

59 A obrigação de estimular a adoção da conciliação, da mediação e de outros métodos consensuais de solução de conflitos prevista no § 3º do art. 3º do Código de Processo Civil aplica-se às entidades que promovem a autorregulação, inclusive no âmbito dos processos administrativos que tenham curso nas referidas entidades.

60 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.

[...]

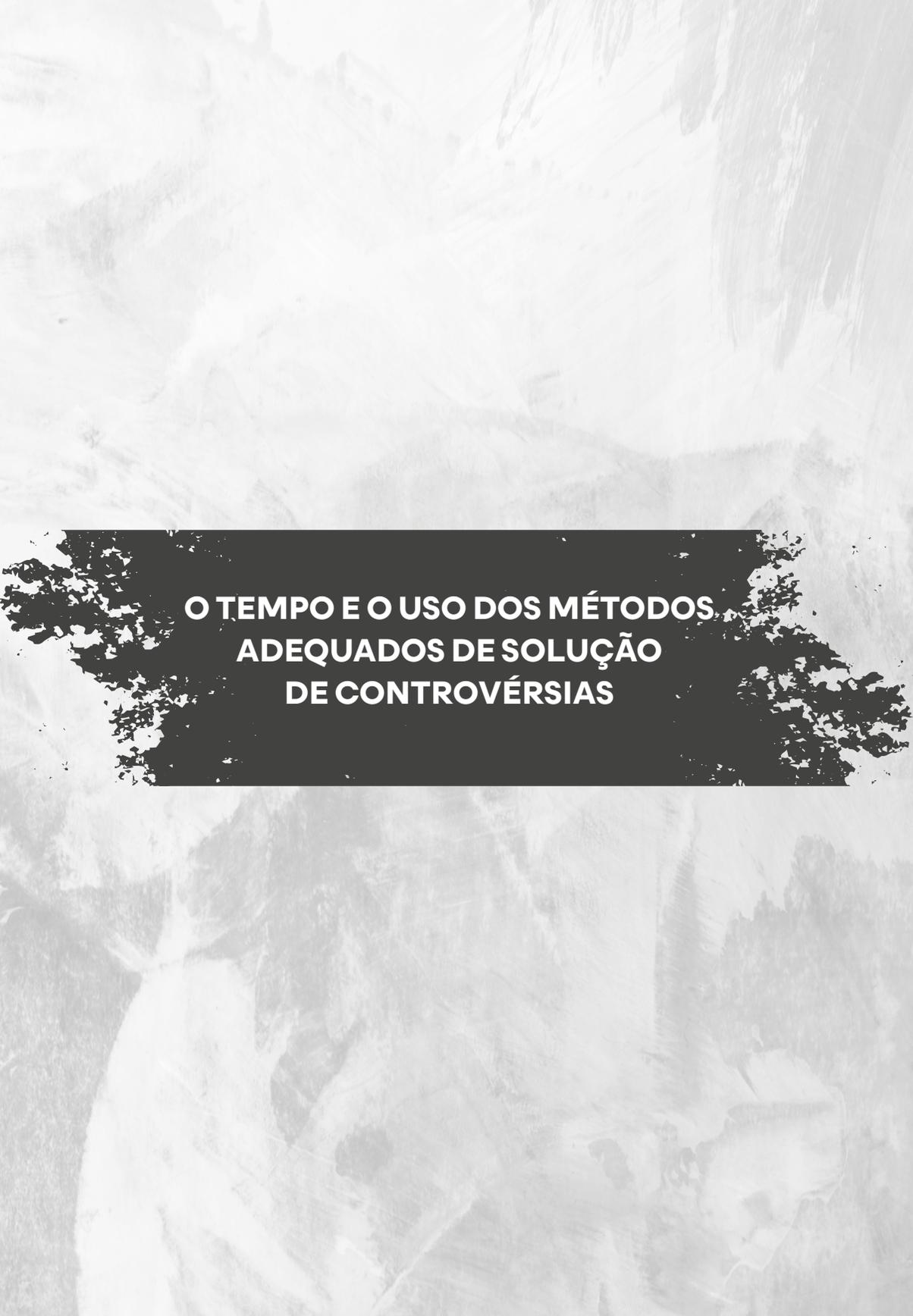
62 Os representantes judiciais da União, autarquias, fundações e empresas públicas federais têm autorização legal, decorrente da Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001 para, diretamente, conciliar, transigir ou

desistir de recursos em quaisquer processos, judiciais ou extrajudiciais, cujo valor da causa esteja dentro da alçada equivalente à dos juizados especiais federais. [...]

65 O emprego dos meios consensuais de solução de conflito deve ser estimulado nacionalmente como política pública, podendo ser utilizados nos Centros de Referência da Assistência Social (CRAS), cujos profissionais, predominantemente psicólogos e assistentes sociais, lotados em áreas de vulnerabilidade social, estão voltados à atenção básica e preventiva. (BRASIL, 2016a, p. 8-10).

Por todo exposto⁶⁶, percebe-se que o uso dos métodos adequados vem sendo implementando nos mais diversos âmbitos pela Administração Pública brasileira, estando tal providência de acordo com a busca por uma atividade eficiente, bem como da garantia de acesso à justiça, direito que toca não só às pessoas físicas e jurídica privadas, mas também às de direito público.

66 Ressalte-se que no item 5.1 da presente pesquisa, no qual será dado foco ao uso da arbitragem pela Administração Pública, outras legislações que preveem o uso deste método serão indicadas. Além disso, também no próximo capítulo, será feita a análise, de forma mais profunda, do uso específico da arbitragem frente ao princípio a eficiência.



**O TEMPO E O USO DOS MÉTODOS
ADEQUADOS DE SOLUÇÃO
DE CONTROVÉRSIAS**

Como observado no capítulo anterior, tema recorrente levantado no âmbito do acesso à justiça, diz respeito ao tempo utilizado para se alcançar a pacificação do conflito.

De forma geral, percebe-se que os métodos adequados têm a função de otimizar o tempo utilizado para solução dos conflitos. Neste contexto, o mecanismo judicial vem sendo recorrentemente criticado por sua morosidade, ou seja, pela grande quantidade de tempo despendido entre a propositura de uma ação e o resultado final irrecorrível, ou seja, a decisão transitada em julgado.

Entretanto, apesar de ser um elemento que se mostra tão caro no contexto da resolução de litígios, o tempo é tratado de forma superficial, deixando-se de lado uma observação aprofundada de seu valor e as alusões mais complexas correlacionadas ao tema.

Portanto, a partir deste momento, tratar-se-á sobre o tempo e suas implicações no âmbito da resolução de conflitos, sendo necessário, para tanto, refletir sobre seu significado, bem como compreender sobre o seu uso e o seu valor, especialmente no contexto jurídico, para, então, correlacionar o mencionado recurso com a forma de dirimir conflitos.

5.1 O TEMPO⁶⁷

A conceituação do termo tempo é ampla e denota diferentes nuances a depender do contexto em que se insere. Justamente em razão de toda essa abstração é que, em regra, as reflexões que circundam o vocábulo são amplamente realizadas por filósofos, podendo o tempo

67 É importante ressaltar que, especificamente neste item, nada obstante a pesquisa seja acadêmica, as reflexões sobre a importância do tempo será realizada de forma mais reflexiva, especialmente considerando que a abordagem do assunto demanda meditações no campo da filosofia e da ética. Ademais, não é objetivo, aqui, estabelecer uma definição sobre o termo – especialmente considerando a imensidão de suas abordagens – tampouco de mencionar todos os filósofos de relevância que trataram sobre o tempo, dado não ser necessário para a finalidade deste item. O que se busca, portanto, é despertar algumas reflexões sobre o valor, a história e a importância do tempo, de maneira a dar base para as abordagens seguintes que correlacionam o tema com o direito e com os métodos adequados de solução de conflitos.

ser considerado como um objeto que gera inquietações nos seres humanos.

Em razão disso, Ost afirma: “eis, então, seguramente, uma face do tempo; ela nunca deixou de nos assombrar” (OST, 2005, p. 10).

Partindo-se de uma simples observação sobre o conceito conferido ao termo nos dicionários, é possível, já em primeira análise, extrair a sua complexidade. A definição dada pelo dicionário Priberam ilustra esse ponto, conforme verifica-se abaixo:

Tempo (latim tempus, oris) substantivo masculino
1. Série ininterrupta e eterna de instantes. 2. Medida arbitrária da duração das coisas. 3. Época determinada. 4. Prazo, demora. 5. Estação, quadra própria. 6. Época (relativamente a certas circunstâncias da vida, ao estado das coisas, aos costumes, às opiniões). 7. Estado da atmosfera. 8. [Por extensão] temporal, tormenta. 9. Duração do serviço militar, judicial, docente, etc. 10. A época determinada em que se realizou um fato ou existiu uma personagem. 11. Vagar, ocasião, oportunidade. 12. [Gramática] Conjunto de inflexões do verbo que designam com relação à atualidade, a época da ação ou do estado. 13. [Música] Cada uma das divisões do compasso. 14. [Linguagem poética] Diferentes divisões do verso segundo as sílabas e os acentos tônicos. 15. [Esgrima] Instante preciso do movimento em que se deve efetuar uma das suas partes. 16. [Geologia] Época correspondente à formação de uma determinada camada da crosta terrestre. 17. [Mecânica] Quantidade do movimento de um corpo ou sistema de corpos medida pelo movimento de outro corpo. (TEMPO, 2021).

Pela simples leitura do trecho acima, percebe-se a amplitude e a abstração da conceituação do tema, o que torna um grande desafio analisá-lo.

Loureiro e Santana ensinam que:

Físicos, matemáticos e filósofos no decorrer da história da humanidade não lograram atingir uma definição consensual de tempo. Ocorre que a definição completa de tempo é inatingível diante dos diversos sentidos. O ser humano, por intermédio do senso comum, concebe o tempo como um evento psicológico, traduzindo-se numa sensação derivada da transição de um movimento. Indubitável que o tempo engloba o sistema de medições utilizado para sequenciar eventos, confrontar as durações dos eventos, os seus intervalos, e para quantificar o movimento de objetos. Fundamental asseverar que a duração dos fatos, o que determina os momentos, os períodos, as épocas, as horas, os minutos, os dias, as semanas, os séculos, dentre outros, integram o conceito de tempo. (LOUREIRO; SANTANA, 2016, p. 358).

Ost (2005), na obra “O Tempo do Direito”, realiza um relato sobre a história mitológica de Kronos.

Segundo o autor, Urano (o céu) e Gaia (a terra), enlaçados em um abraço infinito, tiveram muitos filhos. Alguns destes, quando nascidos, foram imediatamente remetidos e aprisionados por Urano no Tártaro. Gaia, cansada das contínuas e frequentes investidas de Urano, deu a seu filho mais jovem, Kronos, uma foice, para que este a auxiliasse a decepar os testículos de seu esposo. Desta feita, se estabeleceu a divisão entre o Céu e a Terra e, em seguida, a tomada de poder por Kronos. Ocorre que esta nova era se inicia envolta em violência, dado que Kronos, ao tomar o poder, decide remeter novamente seus irmãos ao Tártaro, de modo a impedir que seu reinado fosse dividido.

Em razão de uma profecia, que revelou a Kronos que um de seus filhos também o destronaria, ele passou a devorar, imediatamente após o nascimento, os filhos tidos com Réia, sua mulher. Cansada da

situação, Réia, um dia, decidiu poupar seu filho, Zeus, de forma a se vingar das atitudes de Kronos, entregando-lhe uma pedra enfaixada em substituição à criança. Assim, cumprindo a profecia, Zeus, em idade adulta, lidera uma revolta que culmina na deposição de seu pai, o qual foi enviado ao Tártaro. Os irmãos de Kronos, os Ciclopes, acabam por escapar do aprisionamento e, depois, Zeus se aproveita da invigilância de seu pai, obrigando-o a vomitar os filhos devorados.

O autor, interpretando o conto, indica que Kronos, ao separar o Céu e a Terra, busca se estabelecer como o senhor do tempo, criando um bloqueio ao passado e ao futuro. Ao cortar os órgãos genitais de seu pai, Kronos nega o peso do passado, impedindo o prolongamento de Urano no tempo por meio da procriação. De outro lado, ao engolir seus próprios filhos, determinando o retorno deles à situação análoga à intrauterina, ele impede a ocorrência do futuro. Desta feita, Kronos estabelece um reinado estéril e desprovido de perspectivas futuras, pela falta de uma memória (passado) e de um projeto (futuro).

A história demonstra a insustentabilidade da negação do passado e do futuro, de modo que a repressão desses estabelece, inevitavelmente, um retorno violento daquilo que foi reprimido. Essa ideia é ilustrada por Ost (2005) a partir da observação de situações políticas, em que o passado ou o futuro são negados no contexto de um governo autoritário, determinando a permanência daquela sociedade estagnada no tempo, o que, como a história demonstra, induz a uma violência que acarreta, em algum momento, em uma revolução. O autor cita Ruanda, país onde o passado nunca passa, e os países satélites da ex-União Soviética, em que a ausência de um projeto eternizou o presente. Desta feita, a negação do tempo em sua completude – passado, presente e futuro – se estabelece como fonte de repetições, o que impede a evolução.

Da reflexão sobre a história de Kronos, pode-se extrair, assim, a importância da memória para o presente e para a construção do futuro, vez que as experiências vividas se mostram como referência para decisões no agora e são estas que criarão o porvir. Além disso, nota-se a importância da esperança pelo futuro, de modo a dar sentido

ao agora. Desta feita, observa-se como passado, presente e futuro estão imbricados e, assim sendo, é apenas a partir da consideração destas três nuances do tempo, de forma conjunta, que se viabiliza a construção de uma vida com significado, legítima e sustentável.

Amorim (2017), realizando reflexões sobre o tempo, indica que este estabelece uma ideia de transitoriedade, de mudança e de limitação, sendo perceptível o movimento intrínseco ao elemento. Neste sentido, é possível observar o seu movimento a partir de um olhar voltado ao presente. Esse “[...] ‘agora’ que é constantemente arrastado por aquilo a que chamamos fluxo da consciência, o curso da vida, das coisas, dos acontecimentos, como quisermos – ele não cessa de se dissipar.” (LYOTARD, 1997, p. 33).

Desse modo, observa-se que

O tempo é irreversível no sentido da sua dimensão, pois não se pode ter o tempo de volta, ele é inelástico: é impossível guardá-lo ou aumentá-lo. A humanidade desde os primórdios aprendeu a mensurar o tempo por meio do uso de calendários, relógios, cronômetros. Isso deixa clara a expectativa que o ser humano tem de controlar aquilo que sabe ser incontrolável. (LIMA; JESUS, 2011, p. 124).

Do ponto de vista das pessoas, sejam físicas ou jurídicas, o tempo vem sendo abordado como um recurso valioso, imaterial, entretanto, impassível de valoração monetária, nada obstante seja comum, no atual estágio da sociedade, o que se pode entender como uma espécie de venda do tempo.

Como se sabe, o trabalho das pessoas, em geral, é retribuído de acordo com o tempo. É relevante mencionar que as normas trabalhistas limitam a quantidade de horas dedicadas ao labor, justamente de maneira a impedir jornadas que comprometam excessivamente o tempo dos trabalhadores. Isso se dá, entre outras razões, considerando que existem outras atividades relevantes a serem desempenhadas além

do trabalho. Sendo assim, não possuindo o ser humano a qualidade da onipresença, necessita de tempo, fora do ambiente laboral, para que possa vivenciar outras experiências.

Neste sentido,

O tempo nada mais é do que o substrato fático indispensável à consecução de qualquer atividade humana. Trabalhar, estudar, descansar e divertir-se são atividades que demandam “tempo disponível” para sua consecução. O tempo desviado em uma central de atendimento mal estruturado implica a perda de tempo disponível para a consecução de outras atividades, desejadas [...] De igual modo, toda e qualquer experiência humana só é possível no tempo. A própria noção física de que o homem não pode estar em dois lugares ao mesmo tempo revela a finitude do tempo do indivíduo e serve de fundamento para sua proteção. Ter de fazer alguma coisa significa, necessariamente, não poder fazer todas as demais. (AMORIM, 2017, p. 213-214)

Na ficção científica distópica de Andrew Niccol, que deu origem ao filme “O preço do amanhã”, também dirigido por Niccol e protagonizado por Justin Timberlake e Amanda Seyfried, o tempo é colocado como tema central, estabelecendo-se como a moeda corrente de troca na sociedade.

Apesar de se tratar de uma ficção, a situação se assemelha, como se veria, ao que ocorre na vida real.

No filme,

Através de técnicas científicas desenvolvidas na área de engenharia genética, todos os homens e mulheres são submetidos a uma mutação genética que interrompe o envelhecimento aos 25 anos de idade. Todavia, ao completar essa idade, um mecanismo de contagem regressiva (uma espécie

de relógio) é ativado em seu pulso e a partir desse instante o indivíduo passa a ter apenas mais um ano de vida. Deveras, a não ser que a pessoa seja capaz de conseguir mais tempo ao decorrer desse um ano, sua vida estará terminantemente extinta e fadada à morte. Dessa maneira, o tempo é a nova moeda de troca existente nessa sociedade e será através do trabalho, das relações sociais ligadas ao sistema produtivo que o homem receberá mais tempo para tentar sobreviver a um dia de cada vez. (OLIVEIRA, 2016).

O filme estabelece reflexões e críticas quanto à valoração diferenciada do tempo, e, portanto, da vida, dos mais abastados, em comparação com a população empobrecida, de modo que, na história, os ricos, detentores de grandes fortunas, vivem de forma calma e cuidadosa, face a possibilidade de vida eterna. Já os pobres, sempre com tempo de vida escasso, trabalham exaustivamente para obter o recurso, convivendo, permanentemente, com o receio da morte.

O filme de Andrew Niccol nos apresenta uma sociedade na qual tempo literalmente é dinheiro, pois o tempo se tornou a moeda de troca do sistema econômico. Tal sociedade é marcada, principalmente, pela enorme desigualdade social, pela exploração da classe operária e pela burguesia exercendo o controle social que mantém o sistema em funcionamento. Graças ao desenvolvimento da tecnologia, os cientistas acharam uma maneira de destruir o gene do envelhecimento e, dessa forma, os homens geneticamente modificados têm o envelhecimento interrompido aos 25 anos de idade, quando lhes é disponibilizado um ano inteiro de vida; a partir daí, precisam conseguir tempo por conta própria. Num sistema onde poucos têm muito e muitos têm pouco, o resultado é praticamente óbvio: enquanto os ricos têm a chance de viver eternamente, os mais pobres

precisam lutar diariamente pela sobrevivência. (OLIVEIRA, 2016).

É cada vez mais comum, no que tange às abordagens sobre o tempo, escutar a expressão tempo produtivo, que remete a uma qualificação do vocábulo, atrelada ao bom uso do recurso. De forma contrária, se coloca o tempo ocioso. Este, na sociedade contemporânea, é frequentemente atrelado ao desperdício do recurso e, comumente, quando estabelecido, gera a sensação de culpa por parte daquele que o vivencia, justamente em razão de uma noção típica que emana de uma sociedade permeada por ideais capitalistas, que demanda uma constante produção. Dessa maneira, a ociosidade é vista de forma negativa, contrapondo-se à ideia que considera o tempo ocioso como vetor de contemplação e criatividade.

Sobre o tema, Lima e Jesus ensinam que

Com o mercado de trabalho cada vez mais competitivo, a pressão por resultados e a alta produtividade é diária, a chamada “estrutura enxuta” tornou-se muito comum e passou a fazer parte do *job description* do empregado realizar sozinho tarefas que antes eram de responsabilidade de duas ou até mais pessoas, por consequência, aprender como administrar melhor o tempo tornou-se um dos maiores desafios do trabalhador. Além da questão profissional, boa parte das pessoas também é solicitada pelos familiares e amigos a darem maior atenção e dedicação à vida pessoal. Somam-se a isso as vontades próprias que as pessoas têm de realizar suas atividades prediletas como esporte, leitura ou outro lazer e o resultado quase sempre é um ser frustrado por não ter tempo de realizar tudo o que gostaria. Um ponto importante é que a administração do tempo pode ser definida de forma simples, como um plano de utilização e controle do recurso da forma mais eficiente e eficaz possível. (LIMA; JESUS, 2011, p. 125).

Neste contexto de preocupação com a forma de utilização desse importante recurso, a administração de tempo adequada vem se mostrando tema recorrentemente abordado em cursos, estudos e palestras, especialmente em razão da multiplicidade de atividades das quais as pessoas se incumbem, sejam elas físicas ou jurídicas, sobretudo no cenário de uma sociedade disruptiva, que impõe uma rápida apreensão de novos conhecimentos e habilidades, o que, obviamente, demanda dedicação e, portanto, tempo.

Dentro deste contexto, já é perceptível que a busca constante e excessiva por conferir produtividade ao tempo acarreta em malefícios à saúde física e emocional das pessoas, inclusive, e de forma paradoxal⁶⁸, reduzindo a produtividade dos indivíduos.

Sobre o tema, Lima e Jesus esclarecem que:

68 De forma ilustrativa, é possível mencionar o estudo qualitativo realizado por Felli acerca da carga de trabalho de profissionais de enfermagem, no qual a autora defende a redução da jornada de trabalho da categoria, dadas as consequências negativas advindas do labor intenso e prolongado exercido pelos profissionais: “Assim, somente considerando o salário, verificam-se os elevados custos dos afastamentos. Desmistifica-se também o alto custo que a jornada de 30 horas representaria, quando esta é comparada ao custo dos afastamentos para as instituições. Esse custo é altíssimo e poderia ser revertido para a contratação de trabalhadores de enfermagem necessários para uma jornada de 30 horas semanais. A exposição a cargas de trabalho gera um perfil patológico que ainda é pouco conhecido pelos gerentes institucionais e órgãos da esfera pública. Também pouco se sabe a respeito de quanto esses problemas de saúde geram gastos que são pagos pela previdência social, ou seja, pela sociedade. Nesse sentido, o fato do Estado e seus cidadãos arcarem com um ônus que é das instituições que permitem o adoecimento dos seus trabalhadores é, sem dúvida, uma questão ético-política a ser discutida. Outra consequência é a morte dos trabalhadores. Há evidências de que o câncer e o suicídio são as principais causas de morte dos enfermeiros. O câncer entre trabalhadores de enfermagem acomete vários sítios como: cérebro, mama, fossas nasais, sistema nervoso, pele, pulmão, fígado e outros, em decorrência da exposição a cargas químicas e trabalho noturno; o suicídio ocorre por sofrimento no trabalho, pressão, convivência com a dor e sofrimento dos outros. Ainda, outra consequência é sobre a qualidade da assistência prestada aos pacientes, onerando mais uma vez a sociedade. Pesquisa mostra a relação entre o quantitativo de pessoal e a qualidade da assistência prestada, segundo indicadores assistenciais, denotando que o quantitativo de pessoal comprometido implica no aumento das taxas de infecção, extubação acidental, mortalidade, eventos adversos e outros relativos aos cuidados prestados aos pacientes que, em última instância, impactam nos perfis de morbimortalidade da população. Além disso, as condições de trabalho implicam em um ônus individual/familiar (doença e impacto nos proventos), institucional (custo e produtividade) e social (custo social da qualidade da assistência prestada)”. (FELLI, 2012, p. 181).

Um dos maiores desafios na gestão do tempo é aprender a resolver a equação *urgente x importante*. O mundo está em ritmo cada vez mais acelerado e isso pode ter contribuído para que as pessoas perdessem a noção do significado da palavra urgente. Tornou-se comum ouvir “isto é urgente” ou “isso é para ontem” e esse é outro fator crítico para a manutenção de um *worklife balance* adequado. Muitos profissionais e estudantes, pressionados pela enorme demanda de trabalho (sejam eles profissionais ou educacionais) se veem forçados a esticar a jornada para conseguir completar 100% das tarefas. O descontentamento e o cansaço físico podem transformar este tipo de comportamento em doenças, como a estafa. (LIMA; JESUS, 2011, p. 133).

Em estudo sobre a administração do tempo livre, Musse trata sobre o pensamento de Marx acerca do tema. O autor ensina que na obra “O Capital”, do mencionado filósofo, este prescreve “[...] a ampliação do tempo livre como pré-condição indispensável ao fortalecimento material e intelectual dos trabalhadores.” (MUSSE, 2016, p. 117).

Neste sentido, Marx entende que

[...] o trabalhador, durante toda a sua existência, nada mais é que força de trabalho e que, por isso, todo o seu tempo disponível é por natureza e por direito tempo de trabalho, portanto, pertencente à autovalorização do capital. Tempo para educação humana, para o desenvolvimento social, para o jogo livre das forças vitais físicas e espirituais, mesmo o tempo livre de domingo – e mesmo no país do sábado santificado – pura futilidade! (MARX, 1984 apud MUSSE, 2016, p. 118).

Desta feita, e em razão de todas as reflexões tecidas, fica patente que a importância, o sentido e a qualificação do tempo possuem diversas conotações e abordagens, determinando uma multiplicidade de pontos de vista.

Interessa, entretanto, a compreensão do tempo como um recurso finito, irrecuperável, não estático e especialmente valioso, vez que atrelado, em última análise, à própria ideia de viver. Observa-se, por fim, que a consideração das nuances do tempo – passado, presente e futuro – possuem impacto na forma de percepção da vida, especialmente quanto ao seu significado e a sua sustentabilidade.

5.2 O TEMPO E O DIREITO

Feitas as considerações sobre a aceção do tempo de forma ampla, passa-se, neste item, a refletir sobre o tempo frente ao direito, sem, entretanto, objetivar o esgotamento de todas as possíveis abordagens do tema no contexto jurídico.

Inicialmente, vê-se necessário observar a natureza jurídica atribuída ao objeto sob análise.

Segundo Amorim,

O “tempo”, enquanto recurso humano escasso, finito e irreparável, poderia enquadrar-se, em princípio, em duas categorias distintas de direitos, a saber: a) direito patrimonial; ou b) direito extrapatrimonial. A classificação do “tempo”, enquanto um direito patrimonial, necessariamente, o atrelaria e restringiria à noção material, econômica, quantificável, o que, na visão do autor deste trabalho, confrontaria a sua essência incorpórea, atrelada à manifestação das esferas da personalidade humana e, conseqüentemente, à noção de dignidade humana. Além do mais, um viés patrimonialista do “tempo” condicionaria a compensação pelo seu desperdício injusto à uma perda patrimonial, reduzindo sua

importância e deturpando sua natureza. (AMORIM, 2017, p. 59).

O autor supracitado argumenta que uma visão puramente patrimonialista do recurso restaria atrelada à ideia de um tempo produtivo, que remeteria a uma conotação unicamente laboral e econômica do elemento. Desta feita, uma aceção apenas patrimonial ignoraria o seu potencial de promoção da dignidade da pessoa humana, bem como a garantia do exercício de direitos da personalidade, retirando a dimensão existencial que se verifica no uso do tempo.

Desta feita,

O “direito ao tempo” parece amoldar-se melhor à natureza jurídica própria de um direito extrapatrimonial. Isso porque, à par de eventuais repercussões patrimoniais que a violação temporal possa acarretar, fato é que o tempo é anterior a essas questões e existe independentemente delas. Lado outro, a miríade de atividades às quais o tempo dá suporte não permite a restrição da proteção legal apenas aos casos que apresentem algum reflexo negativo sobre o patrimônio material do indivíduo. Assim, o “tempo” se apresenta como um valor jurídico extrapatrimonial, merecedor de tutela autônoma, relacionada à defesa da própria condição humana e de suas especificidades. (AMORIM, 2017, p. 61).

O autor acrescenta que:

A noção de tempo está indissociavelmente relacionada à noção de espaço, e ambos são inerentes ao ser humano e à sua percepção do mundo. O indivíduo interage com o mundo através do tempo e do espaço, razão pela qual relacionam-se intimamente com a existência humana, estando interligados à sua autodeterminação e à realização de seu projeto de

vida. O indivíduo só é livre e capaz de autodeterminar-se, se puder dar ao seu tempo a destinação que bem lhe aprouver, ou ao menos aquela que entende como tolerável e necessária, conforme seus objetivos, anseios e conjecturas. De igual modo, a realização plena de seu projeto de vida depende essencialmente do tempo livre que tem a sua disposição e da possibilidade de orientá-lo de acordo com sua própria vontade. (AMORIM, 2017, p. 213).

Na pesquisa realizada por Amorim (2017), ele se dedica a verificar sobre a possibilidade de responsabilização civil daquele que causa a perda do tempo de outra pessoa, estudando, especificamente, sobre o direito ao tempo que, como observado, diz respeito ao elemento sem o qual a pessoa humana restaria inviabilizada de exercer outros direitos. Neste sentido, o autor explica que a lesão ao direito ao tempo, denominada como dano temporal, deve receber atenção do ordenamento jurídico, vez que o uso do recurso tem íntima relação com a possibilidade de autodeterminação e de construção de um projeto de vida, valores relacionados à natureza humana.

Desta feita,

O desvio temporal indevido acarreta a violação à autodeterminação do indivíduo e a frustração do seu projeto de vida, que pode ser entendido também como a organização diária de suas atividades e objetivos. Há determinados danos temporais que acarretam a postergação de uma atividade desejada pelo consumidor, enquanto outros, mais graves, podem acarretar a perda definitiva de uma experiência, que nunca mais poderá ser recuperada, como a perda do momento de nascimento de um filho. Obviamente, cada situação deverá ser valorada no caso concreto, com reflexos no *quantum* indenizatório. (AMORIM, 2017, p. 214).

É também neste sentido que a legislação trabalhista, como já observado, realiza as limitações quanto ao tempo despendido no trabalho.

A Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), Decreto-Lei nº 5.452/1943, estabelece a limitação de 44 horas semanais de trabalho e determina a valoração maior à hora extra trabalhada, limitando a ocorrência desta por, no máximo, duas horas diárias. Além disso, prevê o descanso semanal obrigatório e o direito às férias.

Sem adentrar em maiores análises sobre os detalhes e exceções da norma, ou sobre o desrespeito reiterado às suas determinações, é possível inferir que os limites impostos pela legislação trabalhista estão imbricados com o direito das pessoas de exercer outras atividades, outros papéis sociais, enfim, de ter outras experiências.

Ressalte-se que não se quer, com isso, estabelecer uma ideia de que ao trabalhar as pessoas estão desperdiçando o seu tempo. Quer-se dizer que a dedicação exclusiva ao labor e a exaustão causada pelo alta carga de trabalho impedem o ser de se desenvolver completamente e viver sua vida de forma satisfatória.

Neste sentido,

Dizer que uma vida cheia de sentido encontra na esfera do trabalho seu primeiro momento de realização é totalmente diferente de dizer que uma vida cheia de sentido se resume exclusivamente ao trabalho, o que seria um completo absurdo. Na busca de uma vida cheia de sentido, a arte, a poesia, a pintura, a literatura, a música, o momento de criação, o tempo de liberdade, têm um significado muito especial. Se o trabalho se torna autodeterminado, autônomo e livre, e por isso dotado de sentido, será também (e decisivamente) por meio da arte, da poesia, da pintura, da literatura, da música, do uso autônomo do tempo livre e da liberdade que o ser social poderá se humanizar e se emancipar em seu sentido mais profundo. (ANTUNES, 2009, p. 143).

Outra implicação do tempo no âmbito jurídico, diz respeito ao direito de cobrar pelos juros, ou seja, de receber remuneração em razão do decurso do tempo.

Sobre o termo, Venosa explicita:

O conceito de juros não se apresenta na lei. Juros são a remuneração que o credor pode exigir do devedor por se privar de uma quantia em dinheiro. Os juros são precipuamente em dinheiro e em retribuição de uma quantia em dinheiro, embora nada impeça a entrega de juros em espécie nas obrigações fungíveis que tenham objeto por outras coisas que não dinheiro. (VENOSA, 2008, p. 125).

Dessa forma, segundo o referido autor, os juros são considerados os rendimentos ou frutos civis do capital, acessórios à dívida principal, que remuneram o credor pelo tempo que fica privado da disposição do bem.

O Código Civil prevê a possibilidade de cobrança de juros moratórios, relativos ao atraso da prestação avençada; juros convencionais, estabelecidos pelas partes no próprio negócio jurídico; bem como os juros legais, que são aqueles previstos na legislação.

Ressalte-se que, nem sempre, a cobrança de juros foi considerada como legítima. Na Idade Média, a Igreja Católica considerava um pecado a cobrança de remuneração pelo simples decurso do tempo. Essa ideia partia, dentre outros motivos, da compreensão de que o tempo a Deus pertence. Sendo algo titularizado pela divindade e livremente conferido às criaturas, restaria inconcebível cobrar por algo que não lhe é próprio. Neste sentido, Silva ensina que:

O primeiro pecado associado à usura é o roubo. A própria usura era considerada um roubo grave, por supor a apropriação indevida de algo que pertencia somente a Deus: o tempo. Dessa maneira, o usureiro hipoteca o tempo que só a Deus pertence, pois ao

cobrar os juros vende o tempo que transcorre entre o momento do empréstimo do dinheiro e o momento em que é reembolsado com juros. Além disso, a usura também era vista como um pecado contra a natureza, porque representa um desrespeito às leis divinas, como o intervalo obrigatório entre os dias de trabalho e o dia de descanso. O usureiro não parava de ganhar dinheiro, e ao contrário dos cristãos trabalhadores, até mesmo de noite, enquanto dormia, o tempo passava, e conseqüentemente, lucrava. (SILVA, 2013, p. 12).

Além disso, pode-se mencionar o impacto do decurso do tempo atrelado às decisões judiciais e arbitrais. Neste sentido, tem-se que, decorrido o prazo para recurso, ausente a manifestação da parte, forma-se a coisa julgada, que confere imutabilidade à decisão, estabelecendo a segurança jurídica sobre a impossibilidade de rediscussão sobre o tema.

Sobre o assunto, ensina, Theodoro Júnior:

Para todo recurso a lei estipula um prazo certo e preclusivo, de sorte que, vencido o termo legal, sem manifestação do vencido, ou depois de decididos todos os recursos interpostos, sem possibilidade de novas impugnações, a sentença torna-se definitiva e imutável. (THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 523).

Outra questão que se relaciona com o tema, diz respeito à prescrição e à decadência⁶⁹.

Segundo Theodoro Júnior, “os atos jurídicos são profundamente afetados pelo tempo. Decadência e prescrição são alguns dos efeitos que o transcurso do tempo pode produzir sobre os direitos subjetivos,

69 Apesar das discussões acerca da conceituação sobre prescrição e decadência sejam controversas, as menções sobre os temas neste estudo buscam apenas relatar o efeito do decurso do tempo no exercício de um direito, não sendo necessário tecer maiores reflexões, considerando não ser este um assunto relevante para a presente pesquisa.

no tocante à sua eficácia e exigibilidade” (THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 320).

Conforme ensinam, Fiuza e Silva:

Sintetizando, podemos definir prescrição como a extinção, pelo decurso de prazo, da responsabilidade decorrente do inadimplemento de um direito a uma prestação, surgindo para o devedor a faculdade de opor uma exceção à pretensão do credor. (FIUZA; SILVA, 2016, p. 88).

Já sobre a decadência, Theodoro Júnior explica que, neste caso, o transcurso do tempo acarreta o desaparecimento do direito. “O reconhecimento da decadência, portanto, é reconhecimento da inexistência do próprio direito invocado pelo autor” (THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 320).

Tem-se, portanto, que em ambos os casos o decurso do tempo, relativo aos prazos legais, estabelecem a impossibilidade de, coercitivamente, fazer valer um direito, em razão deste não ser mais exigível, ou mesmo por não mais existir.

Assim, e por todo exposto, observa-se que o tempo tem diferentes implicações no direito. Além disso, verifica-se que o recurso diz respeito a um valor juridicamente relevante e, portanto, protegido pelo ordenamento jurídico. Ademais, pode ser considerado como um direito extrapatrimonial, atrelado à dignidade da pessoa humana, especialmente em razão de ser um elemento que possibilita a autodeterminação e o estabelecimento de um projeto de vida.

Feitas essas reflexões sobre o tema frente ao direito, passa-se, a seguir, a tratar sobre o tempo face ao uso e a escolha do método de resolução de conflitos.

5.3 O TEMPO E OS MÉTODOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

Como visto, a busca por uma gestão adequada do tempo é ponto de preocupação das pessoas, especialmente diante da ideia de finitude e irrecuperabilidade de um recurso considerado tão precioso.

Neste sentido, é possível dizer que

Há séculos o homem vem tentando administrar melhor o seu tempo com o objetivo de se tornar mais produtivo e aproveitar melhor este recurso tão precioso para realizar tudo aquilo que julga importante. Na busca de soluções adequadas para este desafio, diversos estudiosos vêm-se dedicando à pesquisa da Administração do Tempo, o que resultou em algumas diferentes linhas de pensamentos, mas que em geral apresentam princípios básicos bastante similares: organização, controle e priorização. (LIMA; JESUS, 2011, p. 126).

A preocupação que recai sobre tempo irradia pelos mais diversos setores da vida. Neste sentido, o mencionado recurso também se estabelece como um elemento relevante para a escolha do método de solução de conflitos.

Neste interim, é possível mencionar a Emenda Constitucional nº 45/2004 que objetivou a reforma do Judiciário, de modo a possibilitar um processo mais rápido e efetivo.

Conforme ensina, Carvalho Filho,

A Emenda Constitucional nº 45, de 8.12.2004 (denominada de “Reforma do Judiciário”), acrescentou o inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição, estabelecendo: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua

tramitação”. O novo mandamento, cuja feição é a de direito fundamental, tem por conteúdo o princípio da eficiência no que se refere ao acesso à justiça e estampa inegável reação contra a insatisfação da sociedade pela excessiva demora dos processos, praticamente tornando inócuo o princípio do acesso à justiça para enfrentar lesões ou ameaças a direito (art. 5º, XXXV, CF). Note-se que a nova norma constitucional não se cinge aos processos judiciais, mas também àqueles que tramitam na via administrativa, muitos destes, da mesma forma, objeto de irritante lentidão. Não basta, porém, a inclusão do novo mandamento; urge que outras medidas sejam adotadas, em leis e regulamentos, para que a disposição possa vir a ter densa efetividade. Exatamente por esse motivo é que o art. 7º da citada EC nº 45/2004 determinou a instalação pelo Congresso Nacional de comissão especial mista, com o objetivo de elaborar, em 180 dias da promulgação da Emenda, os projetos de lei para a regulamentação do que nela foi disciplinado. Cominou-se, ainda, à mesma comissão a obrigação de promover alterações na legislação federal, no intuito de ampliar o acesso à justiça e tornar mais célere e efetiva a prestação jurisdicional, como constitui anseio de toda a sociedade. (CARVALHO FILHO, 2018, p. 85).

Como mencionado pelo autor, a lentidão processual chega a causar nos envolvidos uma irritação. Neste ponto, é importante refletir não só sobre a extensão do tempo, mas sobre sua utilidade.

A forma como o tempo é percebido é relativa. O tempo em um dia na praia pode parecer passar mais veloz do que aquele despendido no aeroporto em razão do cancelamento de um voo. Uma hora de almoço com os amigos parece passar muito mais rápido do que uma hora na fila do banco.

Além disso, há também que se ressaltar a questão do custo-benefício na espera. Uma hora na fila do banco para pagar uma conta

é uma situação. Não parece valer a pena o tempo despendido. Já uma hora na fila do banco para receber um milhão de reais parece irrelevante diante do benefício, da mesma forma que esperar uma hora na fila de entrada do show do artista predileto também parece valer mais a pena.

Lima e Jesus, tratando de outro viés sobre a forma como o tempo é vivido e sentido, ensinam:

Há cerca de 100 anos as pessoas se locomoviam de trem, a cavalo, de navio e a pé. Sem telefone, escreviam cartas, iam levar ao correio e esperavam dias e semanas pelas respostas, com tranquilidade. Hoje mesmo com toda a parafernália tecnológica que nos cerca, internet com mensagens instantâneas, telefones móveis, correios de voz, fax, aviões, videoconferências, ensino virtual e outros tantos recursos, falta-nos tempo. (LIMA; JESUS, 2011, p. 125).

Além disso, as autoras acima mencionadas citam que

O tempo é finito, escasso e muito importante. Tempo é vida e desperdiçar tempo é desperdiçar vida, o tempo torna-se maior ou menor dependendo da capacidade de administrá-lo. O tempo uma vez gasto nunca é recuperado, por isso a importância de economizá-lo. (BLISS⁷⁰, 1993, p. 96 apud LIMA; JESUS, 2011, p. 124).

Pelas passagens colacionadas, observa-se que o excesso de atividades, frequentemente, cria a impressão de maior velocidade e escassez de tempo. Além disso, demonstram que a gestão adequada do recurso parece aumentá-lo.

70 BLISS, Edwin. **Como Conseguir que as Coisas sejam feitas**: o ABC da Administração do Tempo. 4 ed. Rio de Janeiro: Record, 1993.

De fato, o tempo cronológico não aumenta, mas a administração permite otimizar o seu uso, de modo que é possível reduzir a duração de certas atividades, delegar funções, realizar as pausas necessárias ao descanso e priorizar atividades. Neste sentido, percebe-se viável conferir utilidade ao tempo e, de alguma forma, manipulá-lo.

Como se vê, a sensação de inutilidade do tempo, de saber que se poderia estar fazendo seu uso de maneira melhor, é o que cria a impressão de desperdício do recurso. O resultado advindo de seu uso, igualmente, demonstra ter grande relevância sobre como ele é percebido.

Neste ponto, é possível refletir sobre os métodos adequados, iniciando a observação sob o prisma do mecanismo judicial.

Em uma ação judicial, o processo fica constantemente aguardando movimentação. A situação se agrava quando há o envolvimento de alguma pessoa de direito público, dadas as prerrogativas desta, como é o caso do prazo em dobro. Não é incomum, também, a ocorrência de erros por parte do Judiciário, como é o caso de situações em que se ignora documentos juntados e informações já incluídas nos autos, determinando às partes nova manifestação para esclarecer a questão e corrigir o equívoco. Há também a demora para marcação de audiências, o que acarreta em inatividade do processo por meses até a sua ocorrência. Além disso, não é incomum a parte vencida recorrer até a última oportunidade, de forma a impedir o trânsito em julgado de uma decisão que, já se espera, não será alterada.

Todas as situações exemplificadas acima criam a percepção do tempo perdido, que se desenrola sem utilidade, chegando a criar uma irritabilidade nos envolvidos, conforme mencionado por Carvalho Filho (2018).

De forma ilustrativa, pode-se realizar, também, uma comparação do processo judicial com a arbitragem. Um processo judicial que tenha duração de quatro anos, dadas todas as interferências mencionadas, pode passar, como visto, o sentimento de desperdício do referido recurso. Por outro lado, a participação em um procedimento arbitral, que se desenrola no mesmo prazo, determina um sentimento de

contentamento sobre o uso do recurso. Isso se dá, pois, em regra, um procedimento arbitral de quatro anos terá essa duração tratando de uma causa complexa, que demanda, realmente, o mencionado tempo para análise, considerando a necessidade de uma avaliação mais acurada da questão.

Ressalte-se que, como visto, a flexibilidade da arbitragem é que permite essa adequação do tempo. Nesse contexto, os prazos são definidos entre os árbitros e as partes de acordo com a necessidade do caso. Portanto, o recurso é utilizado na medida do que demanda a situação concreta, sendo possível, assim, concluir que na arbitragem o tempo tende a ser despendido de forma mais útil do que no processo judicial.

Além disso, pode-se mencionar que no Judiciário, dada a falta de especificidade técnica dos julgadores e a inadequação do método para resolver determinados casos, a decisão, muitas vezes, não é considerada boa pelas partes, criando uma insatisfação relacionada ao tempo investido, vez que o resultado, ao final, não agrada aos envolvidos. Ademais, em razão do grande atraso no resultado, em muitas ocasiões a decisão chega muito tarde para a situação, tornando-se inócua, importando em um sentimento de inutilidade de todos os recursos utilizados no processo, incluindo o tempo. Já no caso da arbitragem, os árbitros utilizam o tempo para analisar de forma profunda o conflito. Como resultado, é obtida uma decisão técnica, adequada e irreversível. Desta feita, a espera pelo desfecho terá, ao fim, um resultado útil. Há, portanto, no caso da arbitragem, não só o uso adequado do tempo, mas um resultado que justifica os recursos utilizados.

Percebe-se, assim, que o que está em questão não é apenas a quantidade, mas a sensação de utilidade atrelada ao tempo, bem como o resultado que será atingido com o seu uso.

Como já observado nesta pesquisa, os métodos disponíveis para resolução dos conflitos devem ser empregados de acordo com o perfil da divergência a ser dirimida. Desta feita, tem-se que, ao utilizar o método realmente capaz de solucionar a demanda e que possibilitará

um resultado adequado ao caso, é promovida a satisfação das partes ao final, o que, como visto, tem relação com a sensação de utilidade do uso do recurso.

Especificamente no caso dos métodos autocompositivos, como a negociação, a mediação e a conciliação, tem-se que estes, além de serem reconhecidos pela característica da celeridade, são também capazes de propiciar resultados satisfatórios, especialmente considerando que são as próprias partes, de acordo com as suas visões e interesses próprios, que irão elaborar a solução para o conflito.

Portanto, é interessante que se busque, sempre que possível, a autocomposição do conflito primeiro para, apenas depois, na falta de uma solução consensual, lançar mão dos métodos heterocompositivos que demandam maior investimento de recursos, incluindo o tempo, acarretando, também, em maior desgaste das partes na resolução da demanda.

Além disso, ainda no que tange aos métodos autocompositivos, é possível voltar à ideia inicialmente mencionada de Ost (2005). Como visto, o autor reflete sobre a importância de consideração de passado, do presente e do futuro na sustentação e significado da vida. No caso da autocomposição, aqueles que irão decidir a demanda são os próprios envolvidos, que possuem uma noção muito mais ampla do passado e do que pretendem no futuro, do que um terceiro julgador que, como se sabe, acaba por conhecer apenas uma fração da história e dos interesses das partes. Neste sentido, observa-se que o árbitro ou o juiz recebem as alegações das partes e estão atrelados, na maior parte das situações⁷¹, a aplicar uma legislação. Assim, não interessa ao

71 O artigo 2º da Lei de Arbitragem estabelece que “a arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes” (BRASIL, 1996). Observa-se, assim, que é possível que uma arbitragem seja julgada por equidade, o que daria melhores condições do árbitro sopesar o passado e o impacto do futuro na decisão. Entretanto, ainda que haja autorização legal, não é comum que se utilize o mencionado critério no julgamento, obrigando o árbitro a aplicar a lei. Já no caso do Processo Judicial, o CPC de 2015 estabelece que “Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico. Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.” (BRASIL, 2015c), demonstrando ser a equidade uma exceção como critério para o julgador.

juiz ou ao árbitro, em regra, o impacto da decisão no futuro ou outros interesses das partes, mesmo porque esses julgadores não podem decidir, de modo a considerar essas questões, deixando de aplicar as normas jurídicas.

Desta feita, o resultado obtido nem sempre se sustenta e, frequentemente, não gera a pacificação do conflito que, muitas vezes, parece até se agravar. Isso se dá, justamente, por essa ausência de consideração da história da relação (passado) e dos objetivos que as partes possuem (futuro). Ressalte-se que mesmo na arbitragem, que produz uma decisão técnica e célere ao caso, esses pontos mencionados não são levados em consideração. É por isso, inclusive, que atualmente vem sendo indicada a inserção da cláusula escalonada nos contratos e não somente uma cláusula arbitral.

A cláusula escalonada diz respeito a uma proposta de harmonização de dois ou mais métodos de solução de conflitos, “[...] objetivando-se construir um mecanismo de solução de controvérsias mais adequado para cada caso, respeitando-se as peculiaridades que estes apresentam” (REIS, 2019).

Assim, a ideia do uso da cláusula escalonada prioriza a tentativa de composição entre as partes, permitindo que elas mesmas, que são aquelas que mais conhecem a situação e seus próprios interesses, desenvolvam uma solução que satisfaça ambas, considerando, assim, o passado e o futuro da relação na formação de uma decisão no presente. Ressalte-se que um acordo só é firmado se houver uma opção que satisfaça ambas as partes, de modo que não haverá, na conclusão, uma parte vencida, como ocorre em um método heterocompositivo, em que sempre, ao menos uma das partes – aquela que perdeu – não satisfaz seus interesses com a superveniência da decisão final.

Por todo exposto, observa-se que a escolha adequada do método de solução de controvérsias permite a economia de tempo, bem como confere utilidade ao tempo despendido na resolução do conflito. Além disso, percebe-se que os métodos autocompositivos possibilitam uma solução que satisfaça ambas as partes, considerando, neste contexto, a

história da relação e o futuro pretendido pelos envolvidos, o que torna a solução sustentável e promove a pacificação efetiva da controvérsia.

Desta feita, conclui-se que a busca pelo acordo deve ser priorizada, devendo-se utilizar os métodos heterocompositivos apenas quando não for possível a autocomposição dos envolvidos. Neste ponto, a cláusula escalonada se mostra como um mecanismo que possibilita o tratamento da demanda em multietapas, de forma a fazer o bom uso dos meios de solução de conflitos disponíveis, considerando as peculiaridades de cada caso.



**O USO DA ARBITRAGEM
PELA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA BRASILEIRA**

6.1 BREVES CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS ACERCA DO USO DA ARBITRAGEM PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A SITUAÇÃO ATUAL

Segundo Lemes (2007), até o início do século XX, em razão da falta de recursos do setor público para investimento no país, a concessão de serviços foi a forma encontrada pelo governo para que as necessidades da sociedade fossem supridas. Em virtude disso, os contratos de concessões foram dispostos no Código Comercial de 1850, parcialmente em vigor até o momento.

De acordo com a autora, a arbitragem nos contratos administrativos, em que são partes a Administração Pública (contratante) e particulares (contratados), acompanha os contratos de concessões de obras e serviços públicos desde aquela época.

Do ano 1850 em diante, diversos contratos foram firmados entre as companhias criadas com o capital público e empresas estrangeiras, e em vários destes contratos havia a previsão da solução arbitral (LEMES, 2007)

Já em 1880, entrou em vigor o Decreto nº 7.959 que uniformizou os termos das concessões de estradas de ferro gerais do Império, dispondo que, em caso de desacordo entre o governo e o particular contratado, em virtude da relação jurídica firmada, o litígio deveria ser solucionado por árbitros (LEMES, 2007).

Há vários precedentes em que a arbitragem foi utilizada para dirimir controvérsias referentes às concessões no Brasil, destacando-se dos feitos de Barão de Mauá, a estrada de ferro de Santos-Jundiá [...]. Por ocasião do fim da concessão pelo prazo de 90 anos, houve desavenças quanto aos bens imóveis, que segundo os proprietários da “São Paulo Railway” estariam fora dos bens encampados, e que foram dirimidas por arbitragem (LEMES, 2007, p. 65).

Ainda segundo Lemes (2007), já naquela época, apesar de estipulada a arbitragem pelo diploma legal que regia os contratos de concessões, havia discussões acerca da possibilidade de sua utilização para dirimir eventuais conflitos advindos destas relações jurídicas firmadas entre a Administração e particulares.

Conforme os ensinamentos de Moreira Neto (2001), com o fim da Primeira Grande Guerra, em âmbito mundial, os contratos de concessões perderam força em virtude de alterações e restrições econômicas que passaram a privilegiar a atividade política e a segurança nacionais. Assim, tanto no Brasil como no mundo, os serviços públicos passaram a ser executados em maior escala por empresas paraestatais.

Após a Segunda Guerra Mundial, o Estado abandonou a condição de gestor dos serviços públicos para se concentrar no desenvolvimento interno. Mais especificamente nas últimas décadas, os contratos celebrados entre a Administração Pública e particulares tomaram nova força em virtude de uma tendência mundial à desestatização, vez que foi constatado que o Estado funciona mais eficientemente quando delega certas funções a particulares especializados na prestação do serviço específico⁷² (LEMES, 2007).

Maffini e Cirne (2018) destacam que no mesmo período em que o instituto da arbitragem começou a se fortalecer no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente em razão da promulgação da Lei nº 9.307/1996, bem como do reconhecimento da constitucionalidade do artigo 1º do mencionado diploma legal, a Administração Pública passou pela Reforma Administrativa que, caracterizada por uma menor intervenção Estatal, transferiu parte de suas tarefas à iniciativa privada. Neste contexto, com o intuito de prover melhores métodos

72 O caput do artigo 173 da Constituição de 1988 ilustra esta tendência, estabelecendo que “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.” (BRASIL, 1988).

para resolver conflitos e para atrair investimentos do setor privado⁷³, o legislador passou a prever normas, ainda que não detalhadas, permitindo o uso da arbitragem envolvendo o Estado.

Os autores supramencionados destacam alguns diplomas legais que, seguindo a tendência de um Estado Gerencial, passaram a prever a possibilidade do uso da arbitragem pela Administração Pública. São elas:

i) a Lei nº 8.987/1995, denominada de Lei de Concessões⁷⁴, que prevê: “art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: [...] XV - ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais [...]” (BRASIL, 1995);

ii) a Lei nº 9.472/1997, denominada como Lei Geral das Telecomunicações⁷⁵, que prevê: “Art. 93. O contrato de concessão indicará: [...] XV - o foro e o modo para solução extrajudicial das divergências contratuais [...]” (BRASIL, 1997);

iii) a Lei nº 9.478/1997, a Lei de Política Energética Nacional⁷⁶, que dispõe:

Art. 43. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais: [...] X - as regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional; [...] (BRASIL, 1997).

73 “Isso porque, se o intuito era atrair o capital privado para a precária infraestrutura nacional, certamente seria um importante estímulo oferecer aos particulares uma alternativa mais célere do que aquela do Poder Judiciário para solução de eventuais controvérsias que surgissem” (MAFFINI; CIRNE, 2018, p. 87).

74 “Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.” (BRASIL, 1995).

75 “Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995.” (BRASIL, 1997).

76 “Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências.” (BRASIL, 1997).

iv) a Lei nº 10.233/2001, que trata sobre a reestruturação do transporte aquaviário e terrestre⁷⁷, que prevê:

Art. 35. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais, ressalvado o disposto em legislação específica, as relativas a:

[...]

XVI – regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem;

[...]

Art. 39. O contrato de permissão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais as relativas a:

[..]

XI – regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, incluindo conciliação e arbitragem; [...] (BRASIL, 2001).

v) a Lei nº 10.438/2002, que trata sobre o incentivo às fontes alternativas de energia elétrica⁷⁸, que dispõe:

Art. 4º A Aneel procederá à recomposição tarifária extraordinária prevista no art. 28 da Medida Provisória

77 “Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências.” (BRASIL, 2001).

78 “Dispõe sobre a expansão da oferta de energia elétrica emergencial, recomposição tarifária extraordinária, cria o Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica (Proinfa), a Conta de Desenvolvimento Energético (CDE), dispõe sobre a universalização do serviço público de energia elétrica, dá nova redação às Leis no 9.427, de 26 de dezembro de 1996, no 9.648, de 27 de maio de 1998, no 3.890-A, de 25 de abril de 1961, no 5.655, de 20 de maio de 1971, no 5.899, de 5 de julho de 1973, no 9.991, de 24 de julho de 2000, e dá outras providências.” (BRASIL, 2002a).

no 2.198-5, de 24 de agosto de 2001, sem prejuízo do reajuste tarifário anual previsto nos contratos de concessão de serviços públicos de distribuição de energia elétrica.

[...]

§ 5º A recomposição tarifária extraordinária estará sujeita a homologação pela Aneel e observará as seguintes regras:

[...]

V - para atender aos fins previstos no inciso IV, a homologação da recomposição tarifária extraordinária estará condicionada, nos termos de resolução da Aneel, à solução de controvérsias contratuais e normativas e à eliminação e prevenção de eventuais litígios judiciais ou extrajudiciais, inclusive por meio de arbitragem levada a efeito pela Aneel; [...] (BRASIL, 2002a).

vi) a Lei nº 10.848/2004, que regula a comercialização de energia elétrica⁷⁹ e dispõe:

Art. 4º Fica autorizada a criação da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE, pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, sob autorização do Poder Concedente e regulação e fiscalização pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, com a finalidade de viabilizar a comercialização de energia elétrica de que trata esta Lei.

[...]

§ 5º As regras para a resolução das eventuais divergências entre os agentes integrantes da CCEE serão estabelecidas na convenção de comercialização

79 “Dispõe sobre a comercialização de energia elétrica, altera as Leis nºs 5.655, de 20 de maio de 1971, 8.631, de 4 de março de 1993, 9.074, de 7 de julho de 1995, 9.427, de 26 de dezembro de 1996, 9.478, de 6 de agosto de 1997, 9.648, de 27 de maio de 1998, 9.991, de 24 de julho de 2000, 10.438, de 26 de abril de 2002, e dá outras providências.” (BRASIL, 2004).

e em seu estatuto social, que deverão tratar do mecanismo e da convenção de arbitragem, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

[...]

§ 6º As empresas públicas e as sociedades de economia mista, suas subsidiárias ou controladas, titulares de concessão, permissão e autorização, ficam autorizadas a integrar a CCEE e a aderir ao mecanismo e à convenção de arbitragem previstos no § 5º deste artigo [...]. (BRASIL, 2004b).

vii) a Lei nº 11.079/2004, denominada Lei das Parcerias Público Privadas, já mencionada no item 4.3 desta pesquisa.

viii) a Lei nº 11.909/2009, que trata sobre as atividades relativas ao transporte de gás natural⁸⁰ e dispunha até a sua revogação pela Lei nº 14.134/2021:

Art. 21. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais:

[...]

XI - as regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem;

Art. 24. A concessionária deverá:

[...]

III - submeter à aprovação da ANP a minuta de contrato padrão a ser celebrado com os carregadores, que deverá conter cláusula para resolução de eventuais divergências, podendo prever a convenção de arbitragem, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996;

[...]

80 “Dispõe sobre as atividades relativas ao transporte de gás natural, de que trata o art. 177 da Constituição Federal, bem como sobre as atividades de tratamento, processamento, estocagem, liquefação, regaseificação e comercialização de gás natural; altera a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997; e dá outras providências.” (BRASIL, 2009).

Art. 48. Os contratos de comercialização de gás natural deverão conter cláusula para resolução de eventuais divergências, podendo, inclusive, prever a convenção de arbitragem, nos termos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996.

[...]

Art. 49. As empresas públicas e as sociedades de economia mista, suas subsidiárias ou controladas, titulares de concessão ou autorização ficam autorizadas a aderir ao mecanismo e à convenção de arbitragem a que se refere o art. 48 desta Lei. (BRASIL, 2009).

ix) a Lei nº 12.815/2013, que trata sobre a exploração de portos e instalações portuárias pela União⁸¹ e dispõe:

Art. 62. O inadimplemento, pelas concessionárias, arrendatárias, autorizadas e operadoras portuárias no recolhimento de tarifas portuárias e outras obrigações financeiras perante a administração do porto e a Antaq, assim declarado em decisão final, impossibilita a inadimplente de celebrar ou prorrogar contratos de concessão e arrendamento, bem como obter novas autorizações.

§ 1º Para dirimir litígios relativos aos débitos a que se refere o caput, poderá ser utilizada a arbitragem, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. (Regulamento) [...] (BRASIL, 2013).

81 “Dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários; altera as Leis nºs 5.025, de 10 de junho de 1966, 10.233, de 5 de junho de 2001, 10.683, de 28 de maio de 2003, 9.719, de 27 de novembro de 1998, e 8.213, de 24 de julho de 1991; revoga as Leis nºs 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, e 11.610, de 12 de dezembro de 2007, e dispositivos das Leis nºs 11.314, de 3 de julho de 2006, e 11.518, de 5 de setembro de 2007; e dá outras providências.” (BRASIL, 2013).

Além destas que foram citadas, acrescente-se, aqui, as demais normas já mencionadas no item 4.3⁸² da presente pesquisa, bem como a Lei nº 14.134/2021⁸³, que revogou a Lei nº 11.909/2009, acima indicada, que dispõe:

Art. 29. O consumidor livre, o autoprodutor ou o autoimportador cujas necessidades de movimentação de gás natural não possam ser atendidas pela distribuidora de gás canalizado estadual poderão construir e implantar, diretamente, instalações e dutos para o seu uso específico, mediante celebração de contrato que atribua à distribuidora de gás canalizado estadual a sua operação e manutenção, e as instalações e dutos deverão ser incorporados ao patrimônio estadual mediante declaração de utilidade pública e justa e prévia indenização, por ocasião da sua total utilização.

§ 3º Caso as instalações de distribuição sejam construídas pelo consumidor livre, pelo autoprodutor ou pelo autoimportador, na forma prevista no caput deste artigo, a distribuidora de gás canalizado estadual poderá solicitar-lhes que as instalações sejam dimensionadas de forma a viabilizar o atendimento a outros usuários, negociando com o consumidor livre, o autoprodutor ou o autoimportador as contrapartidas necessárias, sob a arbitragem do órgão regulador estadual.

[...]

82 O Decreto-lei nº 3.365/1941 alterado recentemente pela lei nº 13.867/2019, que dispõe sobre as desapropriações por utilidade pública; a Lei nº 13.465/2017 que dispõe sobre o uso de mediação no processo de regulação fundiária; e a Lei nº 14.133/21, a nova lei que regula as licitações e contratos administrativos.

83 “Dispõe sobre as atividades relativas ao transporte de gás natural, de que trata o art. 177 da Constituição Federal, e sobre as atividades de escoamento, tratamento, processamento, estocagem subterrânea, acondicionamento, liquefação, regaseificação e comercialização de gás natural; altera as Leis nºs 9.478, de 6 de agosto de 1997, e 9.847, de 26 de outubro de 1999; e revoga a Lei nº 11.909, de 4 de março de 2009, e dispositivo da Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002.” (BRASIL, 2021b).

Art. 31. A comercialização de gás natural dar-se-á mediante a celebração de contratos de compra e venda de gás natural, registrados na ANP ou em entidade por ela habilitada, nos termos de sua regulação, ressalvada a venda de gás natural pelas distribuidoras de gás canalizado aos respectivos consumidores cativos.

[...]

§ 5º Os contratos de comercialização de gás natural deverão conter cláusula para resolução de eventuais divergências, podendo, inclusive, prever a convenção de arbitragem, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

§ 6º As empresas públicas e as sociedades de economia mista, suas subsidiárias ou controladas, titulares de concessão ou autorização ficam autorizadas a aderir ao mecanismo e à convenção de arbitragem a que se refere o § 5º deste artigo. [...] (BRASIL, 2021b).

Nada obstante seja possível observar a multiplicidade de diplomas legais prevendo a arbitragem mesmo antes de 2015, tem-se que até o referido ano, quando a Lei de Arbitragem foi alterada pela Lei nº 13.129⁸⁴, passando o seu texto a prever expressamente sobre a permissão do uso da arbitragem pela Administração Pública, houve muita divergência doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, restando superada a discussão com a mudança legislativa.⁸⁵

Percebe-se, especialmente após a mencionada mudança legislativa, bem como com base nessa nova compreensão de que o uso

84 Como já observado no item 4.3, a Lei de Arbitragem, que até então era silente sobre a possibilidade do uso da arbitragem pela Administração Pública, com a alteração passou a prever: “Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. § 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. § 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações.” (BRASIL, 1996).

85 Para aprofundar sobre o debate estabelecido à época sobre o tema, pode-se consultar a tese de doutoramento de Lemes (2007) que trata do assunto de forma aprofundada.

dos MASCs possibilita uma melhor gestão e resolução de controvérsias, um incremento no uso dessas novas formas de solução de litígios pela Administração Pública e isso pode ser observado com base no crescente número de procedimentos arbitrais⁸⁶ e de mediação que vêm sendo instaurados tendo pessoas de direito público como parte, além da crescente autorização e incentivo legislativo para o uso desses métodos, como já mencionado.

Entretanto, insta ressaltar que, mesmo antes da permissão expressa em lei, já havia uma tendência à aceitação do uso da arbitragem pela Administração Pública pela doutrina e pela jurisprudência, especialmente com base na correção de seu uso frente aos princípios que regem à Administração, como será possível observar a seguir.

6.2 O USO DA ARBITRAGEM FRENTE AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Conforme tratado no início desta pesquisa, de maneira ampla, pode-se considerar os princípios jurídicos como elementos que

86 Lemes (2020) realiza anualmente a pesquisa “Arbitragem em números e valores”, que tem como base as informações fornecidas pelas oito maiores Câmaras de Arbitragem do Brasil. No resultado, nada obstante tenha ocorrido um decréscimo, ainda que insignificante, de 1% no número de arbitragens instauradas nas Câmaras analisadas, ocorreu um aumento significativo do número de procedimentos envolvendo o Estado como parte, conforme é possível verificar nas passagens colacionadas a seguir: “Arbitragem com a Administração Pública: Em 2019 houve a participação da Administração Pública Direita e Indireta em 48 novos procedimentos arbitrais em sete das oito Câmaras indicadas. Considerando que em 2019 o número total de arbitragens processadas nas sete Câmaras foi de 277 casos novos, pode-se dizer que quase 17% (16,66%) das arbitragens novas entrantes tinham a Administração Pública Direta e Indireta em um dos polos. Considerando que em 2018 esse percentual era de 9,93%, pode-se concluir que houve um aumento de quase 7% (6,73%) da participação da Administração Pública Direita e indireta nos novos casos de 2019. [...] Aumento significativo da participação da Administração Pública Direta e Indireta nas arbitragens. Houve um aumento da participação do setor público em arbitragens, passando a representar quase 17% (16,66%) dos novos casos entrantes em 7 Câmaras de Arbitragem. 4 Note-se que esse percentual em 2018 era de quase 10%. Provavelmente o aumento da participação da Administração Pública em arbitragens se deve a solicitações de indenizações por rompimento contratual, equilíbrio econômico financeiro de contratos, referentes a concessões e em contratos de parceria público-privada.” (LEMES, 2020, p. 4-7).

informam, inspiram e orientam a criação, interpretação e aplicação das regras de determinado âmbito. Portanto, considera-se a análise principiológica como fundamental para a compreensão de qualquer problema jurídico.

Sendo assim, neste item será analisado o uso da arbitragem frente aos princípios administrativos, especialmente considerando estes, conforme ensina Justen Filho (2018), como postulados fundamentais que dão base para as escolhas e as ações da Administração Pública e que possuem o condão de dirigir as ações estatais. Portanto, serão observados aqueles princípios que possuem maior relação com o uso da arbitragem.

O primeiro princípio que se relaciona de forma íntima com o tema é o da eficiência, que, como já estudado, diz respeito a um dos princípios mais modernos da Administração Pública, estando atrelado à forma como deve se desenvolver a atividade administrativa pública. Com base na eficiência, a Administração tem o dever de otimizar o uso dos recursos públicos, de modo a empregá-los da maneira mais adequada para consecução dos interesses por ela tutelados.

É importante ressaltar que a eficiência não deve ser observada apenas no que tange à prestação de serviços públicos, mas como uma característica essencial de todas as atividades desempenhadas pelo Estado.

Neste sentido ensina Carvalho Filho:

[...] o princípio da eficiência não alcança apenas os serviços públicos prestados diretamente à coletividade. Ao contrário, deve ser observado também em relação aos serviços administrativos internos das pessoas federativas e das pessoas a elas vinculadas. (CARVALHO FILHO, 2018, p. 85).

Além disso, é importante relembrar que, quando se diz que a Administração Pública deve agir de forma eficiente, esta deve buscar não só ações eficientes, mas também efetivas e eficazes. Em outras

palavras, a atividade desempenhada deve ser adequada, a partir do melhor uso dos recursos, de modo a atingir os resultados legitimamente perseguidos. Outro ponto, diz respeito à economicidade atrelada ao princípio da eficiência, que determina a opção pelo melhor custo-benefício no que tange à atividade administrativa.

Nesse contexto, a utilização da arbitragem em litígios que possuam grande complexidade, corrobora com o fim procurado pelo legislador ao inserir o princípio da eficiência na Constituição Federal. Isto se dá pelo fato de que a arbitragem é, como visto, um meio mais célere e eficiente de solução de litígios nesses casos. Em um caso hipotético de uma obra pública, o surgimento de um litígio que possa acarretar na suspensão da construção ou em qualquer outro inconveniente relativo à prestação do que fora contratado, tem-se que a agilidade e a decisão especializada, e por isso adequada, favorecerão à obtenção dos resultados objetivados com aquela obra, satisfazendo, em última análise, às necessidades dos administrados de forma eficiente.

No que tange à economicidade, poder-se-ia pensar que os altos custos que envolvem um procedimento arbitral se colocariam contrários a esse objetivo de buscar por opções mais econômicas pela Administração Pública. Entretanto, tem-se que ainda que os valores envolvidos no desenrolar de um procedimento arbitral pareçam maiores do que aqueles despendidos em um processo judicial, os benefícios que envolvem o uso do método superam a opção judicial, como foi amplamente discutido e estudado por Gonçalves (2010), a partir de uma observação do impacto econômico e financeiro do uso da arbitragem, tema que será, oportunamente, melhor observado neste trabalho.

Em relação ao princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, já foi observado que este diz respeito a um mandamento geral à Administração Pública, no sentido de que esta busque os meios mais adequados, razoáveis e proporcionais para a consecução de seus objetivos. Neste ponto, foi possível perceber que a utilização da forma adequada de resolver determinado litígio, de acordo com suas

peculiaridades, diz respeito a uma escolha consciente e acurada do mecanismo de solução de conflitos, de modo a estabelecer o melhor meio para resolver a contenda. Neste sentido, a escolha pelo uso da arbitragem naqueles litígios compatíveis com seu emprego está de acordo com o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade.

Já em consideração ao princípio da legalidade, nada obstante já tenham ocorrido muitos debates⁸⁷ sobre o tema, vez que as previsões legais que se estabeleceram sobre o assunto eram muito controversas e obscuras, hoje tal discussão não possui maior relevância, considerando, como já indicado, as diversas leis que permitem expressamente o uso da arbitragem pela Administração Pública, especialmente a Lei nº 9.307/1996, a Lei Brasileira de Arbitragem.

Quanto ao princípio da publicidade, já foi observado no presente estudo que este se estabelece como um dever do Estado de divulgar informações à coletividade, devendo o sigilo ser considerado uma exceção.

Nesse ponto, é essencial ressaltar que, nada obstante uma das características comuns da arbitragem seja a confidencialidade, nos procedimentos em que a Administração Pública seja parte, o sigilo não pode prevalecer, justamente em razão da necessária publicidade das questões estatais.

Em razão disso, as informações relativas às arbitragens que envolvam a Administração devem ser divulgadas, em atendimento ao mencionado princípio. Inclusive, a própria Lei de Arbitragem dispõe sobre o tema no parágrafo 3º de seu artigo 2º, estabelecendo que “a arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade” (BRASIL, 1996).

Sobre a publicidade nos procedimentos de arbitragem em que participa a Administração Pública, Fitchner, Mannheimer e Monteiro ensinam que:

87 O tema foi amplamente estudado e debatido por Lemes (2007), podendo a obra ser acessada para estudo do que foi discutido sobre o tema antes da pacificação sobre a permissão do uso da arbitragem pela Administração Pública.

Além de decorrer de imposição constitucional, a regra geral da publicidade do processo deve imperar nas arbitragens envolvendo entes públicos, por conta de uma necessidade democrática de a Administração Pública prestar contas à população e poder se sujeitar ao controle externo exercido pelo poder legislativo. (FITCHNER; MANNHEIMER; MONTEIRO, 2019, p. 605).

Especificamente quanto à forma e à extensão da efetivação do princípio da publicidade na prática, os mesmos autores ensinam que:

De nossa parte, consideramos que o princípio da publicidade incide no processo arbitral envolvendo ente público, até pela imposição constitucional, consagrada no artigo 37 da carta. Evidentemente que essa previsão constitucional deve ser aplicada com a razoabilidade e proporcionalidade da arbitragem, buscando-se uma solução de equilíbrio que atenda a todos os interesses. Primeiramente, consideramos fundamental que a existência da arbitragem, a identificação das partes em conflito, o objeto da arbitragem e todas as decisões proferidas pelos árbitros sejam divulgadas. As decisões arbitrais deverão ser divulgadas na íntegra, salvo no caso de conter alguma informação ou menção a alguma informação sensível, circunstância na qual esses trechos deverão ser apagados ou taxados. Esse dever de divulgação pode ser convencionado na convenção de arbitragem ou no termo de arbitragem, inclusive atribuindo-o à instituição de arbitragem, caso esta esteja de acordo, mas na ausência de disposição consensual a esse respeito, caberá à Administração Pública realizar essa divulgação. É da Administração Pública, em regra, o dever primordial de prestar informações à população e aos seus órgãos de controle interno e externo, razão pela qual cabe a ela o ônus de disponibilizar ao público os atos processuais de

arbitragem. A apresentação desses dados na Internet já parece suficiente. (FITCHNER; MANNHEIMER; MONTEIRO, 2019, p. 611).

Portanto, percebe-se que a extensão da publicidade será feita de acordo com a razoabilidade exigida ao caso, não havendo a exposição de todos os detalhes relativos ao procedimento. Neste sentido, foi aprovado o Enunciado nº 89 na II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, que complementou o Enunciado nº 4 da I Jornada, como é possível observar a seguir:

ENUNCIADO 89 - Nas arbitragens envolvendo a Administração Pública, cabe à parte interessada apontar as informações ou documentos que entende sigilosos, indicando o respectivo fundamento legal que restringe sua publicidade. (BRASIL, 2021a, p. 9). Justificativa: Na I Jornada, foi aprovado o Enunciado 4, com o seguinte teor: “Na arbitragem, cabe à Administração Pública promover a publicidade prevista no art. 2º, § 3º, da Lei nº 9.307/1996, observado o disposto na Lei nº 12 527/2011, podendo ser mitigada nos casos de sigilo previstos em lei, a juízo do árbitro”. A presente proposta objetiva complementar a parte final do referido enunciado, estabelecendo diretrizes para a mitigação da publicidade por força de sigilo legal.

Em nosso entendimento, a regra é a ampla publicidade dos autos dos processos arbitrais dos quais participe algum ente da Administração Pública, sendo certo que tal publicidade somente pode ser restringida nos casos de sigilo previstos em lei.

Porém, pode haver hipóteses em que não se justifique a restrição de acesso integral aos autos do processo arbitral, mas apenas a alguns documentos específicos que não possam ter ampla divulgação para resguardar as hipóteses de sigilo legal, as informações

consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado, bem como as informações pessoais relativas à intimidade, honra e imagem. Nesse caso, caberá a cada parte interessada em assegurar o sigilo indicar que a manifestação ou o documento contém alguma informação que justifica a restrição de acesso a terceiros e apresentar o fundamento legal que confere proteção ao conteúdo. Com isso, haverá segurança e transparência acerca de quais informações estão excluídas da regra de publicidade prevista no art. 2º, § 3º, da Lei nº 9.307/1996. (BRASIL, 2021a, p. 9).

Na prática, é possível mencionar no âmbito federal o Núcleo Especializado em Arbitragem da Advocacia-Geral da União (NEA), instituído pela Portaria da Advocacia Geral da União nº 320 de 2019⁸⁸,

88 “O Núcleo Especializado em Arbitragem da Advocacia-Geral da União (NEA) foi instituído pela Portaria AGU nº 320 de 13 de junho de 2019 (que substituiu a Portaria AGU nº 226, de 26 de julho de 2018). O NEA foi instituído no âmbito da Consultoria-Geral da União, como unidade responsável pelas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos e de contencioso arbitral em que a União seja parte ou interessada. Possui subordinação administrativa a Consultoria-Geral da União e subordinação técnica e jurídica a Procuradoria-Geral da União e a Consultoria-Geral da União, de acordo com as competências destas. Compete ao NEA, no exercício das atividades de contencioso arbitral, receber as notificações e intimações da União; adotar as medidas necessárias para a representação da União nas arbitragens; decidir a respeito da estratégia processual, inclusive indicação de árbitros e celebração de termo de arbitragem; atestar a força executória da sentença arbitral para fins de seu cumprimento no âmbito dos órgãos da União; e submeter ao Procurador-Geral da União a adoção de atos e orientações normativas relativas à arbitragem relacionados à atuação contenciosa. Já no exercício das atividades de consultoria e assessoramentos jurídicos, compete ao NEA identificar, uniformizar e difundir entendimentos relativos à arbitragem, inclusive quanto a adoção da arbitragem como meio de solução de controvérsias envolvendo a União; responder a consultas e elaborar manifestações consultivas relativas a arbitragem; sistematizar e dar publicidade às informações relativas a arbitragens envolvendo a União; e submeter ao Consultor-Geral da União questões específicas para avaliação da necessidade da edição de atos e orientações normativas relativas à arbitragem. O NEA é integrado por Advogados da União indicados pela Procuradoria-Geral da União e pela Consultoria-Geral da União, após aprovação em processo seletivo. A Procuradoria-Geral da União, a Consultoria-Geral da União, a Secretaria-Geral de Contencioso, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, a Procuradoria-Geral Federal e a Procuradoria-Geral do Banco Central poderão indicar, espontaneamente ou em atendimento a solicitação do NEA, membros para acompanhar os trabalhos do Núcleo, com o objetivo de colaboração e intercâmbio

que vem realizando o trabalho de divulgação das informações correspondentes às arbitragens, possuindo, dentre outras funções, sistematizar e publicizar os dados e informações relativas aos procedimentos arbitrais que envolvam a União⁸⁹.

Outro exemplo é a divulgação de dados realizada pela Procuradoria do Estado de São Paulo que, em seu portal, publica informações relativas às arbitragens envolvendo o mencionado ente.⁹⁰

A questão da divulgação de dados também já vem sendo tratada por algumas câmaras que dispõem sobre a publicidade dos procedimentos que envolvem a Administração Pública.

É o caso da CAM-CCBC – Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, que tratou sobre o tema no contexto das arbitragens e mediações por meio da Resolução Administrativa nº 15/2016⁹¹; da CAMARB – Câmara de Mediação e

de expertise. Também é função do NEA promover esforços para a construção de entendimentos sobre a adoção e funcionamento da arbitragem como mecanismo de solução de controvérsias envolvendo administração pública junto às advocacias públicas dos estados, do Distrito Federal e dos municípios.” (fonte: <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/consultoria-geral-da-uniao-1/nucleo-especializado-em-arbitragem/apresentacao> - acesso em: 20/09/2021).

89 Os dados das arbitragens estão disponíveis no site da Advocacia Geral da União.

90 O endereço para acesso às arbitragens que envolvem o Estado de São Paulo é o portal da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, Assistência de Arbitragens.

91 “Artigo 1º – Nos procedimentos arbitrais em que são partes entes da administração pública direta, com o intuito de atender ao princípio da publicidade previsto no art. 2º, § 3º, da Lei nº 9.307/96, as partes, no Termo de Arbitragem, disporão sobre quais informações e documentos poderão ser divulgados e a forma a ser adotada para torná-los acessíveis a terceiros.

Parágrafo Único – Tal disposição deverá considerar os aspectos administrativos do CAM-CCBC e respeitar o sigilo protegido por lei, segredos comerciais, documentos de terceiros, contratos privados com cláusula de confidencialidade e matérias protegidas por direitos de propriedade intelectual.

Artigo 2º – O Tribunal Arbitral decidirá sobre os pedidos formulados por qualquer das partes a respeito do sigilo de documentos e informações protegidos por lei ou cuja divulgação possa afetar o interesse das partes.

Artigo 3º – O CAM-CCBC poderá informar terceiros sobre a existência de procedimento arbitral, a data do requerimento de arbitragem e o nome das partes, podendo inclusive disponibilizar esses dados no site do CAM-CCBC.

Parágrafo 1º – O CAM-CCBC não fornecerá documentos e demais informações a respeito do procedimento.

Parágrafo 2º – As audiências do procedimento arbitral serão reservadas às partes e procuradores, observado o disposto pelas partes no Termo de Arbitragem.

Arbitragem Empresarial – Brasil que trata sobre o assunto em seu Regulamento de Arbitragem⁹²; bem como da CAM-CIESP/FIESP – Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem do Centro das Indústrias do Estado de São Paulo e da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo que dispõe sobre o tema por meio de sua Resolução n° 9/2021⁹³.

Artigo 4º – Toda e qualquer informação complementar ou fornecimento de documentos, observados os limites legais e o disposto no Termo de Arbitragem, serão de competência da parte no procedimento arbitral que integra a administração pública direta, consoante a legislação que lhe é aplicável” (CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ, 2016).

92 “12.1 Este capítulo será aplicável aos procedimentos arbitrais que envolvam entidades sujeitas ao regime de direito público que integrem a administração pública direta e indireta. As partes, de comum acordo, poderão estender a aplicação das disposições deste capítulo aos procedimentos que tenham como parte pessoas jurídicas de direito privado que integrem a administração pública.

12.2 A Secretaria da CAMARB divulgará em seu site a existência do procedimento, a data da solicitação de arbitragem e os nomes dos requerente(s) e requerido(s).

12.3 Ressalvado o disposto no item precedente, a CAMARB não fornecerá documentos e informações a respeito do procedimento, cabendo às partes, na forma da lei, a divulgação de informações adicionais.

12.4 As audiências serão, salvo convenção em contrário, restritas às partes e seus procuradores.

12.5 A CAMARB fica autorizada, pelas partes e árbitros, a divulgar a sentença em seu site, suas publicações e materiais acadêmicos, salvo manifestação expressa de qualquer das partes em sentido contrário.” (CÂMARA DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM EMPRESARIAL – BRASIL, 2019).

93 “Resolve esclarecer sobre a aplicação e interpretação do item 10.6 do Regulamento de Arbitragem no que tange aos procedimentos arbitrais envolvendo a Administração Pública:

Será divulgado pela Secretaria da Câmara Ciesp/Fiesp em seu sítio na rede mundial de computadores (site): a existência do procedimento arbitral, a data do requerimento de Instauração da arbitragem, nome das Partes e número do procedimento.

Quaisquer informações adicionais somente serão prestadas a terceiros interessados, mediante consulta às Partes e ao Tribunal Arbitral, observando os ditames legais.

A Câmara fica autorizada, pelas partes e árbitros, a divulgar a sentença em seu site, suas publicações e materiais acadêmicos, salvo manifestação expressa de qualquer das Partes em sentido contrário.

Caso o processo arbitral esteja encerrado ou ainda não tenha sido instalado o Tribunal Arbitral, caberá ao Presidente da Câmara decidir sobre o requerimento de acesso a atos e conteúdo de processo arbitral que envolva a Administração Pública.” (CÂMARA DE CONCILIAÇÃO, MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM DO CENTRO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO E DA FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2021).

No caso das duas primeiras instituições mencionadas, a CAM-CCBC e a CAMARB, estas também divulgam em suas páginas informações básicas sobre os procedimentos arbitrais sob sua administração e que envolvem entes públicos.⁹⁴

Desta forma e pelo exposto, percebe-se que, no contexto das arbitragens em que a Administração Pública participa, a publicidade vem sendo observada e aplicada nos respectivos procedimentos. Nesse âmbito, é o ente público o responsável por tal divulgação, sendo compreendido que é sua obrigação e dever realizar a publicização dos dados que se mostrarem de interesse da coletividade.

Já em relação ao princípio da indisponibilidade do interesse público, como foi possível observar neste estudo, este designa a impossibilidade de o Estado dispor totalmente dos interesses e bens públicos. Em outras palavras, é possível afirmar que os interesses e bens que pertencem ao coletivo não estão livremente à disposição da Administração Pública.

Sobre o tema, Lemes (2007) ensina que o conceito de disponibilidade está intimamente vinculado à definição de negociabilidade e de bens suscetíveis de valor e livres no mercado, ou seja, que tenham patrimonialidade. “Os direitos patrimoniais disponíveis são aqueles direitos que as partes e seus detentores têm a livre disposição, para praticar atos da vida civil, como alienar, vender etc.” (LEMES, 2007, p. 124).

Ainda segundo a autora, no caso do âmbito público, não basta apenas esta análise de possibilidade de negociação e livre disposição do bem, já que o direito também se torna indisponível quando há interesse público primário sobre ele.

Assim, tem-se que, nada obstante haja a arbitrabilidade subjetiva para a Administração Pública fazer uso da arbitragem, vez que verificada autorização legal, é importante que se observe a arbitrabilidade objetiva da questão. Em outras palavras, é essencial

94 A CAM CCBC dispõe as informações no endereço ccbc.org.br, “arbitragem com a Administração Pública Direta”. Já a CAMARB dispõe no endereço camarb.com.br, “arbitragens com a administração pública”.

que seja observada a disponibilidade do bem objeto da arbitragem, sendo esta verificação, no caso das arbitragens que envolvem o Estado, mais complexa do que aquelas que possuem apenas partes privadas.

Para análise do tema, primeiramente é necessário voltar à conceituação de interesse público, termo de difícil e complexa definição, e que pode ser considerado, de forma ampla, como aquele que diz respeito aos anseios da coletividade e dos indivíduos que dela fazem parte. Neste sentido, a Lei n° 9.784/1999⁹⁵ dispõe em seu artigo 2º, parágrafo único, inciso II, sobre interesse público como o “atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competência, salvo autorização legal” (BRASIL, 1999).

O tema tem íntima relação com a finalidade e direciona a atuação estatal, “[...] na medida em que a existência do Estado se justifica pela busca do interesse geral.” (MEIRELLES, 2003, p. 99).

Sobre a classificação do interesse público, este pode ser considerado primário ou secundário, conforme a finalidade e a influência do interesse coletivo que recaem sobre a matéria em questão.

Os interesses públicos primários se referem às atividades-fim que são desempenhadas pelo Estado para satisfação das necessidades da sociedade e, por serem relativas aos administrados, estão atreladas à Administração Pública externa. Estas atividades, por possuírem interesses públicos primários, dizem respeito a matérias indisponíveis e, por isso, não podem ser submetidas à arbitragem. Já os interesses públicos secundários⁹⁶ são relativos às atividades-meio desempenhadas pelo Estado e têm como fim operacionalizar os interesses estatais institucionais, como aqueles referentes a atos, pessoas e serviços, destinando-se, por isso, à satisfação dos interesses públicos secundários ou instrumentais, estando relacionados à

95 Norma que regula o processo administrativo em âmbito federal.

96 Também denominados de interesses públicos derivados ou instrumentais.

Administração Pública interna (FREITAS DO AMARAL⁹⁷, 2004 apud LEMES, 2007).

Neste sentido,

Os interesses públicos primários são indisponíveis e, por sua vez, os interesses públicos derivados têm natureza instrumental e existem para operacionalizar aqueles com características patrimoniais e, por isso são disponíveis e suscetíveis de apreciação arbitral. (LEMES, 2007, p. 131).

É importante, também, fazer a distinção entre os atos de império e de gestão praticados pelo Estado, considerando-se o interesse público existente em cada um deles.

Os atos de império emanam do Poder político do Estado e não podem ser submetidos à arbitragem. Quando o Estado age como Poder Público ele pratica atos de império e não pode submeter a matéria à arbitragem. Nas contratações públicas o Estado age como gestor e, apesar de existir a presença de interesse público e da prevalência do Estado em virtude das cláusulas exorbitantes, o interesse nestes casos é secundário. Assim, nestas situações de contratação com o setor privado, o Estado não age como Poder Público, mas tão somente como gestor em sua atividade administrativa. Há, portanto, nestes casos, arbitrabilidade objetiva para a Administração Pública, ou seja, nesta situação ela se torna capaz de utilizar a arbitragem para solucionar eventuais litígios que ocorram em virtude do contrato que firmou (LEMES, 2007).

Sobre o tema, Tácito ensina:

Quando se trata tão somente de cláusulas pelas quais a Administração está submetida a uma contraprestação financeira, não faz sentido ampliar o conceito de

97 FREITAS DO AMARAL, Diogo. **Curso de Direito Administrativo**. V. II. 3. reimp. Lisboa: Almedina, 2004.

indisponibilidade à obrigação de pagar, vinculada à obra ou serviço executado ou ao benefício auferido pela Administração, em virtude da prestação regular do outro contratante. A convenção de arbitragem será, em tais casos, caminho aberto a que, pelo acordo de vontades, se possa alcançar a plena eficácia da relação contratual. (TÁCITO, 2002, p. 27).

Assim, em suma, quando o direito em questão for de interesse público primário (atividades-fim ou atos de império), estará impedida a Administração Pública de submetê-lo à arbitragem. Entretanto, quando o interesse público for secundário (atividades-meio ou atos de gestão), configura-se a arbitrabilidade objetiva da matéria para a Administração Pública.

Sobre o tema, o Enunciado nº 60 da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, realizada pelo Conselho da Justiça Federal, estabelece que o uso da arbitragem pela Administração Pública não é incompatível com o princípio da indisponibilidade do interesse público, conforme é possível observar a seguir:

60 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. (BRASIL, 2016a, p. 9).

Para ilustrar a disponibilidade de interesse público, é possível citar o rol exemplificativo disposto na Lei nº 13.448/2017⁹⁸, que trata sobre as diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos

98 Estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal, e altera a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, e a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 (BRASIL, 2017b).

de parceria nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da Administração Pública federal. O mencionado diploma, em seu artigo 31, parágrafo 4º, determina:

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.

[...]

§ 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. (BRASIL, 2017b).

Neste contexto, também é possível citar o Enunciado nº 13 da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, realizada pelo Conselho da Justiça Federal, que exemplifica algumas matérias que podem ser submetidas em arbitragens que envolvam a Administração Pública.

13 Podem ser objeto de arbitragem relacionada à Administração Pública, dentre outros, litígios relativos: I - ao inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes; II - à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, cláusulas financeiras e econômicas. (BRASIL, 2016a, p. 3).

Mencione-se, também, as observações realizadas por Fitchner, Mannheimer e Monteiro (2019) sobre a necessidade de autorização legal expressa para que se considere a disponibilidade do interesse público. Para os autores a análise do tema deve ser feita por meio da técnica de ponderação de interesses com base no texto constitucional.

Trata-se de critério que redefine a noção de interesse público a partir dos princípios e valores contidos na Constituição da República, propugnando por uma avaliação do princípio da legalidade a partir da Carta (ou seja, exige-se juridicidade constitucional) e não apenas a partir da literalidade da lei, bem como defendendo um exame de interesse público *in concreto* e não meramente em tese, o que redundaria no afastamento da ideia de em quaisquer circunstâncias (isto é, a prevalência do interesse público passa a se sujeitar ao atendimento do dever de proporcionalidade, caso a caso, de acordo com as circunstâncias particulares). (FITCHNER; MANNHEIMER; MONTEIRO, 2019, p. 566).

Neste contexto, segundo os mencionados autores, a análise do tema com amparo em uma visão constitucional determina a verificação da situação no caso concreto, visualizando a disponibilidade do interesse sob o prisma de uma proporcionalidade no contexto fático, ressaltando que os interesses públicos secundários são, por sua natureza, disponíveis, estando afastada a necessidade de qualquer disposição legal expressa que permita o uso da arbitragem no caso desse tipo de direito. Os autores ressaltam, contudo, que, caso se pretenda utilizar a arbitragem em relação a questões que envolvam diretamente interesses públicos primários, a disponibilidade será alcançada, quando cabível, por meio de autorização legislativa expressa, o que deve estar em consonância com os ditames constitucionais.

Sobre o tema, foi aprovado o Enunciado nº 107 da II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios promovida pelo Conselho

de Justiça Federal, que dispôs sobre a arbitrabilidade objetiva no contexto da Administração Pública, que estabeleceu:

ENUNCIADO 107 - A definição de direito patrimonial disponível, consoante o art. 1º, § 1º, da Lei nº 9.307/1996, para fins de submissão de questões que envolvam a Administração Pública ao procedimento arbitral, deve observar o critério de negociabilidade da matéria objeto de discussão. (BRASIL, 2021a, p. 15).

Na justificativa do enunciado supracitado, expressou-se o seguinte:

Justificativa: A Lei de Arbitragem determina que entes da Administração Pública poderão resolver litígios por meio de arbitragem, desde que versem sobre “direitos patrimoniais disponíveis”. A operacionalização do critério da “disponibilidade”, em especial, suscita controvérsia doutrinária. Propõe-se que esta deve ser feita em torno da negociabilidade.

[...]

Doutrina, jurisprudência e legislação fundamentam a conclusão de que a definição da arbitrabilidade objetiva de um litígio entre a Administração Pública e particulares/outros entes públicos deve girar em torno da negociabilidade dos direitos envolvidos, privilegiando-se o requisito da patrimonialidade. (BRASIL, 2021a, p. 15).

Por fim, é importante lembrar, diante de todas essas colocações, que a verificação da disponibilidade do bem para o uso da arbitragem não significa que o direito que será submetido à análise da arbitragem será renunciado. Deve-se atentar, nesse contexto, que a arbitragem é uma forma contenciosa de resolução de demandas e não deve ser confundida com uma transação. Por meio do método, as partes irão, de

forma correlata ao que ocorre em um processo judicial, defender suas posições e entendimentos e o conflito será decidido pelos julgadores que são, nesta seara, os árbitros. Em outras palavras, não há na “[...] arbitragem, qualquer disposição de bens ou direitos materiais pelas partes. Exatamente por ser um ambiente litigioso, nenhuma das partes no processo arbitral irá renunciar ou transigir” (FARIA, 2019, p. 233).

6.3 O USO DA ARBITRAGEM E AS TENDÊNCIAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Como visto, a Administração Pública se transforma continuamente com vista a se adaptar ao contexto social e histórico em que se insere. O uso da arbitragem merece, portanto, ser contextualizado dentro das tendências observadas neste âmbito.

Sendo assim, a seguir, o uso do método no contexto público será observado, especialmente no que tange ao Estado em Rede, à Governança Pública e ao Consensualismo.

O Estado em Rede, cuja expressão foi cunhada por Manuel Castells (1999), está atrelado à participação social na seara pública, de forma a possibilitar o devido direcionamento das ações da Administração, com base nas reais necessidades e interesses da sociedade. A mencionada tendência também se interliga com a transparência, com o compartilhamento de autoridade e com a coprodução do bem público, estabelecendo relações em rede e horizontalizadas capazes de responder a uma nova realidade manifestamente complexa e que, portanto, não comporta mais uma atuação estatal verticalizada e centralizadora, considerando a falta de agilidade e flexibilidade inerentes às interações que se estabelecem a partir das mencionadas características.

Neste sentido,

O crescente redimensionamento dos mecanismos de atuação estatal, pois, outrora caracterizados pelo

manejo do poder extroverso, com a configuração de uma relação jurídica marcada, profundamente, pela verticalização e exercício da autoridade estatal, especialmente a partir verificação dos custos de transação do citado modelo, cede espaço para uma noção de governança pública e de parceria entre os setores público e privado, dando azo à proliferação de formas consensuais de relacionamento jurídico. (MONTEIRO, 2012, p. 2).

Já a Governança Pública, como visto, em compasso com o Estado em Rede, diz respeito a um método de organização capaz de garantir a implementação de políticas públicas eficientes, efetivas e eficazes, havendo, assim, grande preocupação com a participação dos cidadãos e com a democracia, no que diz respeito à elaboração e concretização da prestação de serviços à população, tendo em vista que tal proposição é necessária para que haja legitimidade e adequação da atividade pública (PEREIRA; CKAGNAZAROFF, 2021).

Tratando sobre o tema, Monteiro ensina:

Em breve síntese, percebe-se, em especial a partir do final dos anos 90, e, mais especificamente, com o início deste século XXI, uma guinada na gestão administrativa, substituindo-se o modelo anterior de gestão verticalizada, caracterizada pelo manejo da autoridade, por um Estado mediador de interesses públicos, que passa a atuar em rede com a sociedade, em relações horizontais com os setores privados, visando a atingir uma maior eficiência na alocação de recursos de que dispõe para implementar políticas públicas. (MONTEIRO, 2012, p. 2).

O mesmo autor também realiza uma correlação entre o Estado em Rede e a Governança Pública, explicando:

Reflexo da chamada gestão em rede, propugnada para a Administração Pública, e complementar à referida noção, igualmente passa a surgir, no âmbito da gestão administrativa, o conceito, já mencionado alhures, de governança pública. (MONTEIRO, 2012, p. 2).

A Governança Pública vem, assim, demonstrando-se como uma ferramenta capaz de contribuir para a garantia de implementação da democracia e da participação da sociedade nos processos decisórios realizados pelo administrador. Como já estudado neste trabalho, a Governança Pública está intimamente atrelada à qualidade do exercício do poder que deve ser transparente, coerente, responsável eficiente, eficaz e efetivo.

Já no que tange ao consensualismo, já foi observado que este se coloca como característico do Estado em Rede e da Governança Pública, vez que diz respeito à participação da sociedade no contexto da Administração, estando ligado a uma redução do caráter autoritário do âmbito do Poder Público que passa a se colocar de forma mais horizontal nas relações com os demais atores sociais.

Faria ensina que, em razão do consensualismo,

[...] diversas inovações legislativas têm sido criadas nos últimos anos como resultado da internalização dessa lógica da consensualidade no regime jurídico administrativo brasileiro. É o caso – para citar apenas dois breves exemplos – da possibilidade de utilização de arbitragem para solucionar conflitos envolvendo a Administração Pública (tema que recebeu regramento próprio com a Lei nº 13.129/15) e do acordo de leniência, que passou a ter grande importância no cenário jurídico nacional com a Lei Anticorrupção (nº 12.846/13) e com o decreto federal que a regulamenta (nº 8.420/15). (FARIA, 2019, p. 14).

Outra consequência do consensualismo diz respeito ao fenômeno da contratualização, passando o Poder Público a contratar reiteradamente com atores do próprio setor público e do setor privado, com vista a satisfazer as necessidades sociais e garantir uma atividade eficiente, eficaz e efetiva.

Portanto, o consensualismo

[...] sinaliza um novo caminho, no qual a Administração pública passa a valorizar (e por vezes privilegiar) uma forma de gestão cujas referências são o acordo, a negociação, a coordenação, a cooperação, a colaboração, a conciliação, a transação. Isso em setores e atividades preferencial ou exclusivamente reservados ao tradicional modo de administrar: a administração por via impositiva ou autoritária. (OLIVEIRA; SCHWANKA, 2009, p. 310).

Assim, com base no consensualismo, a Administração Pública passa a fomentar a busca pelo acordo, pela colaboração, pela negociação, em contraposição a uma postura imperativa e verticalizada, que afasta a possibilidade de cocriação da atividade pública com os cidadãos e demais agentes sociais.

Essa nova postura nas relações estabelecidas com o Poder Público se mostra essencial para aproximação da atividade estatal ao ambiente externo, de forma a tornar a atuação da Administração efetiva, eficiente e eficaz, em compasso com o interesse social, bem como para incentivar a cooperação na realização de serviços e atividades necessárias aos cidadãos.

Além disso, como observado, o Estado, em sua concepção atual, carrega consigo muitas funções a desempenhar, dada a complexidade e multiplicidade de demandas sociais, sendo improvável que, sozinha, a Administração Pública consiga, de forma adequada, eficiente e com a qualidade necessária, prestar aos cidadãos todos os serviços e responder a todas as demandas existentes. É por essa razão que o

Poder Público contrata com outros agentes privados para que, em parceria com este setor, consiga desempenhar adequadamente suas funções.

Neste sentido,

Diante do plexo de funções que são imputadas à Administração Pública contemporaneamente, notadamente pela lógica ativista e intervencionista que rege o Estado Social, e também pela exigência de que o cumprimento dessas funções ocorra de modo democrático e com respeito à ordem jurídico vigente (visto estar inserida em um Estado Democrático de Direito), a adoção de meios consensuais de solução de conflitos se mostra um meio não apenas viável, mas também necessário para que o Poder Público realize todas as suas incumbências. (FARIA, 2019, p. 130).

Além disso, a contratualização característica ao consensualismo, inerente ao Estado em Rede e à Governança Pública, trouxe a oportunidade e a pertinência do emprego da arbitragem no âmbito das relações firmadas, especialmente em razão da realização de contratos entre o setor público e privado de caráter complexo e que envolvem grande valor pecuniário, como é o caso daqueles relacionados com a realização de grandes obras e com as concessões para exploração de serviços públicos.

Como visto, a arbitragem é instrumento adequado e eficiente para a resolução de demandas, quando comparado com o uso do Judiciário para resolver conflitos que comumente surgem em contratos com as características destacadas. E é exatamente em razão disso que este instrumento vem sendo cada vez mais utilizado pela Administração Pública.

Sobre o tema, Faria ensina que

[...] nos últimos anos têm crescido cada vez mais as defesas pela utilização da arbitragem [...] nos conflitos

em que seja parte algum ente público. Esse cenário de intenso fomento à arbitragem administrativa está intimamente relacionado com o fenômeno da consensualização do Direito Administrativo, sendo a arbitragem mais um dos exemplos da Era de Parcerias que se nota hodiernamente. (FARIA, 2019, p. 234).

Ponto que merece ser tratado, ainda que de forma superficial⁹⁹, diz respeito à análise econômica do uso da arbitragem pela Administração Pública.

A arbitragem é um método de resolver conflitos que impacta positivamente do ponto de vista econômico e financeiro, considerando a sua capacidade de coibir a ação de oportunistas.

Isso ocorre, especialmente, em razão de ser esta uma forma de resolução de demandas célere e especializada e, por isso, em situações em que haja descumprimento de uma obrigação contratual, a parte inadimplente verá o litígio ser resolvido de forma rápida e eficiente, repelindo e desincentivando o não cumprimento do que foi contratualmente pactuado, justamente em razão de vislumbrar uma condenação adequada e célere por meio da arbitragem.

Desta forma, cientes os envolvidos de que serão rapidamente responsabilizados, a partir de uma decisão especializada, pela falta de cumprimento de seus deveres, esses agentes tendem a ter uma postura mais ética e lisa.

Essa situação reduz o que se chama de custos de transação, que dizem respeito à observação dos possíveis custos envolvidos para realização e cumprimento do contrato, vez que o uso da arbitragem tem, como observado, a capacidade de repelir o descumprimento contratual, acarretando em uma ideia de menor emprego dos mais diversos recursos, como o tempo e o dinheiro, para que se chegue à satisfação do que se estabeleceu contratualmente.

Considerando a redução dos custos de transação, o que se tem como consequência é a redução do valor solicitado pelo contatado,

⁹⁹ O tema será aprofundado no item 8.2.2.4.

bem como um incentivo para que sejam estabelecidas novas relações contratuais. Em outras palavras, o emprego da arbitragem nos contratos firmados pela Administração Pública com o setor privado possibilita a redução do preço que se estabelece para a prestação de um serviço ou entrega de um bem, bem como incentiva a contratação com o setor público. Isso se dá considerando que o agente privado, diante da opção pela arbitragem, observa eventual conflito será sanado de forma célere e eficiente, especialmente quando comparado com o uso do processo judicial, meio que, como visto, não se adequa à solução de demandas complexas e que vem se mostrando moroso, especialmente em casos que envolvem a Administração Pública, dada a presença de suas prerrogativas processuais¹⁰⁰, fator de agravamento da demora.

Sobre o Tema, Yamamoto esclarece que:

Em contratos de longo prazo ou contratos relacionais – como se caracterizam alguns tipos de contratos firmados com a Administração Pública, especialmente em grandes projetos de infraestrutura – a opção pela via arbitral também pode proporcionar a vantagem de permitir uma variedade mais ampla de soluções possíveis (além da atribuição de uma indenização ou realização coativa da prestação contratual), com o intuito de preservar a relação jurídica contratual de longo prazo. Aumenta-se, de tal modo, a probabilidade de pacificação de conflitos sem solução de continuidade ou paralisação da obra, gerando maior eficiência, bem como se protegem os ativos (da infraestrutura), geralmente de alto valor agregado. Há também outro aspecto econômico da escolha das partes de um contrato pela arbitragem, que se traduz no maior incentivo ao cumprimento estrito e correto das obrigações assumidas pelas partes, haja vista a maior probabilidade de que eventuais descumprimentos (especialmente por

100 Como o direito de contagem dos prazos processuais em dobro, bem como o duplo grau de jurisdição obrigatório.

parte da Administração Pública) sejam sancionados, como vimos, de modo mais célere e menos sujeito a equívocos técnicos. (YAMAMOTO, 2018, p. 26-27).

Portanto, percebe-se que a arbitragem está em consonância com as tendências da Administração Pública, incentivando, especialmente, a cooperação e coprodução do bem público entre o Estado e o setor privado.

Neste sentido, e tratando especificamente do uso da Arbitragem face à Governança Pública, Monteiro explica que

A previsão da arbitragem como mecanismo de solução de controvérsias entre particulares e a Administração Pública, contextualizada, em especial, no âmbito da governança pública ou do governo por contratos, consiste em importante avanço na horizontalização das relações entre público e privado, não se limitando o viés consensual ao ato de inclusão de determinada cláusula compromissória, ou da elaboração de compromissos arbitrais nos acordos. (MONTEIRO, 2012, p. 6).

Outro ponto que merece destaque específico, diz respeito à busca pela eficiência, tema sempre presente no contexto das mencionadas tendências administrativas. Yamamoto (2018) ensina que a arbitragem, quando utilizada adequadamente, pode ser considerada uma ferramenta que viabiliza esse objetivo da Administração Pública.

O mencionado autor expressa que:

[...] enquanto um processo arbitral pode durar, em média, de 20 a 30 meses, um processo judicial sujeito a diversos recursos e instâncias não raramente ultrapassa os 60 meses ou mais de duração, a depender da complexidade do assunto. Trata-se de um tempo não razoável (e nada aceitável) para os

padrões e exigências dos agentes econômicos nos dias atuais, o que os leva a procurar, para a resolução de seus conflitos, uma maior simplicidade processual e rapidez decisória. (YAMAMOTO, 2018, p. 23).

Percebe-se, assim, que todas essas tendências e objetivos da Administração Pública, que visam o estabelecimento de relações entre o público e o privado, de maneira mais cooperativa, horizontalizada e participativa, criou condições favoráveis e pertinentes à opção da arbitragem como forma de resolver demandas relativas à Administração Pública.

Entretanto, nada obstante a arbitragem seja um meio possível e eficiente de resolver conflitos no âmbito da Administração Pública e, igualmente, capaz de auxiliar o Estado no desempenho de suas funções, por ser um método privado de resolução de litígios, a instauração e o desenvolvimento de um procedimento arbitral demandam o desembolso de quantias consideráveis para o pagamento das respectivas despesas, o que nem sempre é possível em razão de dificuldades financeiras enfrentadas pelas partes, sejam elas pessoas do setor público ou do setor privado.

Sendo assim, no próximo capítulo, analisar-se-á o impacto na cláusula arbitral frente à ausência de condições financeiras dos envolvidos, de modo amplo, para, em seguida, estudar o tema no contexto dos contratos administrativos.

O IMPACTO DA AUSÊNCIA DE CONDIÇÕES FINANCEIRAS DE UMA PARTE NA CLÁUSULA ARBITRAL¹⁰¹

101 Na presente pesquisa, o estudo se voltará à analisar o impacto da impecuniosidade das partes apenas frente à cláusula compromissória vez que, nada obstante o compromisso arbitral também seja uma espécie de convenção de arbitragem, existem duas razões para não se adentrar no tema: primeiramente, foi necessário estabelecer um recorte para o direcionamento da pesquisa, de modo a não torná-la excessivamente ampla; em segundo lugar, o compromisso arbitral é firmado após o surgimento do litígio, momento em que a parte, muito provavelmente, já possui a capacidade de reconhecimento de sua condição financeira, não havendo que se falar, nesse caso, em um fato superveniente que tenha alterado o cenário e as condições presentes no momento em que a avença se estabeleceu.

O procedimento arbitral se estabelece como um meio privado de soluções de conflitos. Portanto, e como já dito, é necessário que seus usuários paguem pelos honorários dos árbitros, pelas taxas cobradas pelas câmaras para administração do conflito (no caso de arbitragem institucional), bem como por outras despesas que podem surgir no desenrolar do procedimento, como aquelas advindas de perícias e honorários de assistentes técnicos.

Ocorre que, caso uma das partes não tenha condições de custear a arbitragem, considerando ter sido firmada uma convenção que afasta a possibilidade de processamento da demanda pelo Poder Judiciário, tem-se que essa pode se ver em uma situação delicada de impossibilidade de solucionar sua demanda, seja pelo meio arbitral, seja pelo mecanismo judicial, dada a opção pretérita pela utilização daquele.

Como observado, o objetivo principal desta pesquisa diz respeito à análise do impacto da ausência de condições financeira de uma parte na cláusula de arbitragem, no que tange à sua existência, validade e eficácia, especialmente no contexto dos contratos administrativos, nos quais são aplicáveis as normas de direito público e, de forma subsidiária, aquelas que dizem respeito ao direito privado.

Insta salientar que se compreendeu necessário realizar, primeiramente, a análise do tema de forma ampla, com base na teoria geral dos contratos e nas disposições de direito privado. Tal proposta se deu em razão do conteúdo do artigo 89 da Lei nº 14.133/2021, o qual estabelece que: “[...] os contratos de que trata esta Lei regular-se-ão pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, e a eles serão aplicados, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado” (BRASIL, 2021c). Por outro lado, a estruturação do estudo dessa maneira também se dá com intuito de contribuir academicamente com reflexões que possam auxiliar, igualmente, na solução de situações práticas nos contratos estabelecidos apenas em âmbito privado.

Portanto, neste capítulo, será feito o estudo do tema de forma ampla, considerando a incidência apenas da teoria geral dos contratos

e das normas de direito privado, para, no capítulo seguinte, observe-se o assunto no contexto dos contratos administrativos, oportunidade em que as peculiaridades que regem a parte pública serão analisadas, bem como o cabimento e a extensão da incidência das normas de direito privado no contexto específico.

7.1 O CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS

Quando o impacto da impecuniosidade de uma parte sobre a cláusula compromissória é analisado, percebe-se que o conflito entre princípios jurídicos se estabelece como um dos temas centrais. Em geral, pode-se mencionar, neste âmbito, a observação sobre a incidência do princípio da autonomia privada e do princípio de acesso à justiça. Isso se dá em razão de a discussão girar em torno da possibilidade de acesso ao mecanismo judicial, considerando a fragilidade financeira de uma parte, diante da presença de uma convenção que estabeleceu, com base na autonomia privada, a opção pela arbitragem, escolha que acarreta no afastamento da via judicial para resolver as demandas que eventualmente surjam em uma relação contratual e que se relacionem a direitos patrimoniais disponíveis.

Dessa forma, o que se pretende observar é se a ausência de condições financeiras de uma parte afasta a aplicabilidade da convenção de arbitragem ou permite a alteração de seus termos, de modo a viabilizar um procedimento arbitral em condições diferentes daquelas pactuadas contratualmente.

Já foram objetos de observação, no presente estudo, os princípios da autonomia privada e do acesso à justiça, ambos estabelecidos na Constituição de 1988. Para verificar o confronto entre princípios no contexto mencionado, necessário se vê analisar como vem sendo resolvido o conflito entre princípios e como decidir sobre a prevalência de um ou outro na situação em estudo.

Conforme lecionam Naves e Sá (2015), os princípios são normas pertencentes ao plano da deontologia, ou seja, do dever-ser, obrigando

aos destinatários que se comportem de uma determinada forma. Contudo, “[...] os princípios não contêm mandados definitivos, senão *prima facie*. Ao contrário, as regras estabelecem razões definitivas, devendo ser aplicadas sempre que presentes as condições fáticas e jurídicas necessárias para sua incidência.” (NAVES; SÁ, 2015, p. 47). Tal compreensão está em consonância com a visão de Dworkin, que defende a necessidade de a decisão partir do caso fático e de um processo reconstrutivo, alcançando alto grau de abstração, revelando o princípio aplicável referente ao caso (NAVES; SÁ, 2015).

Fazendo um paralelo sobre o conflito entre regras e entre normas, Justen Filho ensina que:

A doutrina moderna tem-se detido, para a obtenção do melhor processo de interpretação, no estudo da configuração das normas jurídicas. Segundo tal doutrina – nela destacados os ensinamentos de ROBERT ALEXY e RONALD DWORKIN –, as normas jurídicas admitem classificação em duas categorias básicas: os princípios e as regras. As regras são operadas de modo disjuntivo, vale dizer, o conflito entre elas é dirimido no plano da validade: aplicáveis ambas a uma mesma situação, uma delas apenas a regulará, atribuindo-se à outra o caráter de nulidade. Os princípios, ao revés, não se excluem do ordenamento jurídico na hipótese de conflito: dotados que são de determinado valor ou razão, o conflito entre eles admite a adoção do critério da ponderação de valores (ou ponderação de interesses), vale dizer, deverá o intérprete averiguar a qual deles, na hipótese *sub examine*, será atribuído grau de preponderância. Não há, porém, nulificação do princípio postergado; este, em outra hipótese e mediante nova ponderação de valores, poderá ser o preponderante, afastando-se o outro princípio em conflito. (JUSTEN FILHO, 2018, p. 73).

Moraes (2008) menciona que os direitos e garantias fundamentais consagrados na Constituição de 1988, como é o caso do acesso à justiça e da autonomia privada, não possuem incidência ilimitada, encontrando fronteira nos demais direitos estabelecidos na Carta Magna:

[...] quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando a redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua. (MORAES, 2008, p. 33).

Dessa forma, pode-se partir do entendimento de que, nada obstante os princípios sejam normas jurídicas, a sua aplicação dependerá das situações fáticas e jurídicas existentes, cabendo uma análise pontual da situação, de modo a encontrar a melhor solução para a ocorrência do conflito entre princípios no caso concreto.

7.2 LIMITES DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE CONTRATUAL E O MODELO COMPLEXO DOS CONTRATOS

Quando as partes firmam a convenção de arbitragem, como visto, verifica-se a incidência da autonomia privada. Nesse aspecto, pode-se mencionar o princípio contratual do *pacta sunt servanda*, também denominado como princípio da força obrigatória, o qual determina que, diante da celebração de um contrato, as partes se obrigam a cumprir o que entre si foi acordado e se responsabilizam pelo que declararam, como se o que foi contratado se instituisse como

lei entre aqueles sujeitos. Assim, a modificação do que se estabeleceu depende de mútuo acordo entre as partes ou da intervenção de um terceiro julgador, a partir da interpretação do tema por um meio heterocompositivo, devendo esta última opção ser utilizada apenas em casos excepcionais.

Esse princípio, dentro de um contexto liberalista, foi, por muito tempo, aplicado de forma imperativa. Ocorre que a aplicação do *pacta sunt servanda*, da forma como vinha sendo feita, não contemplava a possibilidade de alteração de cláusulas contratuais, considerando eventuais desequilíbrios surgidos na relação estabelecida entre as partes, partindo do pressuposto de uma igualdade e isonomia imutáveis.

Neste sentido, essa concepção do liberalismo contratual passou a não mais acompanhar o leque de situações contratuais que poderiam surgir ao longo da relação. Exemplo sempre mencionado nesse contexto diz respeito ao substancial aumento dos contratos de consumo que, por terem se massificado, passaram a ser frequentemente firmados por adesão do consumidor que se posiciona, por diversos fatores, em situação menos favorável à do fornecedor.

O modelo estabelecido mostrou-se, então, insuficiente para regulação das relações contratuais por não contemplar a possibilidade de um desequilíbrio. Além disso, a ascensão do Estado do Bem-Estar Social trouxe nova roupagem para a percepção dos contratos. Esses passaram, assim, a ter uma conotação de satisfação dos interesses sociais, transbordando a individualidade dos contratantes.

Sobre o tema, Timm menciona que:

Com a concepção do dogma da vontade, o direito contratual fechou as portas para uma troca com o seu ambiente, tornando-se enclausurado e estático. Com efeito, as diferenças entre as partes, as particularidades do caso e as experiências sociais foram deixadas de lado na análise dos problemas jurídicos (por exemplo, se um contratante tem, efetivamente, poder de barganha no caso concreto,

como nos contratos por adesão, é uma questão que escapa do paradigma liberal), o que acabou por gerar a inadequação desse modelo, segundo a ideologia rival, para a complexidade do mundo industrializado e massificado (acidentes de trabalho, relações de emprego, contratos massificados). Esse paradigma não foi suficiente, segundo os solidaristas, para estimular a coesão e a integração social de uma sociedade desintegrada pela revolução industrial e que aumentava, em contrapartida, sua base democrática na participação do poder legislativo (através do sufrágio universal). (TIMM, 2015, p. 85).

Foi, então, que surgiu um novo paradigma, que culminou na criação de novas leis protetivas, buscando uma igualdade real e uma justiça social, estabelecendo-se essa nova visão no Código Civil de 2002. “É o surgimento e o desenvolvimento de uma concepção orgânica (e funcional da sociedade) e do *Welfare State*” (TIMM, 2015, p. 86).

Importante ressaltar que a nova roupagem dada às relações contratuais, que proporcionaram ao julgador maiores possibilidades de intervenção no conteúdo estabelecido entre as partes, não permite que isso seja feito ao livre arbítrio e valoração do responsável pela decisão da demanda. Não fica a obrigatoriedade contratual desmerecida nesse contexto. Ela apenas se mostra mais flexível, de modo a se adequar à situação contratual.

Timm (2015) menciona que o modelo solidarista não está isento de críticas. Essa forma de enfrentar os contratos, muitas vezes, permite uma intervenção estatal exacerbada na relação estabelecida que, frequentemente, renuncia a uma racionalidade econômica. A ideia de que o magistrado pode decidir, buscando que se faça justiça social, acarreta em uma insegurança jurídica geral, vez que eventual litígio surgido no curso da relação contratual pode ter como resultado uma decisão não baseada na cognição, mas que traz consigo elementos extrajurídicos, como aqueles de caráter político.

Havendo insegurança, surge um descrédito ao sistema jurídico, tornando o ambiente menos propício para o desenrolar de relações contratuais, repelindo investidores. O que se quer dizer com isso, de forma mais simples, é que, se não se confia no sistema protetivo do que é estabelecido contratualmente, não se contrata ou se contrata em menor escala, vez que os riscos de o negócio sair de forma adversa do que se pensou inicialmente são maiores. Essa situação, por óbvio, possui impacto direto na economia, vez que, se tem-se receio de contratar, menos negócios são realizados.

Ademais, os problemas sociais não serão solucionados por contratos. A determinação feita no Código Civil, em seu artigo 421, de que os contratos devem obedecer a uma função social não indica a pretensão de se colocar nas costas dos contratantes o dever de realizar justiça social. Como mencionado por Timm (2015), há que se lembrar que a finalidade dos contratos é de possibilitar a circulação de riquezas. Quando se desincentiva a contratação, reduz-se a referida função.¹⁰²

O autor indica, então, a possibilidade de aplicação do modelo complexo ou sistêmico de contratos:

[...] trata-se de uma proposta de leitura funcional “moderada” do direito contratual, sem o “radicalismo” do paradigma solidarista, permitindo justamente, a sobrevivência do instituto do contrato no Novo

102 Tratando especificamente sobre as decisões que vêm sendo proferidas pelo Poder Judiciário na seara contratual, Gonçalves (2010) ensina que muitas vezes estas são arbitrarias e evadas de influências políticas e sociológicas. A autora ensina que o uso da arbitragem pode garantir menores influências desses fatores no resultado da demanda. “Como se pode notar, a garantia do cumprimento do contrato é o que busca os agentes econômicos. A correta execução dos contratos é fato essencial para o desenvolvimento da economia de um país. Por outro lado, pesquisas revelam que a maioria dos magistrados - interpretando equivocadamente a função social, ao beneficiar a parte mais fraca da relação - prefere desempenhar o que entende como função social do contrato em detrimento do fiel cumprimento da promessa original. Não é feita análise da repercussão que a decisão pode causar para a sociedade, apenas visa a proteger a parte supostamente fraca, mesmo que esteja errada. Neste ponto, a arbitragem ganha espaço por ser procedimento conduzido por árbitros especializados, que preferirão decisões livres de influências políticas e sociológicas.” (GONÇALVES, 2010, p. 49).

Código Civil, com sua plena funcionalidade social (congruência de expectativas normativas de diversas ordens e planos), mas inserida dentro de um novo contexto de complexidade social. (TIMM, 2015, p. 139).

De forma breve, pode-se dizer que esse modelo propõe a integração dos vários sistemas e questões que se conflitam e envolvem uma relação contratual. Como exemplo, não se pode buscar um benefício social ignorando as questões econômicas envolvidas, sob pena de prejudicar, no fim das contas, a própria sociedade com um impacto econômico negativo de uma decisão. O que se quer dizer é que é possível uma intervenção na relação contratual, não havendo uma exacerbação do *pacta sunt servanda*. Contudo, a intervenção deve ser realizada de forma racional e sistêmica, observando-se os diversos aspectos envolvidos na relação, prevenindo-se um resultado que traga prejuízos indevidos às partes e à sociedade.

Dentro deste tema, em razão da percepção de necessidade de um melhor cuidado no âmbito da intervenção do julgador no conteúdo contratual, em 2019, entrou em vigor a Lei nº 13.874, denominada como Lei da Liberdade Econômica que, dentre as alterações promovidas, modificou o artigo 421 do Código Civil, incluindo em seu conteúdo o parágrafo único, bem como acrescentando no referido diploma legal o artigo 421-A, de forma a expressar a necessidade de garantia de cumprimento dos deveres pactuados, bem como destacar a excepcionalidade de intervenção e modificação dos termos contratuais por um julgador.

Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.

Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.

Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de

elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que:

- I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução;
- II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e
- III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada. (BRASIL, 2002b).

Especificamente sobre a alteração feita no artigo 421 do Código Civil, Tartuce (2021) demonstra a pertinência da alteração, que já era considerada como necessária, conforme explicado a seguir:

Vejamos os dois erros que sempre foram apontados a respeito do comando anterior e as razões de suas reparações: 1º) Substituição da expressão liberdade de contratar por liberdade contratual. [...] A liberdade de contratar, relacionada com a celebração do contrato, é, em regra, ilimitada, pois a pessoa celebra o contrato quando quiser e com quem quiser, salvo raríssimas exceções. Por outra via, a liberdade contratual, relacionada com o conteúdo negocial, é que está limitada pela função social do contrato, ou seja, pela finalidade coletiva do contrato, em suas projeções internas e externas. Assim sendo, justificava-se plenamente essa primeira proposta de alteração. 2º) Também sempre foi imperiosa a retirada do termo em razão e, pois a função social não é a razão para o contrato, mas sim a autonomia privada, a liberdade individual. Na verdade, a função social representa, entre outras coisas, um limite ao conteúdo do contrato. (TARTUCE, 2021, p. 1005-1006).

Tratando sobre o tema em outra obra, o autor supracitado ensina que os contratos devem ser cumpridos enquanto forem mantidas as condições contratuais externas estabelecidas no momento da celebração, sendo possível a mutação quanto a sua execução de forma a equilibrar a situação das partes (TARTUCE, 2020).

Especificamente sobre a Lei da Liberdade Econômica, o autor lembra que o diploma legal “acabou por dar primazia à autonomia privada e à força obrigatória do contrato [...] prevendo que a revisão do contrato civil é excepcional e limitada às partes contratantes” (TARTUCE, 2020, p. 209). Ele ressalta, contudo, que mesmo antes do advento da referida lei, esta “já era a realidade quanto aos contratos rígidos pela codificação privada” (TARTUCE, 2020, p. 209). Com isso, é de se depreender que a Lei da Liberdade Econômica vem em sentido educativo, reforçando e expressando algo que já era ou deveria ser observado.

Percebe-se, assim, que a alteração e modificação das disposições contratuais pactuadas pelas partes deve ocorrer de forma excepcional e cuidadosa, considerando não apenas a relação existente entre as partes envolvidas, mas também o impacto e as consequências que podem advir desta intervenção de maneira mais ampla e sistêmica, repelindo-se qualquer tipo de ação arbitrária por parte do julgador.

7.3 CONSEQUÊNCIAS DA AUSÊNCIA DE CONDIÇÕES FINANCEIRAS NA CLÁUSULA ARBITRAL

Como exposto, o princípio da obrigatoriedade contratual foi flexibilizado com vistas a atender ao contexto em que se inserem as relações contratuais. Além disso, cabe ao julgador, quando chamado para tanto, decidir, dentro do âmbito da situação fática, a melhor solução a ser dada quando existem princípios em conflito.

Dessa maneira, considerando ser a convenção de arbitragem uma cláusula contratual, essa, a princípio, poderia sofrer intervenção a partir de uma decisão judicial¹⁰³.

Sobre o tema, Casado Filho (2014) manifestou o entendimento de que a ausência de fundos para custear o procedimento arbitral não seria causa superveniente de nulificação da convenção de arbitragem, vez que:

Não se pode atribuir falta de recursos para custear o procedimento arbitral como elemento capaz de invalidar a escolha das partes pela via da arbitragem. Primeiro, por inexistir qualquer previsão legal nesse sentido no Brasil, tampouco nos principais tratados sobre o tema, como a Convenção de Nova York de 1958. (CASADO FILHO, 2014, p. 72).

Em relação à alegação de inexistência de previsão legal, o entendimento colacionado acima parece não prosperar, na medida em que, como dito, princípios são considerados normas jurídicas¹⁰⁴.

103 É necessário lembrar que a revisão contratual é amplamente realizada em sede arbitral. Neste sentido, Venosa ensina: “[...] não se descure, também, que na arbitragem se encontra campo fértil para a revisão contratual, fazendo o árbitro o mesmo papel do juiz na seara ora tratada. A arbitragem, como se sabe, foi colocada no mesmo nível do procedimento judicial e decorre da vontade negocial das partes.” (VENOSA, 2008, p 453). Contudo, a menção nesse trecho apenas sobre a intervenção judicial se dá em razão do contexto de busca da revisão da cláusula contratual, justamente, em razão da falta de condições financeiras de uma parte para custear uma arbitragem, estando patente, na situação concreta, a impossibilidade de uso do procedimento arbitral para tanto. Neste contexto, é importante mencionar o parágrafo único do artigo 8º da Lei de Arbitragem, que será melhor analisado, oportunamente, no presente capítulo, vez que o dispositivo estabelece ser atribuição dos árbitros a análise “[...] acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.” (BRASIL, 1998).

104 “Podemos dizer que duas características fundamentais distinguem as normas jurídicas das demais regras sociais. Em primeiro lugar, elas são protegidas pela eventual aplicação da força coercitiva do poder social. As normas sobre impostos, salário, família etc. são obrigatórias não apenas no foro da consciência, mas por uma imposição que pode ir até o emprego da força para sua execução. Não é necessário que haja, em cada momento, uma coerção efetiva. Basta que ela seja potencial. E possa ser invocada pela parte a quem a lei atribui o direito de exigir seu cumprimento. Essa característica separa visivelmente a norma jurídica das normas morais, cuja

Existindo, então, o princípio do acesso à justiça, está-se diante de uma determinação legal que deve ser obedecida, havendo, portanto, uma previsão legal. Isso não significa, contudo, que sempre prevalecerá o princípio do acesso à justiça em detrimento do princípio da autonomia privada, como já estudado em tópico anterior, dadas as diferenças existentes em uma situação de conflito entre princípios, que são normas, e do conflito entre regras.

Sob a perspectiva da possibilidade de invalidação do que foi pactuado contratualmente, para observar a alegação de Casado Filho (2014), é necessário analisar a cláusula compromissória, como negócio jurídico, nos planos de sua existência, da sua validade e da sua eficácia, vez que, conforme ensinado por Azevedo, esses “[...] são os três planos nos quais a mente humana deve sucessivamente examinar o negócio jurídico, a fim de verificar se ele obtém plena realização.” (AZEVEDO, 2010, p. 24).

Segundo Garcia Júnior (2021), o negócio jurídico é um ato jurídico que depende da manifestação de vontade para que dele emanem efeitos no mundo jurídico. Desta forma, para que se constitua, se modifique ou extinga as obrigações, os deveres e os direitos estabelecidos por meio do mencionado ato, é necessário que se observe três planos do negócio jurídico: a sua existência, a sua validade e a sua eficácia.

No que tange à existência, é de se imaginar que o negócio jurídico dependa de alguns requisitos para ser assim considerado. Tais requisitos podem ser identificados nos substantivos do artigo 104¹⁰⁵ do Código Civil, quais sejam, a presença de partes ou agentes, de objeto e de forma. Além destes, é necessária a existência da vontade. Já em relação à validade, o mencionado dispositivo também é utilizado como base, mas, agora, observando-se a qualidade dos elementos relativos

obrigatoriedade se fundamenta apenas na consciência pessoal. Separa, também, das normas religiosas, que se baseiam na fé e nos ideais de cada homem. E, também, dos costumes e hábitos sociais, porque estes dependem exclusivamente da opinião pública.” (MONTORO, 2005, p. 361-362).

105 “Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei”. (BRASIL, 2002b).

à existência. Assim, é necessário que o agente seja capaz, que o objeto seja lícito, possível, determinado ou determinável e que a forma seja prescrita ou não defesa em lei. Já em relação à vontade, esta deve ser livre de qualquer vício relacionado ao consentimento das partes envolvidas.

No plano da validade, trabalhamos com a (in)validade do negócio jurídico quando, existindo partes, elas são incapazes. Existindo objeto, ele é lícito, impossível ou indeterminável. Se houver forma, não será aquela prevista pela lei ou que será proibida na lei. Finalmente, havendo manifestação de vontade, será ela livre de vícios de consentimento (erro, dolo, coação, lesão ou estado de perigo). (GARCIA JUNIOR, 2021, p. 71).

Antes de adentrar à questão da eficácia, já é possível observar, pelo exposto, sobre a validade e a existência da cláusula compromissória, no que tange ao assunto em questão. Nada obstante no caso concreto possa ocorrer algum vício na formação da convenção, que não tenha relação com o assunto em análise, o impacto da impecuniosidade superveniente de qualquer das partes, especificamente, não se relaciona com a invalidade ou inexistência do negócio jurídico. Ora, não se está tratando, nesse ponto, da existência de um agente, de um objeto ou de uma forma, tampouco o tema toca à capacidade do agente, à licitude, à possibilidade e à determinação do objeto, nem mesmo à licitude da forma. Não há um questionamento quanto à formação do negócio jurídico. O que está em pauta é a eficácia da cláusula em razão de um acontecimento posterior. Portanto, é necessário observar se há, no plano da eficácia¹⁰⁶ da convenção, alguma consequência em

106 Para que não haja uma interpretação indevida sobre a análise da eficácia, é essencial esclarecer a distinção realizada na doutrina entre a ineficácia *lato sensu* e a ineficácia *stricto sensu*. A ineficácia *lato sensu* se dá em razão da inexistência, invalidade ou ineficácia *stricto sensu* do negócio jurídico. Neste sentido, quando um negócio é considerado inexistente, inválido ou ineficaz em seu viés estrito e, portanto, deixa de gerar os efeitos de que dele se esperavam, está-se diante da conotação do

razão da falta de condições financeiras de uma parte para custear a arbitragem.

7.3.1 A EFICÁCIA DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA FRENTE A SITUAÇÃO DE IMPECUNIOSIDADE DE UMA PARTE

Theodoro Júnior (2001) ensina que o negócio jurídico plenamente eficaz é aquele que se estabelece por meio de uma relação jurídica idônea e que “[...] realiza plenamente os fins que determinam a vontade negocial.” (THEODORO JÚNIOR, 2001, p. 99). O autor explica que o negócio pode ser ineficaz do ponto de vista estrutural ou do ponto de vista funcional.

No caso da ineficácia estrutural, esta se estabelece quando o negócio jurídico possui defeito em sua constituição, sendo, portanto, inapto a gerar os efeitos que dele se esperavam. Já a ineficácia funcional é aquela que, em razão de questões supervenientes à sua idônea formação, impede a geração dos efeitos programados.

Assim, em face a um problema estrutural, como é o caso da falta de capacidade, da ilegitimidade e da ilicitude do objeto, a ineficácia se configura na origem, sendo considerada originária. Já quando se estabelece por causa superveniente, posterior ao surgimento do negócio jurídico, está-se diante de uma ineficácia funcional.

Quando o negócio, sem vício de estrutura, perde a adequação para atender a função que o negócio originariamente teve como fonte da relação idônea e, por isso, se torna propenso a contrariar a sua função econômico-social, ocorrendo as causas de ineficácia

termo em sentido amplo ou *lato*. Já a ineficácia *stricto sensu*, é considerada uma das causas de ineficácia *lato sensu*, podendo se estabelecer ainda que exista um negócio jurídico existente e válido, em razão de elementos acidentais (GARCIA JUNIOR, 2021). Dessa forma, pode-se depreender que, quando estão em análise os planos do negócio jurídico, o plano da eficácia deve ser entendido em seu sentido estrito. Esclareça-se, portanto, que quando da menção do termo isolado “eficácia” nas observações à seguir, este deve ser compreendido em sua conotação estrita.

funcional. [...] Não é suficiente, em suma, a existência de negócio jurídico válido para ter-se assegurada a produção de seus desejados efeitos. Podem existir condições a serem cumpridas antes que a eficácia se torne efetiva. Fatores de eficácia, portanto, são dados que condicionam a produção do efeito do negócio jurídico sem integrarem a sua composição. (THEODORO JÚNIOR, 2001 p. 99-100).

O autor acima citado ressalta que “a aplicação da sanção da ineficácia, e não da invalidade, decorre de uma valoração da lei em torno dos interesses a resguardar numa prevista conjuntura em que certo negócio jurídico se desenvolve.” (THEODORO JÚNIOR, 2001, p. 109). Destarte, o plano da eficácia pode ser considerado “aquele, no mundo jurídico, onde os fatos jurídicos produzem os seus efeitos, criando as situações ou relações jurídicas, dentro daquilo que a vontade negocial projetara” (THEODORO JÚNIOR, 2001, p. 107).

Portanto, é possível que um negócio jurídico existente e válido, idoneamente estruturado, seja considerado ineficaz em razão de situações concretas ou supervenientes, afetando, assim, a sua eficácia do ponto de vista funcional.

Azevedo (2010) também trata sobre o assunto e exemplifica a questão ensinando:

Naturalmente, poderá ocorrer que, uma vez existindo, valendo e produzindo efeitos, o negócio venha, depois, por causa superveniente, a se tornar ineficaz. Haverá, então, ineficácia superveniente, isto é, resolução do negócio. Por exemplo, o contrato submetido à condição resolutiva que vem a se desfazer pelo advento do evento futuro e incerto; ou o contrato bilateral que se torna excessivamente oneroso e é desfeito, respeitados certos pressupostos; ou o contrato de depósito que vem se extinguir pelo fato de o depositante exigir a coisa, ou o de mandato, que termina por renúncia ou morte etc. Nesses casos,

pode-se falar em fatores de ineficácia, os quais podem, por sua vez, ser de dois tipos: a) os ligados à formação do negócio, por exemplo: o advento do evento futuro (nos negócios sob condição resolutiva, o nos submetidos a termo final); a não realização da causa final (nos negócios com causa final) etc; e b) os não ligados à formação do negócio (como o distrato e a impossibilidade superveniente). (AZEVEDO, 2010, p. 60-61).

Pelo exposto, pode-se concluir que é possível, em um caso fático, que a eficácia do negócio jurídico se concretize e que haja, posteriormente, o surgimento de um fator que determine sua ineficácia superveniente.

No caso da incapacidade financeira de uma parte em arcar com as despesas de uma arbitragem, como já observado, não se está diante de uma análise em torno de sua existência e validade. Não se questiona, também, exceto por motivos alheios ao tema ora observado, que a eficácia tenha se concretizado no âmbito da convenção. Pode-se imaginar, por exemplo, a existência de uma cláusula que já tenha dado ensejo à realização de diversas arbitragens, ocorrendo a falta de condições financeiras de uma parte posteriormente.

Portanto, o que é necessário observar a seguir é se a incapacidade financeira de uma parte em arcar com as despesas do procedimento pode ser considerada como fator de ineficácia em relação ao negócio jurídico em tela, ensejando na possibilidade de intervenção judicial no que foi contratado.

7.3.1.1 ANÁLISE DA CONDIÇÃO DE IMPECUNIOSIDADE DE UMA PARTE COMO CAUSA DE INEFICÁCIA SUPERVENIENTE DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

Tartuce (2021), tratando sobre os negócios jurídicos, esclarece que estes, em sua maioria, se estabelecem bilateralmente, ensinando que

[...] na atualidade, dificilmente alguém assume a posição isolada de credor ou devedor em uma relação jurídica. Na maioria das vezes, as partes são, ao mesmo tempo, credoras e devedoras entre si, presente a proporcionalidade de prestações denominada sinalagma, como ocorre no contrato de compra e venda. Tal estrutura também é denominada relação jurídica obrigacional complexa, constituindo a base do negócio jurídico relacionada com a obrigação. (TARTUCE, 2021, p. 564).

Segundo o mencionado autor, a relação bilateral deve possuir um ponto de equilíbrio, denominado como sinalagma, que diz respeito a um todo equilibrado, que, se abalado, justifica a revisão da obrigação ou o estabelecimento de sua ineficácia. A quebra desse sinalagma é considerada, portanto, “[...] como geradora da onerosidade excessiva, do desequilíbrio negocial, como um efeito gangorra.” (TARTUCE, 2021, p. 564).

Outro ponto importante para a compreensão da questão, diz respeito aos princípios informadores das relações contratuais.

De acordo com Tepedindo (2005), existem três princípios que são considerados cardinais para o regime jurídico dos contratos. São eles: a autonomia privada; a força obrigatória dos contratos; e a relatividade obrigacional. Segundo o autor, nada obstante sejam eles prestigiados pelo ordenamento jurídico, os mencionados princípios passaram a adquirir “novos contornos com o surgimento dos princípios da boa-fé

objetiva, do equilíbrio econômico e da função social dos contratos” (TEPEDINO, 2005, p. 250).

A boa-fé objetiva atua preponderantemente sobre a autonomia privada. O equilíbrio contratual, por sua vez, altera substancialmente a força obrigatória dos pactos, dando ensejo a institutos como a lesão (art. 157, Código Civil), a revisão e a resolução por excessiva onerosidade (arts. 317, 478 e 479, Código Civil). E a função social, a seu turno, subverte o princípio da relatividade, impondo efeitos contratuais que extrapolam a avença negocial. Ou seja, o respeito à disciplina contratual torna-se oponível a terceiros (boa-fé objetiva), ao mesmo tempo em que os contratantes devem respeitar os titulares de interesses socialmente relevantes alcançados pela órbita do contrato (função social do contrato). (TEPEDINO, 2005, p. 250-251).

O autor ressalta que, quanto ao princípio da boa-fé, este se estabelece com a função de unir o direito contratual aos princípios constitucionais, possuindo, no sentido técnico, três funções preponderantes:

(i) função interpretativa dos contratos; (ii) função restritiva do exercício abusivo de direitos; e (iii) função criadora de deveres anexos à prestação principal, nas fases pré-negocial, negocial e pós-negocial. A primeira função exige que a interpretação das cláusulas contratuais privilegie sempre o sentido mais consentâneo com o objetivo comum pretendido pelas partes. [...] Já a segunda função tem conotação negativa, estabelecendo limites para o exercício dos próprios direitos. Consiste, assim, em critério para diferenciação entre o exercício regular e o exercício irregular ou abusivo de direitos. [...] Por fim, a boa-fé exerce a função de deveres anexos à prestação

principal. Trata-se dos deveres de informação, de lealdade e transparência, que se agregam implicitamente ao regulamento de interesses (TEPEDINO, 2005, p. 252-253).

A partir do exposto, é possível observar que, no que tange aos contratos bilaterais, é essencial que haja um equilíbrio entre as partes envolvidas. Na ausência deste sinalagma, tem-se a possibilidade de revisão do contrato ou a declaração de sua ineficácia.

Além disso, considerando o princípio da boa-fé objetiva, importante no contexto das relações contratuais, a interpretação dos contratos deve privilegiar o que foi buscado pelos contratantes, sendo esta ideia estabelecida no artigo 112 do Código Civil, que determina: “nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem” (BRASIL, 2002b). Conforme ensina Tepedino (2005), o mencionado dispositivo consagra a teoria da confiança, “referindo-se à vontade consubstanciada nas declarações, ou seja, tal qual manifestada pelo declarante, de modo a relegar a segundo plano a literalidade do texto.” (TEPEDINO, 2005, p. 247).

Consagrada no Código Civil 2002, a teoria da confiança pode-se afirmar, com renovado vigor, que, na interpretação das diversas cláusulas de um contrato, devem-se considerar vinculantes os deveres que, manifestados pelas partes, suscitam em ambas uma compreensão comum quanto ao conteúdo da declaração. (TEPEDINO, 2005, p. 248).

Outra função do princípio da boa-fé reside em repelir o exercício irregular ou abusivo dos direitos de titularidade das partes, limitando a ação destas ao propósito contratual. Por fim, o mencionado princípio determina deveres anexos, implícitos à relação contratual, como o de

lealdade e de informação, que remetem ao dever de cooperação que deve se estabelecer entre os contratantes.

No que tange à situação de impecuniosidade de uma das partes em arcar com as despesas de um procedimento arbitral, tem-se uma situação de grande desequilíbrio contratual. Neste caso, considerando a opção pretérita em utilizar a arbitragem, a falta de recursos impossibilita ao contratante não só acessar o método escolhido para resolver as demandas oriundas do contrato, mas também o Judiciário, dado que, como visto, ao estabelecer a arbitragem como meio de resolver demandas, os envolvidos abrem mão do mecanismo judicial. Portanto, caso haja descumprimento de deveres contratuais que não sejam passíveis de execução, o polo impecunioso não possui condições de garantir a responsabilização ou cumprimento coercitivo do dever da parte inadimplente, tendo a sua garantia de acesso à justiça inviabilizada.

Há, nessa situação, grande vantagem ao polo contratual oposto, que passa a ter a liberdade de agir de forma contrária aos seus deveres contratuais, permanecendo, em razão da falta de condições financeiras de um dos contratantes, intocável do ponto de vista coercitivo e de responsabilização.

É importante observar que a inserção da cláusula compromissória em um contrato tem como objetivo estabelecer um método que seja capaz de resolver adequadamente os litígios que possam surgir no âmbito daquela relação contratual. O objetivo dos contratantes é, exatamente, o de garantir o acesso à justiça, nos termos já estudados nesta pesquisa, ou seja, a resolução eficiente de possíveis divergências. Ter como resultado a impossibilidade de processar a demanda, seja de qual forma for, não pode ser considerado como algo almejado por qualquer das partes quando da celebração do contrato, justamente pelo efeito totalmente oposto ao que se buscou. Percebe-se, assim, uma afronta à função pretendida no que tange à inserção cláusula compromissória.

Dessa forma, em uma situação em que uma das partes não tenha condições de pagar pelas custas do procedimento, antes mesmo de

se imaginar a necessidade de buscar a intervenção no contrato pelo Judiciário, considerando o próprio princípio da boa-fé objetiva que estabelece o dever de cooperação entre os envolvidos, o ideal é que haja uma abertura das partes para a renegociação da forma de solução de controvérsias, alterando ou afastando a convenção, de modo a propiciar o acesso a um meio de resolução de conflitos. Outra opção seria a parte não impecuniosa arcar com as custas do procedimento arbitral, de forma a possibilitar a instauração da arbitragem, cabendo o seu ressarcimento na sentença no caso da improcedência dos pleitos do outro contratante. Esta segunda possibilidade, inclusive, é a opção que se coloca nos próprios regulamentos de arbitragem das principais câmaras de arbitragem do país, como é possível observar a seguir.

12.10. Na hipótese do não pagamento das Taxas de Administração, honorários de árbitro e peritos ou quaisquer despesas da arbitragem, será facultado a uma das partes efetuar o pagamento por conta da outra, em prazo a ser fixado pela Secretaria do CAM-CCBC.

12.10.1. Caso o pagamento seja efetuado pela outra parte, a Secretaria do CAM-CCBC dará ciência às partes e ao Tribunal Arbitral, hipótese em que este considerará retirados os pleitos da parte inadimplente, se existentes.

12.10.2. Caso nenhuma das partes se disponha a efetuar o pagamento, o procedimento será suspenso. [...]

12.14. O Presidente do CAM-CCBC poderá determinar o ressarcimento de valores que a instituição tiver adiantado ou de despesas que tiver suportado, assim como o pagamento de todas as taxas ou encargos devidos e não recolhidos por qualquer das partes. (CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ, 2012).

15.6. Da sentença arbitral constará, também, a fixação dos encargos, das despesas processuais, dos Honorários advocatícios, bem como o respectivo rateio. (CÂMARA DE CONCILIAÇÃO, MEDIAÇÃO E

ARBITRAGEM DO CENTRO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO E DA FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2013a)

6.3. Se uma das partes deixar de recolher a quantia que lhe couber, de acordo com o disposto neste Anexo I e/ou convenção das partes, poderá a outra parte fazê-lo para impedir a suspensão ou extinção do procedimento arbitral.

6.4. Quando o pagamento for realizado pela outra parte, o Secretário-geral da Câmara informará às partes e ao Tribunal Arbitral para que não analise os pleitos da parte inadimplente, se existentes. (CÂMARA DE CONCILIAÇÃO, MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM DO CENTRO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO E DA FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2013b).

11.4 No caso do não pagamento, por qualquer das partes, da taxa de administração, dos honorários de árbitros, demais despesas ou adiantamentos solicitados pela Secretaria, no tempo e nos valores estipulados, poderá a outra parte adiantar o respectivo valor de modo a permitir a realização da arbitragem, procedendo-se ao acerto das contas ao final do procedimento, conforme decidido na sentença arbitral. (CÂMARA DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM EMPRESARIAL – BRASIL, 2019).

Portanto, na situação em análise, o ideal é que haja a cooperação da parte contrária em permitir à parte impecuniosa o acesso a alguma forma de resolução de conflitos, seja por meio da repactuação da cláusula, seja por meio do custeio do procedimento arbitral.

Entretanto, é de se imaginar a possibilidade de a parte não impecuniosa se negar a renegociar a cláusula ou custear a arbitragem. Neste caso, resta àquela que não possui condições, propor um processo judicial com o objetivo de solicitar a intervenção no contrato, de modo a estabelecer novos parâmetros para a resolução da demanda. Ressalte-se que a atitude da parte contrária no sentido de se opor a

qualquer opção que viabilize o acesso à justiça pelo contratante impecunioso, configura-se como exercício irregular ou abusivo do direito, rechaçado pelo ordenamento jurídico. Ora, se a parte necessita instaurar um processo para tratar de um conflito estabelecido no âmbito contratual, isso significa que há a percepção de lesão de seus direitos e descumprimento de deveres pela parte que, justamente, está fazendo uso do contrato para impedir o acesso a um meio que possa responsabilizá-la ou obrigá-la a cumprir seus deveres. Portanto, essa situação não pode ser permitida no ordenamento jurídico brasileiro, vez que diz respeito a um ilícito estabelecido pelo exercício arbitrário de direito.

O artigo 187 do Código Civil considera ilícito o exercício do direito de forma irregular, estabelecendo que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” (BRASIL, 2002b).

Esclarecendo sobre os efeitos do ato que diz respeito ao abuso de direito, o Enunciado nº 617 da VIII Jornada de Direito Civil, do ano de 2018, estabeleceu que “o abuso do direito impede a produção de efeitos do ato abusivo de exercício, na extensão necessária a evitar sua manifesta contrariedade à boa-fé, aos bons costumes, à função econômica ou social do direito exercido” (BRASIL, 2018a).

Outro ponto que merece destaque, diz respeito à eficácia interna e externa dos contratos no que tange à função social dos contratos.

Tartuce (2021) ensina que a função social dos contratos diz respeito a uma norma de ordem pública, conforme estabelecido no parágrafo único do artigo 2.035 do Código Civil:

Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se

subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.

Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos. (BRASIL, 2002b).

Tartuce, ainda, explicita que

A palavra função social deve ser visualizada com o sentido de finalidade coletiva, sendo efeito do princípio em questão a mitigação ou relativização da força obrigatória das convenções (*pacta sunt servanda*), na linha de se considerar possível a intervenção do Estado nos contratos, especialmente nos casos de abuso ou de excessos de uma parte perante outra. Nesse contexto, o contrato não pode ser mais visto como uma bolha, que isola as partes do meio social. Simbolicamente, a função social funciona como uma agulha, que fura a bolha, trazendo uma interpretação social dos pactos. Não se deve mais interpretar os contratos somente de acordo com aquilo que foi assinado pelas partes, mas sim levando-se em conta a realidade social que os circunda. Na realidade, à luz da personalização e constitucionalização do Direito Civil, pode-se afirmar que a real função do contrato não somente é a segurança jurídica, mas sim atender aos interesses da pessoa humana. (TARTUCE, 2021, p. 1004).

No mesmo sentido, Tepedino explica que “o fundamento de cada ato de autonomia negocial passa a depender de um exame de merecimento de tutela de interesses concretamente perseguidos com os valores consagrados no texto constitucional” (TEPEDINO, 2005, p. 251).

Como observado no item 7.2 deste trabalho, a função social não deve ser vista como a causa da celebração do contrato, mas como um instrumento limitador ao contratado, que torna ineficaz o conteúdo que esteja contrário à sua função social.

Há, no contexto da função social, ponto importante no âmbito do tema, que diz respeito à dupla eficácia do princípio em análise. “Isso porque tem prevalecido a ideia de que a função social do contrato tem tanta eficácia interna (entre as partes), quanto eficácia externa (para além das partes).” (TARTUCE, 2021, p. 1007).

Segundo Tartuce (2021), a eficácia externa diz respeito ao impacto da função social dos contratos no que tange a terceiros, bem como aos direitos coletivos e difusos. Já a eficácia interna da função social dos contratos, que interessa à presente análise, diz respeito ao impacto que o princípio da função social dos contratos possui na relação do ponto de vista interno. Sobre o tema, o Enunciado nº 360 do Conselho de Justiça Federal, aprovado na IV Jornada de Direito Civil, estabelece que “o princípio da função social dos contratos também pode ter eficácia interna” (BRASIL, 2007).

Assim, tem-se que a função social impacta no conteúdo do contrato e nos seus efeitos em relação aos próprios contratantes. Neste sentido, a eficácia interna da função social possui como aspectos principais: i) a proteção de partes contratuais vulneráveis; ii) a vedação à onerosidade excessiva ou ao desequilíbrio contratual; iii) a proteção à dignidade da pessoa humana e aos direitos da personalidade no contrato; iv) o estabelecimento da nulidade de cláusulas antissociais e abusivas na origem; v) a tendência de conservação contratual, devendo a extinção da relação ser tomada como último recurso; e, por fim, vi) o estabelecimento da frustração do fim do contrato, em situações em que haja a impossibilidade da prestação contratualmente estabelecida ou onerosidade excessiva. (TARTUCE, 2021).

Como já observado neste estudo, o acesso à justiça diz respeito a uma garantia da pessoa humana, estabelecida dentro do contexto de um Estado Democrático de Direito, essencial à eficácia dos demais direitos estabelecidos no ordenamento jurídico. A existência de um

mecanismo que possibilite o cumprimento coercitivo do dever de um indivíduo perante o outro, bem como a responsabilização daquele que lesiona direito de outrem, é essencial para a efetivação de qualquer direito. Dessa forma, ausente o acesso à justiça, qualquer direito pode se tornar inócuo diante de uma ameaça ou lesão.

Sobre o tema, Monaco ensina que “O direito fundamental do acesso à justiça pode não ser exercido adequadamente quando houver obstáculo financeiro que impeça pessoas físicas e jurídicas de conseguirem a prestação jurisdicional” (MONACO, 2020, p. 136).

Assim, e por todo exposto, a utilização da cláusula compromissória como justificativa para impedir o acesso de um contratante impecunioso a um meio de resolução de conflitos de caráter coercitivo fere a função social dos contratos, vez que impede o exercício da coerção sobre a parte inadimplente para que cumpra o pactuado, estabelecendo grande desequilíbrio contratual, o que, em última análise, acarreta na ineficácia superveniente da convenção arbitral.

Neste sentido, nada obstante não seja cabível a invalidação da cláusula compromissória, pode-se cogitar em uma ineficácia superveniente e momentânea de uma convenção, dada a impossibilidade financeira de uma parte em arcar com as despesas do procedimento.

É necessário compreender que a ausência de condições de um dos polos processuais em custear o procedimento arbitral é um cenário que não se vislumbrava no momento em que a relação contratual foi estabelecida. Contudo, é importante observar ser essa uma situação pontual e, em muitas vezes, passageira.

Dessa forma, pode-se imaginar que, em um determinado momento, a parte impecuniosa reestabeleça suas condições financeiras, ressurgindo a possibilidade de custear o procedimento. Assim, é necessário analisar como a intervenção no conteúdo da cláusula compromissória deve ser feita.

Neste ponto, insta destacar algumas questões preliminares. A intervenção judicial no contrato deve ser vista como excepcional,

não devendo ser levada a uma situação de banalização. Tepedino trata sobre o princípio da relatividade contratual, ensinando que este estabelece

[...] a imposição aos contratantes de deveres extracontratuais, socialmente relevantes e tutelados constitucionalmente. Não deve significar, todavia, uma ampliação da proteção dos próprios contratantes, o que amesquinharia a função social do contrato, tornando-o servil a interesses individuais e patrimoniais que, posto legítimos, já se encontram suficientemente tutelados pelo contrato. De outra parte, o princípio da boa-fé objetiva, informado pela solidariedade constitucional, por não se limitar ao domínio do contrato, alcança todos os titulares de situações jurídicas subjetivas patrimoniais, vinculando-se ao respeito de posições contratuais, suas ou de terceiros. (TEPEDINO, 2005, p. 251).

Neste contexto, é importante ressaltar o princípio da conservação contratual que, como visto, diz respeito a um dos efeitos da eficácia interna da função social dos contratos. Sobre o tema, Tartuce (2020) menciona o Enunciado nº 176 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal que dá interpretação ao artigo 478¹⁰⁷ do Código Civil, estabelecendo que: “em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o artigo 478 do Código Civil deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual” (BRASIL, 2005a). Desse modo, observa-se a necessidade de intervenção do Poder Judiciário, da forma que impacte o menos possível no que foi estabelecido pelas partes de

107 “Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.” (BRASIL, 2002b).

forma autônoma, justificando-se, assim, que a cláusula não seja alterada permanentemente, mas de forma modular.

Atualmente, abandonou-se a ideia de resolução do contrato para compreender com a necessidade de revalorizá-lo, isto é, mantê-lo em condições tais que permita as partes cumpri-lo e fazê-lo operar como instrumento de transmissão das riquezas e do comércio jurídico. (CORDEIRO, 1998, p. 138).

Neste sentido, eventual intervenção no conteúdo contratual deve ser feita de forma a afetar minimamente o que foi estabelecido entre as partes, prestigiando a autonomia privada, bem como obedecendo aos preceitos da eficácia interna da função social dos contratos.

Sobre o tema, Casado Filho (2014) sugere que o magistrado poderia alterar o conteúdo da convenção de arbitragem, tornando a arbitragem menos custosa às partes, como, por exemplo, determinando que a arbitragem seja resolvida por árbitro único e não mais por um tribunal formado por três árbitros. Essa solução é plausível e pode viabilizar a arbitragem sem que se afaste o meio eleito para a solução da demanda, sendo uma possibilidade de revisão menos prejudicial ao pacto estabelecido entre as partes, estando em consonância com o mencionado princípio da conservação dos negócios jurídicos.

Contudo, em casos extremos, ou seja, em situações em que nem mesmo a alteração da cláusula seja suficiente para possibilitar a ocorrência do procedimento arbitral, tem-se que a parte, sem nenhuma condição financeira, pode ficar sem acesso a um meio que pudesse garantir, ainda que com menos efetividade, o processamento de uma demanda, ficando em situação que, como já observado neste trabalho, não pode ser permitida em um Estado Democrático de Direito, que tem como uma de suas garantias o acesso à justiça.

Neste sentido, pode-se indicar como solução que, inicialmente, o magistrado cogite em alterar momentaneamente a convenção de arbitragem para viabilizar um procedimento arbitral. Contudo, caso

a parte comprove cabalmente que não possui condições financeiras de arcar com um procedimento arbitral e que está impossibilitada, inclusive, de financiar seu procedimento (seja pelas vias comuns, como realizando um empréstimo, seja por meio do financiamento por terceiros¹⁰⁸), qual seria a razão para não se permitir que o Poder Judiciário intervenha e declare a ineficácia momentânea da convenção de arbitragem, dando condições para que a parte, de alguma forma, processe a demanda?

Casado Filho (2014) menciona que seria muito difícil que uma parte conseguisse comprovar a ausência de condições financeiras para desenvolver uma arbitragem. Inclusive, referente a essa dificuldade em se observar a real situação financeira de uma parte, Wald exemplifica que:

[...] a situação econômica e financeira as empresas não se identificam mais com os seus ativos e elas podem estar estáveis e equilibradas nos seus negócios, mas terem problemas de fluxo de caixa que não as incentivam a realizar despesas ou investimentos de resultado aleatório a longo prazo. (WALD, 2016, p. 34).

Não se discorda do alegado. Apenas o que se tem é que, se difícil é comprovar o fato, conseqüentemente difícil será conseguir a declaração de ineficácia de uma convenção de arbitragem.

Outro ponto relevante diz respeito a não confundir a incapacidade financeira de uma parte com sua falência. Não é necessário que seja verificada a falência da pessoa para que ela seja considerada impecuniosa. A decretação de falência é algo objetivo de se verificar e, por si só, pode não culminar na impossibilidade de custear um procedimento. Assim, a incapacidade financeira demanda uma análise subjetiva e factual da situação da parte (GAILLARD, 2004).

Ressalte-se, mais uma vez, que não se pode afastar a incidência da convenção sem a cabal certeza de incapacidade financeira da

108 O termo será melhor trabalhado no item 8.4.2 desta pesquisa.

parte. Entretanto, também não se deve ser inflexível ao ponto de desconsiderar essa situação como geradora da possibilidade de revisão do contrato.

Casado Filho (2014) ainda menciona que o afastamento da convenção pode acarretar em risco ao instituto da arbitragem, vez que, nesses casos, ocorre algo não esperado por aqueles que convencionaram o uso do método.

Como já dito, não se busca neste trabalho defender a prevalência da arbitragem a todo custo. Mas há que se mencionar que negar o afastamento da convenção em situações extremas, como a indicada, poderia ter como resultado a redução do uso da arbitragem e uma insegurança jurídica, e não o seu incentivo, pelas razões que serão explicitadas a seguir.

Primeiramente, a possibilidade de intervenção judicial vem sendo observada como ação possível e que garante, em situações extremas, o reequilíbrio contratual, bem como impede efeitos do conteúdo contratual contrários à sua função social. Dessa forma, qualquer contrato está sujeito a este tipo de intervenção para reestabelecer o seu equilíbrio em situações excepcionais. Assim, seria juridicamente inseguro considerar uma cláusula intocável.

Ressalte-se que entender pela impossibilidade de intervenção do Judiciário na cláusula compromissória pode-se configurar como um incentivo à ação de oportunistas. Ora, é possível imaginar que, sabendo que a outra parte não tem condições de arcar com as despesas arbitrais, bem como diante da impossibilidade de intervenção na cláusula compromissória nos casos de impecuniosidade, um envolvido possa verificar a oportunidade de descumprir seus deveres, vez que sabe que o outro polo não terá nenhum meio, seja ele arbitral ou judicial, de fazer valer os seus direitos, bem como de responsabilizá-lo por seus atos indevidos.

Além disso, poder-se-ia imaginar que o contratante, ao vislumbrar a possibilidade de, futuramente, ficar sem nenhum meio que garanta o processamento de uma eventual demanda, prefira não inserir a cláusula compromissória, tendo em vista que, estabelecendo o uso

do mecanismo judicial para resolver conflitos, terá a possibilidade de lançar mão à justiça gratuita caso haja, no futuro, essa necessidade.

Novamente, não se está aqui defendendo a declaração de ineficácia superveniente e conseqüente afastamento ou alteração momentânea da cláusula por qualquer razão, mas apenas em situações extremas em que a parte comprove inequivocamente a sua ausência de condições para arcar com as custas ou financiar sua demanda, seja pelo financiamento de terceiros, seja por métodos convencionais de empréstimo.

Compreendidas estas questões, passar-se-á, a seguir, a tratar sobre o tema sob a perspectiva do princípio da competência-competência e dos dispositivos legais que o asseguram, bem como serão analisados alguns julgados que se relacionam com o assunto.

7.3.1.2 A INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA COMPETÊNCIA- COMPETÊNCIA E A INTERVENÇÃO JUDICIAL NA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

O objetivo do presente tópico é analisar, de forma específica, a possibilidade de o Judiciário decidir e intervir sobre o conteúdo de convenções de arbitragem, tratando, especificamente, do princípio da competência-competência, aplicável ao método, também denominado pelos teóricos do direito, pelo termo em alemão, como *kompetenz-kompetenz*.

Sobre o tema, Gabardo ensina que

Tradicionalmente, a regra que reconhece a competência dos árbitros para julgar sua própria jurisdição é conhecida como princípio da *kompetenz-kompetenz* ou *compétence-compétence*. Esse princípio permite ao Tribunal Arbitral continuar com o procedimento arbitral e decidir sobre sua própria capacidade para julgar o litígio, mesmo que a existência, validade e eficácia da convenção de

arbitragem, ou mesmo do contrato à qual estiver inserida, sejam questionados por uma parte litigante. O princípio da competência-competência do árbitro é uma consequência dos efeitos da convenção de arbitragem. O efeito positivo que remete a obrigatoriedade das partes resolverem seus litígios através da arbitragem e o efeito negativo que afasta a jurisdição estatal para decidir o mérito de controvérsias vinculadas à convenção arbitral. (GABARDO, 2014, p. 21-22)

Portanto, pode-se dizer que princípio da competência-competência estabelece a competência dos árbitros para decidir sobre a própria competência em resolver uma demanda submetida à arbitragem, configurando-se como um princípio importante para a segurança jurídica que envolve o método, impedindo a interferência arbitrária de órgãos judiciais.

Com base no mencionado princípio, o STJ vem se posicionando no sentido de que o Judiciário não tem a competência para analisar a existência, validade e eficácia de cláusulas compromissórias, conforme é possível extrair da decisão a seguir:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE FALSIDADE CUMULADA COM EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. CONTRATOS. EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA. ASSINATURA. FALSIDADE. ALEGAÇÃO. CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. COMPETÊNCIA. JUÍZO ARBITRAL. KOMPETENZ-KOMPETENZ. 1. Cinge-se a controvérsia a definir se o juízo estatal é competente para processar e julgar a ação declaratória que deu origem ao presente recurso especial tendo em vista a existência de cláusula arbitral nos contratos objeto da demanda. 2. A previsão contratual de convenção de arbitragem enseja o reconhecimento da competência do Juízo arbitral para decidir com

primazia sobre o Poder Judiciário as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória. 3. A consequência da existência do compromisso arbitral é a extinção do processo sem resolução de mérito, com base no artigo 267, inciso VII, do Código de Processo Civil de 1973. 4. Recurso especial provido. (BRASIL, 2018b).

Como visto na decisão acima colacionada, a referida Corte considera ser atribuição dos árbitros a análise sobre a existência, a validade e a eficácia da cláusula compromissória com base no princípio da competência-competência, expressamente tutelado nos artigos 8º e 20 da Lei de Arbitragem.

No que tange aos mencionados dispositivos, o artigo 8º estabelece a autonomia da cláusula arbitral em relação ao todo contratual e dispõe de forma expressa, em seu parágrafo único, sobre o princípio da competência-competência, indicando ser dos árbitros, e não de qualquer órgão judicial, a atribuição para resolver questões sobre a existência, a validade e a eficácia da convenção de arbitragem, conforme é possível observar a seguir:

Art. 8º A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória.

Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória. (BRASIL, 1996).

Em sentido correlato e também dispondo sobre a existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem, o artigo 20 da mencionada lei estabelece:

Art. 20. A parte que pretender argüir questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, bem como nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem.

§ 1º Acolhida a argüição de suspeição ou impedimento, será o árbitro substituído nos termos do art. 16 desta Lei, reconhecida a incompetência do árbitro ou do tribunal arbitral, bem como a nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, serão as partes remetidas ao órgão do Poder Judiciário competente para julgar a causa.

§ 2º Não sendo acolhida a argüição, terá normal prosseguimento a arbitragem, sem prejuízo de vir a ser examinada a decisão pelo órgão do Poder Judiciário competente, quando da eventual propositura da demanda de que trata o art. 33 desta Lei. (BRASIL, 1996).

Assim, em análise superficial, todas as colocações feitas até aqui perderiam o sentido, dada a disposição de lei que impede a análise da eficácia da cláusula compromissória pelo Judiciário.

Entretanto, conforme lembra Gabardo,

Não raramente, o princípio da competência-competência é interpretado no sentido de reconhecer aos árbitros poderes exclusivos e finais para conhecer a sua própria jurisdição. Fato é que essa aptidão dos árbitros geralmente não é absoluta ou final. (GABARDO, 2014, p.22)

Assim, o tema deve ser analisado sob o prisma da situação em questão que diz respeito, justamente, à incapacidade de instituição de uma arbitragem pela parte impecuniosa.

Neste sentido, é essencial lembrar que os princípios jurídicos que norteiam o ordenamento jurídico brasileiro, em especial os constitucionais, devem ser observados na aplicação da lei.

Desta feita, é possível extrair que, embora em sua forma e do ponto de vista material abstrato o artigo 8º da Lei de Arbitragem não possua nenhuma discussão quanto a sua constitucionalidade, a sua aplicação, no caso em análise, vai de encontro com o princípio do acesso à justiça, repise-se, garantia essencial em um Estado Democrático de Direito.

Sendo assim, em casos excepcionais de configuração de impecuniosidade de uma parte, o artigo não pode incidir, sob pena de inviabilizar o acesso à justiça, seja por meio da alteração da cláusula arbitral, seja pelo afastamento pontual de sua incidência, como já sugerido.

É relevante citar que em situação análoga a em análise, a própria Lei de Arbitragem permite a intervenção do Judiciário no âmbito da cláusula compromissória. Trata-se da ação descrita no artigo 7º do referido diploma legal que dispõe:

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.

§ 1º O autor indicará, com precisão, o objeto da arbitragem, instruindo o pedido com o documento que contiver a cláusula compromissória.

§ 2º Comparecendo as partes à audiência, o juiz tentará, previamente, a conciliação acerca do litígio. Não obtendo sucesso, tentará o juiz conduzir as partes à celebração, de comum acordo, do compromisso arbitral.

§ 3º Não concordando as partes sobre os termos do compromisso, decidirá o juiz, após ouvir o réu, sobre seu conteúdo, na própria audiência ou no prazo

de dez dias, respeitadas as disposições da cláusula compromissória e atendendo ao disposto nos arts. 10 e 21, § 2º, desta Lei.

§ 4º Se a cláusula compromissória nada dispuser sobre a nomeação de árbitros, caberá ao juiz, ouvidas as partes, estatuir a respeito, podendo nomear árbitro único para a solução do litígio.

§ 5º A ausência do autor, sem justo motivo, à audiência designada para a lavratura do compromisso arbitral, importará a extinção do processo sem julgamento de mérito.

§ 6º Não comparecendo o réu à audiência, caberá ao juiz, ouvido o autor, estatuir a respeito do conteúdo do compromisso, nomeando árbitro único.

§ 7º A sentença que julgar procedente o pedido valerá como compromisso arbitral. (BRASIL, 1996).

O dispositivo acima mencionado diz respeito a situações em que a cláusula compromissória é considerada vazia, ou seja, não apta a instituir a arbitragem por ter sido mal elaborada ou em razão de situações supervenientes, como é o caso de uma convenção que contenha a previsão de administração das arbitragens por uma câmara que tenha deixado de existir. Neste caso, na hipótese de necessidade de resolução de um conflito, referente à relação, somada à resistência do outro polo contratual em negociar sobre a modificação de seus termos, o dispositivo permite a propositura de uma ação que propicia a intervenção judicial de modo a implementar a opção pela arbitragem, possibilitando a instituição do procedimento por meio da substituição da vontade da parte renitente em negociar o conteúdo do compromisso arbitral.

A situação acima descrita possui grandes semelhanças com o cenário observado diante da ausência de condições financeiras de uma parte para custear a arbitragem. No caso da cláusula vazia, o conteúdo insuficiente desta estabelece a necessidade de intervenção judicial. Já no caso da impecuniosidade, é a situação da parte envolvida que motiva a modificação da convenção pelo julgador.

Observa-se que em ambos os casos a situação superveniente pode ser considerada como causa da intervenção. Além disso, percebe-se que a falta de abertura de um dos contratantes em renegociar os termos da cláusula determina a necessidade de atuação judicial.

Portanto, nada obstante não se esteja tratando de situações idênticas, observa-se que o conteúdo do artigo 7º estabelece um mecanismo judicial de alteração do que foi convencionado pelas partes, de forma a possibilitar o acesso a um método de solução de conflitos, especialmente considerando a intenção das partes no momento da formação contratual.

Vale citar, neste contexto, o posicionamento adotado pelo STJ que mitiga o princípio da competência-competência e as respectivas disposições legais sobre o tema, compreendendo que, em casos de reconhecimento *prima facie* de patologias na cláusula compromissória, é possível que o Judiciário se pronuncie sobre a questão, conforme observa-se nas decisões abaixo:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE FRANQUIA. CONTRATO DE ADESÃO. ARBITRAGEM. REQUISITO DE VALIDADE DO ART. 4º, § 2º, DA LEI 9.307/96. DESCUMPRIMENTO. RECONHECIMENTO PRIMA FACIE DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA “PATOLÓGICA”. ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. NULIDADE RECONHECIDA. RECURSO PROVIDO. 1. Recurso especial interposto em 07/04/2015 e redistribuído a este gabinete em 25/08/2016. 2. O contrato de franquia, por sua natureza, não está sujeito às regras protetivas previstas no CDC, pois não há relação de consumo, mas de fomento econômico. 3. Todos os contratos de adesão, mesmo aqueles que não consubstanciam relações de consumo, como os contratos de franquia, devem observar o disposto no art. 4º, § 2º, da Lei 9.307/96. 4. O Poder Judiciário pode, nos casos em que *prima facie* é identificado um compromisso arbitral “patológico”, i.e., claramente ilegal, declarar

a nulidade dessa cláusula, independentemente do estado em que se encontre o procedimento arbitral. 5. Recurso especial conhecido e provido. (BRASIL, 2016b).

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REVISÃO CONTRATUAL E DE INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. CONTRATO DE FRANQUIA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO ESTATAL. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. INVALIDADE. CONTRATO DE ADESÃO. INOBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 4º, § 2º, DA LEI 9.307/96. 1. Ação ajuizada em 22/5/2017. Recurso especial interposto em 28/5/2018. Autos conclusos ao Gabinete em 11/2/2019. 2. O propósito recursal é definir se é válida a cláusula compromissória prevista no contrato de franquia entabulado entre as partes. 3. Devidamente analisadas e discutidas as questões deduzidas pelas partes, não há que se cogitar de negativa de prestação jurisdicional, ainda que o resultado do julgamento contrarie os interesses dos recorrentes. 4. Segundo entendimento do STJ, cabe ao Poder Judiciário, nos casos em que *prima facie* é identificado um compromisso arbitral 'patológico', i.e., claramente ilegal, declarar a nulidade dessa cláusula. 5. Os contratos de franquia, mesmo não consubstanciando relação de consumo, devem observar o que prescreve o art. 4º, § 2º, da Lei 9.307/96, na medida em que possuem natureza de contrato de adesão. Precedentes. 6. Hipótese concreta em que à cláusula compromissória integrante do pacto firmado entre as partes não foi conferido o devido destaque, em **negrito**, tal qual exige a norma em análise; tampouco houve oposição de assinatura ou de visto específico para ela. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (BRASIL, 2020).

As decisões acima colacionadas, ainda que estejam tratando sobre a observação da invalidade que pode ser verificada *prima facie*,

demonstram a possibilidade de intervenção judicial em situações excepcionais e que exijam este tipo de postura do Judiciário, dada a situação fática específica de cada caso.

Especificamente sobre a situação do afastamento da cláusula compromissória, alguns Tribunais já decidiram sobre o tema, acatando a possibilidade da providência considerando argumentos já levantados nesta pesquisa, conforme é possível depreender a seguir:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO. DEMANDA ENVOLVENDO DIVERSAS EMPRESAS. EXISTÊNCIA DE CLÁUSULA DE ARBITRAGEM NO CONTRATO. FALÊNCIA DA EMPRESA AUTORA DURANTE A INSTRUÇÃO PROCESSUAL. POSSIBILIDADE DA MASSA FALIDA REALIZAR ARBITRAGEM. EXEGESE DO ENUNCIADO 75 DA II JORNADA DE DIREITO COMERCIAL DO CJF. JUÍZO ARBITRAL QUE POSSUI ALTOS CUSTOS E QUE NÃO É PASSÍVEL DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA. INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. CONFLITO QUE PODE SER SUBMETIDO AO PODER JUDICIÁRIO. MITIGAÇÃO DO JUÍZO ARBITRAL DIANTE DA FRAGILIDADE DA SITUAÇÃO FINANCEIRA DA MASSA FALIDA. DEFERIMENTO DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA À MASSA FALIDA E SUBMISSÃO DA CONTROVÉRSIA DOS AUTOS AO PODER JUDICIÁRIO. NECESSIDADE DE ANULAÇÃO DA SENTENÇA E REALIZAÇÃO DA DEVIDA INSTRUÇÃO PROCESSUAL. QUANTO AO JUÍZO COMPETENTE, APLICA-SE O DISPOSTO NO ARTIGO 76 DA LEI 11.101/2005, DE FORMA QUE, SENDO A MASSA FALIDA AUTORA DA DEMANDA, E NÃO SE ENQUADRANDO A PRESENTE DENTRE AQUELAS AÇÕES MENCIONADAS NO ARTIGO COMO DE COMPETÊNCIA DO JUÍZO FALIMENTAR, O JUÍZO A QUO MOSTRA-SE COMPETENTE PARA A APRECIÇÃO DA CAUSA. SENTENÇA CASSADA. RECURSO AUTORAL PROVIDO, PREJUDICADO O APELO DOS RÉUS. (RIO DE JANEIRO, 2020).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. SENTENÇA DE EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO PELA EXISTÊNCIA DE CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM (ART. 267, VII, DO CPC/1973). INSURGÊNCIA DA AUTORA. RÉ QUE LEVANTOU A EXISTÊNCIA DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA EM EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA INTEMPESTIVA. DECISUM QUE ACOLHEU A ALEGAÇÃO, SOB O FUNDAMENTO DE QUE A MATÉRIA PODE SER ARGUIDA A QUALQUER MOMENTO. TEMÁTICA, TODAVIA, QUE DEVE SER ALEGADA PELO RÉU EM PRELIMINAR DE CONTESTAÇÃO, SOB PENA DE PRECLUSÃO. VEDAÇÃO DE RECONHECIMENTO EX OFFICIO DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM. INTELIGÊNCIA DO ART. 337, §§ 5º E 6º, DO CPC (ART. 301, § 4º, DO CPC/1973). ADEMAIS, CONTRATO QUE NÃO PREVIU A EXCLUSIVIDADE DE APRECIÇÃO DA MATÉRIA PELO JUÍZO ARBITRAL. DOCUMENTOS JUNTADOS AOS AUTOS QUE INDICAM INCERTEZA ACERCA DA LOCALIZAÇÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL ELEGIDO PELAS PARTES E DE SEU FUNCIONAMENTO. POSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO DA DEMANDA PELO PODER JUDICIÁRIO. PRINCÍPIO DA INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO OU DO ACESSO À JUSTIÇA (ART. 5º, XXXV, DA CF). DESCONSTITUIÇÃO DA SENTENÇA. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA O REGULAR PROSSEGUIMENTO DO FEITO. De acordo com o princípio da inafastabilidade da jurisdição ou do acesso à Justiça insculpido no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” Nesse contexto, ao impedir-se a parte de buscar a satisfação de seus direitos por meio de demanda judicial, estar-se-ia negando a prestação jurisdicional e a pacificação do conflito apresentado, sobretudo pelo fato de que, conforme exposto nos autos, a autora encontra dificuldades em submeter o litígio ao juízo

arbitral eleito pelas partes, o que se mostra contrário, inclusive, aos próprios objetivos estabelecidos na cláusula compromissória, quais sejam, “minorar custos e impor celeridade na resolução de impasses e inclinação de forma equitativa ao julgamento deste tribunal arbitral”. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (SANTA CATARINA, 2017).

É necessário, por fim, esclarecer que não se está colocando em xeque o posicionamento que vem sendo adotado pelo STJ, no sentido de assegurar a competência dos árbitros em analisar a existência, a validade e a eficácia da convenção arbitral. Neste ponto, é necessário ressaltar a importância que o Judiciário possui em conferir segurança jurídica ao instituto da arbitragem, o que se efetiva a partir de interpretações legais e legítimas sobre os assuntos que dizem respeito ao mecanismo.

Dessa forma, exceto em situações extremas, como é o caso da falta de condições financeiras de uma parte para custear a arbitragem, a compreensão da Corte, abstratamente, se mostra acertada, cabendo a apreciação da existência, validade e eficácia da cláusula aos árbitros. Entretanto, no caso em análise, relativo à impecuniosidade de uma parte, não haveria outra forma desta obter uma análise e solução para seu pleito, sendo necessário que o Judiciário realize a intervenção pertinente e cuidadosa no caso concreto. De outra forma, a parte estaria sujeita a permanecer nesse limbo quanto ao seu direito de acesso à justiça.

Repise-se, neste ponto, que, para que seja viável essa intervenção, primeiramente deve restar cabalmente comprovada a impecuniosidade da parte que pleiteia a alteração ou afastamento da eficácia da cláusula, não cabendo qualquer ingerência judicial na ausência dessa situação específica e excepcional.

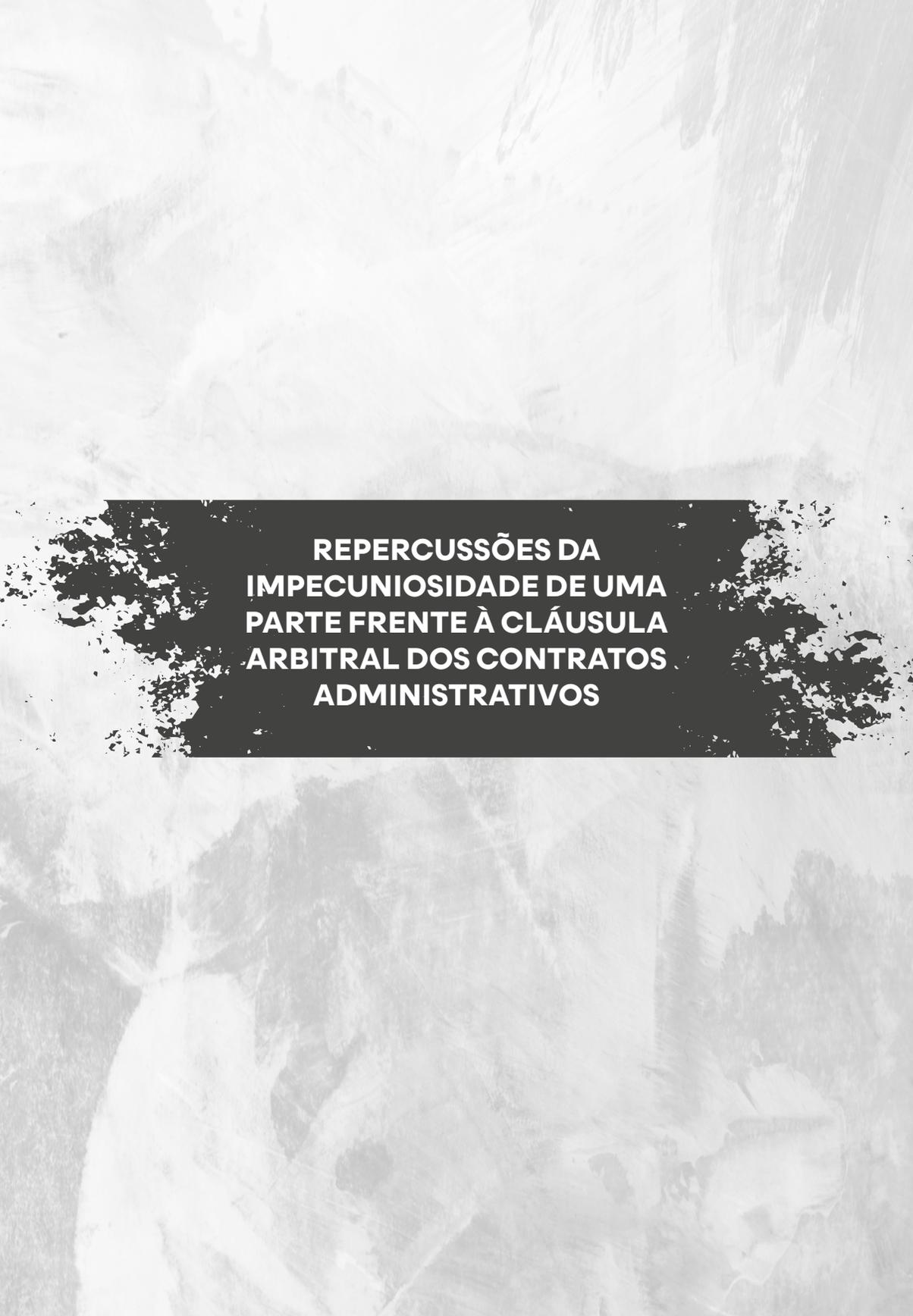
Assim, e por todo exposto, é possível concluir que a recusa do Judiciário em analisar a eficácia da cláusula na situação em questão afronta a garantia de acesso à justiça, o que se dá com base em uma

aparente aplicação irrestrita da autonomia privada, afastando a necessária ponderação fática do conflito entre princípios, situação que não pode prevalecer em um Estado Democrático de Direito.

Neste sentido, não se pode analisar a questão da eficácia da cláusula compromissória em razão da situação de impecuniosidade de uma das partes da maneira como se analisa outras questões sobre a existência, validade e eficácia da convenção. É essencial que haja a ponderação entre princípios, que eventual intervenção seja realizada, se for o caso, da forma menos gravosa e mais cuidadosa possível, decidindo-se de modo a considerar a segurança jurídica das partes contratantes, a boa-fé objetiva e a função social que devem incidir sobre as relações contratuais.

No que tange à possibilidade de afastamento da cláusula arbitral em razão da falta de condições financeiras da Administração Pública, o tema ganha novos contornos, considerando as especificidades dos direitos envolvidos no litígio, das normas incidentes no contexto, bem como em razão das funções atribuídas à mencionada figura.

Dado o objetivo desta pesquisa, a análise da questão acima mencionada será aprofundada no próximo capítulo.



**REPERCUSSÕES DA
IMPECUNIOSIDADE DE UMA
PARTE FRENTE À CLÁUSULA
ARBITRAL DOS CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS**

O presente capítulo tem como objetivo tratar sobre eficácia da cláusula arbitral diante da situação de impecuniosidade de uma parte no contexto dos contratos administrativos.

Para tanto, é necessário analisar alguns temas que envolvem a complexidade do assunto.

Primeiramente, é importante compreender a forma como são recolhidas as despesas da arbitragem nos procedimentos que envolvem a Administração Pública, fazendo-se a verificação das normas concernentes ao tema, bem como sobre questões práticas relacionadas ao pagamento dos respectivos valores.

Após, é necessário observar sobre o regime jurídico aplicável à cláusula compromissória, de modo a pavimentar a análise sobre a incidência da exorbitância na convenção de arbitragem inserida nos contratos administrativos

Vê-se essencial, em seguida, tratar sobre o interesse público envolvido na alteração ou afastamento da convenção arbitral de forma unilateral por parte da Administração Pública, sendo relevante, neste contexto, observar o impacto econômico e financeiro que circunda a inserção da cláusula de arbitragem inserida nos contratos administrativos, bem como retomar a análise sobre o acesso à justiça e as tendências da Administração Pública, contextualizando os assuntos neste âmbito.

Por fim, considerando ser isso crucial para a relevância de qualquer pesquisa científica, serão pontuados possíveis soluções que permitam contornar o problema da fragilidade financeira das partes face à necessidade de pagamentos de despesas arbitrais, considerando, especialmente, a situação dos contratos administrativos.

Desta forma, passa-se, a seguir, à análise de como vem sendo estabelecido, do ponto de vista legal, dos regulamentos e da prática, o pagamento das despesas de arbitragens que envolvem a Administração Pública.

8.1 O CUSTEIO DAS DESPESAS DAS ARBITRAGENS QUE ENVOLVEM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Como já observado neste estudo, a utilização da arbitragem para resolução de conflitos determina o pagamento das despesas que envolvem o procedimento, como a taxa de registro e administração – nos casos de arbitragens institucionais – e os honorários de árbitros e peritos. Lembre-se que, no caso da arbitragem, por se tratar de um método privado, não há a possibilidade de sua realização de forma gratuita.

Quando se está tratando da Administração Pública, é de se imaginar que o desembolso das quantias para custeio da arbitragem dependa de procedimentos formais e da possibilidade de utilização dos recursos de acordo a disponibilidade destes, em consonância com o orçamento público previsto.

Segundo Junqueira *et al.*:

Nos casos em que o Estado requerer a instauração do procedimento arbitral, surge a questão atinente a como proceder ao adiantamento das custas, tendo em vista a necessidade de dotação orçamentária para tal fim. Considerando que, como visto, a instauração do Tribunal Arbitral somente ocorrerá com o surgimento de um conflito, estaríamos diante de um evento condicionado, a dizer, futuro e incerto. Daí que, não haveria como, de antemão, prever uma dotação orçamentária específica para este fim. A solução estaria, em tese, na abertura de crédito adicional especial, com os trâmites atinentes à espécie. (JUNQUEIRA *et al.*, 2013, p. 308).

Considerando esta situação, a Administração Pública passou a buscar formas de contornar as dificuldades que envolvem o desembolso instantâneo de recursos. Conforme ensina Yamamoto:

Os entes da Administração Pública costumam incluir nos editais e nas cláusulas compromissórias de seus contratos a estipulação de que o ente privado deve antecipar todas as custas do procedimento arbitral, ainda que a iniciativa para o começo da arbitragem seja do Poder Público.

[...]

A justificativa para tal prática é que os órgãos estatais estão sujeitos a restrições orçamentárias e intrincadas exigências de ordem administrativa, burocrática e financeira, que impediriam a disponibilidade imediata de recursos no momento em que surgem as controvérsias a serem dirimidas em arbitragem. Seriam necessários pedidos de dotação orçamentária especial para que se pudesse, somente após os prazos legais, obter a disponibilidade de recursos para arcar com os custos da arbitragem. (YAMAMOTO, 2018, p. 80-81).

Sobre o tema, também foram estabelecidas normas. São os casos da Lei nº 13.448/2017¹⁰⁹, do Decreto Presidencial nº 10.025/2019¹¹⁰, bem como da Lei Mineira de Arbitragem (Lei Estadual nº 19.477/2011)¹¹¹.

A Lei nº 13.448/2017 estabelece o seguinte sobre o assunto:

Art. 31. As controvérsias surgidas em decorrência dos contratos nos setores de que trata esta Lei após decisão definitiva da autoridade competente, no que

109 “Estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal, e altera a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, e a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.” (BRASIL, 2017b).

110 “Dispõe sobre a arbitragem para dirimir litígios que envolvam a administração pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, e regulamenta o inciso XVI do caput do art. 35 da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, o § 1º do art. 62 da Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, e o § 5º do art. 31 da Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017.” (BRASIL, 2019).

111 Dispõe sobre a adoção do juízo arbitral para a solução de litígio em que o Estado seja parte e dá outras providências. (MINAS GERAIS, 2011).

se refere aos direitos patrimoniais disponíveis, podem ser submetidas a arbitragem ou a outros mecanismos alternativos de solução de controvérsias.

[...]

§ 2º As custas e despesas relativas ao procedimento arbitral, quando instaurado, serão antecipadas pelo parceiro privado e, quando for o caso, serão restituídas conforme posterior deliberação final em instância arbitral. (BRASIL, 2017b).

De forma correlata, porém com maiores detalhes, dispõe o Decreto Presidencial nº 10.025/2019:

Art. 9º As custas e as despesas relativas ao procedimento arbitral serão antecipadas pelo contratado e, quando for o caso, restituídas conforme deliberação final em instância arbitral, em especial:

I - as custas da instituição arbitral; e

II - o adiantamento dos honorários arbitrais.

§ 1º Para fins do disposto no caput, considera-se como contratado:

I - o concessionário;

II - o subconcessionário;

III - o permissionário;

IV - o arrendatário;

V - o autorizatário; ou

VI - o operador portuário.

§ 2º Na hipótese de sucumbência recíproca, as partes arcarão proporcionalmente com os custos da arbitragem.

§ 3º As despesas decorrentes da contratação de assistentes técnicos serão de responsabilidade das partes e não serão restituídas ao final do procedimento arbitral, hipótese em que caberá ao órgão ou à entidade representada assegurar-se da disponibilidade orçamentária para a eventual contratação de terceiros.

§ 4º Exceto quando as partes convencionarem em sentido contrário, os custos relacionados à produção de prova pericial, incluídos os honorários periciais, serão adiantados pelo contratado, nos termos estabelecidos no caput.

§ 5º As decisões condenatórias estabelecerão a forma de atualização da dívida que inclua correção monetária e juros de mora, observada a legislação de regência.

§ 6º Na hipótese de condenação em honorários advocatícios, serão observadas as regras estabelecidas no art. 85 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil, excluído o ressarcimento, por quaisquer das partes, de honorários contratuais.

§ 7º A restituição das custas e das despesas eventualmente devidas pelo órgão ou pela entidade representada poderá observar o disposto no § 2º do art. 15.

[...]

Art. 15. Na hipótese de sentença arbitral condenatória que imponha obrigação pecuniária à União ou às suas autarquias, inclusive relativa a custas e despesas com procedimento arbitral, o pagamento ocorrerá por meio da expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor, conforme o caso. (BRASIL, 2019).

Já a Lei Mineira de Arbitragem, Lei Estadual nº 19.477/2011, dispõe:

Art. 11. No edital de licitação de obra e no contrato público constará a previsão das despesas com arbitragem, taxa de administração da instituição arbitral, honorários de árbitros e peritos e outros custos administrativos.

Parágrafo único. As despesas a que se refere o caput deste artigo serão adiantadas pelo contratado quando da instauração do procedimento arbitral. (MINAS GERAIS, 2011).

Desta forma, poder-se-ia imaginar que o tema está superado, no sentido de compreender que a Administração Pública estaria amparada pelas legislações e conteúdo dos contratos celebrados, restando à parte privada arcar com as despesas da arbitragem, cabendo o ressarcimento desta em caso de improcedência dos pleitos parte pública.

Entretanto, existem alguns pontos que devem ser considerados diante desse contexto.

Como ensina Carmona (2016), a previsão de adiantamento das custas pela parte privada é uma solução que pode gerar certos desequilíbrios, como no caso da obrigatoriedade de custeio do agente privado em situações de arbitragens requeridas pela Administração Pública, sendo igualmente incongruente obrigar a parte privada a arcar com as despesas de peritos e assistentes técnicos do ente público. Ora, se a Administração Pública possui recursos para custear a arbitragem, seria irrazoável a parte privada pagar pelo procedimento. Tal situação coloca a parte pública em situação muito confortável, o que, inclusive, impede a busca por soluções de planejamento para custear o procedimento e não desequilibrar a relação, especialmente considerando o cenário de utilização cada vez mais amplo da arbitragem pela Administração Pública. Neste sentido, se há um incentivo e uma busca por utilizar os MASCs, é necessário que seja realizado um planejamento para tanto.

Por isso, Carmona entende que

A forma mais adequada de equilibrar a questão será estabelecer que caberá à parte privada antecipar as custas do órgão arbitral (ou os custos em que incorrer o painel da arbitragem *ad hoc*) desde que seja ela a iniciar o procedimento arbitral, devendo os julgadores, ao final, atribuir à parte vencida os ônus sucumbenciais. Se a entidade estatal iniciar o procedimento, caberá à ela adiantar as verbas de custeio na proporção que for determinada pelo órgão arbitral (normalmente a metade dos custos); quanto

às diligências e despesas que gerar, a administração deverá em qualquer hipótese pagar a sua quota. (CARMONA, 2016, p. 15).

Questão que agrava o tema, diz respeito ao tempo que a parte privada terá que esperar para ser ressarcida caso a Administração Pública seja condenada. O pagamento será realizado, em regra, por meio de precatório¹¹², conforme é possível extrair do artigo 15 do Decreto Presidencial nº 10.025/2019, tornando a situação ainda mais onerosa para a parte privada.

Art. 15. Na hipótese de sentença arbitral condenatória que imponha obrigação pecuniária à União ou às suas autarquias, inclusive relativa a custas e despesas com procedimento arbitral, o pagamento ocorrerá por meio da expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor, conforme o caso.

§ 1º Na hipótese de que trata o caput, compete à parte vencedora iniciar o cumprimento da sentença perante o juízo competente.

§ 2º O disposto no caput não impede, desde que seja estabelecido acordo entre as partes, que o cumprimento da sentença arbitral ocorra por meio de:

I - instrumentos previstos no contrato que substituam a indenização pecuniária, incluídos os mecanismos de reequilíbrio econômico-financeiro;

II - compensação de haveres e deveres de natureza não tributária, incluídas as multas, nos termos do disposto no art. 30 da Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017; ou

112 Nos termos do artigo 100 da Constituição Federal que dispõe: “Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.” (BRASIL, 1988).

III - atribuição do pagamento a terceiro, nas hipóteses admitidas na legislação brasileira. (BRASIL, 2019).

Ressalte-se que “é de conhecimento público e notório que grande parte dos municípios e estados brasileiros têm grande dificuldade para pagamento dos precatórios”¹¹³ (TIMM *et al.*, 2016, p. 13).

Portanto, verifica-se que, além de poder ser obrigada a custear o procedimento que a própria Administração Pública propôs, no caso de improcedências dos pleitos da entidade pública, o particular ainda terá que aguardar longos anos até o ressarcimento dos valores, criando uma situação que onera demasiadamente a parte privada.

Além disso, a previsão de custeio pela parte privada não está em sintonia com a prática internacional de arbitragens que envolvem a Administração Pública. A regra é que, assim como ocorre nas arbitragens que possuem apenas participantes do setor privado, que as despesas do procedimento sejam divididas entre as partes (DYBAS, 2019). Isso se dá em razão da necessidade de equilíbrio entre os envolvidos. É necessário lembrar que quando a Administração Pública se propõe a contratar com o setor privado, deve-se compreender que este empreendimento se estabelece em um ambiente de mercado e negócios. Não se deve, assim, transferir à parte privada os encargos de sua condição.

113 “Em 10 estados brasileiros a dívida total com precatórios supera 10% da receita líquida corrente anual: Bahia: 10,2%; Paraná: 20,9%; Rio Grande do Sul: 18,9%; São Paulo: 14,3%; Rio de Janeiro: 11,7%; Distrito Federal: 28%. Pesquisa da GEFIN (Grupo dos Gestores de Finanças Estaduais) ligado ao Confaz (Conselho Nacional de Política Fazendária), afirma que Estados com estoques de precatórios que superam 10% da receita líquida terão dificuldade para quitação em 12 anos. No caso da União, os precatórios são ingressados na previsão orçamentária da União até o dia 1.º de julho. Após a inclusão orçamentária, os precatórios costumam ser quitados nos meses de novembro do ano seguinte. Este procedimento de execução via precatórios é um empecilho prático para a real efetividade dos litígios envolvendo a administração pública. É um incentivo negativo, pois, como visto, o tempo para pagamento das condenações dos Estados e Municípios pode demorar muito tempo.” (TIMM *et al.*, 2016, p. 13).

Inclusive, no sentido da compreensão exposta, os Decretos da do Estado de São Paulo¹¹⁴ e do Rio de Janeiro¹¹⁵, que abordam o tema, preveem que as custas devem ser adiantas integralmente pela parte privada apenas se esta for a solicitante do procedimento. Caso seja a entidade pública a requerente, deverão as partes dividir as despesas, nos termos das regras adotadas para a arbitragem, que geralmente estabelecem a responsabilidade de pagamento na proporção de 50% para cada polo processual.

Tal disposição pode ser observada na análise do parágrafo 1º, item 5, do artigo 4º em complemento ao conteúdo do artigo 8º do Decreto de São Paulo:

Artigo 4º § 1º - As convenções de arbitragem deverão conter os seguintes elementos: [...] 5. o adiantamento das despesas pelo requerente da arbitragem; [...] Artigo 8º As despesas com a realização da arbitragem serão adimplidas na forma como dispuser o regulamento da câmara arbitral escolhida, observado o disposto no item 5 do § 1º do artigo 4o deste decreto. (SÃO PAULO, 2019).

Já no Decreto do Rio de Janeiro, a proposição resta estabelecida em seu artigo 9º, que indica que as despesas para desenvolvimento da arbitragem “[...] serão adiantadas pelo contratado quando for ele o requerente do procedimento arbitral, incluídos os honorários dos árbitros, eventuais custos de perícias e demais despesas com o procedimento” (RIO DE JANEIRO, 2018).

114 Decreto nº 64.356/2019 que “dispõe sobre o uso da arbitragem para resolução de conflitos em que a Administração Pública direta e suas autarquias sejam parte.” (SÃO PAULO, 2019).

115 Decreto nº 46.245/2018 que “regulamenta a adoção da arbitragem para dirimir os conflitos que envolvam o estado do rio de janeiro ou suas entidades.” (RIO DE JANEIRO, 2018).

Ocorre que um contratante privado nem sempre terá uma situação econômica estável e condições financeiras de adiantar um elevado valor para antecipar todas as custas do litígio arbitral, principalmente levando-se em consideração que este montante eventualmente seria recuperado somente ao final do procedimento, em caso de decisão favorável. Isso sem contar que uma sentença arbitral condenatória contra a administração via de regra ainda seria submetida ao moroso regime de precatórios previsto no art. 100 da Constituição da República. Portanto, cuida-se de um ônus financeiro bastante considerável. (YAMAMOTO, 2018, p. 81).

Além de ser possível, conforme observado acima, que a o particular não tenha condições de arcar com as despesas arbitrais, pode-se pensar que, também, do ponto de vista prático, ocorra a negativa da parte privada em custear as despesas, ainda que seja estabelecido legalmente ou contratualmente seu dever de adiantar o pagamento dos valores. Pode acontecer, assim, de a parte se encontrar em situação financeira delicada ou deixar de arcar com os valores, até de forma oportunista, como já analisado no capítulo anterior. Dessa maneira, mesmo havendo a disposição contratual incumbindo a parte privada ao pagamento das despesas, é possível que a Administração Pública tenha dificuldades em instituir um procedimento arbitral.

Como explicitado, o ideal é que a Administração Pública estabeleça formas de contornar a situação, realizando planejamentos para tanto¹¹⁶.

Por todo exposto, percebe-se que existem situações em que a parte contrária não tenha obrigação ou, por não ter condição e interesse, não realize o adiantamento das despesas que tocam à Administração Pública.

116 A questão sobre o planejamento para pagamento das despesas relacionadas ao uso dos MASCs pela Administração Pública será melhor tratada no item 8.4.3 dessa pesquisa.

Compreendido isto, a seguir serão analisados o regime jurídico aplicável à cláusula compromissória, bem como se é possível considerar a cláusula compromissória passível de exorbitância.

8.2 O REGIME JURÍDICO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E A CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

No capítulo dois desta pesquisa, foram realizados alguns apontamentos sobre o regime jurídico relativo aos contratos administrativos. Observou-se, naquele ponto, que o regime jurídico aplicável é o de direito público, sendo as regras de direito privado utilizadas de forma subsidiária.

Insta destacar que a compreensão acima, nada obstante seja, como regra geral, pouco controversa, necessita ser analisada de forma pormenorizada no que tange à cláusula compromissória inserida nos contratos administrativos, vez que ela possui peculiaridades que devem ser consideradas neste cenário. Após, a partir dessa observação, será possível analisar se a convenção arbitral, neste tipo contratual, pode ser alterada ou afastada unilateralmente pela Administração Pública, dada a exorbitância presente no contexto do regime jurídico administrativo.

8.2.1 O REGIME JURÍDICO APLICÁVEL AOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E A EXORBITÂNCIA NA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

Considerando que o direito administrativo tem origem posterior às normas privadas, a sua formulação foi influenciada pelo regime jurídico de direito privado. Os institutos do direito civil, portanto, “serviram de ponto de partida para formação do direito administrativo” (DI PIETRO, 2013, p. 1).

De início, a elaboração do direito administrativo ocorreu pela transposição pura e simples de institutos de direito civil, como os de propriedade, contrato, responsabilidade, nulidade, servidão, fundação. Muitas vezes, utilizava-se o instituto de direito civil, tal como elaborado nesse ramo do direito, o que se justifica pela sua precedência histórica. Aos poucos, esses institutos, embora ainda utilizados, foram sofrendo alterações com base em teorias e princípios que foram sendo elaborados no âmbito do direito público (especialmente no direito constitucional e administrativo). (DI PIETRO, 2013, p. 3).

Segundo a autora supracitada, por muito tempo foi rechaçada a existência dos contratos de categoria administrativa, bem como das fundações e da propriedade de natureza pública, com base em uma compreensão de não aceitação da existência de um regime jurídico administrativo autônomo, posição que foi superada em razão da constatação da necessidade de conferir um tratamento diferenciado aos institutos quando estabelecidos na seara pública.

Assim, com a evolução da ideia sobre o tema, foram estabelecidas três formas de compreensão dos institutos no âmbito da Administração Pública, as quais ainda são adotadas:

- a) alguns não têm correspondência no direito privado, como os serviços públicos típicos (segurança, justiça, polícia, intervenção, regulação, controle), autarquia, tutela, desapropriação, tombamento, concessão;
- b) outros têm paralelo no direito civil, mas se regem pelo direito administrativo, como alguns contratos administrativos (empreitada, por exemplo), propriedade pública, servidão administrativa, fundação de direito público;
- c) outros, finalmente, são institutos de direito privado, regidos pelo direito civil ou comercial, mas em que estes aparecem parcialmente derogados pelo direito

público; é o caso dos contratos de direito privado (locação, compra e venda, comodato), da fundação de direito privado, dos bens privados do Estado (bens dominicais), das empresas estatais, das atividades-meio do Estado. (DI PIETRO, 2013, p. 4).

Neste sentido, Di Pietro (2013) ensina que no caso dos institutos de primeira categoria, não existem grandes controvérsias sobre o tema, cabendo a aplicação integral do direito administrativo e a aplicação subsidiária do direito privado. Em relação aos de segunda categoria, considerando a existência dos institutos tanto no ramo privado como no público, estes passaram a não mais ser analisados isoladamente com base no direito civil, mas a partir de uma teoria geral do direito, face à necessidade de conferir uma conotação mais ampla e capaz de abarcar ambos os regimes. Neste sentido, passou-se a entender que o estudo dos diversos ramos do direito deveria ser feito com base em uma teoria geral, a partir do que se denomina como Superconceitos e que, portanto, não possuem vínculo com nenhum regime jurídico específico.

No que tange à terceira categoria, relacionada a institutos próprios do direito civil e utilizados pela Administração Pública, estes são regulados por normas e princípios de direito público e privado, estabelecendo uma diferenciação menos clara entre os mencionados ramos.

Observa-se, portanto, que a Administração Pública pode se sujeitar ao regime jurídico público ou privado, a depender do âmbito de sua atuação e do instituto a ser analisado (DI PIETRO, 2013).

Dentro deste contexto, de forma a compreender o regime jurídico administrativo de maneira mais didática, é possível falar na existência de um regime jurídico administrativo amplo, que diz respeito a todos os tipos de relações das quais fazem parte a Administração Pública, incluindo aquelas regidas pelo direito privado. Por outro lado, fala-se em um regime jurídico da Administração em sentido estrito, relativo,

exclusivamente, àquelas situações em que há incidência das normas típicas do direito administrativo, conforme ensina Guimarães:

Assim, o típico da atuação da Administração pelas vias de Direito Privado seria a interdição ao uso de prerrogativas que decorressem de sua posição de soberania. Uma vez posta no nível dos particulares, a Administração ficaria jungida ao regime característico desta espécie de relações, que interditaria por completo o recurso à exorbitância (que é tomado como alheio ao mundo privado). Note-se que essa posição só pode ser sustentada a partir da premissa de que a atuação administrativa em sentido próprio se caracteriza exatamente por contar com vias de autoridade. Pretende-se com isso que haja um corte em relação à atuação da Administração que separa um regime propriamente administrativo (administrativo em sentido estrito) e um regime simplesmente “da Administração”. (GUIMARÃES, 2010, p. 126).

Considerando a possibilidade de incidência das normas de direito privado e público, Oliveira (2015) trata especificamente sobre os contratos da Administração, explicando a existência de duas espécies: os contratos administrativos e os contratos privados da Administração ou contratos semipúblicos.

No que tange à primeira espécie, esta diz respeito às relações estabelecidas entre a Administração Pública e o particular em que há incidência predominante do regime de direito público, restando presentes, neste âmbito, as cláusulas exorbitantes que estabelecem a superioridade da Administração frente ao particular. Segundo o autor, esse tipo de contrato é caracterizado pela interpretação do desequilíbrio contratual em favor da parte pública, considerando a presença da exorbitância característica de uma relação vertical, bem como da predominância do regime de direito público e a aplicação

supletiva das normas de direito privado. São exemplos dessa espécie os contratos de obras públicas, de concessão de serviço público e de uso de bem público.

Neste contexto, é possível mencionar o artigo 89 da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, correspondente ao artigo 54 da norma anterior, o qual estabelece:

Art. 89. Os contratos de que trata esta Lei regular-se-ão pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, e a eles serão aplicados, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado. (BRASIL, 2021).

Já os contratos privados da Administração ou contratos semipúblicos “[...] são os ajustes em que a Administração Pública e o particular estão em situação de relativa igualdade, regidos predominantemente pelo direito privado” (OLIVEIRA, 2015, p. 196).

Sobre a referida espécie de contrato, é possível mencionar algumas características:

As características básicas dos contratos privados da Administração são: (i) equilíbrio contratual relativo, em razão da ausência, em regra, das cláusulas exorbitantes (“horizontalidade”); e (ii) regime predominantemente de direito privado, devendo ser observadas, no entanto, algumas normas de direito público (ex.: licitação, cláusulas necessárias etc.) Ex.: contratos de compra e venda, de seguro, de locação (quando a Administração for locatária) etc. Nas duas espécies de contratos da Administração (contratos administrativos e contratos privados da Administração), a Administração é parte do ajuste (elemento subjetivo), e o objetivo é a satisfação do interesse público (elemento objetivo). A principal diferença se encontra na igualdade ou desigualdade entre as partes contratantes e, por consequência,

o regime jurídico, que será predominantemente aplicado (elemento formal). (OLIVEIRA, 2015, p. 196-197).

Além disso, dentro dessa perspectiva, é importante observar que, em relação às empresas públicas e às sociedades de economia mista, a disposição do artigo 173 da Constituição de 1988, alterado pela Emenda Constitucional nº 19/1998, deixa clara a possibilidade de submissão de seus contratos às regras de direito privado (PALONI, 2006).

De acordo com o inciso II, do parágrafo 1º, do mencionado artigo, a lei deverá estabelecer regras sobre a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, quanto aos direitos e obrigações civis, quando as empresas públicas e sociedades de economia mista exploram atividade econômica. Nesse caso em específico, a sujeição da Administração Pública ao regime jurídico privado não se dá com base na análise da categoria em que se enquadra o contrato, mas em razão de uma determinação de norma constitucional.

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

[...]

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (BRASIL, 1988).

Nada obstante seja possível compreender que a Administração Pública, nas relações regidas especificamente pelo direito privado, seja colocada em posição de igualdade frente à parte privada, Di Pietro (2013) ressalta que a presença da figura da Administração, ainda assim, traz especificidades para a relação, vez que a atividade estatal está condicionada ao interesse público, de forma diversa daquela realizada pelo particular e que se estabelece de forma livre. Portanto, é inviável “[...] haver inteira igualdade entre o particular e a Administração Pública, porque esta personifica o poder; ela atua em nome do Estado” (DI PIETRO, 2013, p. 15).

Insta, entretanto, destacar que

Enquanto nas relações de direito público as prerrogativas se presumem independentemente de previsão legal, nas relações de direito privado de que a Administração participa o que se presume, no silêncio da lei, é a inexistência de prerrogativas; os desvios ao direito comum são apenas os expressamente estabelecidos em lei. (DI PIETRO, 2013, p. 15).

Vale mencionar que no contexto da antiga Lei de Licitações e Contratos Administrativos, nº 8.666/1993, admitia-se a aplicação das cláusulas exorbitantes aos contratos privados da Administração, considerando o que dispunha o inciso I do parágrafo 3º do artigo 62:

Art. 62 § 3º Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, no que couber: I - aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado; (BRASIL, 1993).

Considerando ainda as disposições da lei antiga, Oliveira (2015), analisando a questão, expressou ser óbvio que a presença de cláusulas

exorbitantes “desnaturariam esses contratos, aproximando-os dos contratos administrativos típicos” (OLIVEIRA, 2015, p. 197). Portanto, segundo o autor, a doutrina passou a sustentar que a incidência deste tipo de cláusula nos contratos privados da Administração dependeria da manifestação de vontade das partes, a partir de expressa previsão contratual.

No mesmo sentido, também sob a égide da antiga norma, Di Pietro (2013) indicava que o dispositivo em comento passava a impressão, em leitura superficial, de uma intenção da lei em publicizar todos os contratos firmados pela Administração. A autora pontuou que, entretanto, era possível observar, de forma mais acurada que, ao tratar dos contratos privados da Administração, a lei mencionava ser eles predominantemente regidos pelo regime de direito privado, restando clara a intenção do legislador em aplicar as normas de direito público apenas residualmente. Assim, “[...] havendo dúvida quanto à norma a aplicar, o critério que defendemos é o de que o direito aplicável é o privado, sempre que não derogado por regra ou norma de direito público” (DI PIETRO, 2013, p. 17).

Tecidas essas observações e compreensões considerando a lei anterior relativa às licitações e contratos administrativos, é necessário realizar apontamentos específicos sobre a nova lei.

Primeiramente, observa-se que a Lei nº 14.133/2021 não possui dispositivo correspondente ao parágrafo 3º do artigo 62 da Lei nº 8.666/1993. Além disso, o artigo 3º da lei nova estabelece:

Art. 3º Não se subordinam ao regime desta Lei:
I - contratos que tenham por objeto operação de crédito, interno ou externo, e gestão de dívida pública, incluídas as contratações de agente financeiro e a concessão de garantia relacionadas a esses contratos;
II - contratações sujeitas a normas previstas em legislação própria. (BRASIL, 2021c).

Desta feita, nada obstante já fosse essa a compreensão dos autores citados acima, considerando ainda a lei antiga, parece não haver mais uma possível interpretação de desnaturação dos contratos privados da Administração, devendo haver a regência destes pelas normas próprias de direito privado.

Sobre as alterações operadas pela nova lei, pode-se também mencionar que, nada obstante, em termos gerais, não tenha estabelecido uma ruptura à anterior, algumas modificações demonstram uma intenção em conferir maior consensualidade e paridade nas relações os particulares, estando a nova norma em sintonia com as tendências da Administração já estudadas nesta pesquisa.

De forma ilustrativa, pode-se citar a especial atenção e incentivo dados às formas consensuais de solução de conflitos, o maior equilíbrio relacional estabelecido no artigo 103¹¹⁷ que trata de forma

117 “Art. 103. O contrato poderá identificar os riscos contratuais previstos e presumíveis e prever matriz de alocação de riscos, alocando-os entre contratante e contratado, mediante indicação daqueles a serem assumidos pelo setor público ou pelo setor privado ou daqueles a serem compartilhados.

§ 1º A alocação de riscos de que trata o caput deste artigo considerará, em compatibilidade com as obrigações e os encargos atribuídos às partes no contrato, a natureza do risco, o beneficiário das prestações a que se vincula e a capacidade de cada setor para melhor gerenciá-lo.

§ 2º Os riscos que tenham cobertura oferecida por seguradoras serão preferencialmente transferidos ao contratado.

§ 3º A alocação dos riscos contratuais será quantificada para fins de projeção dos reflexos de seus custos no valor estimado da contratação.

§ 4º A matriz de alocação de riscos definirá o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em relação a eventos supervenientes e deverá ser observada na solução de eventuais pleitos das partes.

§ 5º Sempre que atendidas as condições do contrato e da matriz de alocação de riscos, será considerado mantido o equilíbrio econômico-financeiro, renunciando as partes aos pedidos de restabelecimento do equilíbrio relacionados aos riscos assumidos, exceto no que se refere:

I - às alterações unilaterais determinadas pela Administração, nas hipóteses do inciso I do caput do art. 124 desta Lei;

II - ao aumento ou à redução, por legislação superveniente, dos tributos diretamente pagos pelo contratado em decorrência do contrato.

§ 6º Na alocação de que trata o caput deste artigo, poderão ser adotados métodos e padrões usualmente utilizados por entidades públicas e privadas, e os ministérios e secretarias supervisores dos órgãos e das entidades da Administração Pública poderão definir os parâmetros e o detalhamento dos procedimentos necessários a sua identificação, alocação e quantificação financeira.” (BRASIL, 2021).

mais específica sobre a alocação de riscos do contrato, entre outras disposições, conforme é possível depreender dos ensinamentos de Binenbojm e Toledo (2021).

A Nova Lei de Licitação também possibilita a ampliação da *estabilidade* e de um ambiente de *confiança* nas relações contratuais do Estado. Exemplos dessa orientação são encontrados (i) na previsão de prazos específicos para que a Administração Pública responda a pleitos formulados pelo contratado (art. 122), evitando que a omissão administrativa prejudique a execução contratual; (ii) no reconhecimento de que os reequilíbrios contratuais devem ser concomitantes às alterações promovidas unilateralmente pelo Estado (art. 129), diminuindo a instabilidade decorrente do exercício da prerrogativa pública; (iii) na obrigação de pagamento das parcelas incontroversas em caso de conflitos entre as partes sobre a execução do objeto (at. 142); e (iv) na possibilidade de criação de contas vinculadas para cada contrato administrativo (art. 141), com depósitos administrativos a serem realizados obrigatoriamente de forma prévia para expedição das ordens de serviços nas contratações de obras públicas (art. 114, §1º). (BINENBOJM; TOLEDO, 2021).

Feitas essas considerações sobre o regime jurídico aplicável aos contratos da Administração e sobre algumas inovações trazidas pela nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, é possível realizar apontamentos específicos sobre a cláusula arbitral, de modo a analisar o regime jurídico aplicável e a possível exorbitância que envolve o tema.

Medauar explica sobre as cláusulas exorbitantes expressando que:

Quando se iniciou a formulação da teoria do contrato administrativo, foi utilizada, como referencial, a teoria do contrato privado, que, na época, já resultava de longa elaboração. Tendo em vista a presença da Administração, percebeu-se que nem todos os preceitos da teoria do contrato privado aplicavam-se ao contrato administrativo. Os aspectos que fugiam daquela teoria foram então denominados cláusulas derogatórias e exorbitantes do direito comum. Nessa expressão, direito comum significava sobretudo o direito civil; o termo “derrogatórias” expressava que tais cláusulas aboliam ou deixavam de lado preceitos vigentes para o contrato privado; o vocábulo “exorbitantes” significava que excediam ou se desviavam do direito privado. Com o tempo a expressão foi reduzida para “cláusulas exorbitantes” e se consagrou como tal, designando as notas características do contrato administrativo, os aspectos essenciais do seu regime jurídico. No ordenamento pátrio, tais cláusulas permeiam o tratamento legal dos contratos administrativos [...]. (MEDAUAR, 2018, p. 219).

Assim, são exorbitantes as cláusulas de privilégios, aquelas que conferem prerrogativas à Administração Pública no âmbito do contrato administrativo, em virtude da posição de supremacia desta frente à situação do particular (CARVALHO FILHO, 2018).

Na atual Lei de Licitações e Contratos Administrativos, o artigo 104 estabelece sobre esses privilégios da seguinte forma:

Art. 104. O regime jurídico dos contratos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, as prerrogativas de:

I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

II - extingui-los, unilateralmente, nos casos especificados nesta Lei;

III - fiscalizar sua execução;

IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;

V - ocupar provisoriamente bens móveis e imóveis e utilizar pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato nas hipóteses de:

a) risco à prestação de serviços essenciais;

b) necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, inclusive após extinção do contrato.

§ 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

§ 2º Na hipótese prevista no inciso I do caput deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual. (BRASIL, 2021).

Portanto, consideram-se exorbitantes as cláusulas que se estabelecem, como o próprio termo remete, fora da órbita do direito privado. Desta feita, as prerrogativas que são atribuídas à Administração, caso fossem estabelecidas em um contrato firmado entre privados, seriam consideradas ilícitas dado ao desequilíbrio que acarretariam entre as partes envolvidas. Entretanto, como amplamente observado no que tange aos contratos administrativos, tal situação é permitida e necessária considerando o interesse público perseguido e protegido pela Administração.

Fitchner, Mannheimer e Monteiro lembram que a “imposição legal das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos significa que a Administração Pública, mesmo que quisesse, não poderia renunciar à incidência dessas normas” (FITCHNER; MANNHEIMER; MONTEIRO, 2019, p. 574). Isso ocorre, segundo os autores, vez que a exorbitância se dá em razão de normas cogentes de direito público,

relativas à ordem pública. Por isso, não há a necessidade de que haja previsão nos contratos administrativos para que opere sua incidência.

Em relação à incidência da exorbitância na cláusula compromissória, ou seja, ao que diz respeito à possibilidade de a Administração Pública promover unilateralmente sua alteração ou extinção, é importante realizar, preliminarmente, alguns apontamentos.

O artigo 8º da Lei de Arbitragem estabelece que “a cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória”. (BRASIL, 1996). Portanto, há que se considerar a autonomia da cláusula compromissória em relação ao contrato em que a convenção está inserida.

Vê-se também importante pontuar que a arbitragem apenas será utilizada nas causas referentes a direitos patrimoniais disponíveis, considerando especialmente o disposto no parágrafo 1º do artigo 1º da Lei de Arbitragem¹¹⁸, conforme já observado neste estudo. Desta feita, as questões que envolvam diretamente interesse público primário necessariamente serão resolvidas pelo mecanismo judicial, dada a função específica atrelada ao instituto da arbitragem.

Além disso, a arbitragem diz respeito a um instituto que se localiza dentro do âmbito do direito privado, sendo regulada neste contexto e escolhida pelo administrador, de acordo com sua discricionariedade, para compor o contrato administrativo, em razão de ser um método adequado para resolver conflitos específicos. Inclusive, em razão disso, observa-se que no âmbito de um procedimento arbitral, o duplo grau obrigatório e a contagem de prazo em dobro, típicos de ações em que a Administração Pública faz parte, se mostra inaplicável, dada a ausência de recursos no que tange ao mencionado método.

Neste sentido, Megna ensina que:

118 “Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. § 1o A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.” (BRASIL, 1996).

Note-se que, muito provavelmente, as sentenças arbitrais, se fossem judiciais, seriam enquadradas na hipótese de reexame necessário, pois normalmente discutem valores superiores aos valores de alçada para o tal reexame – na ordem de 100, 500, 10.000 salários mínimos, respectivamente para Municípios, Estados e União (art. 496 §3º, do CPC/2015). No entanto, essa hipótese não se coloca, pois, por definição, o provimento do tribunal arbitral por si já constitui título executivo judicial e não está sujeito à revisão de mérito pelo Poder Judiciário. Não se trata aqui de exceção ao princípio do duplo grau de jurisdição. A sentença arbitral tem os mesmos efeitos da sentença judicial (art. 31 da Lei 9.307/1996), mas, por definição, o efeito negativo da arbitragem impede que o judiciário reaprecie o mérito da lide, e esse efeito se dá em relação ao Judiciário estatal por completo, e não de forma parcial. Pode-se dizer que não há sequer interesse processual o reexame necessário, por absoluta inutilidade do ato, já que, concluída a missão dos árbitros, o laudo arbitral se torna título executivo desde logo. Optar por um procedimento que implique abdicar desse reexame não é obstáculo para que a Administração participe da arbitragem. (MEGNA, 2019, p. 253).

Sobre o regime jurídico aplicável à Administração Pública, pode-se também observar o entendimento de Ferreira Netto (2008). O autor argumenta que a possibilidade de utilização da arbitragem pela Administração, e por isto a capacidade de utilizar princípios de direito privado em seus contratos, se deve a uma nova perspectiva participativa atribuída ao direito administrativo moderno. Neste sentido, a Administração Pública passa a se aproximar de seus destinatários, havendo uma tendência à redução do autoritarismo estatal. Essa nova perspectiva, também denominada como Administração Pública paritária, visa maior participação dos administrados e maior igualdade

entre o Estado e os Particulares, “reforçando a interdependência entre as prestações de ambas as partes” (FERREIRA NETTO, 2008, p. 31).

Ressalte-se que a incidência do regime jurídico administrativo, em sentido estrito, se dá em virtude da necessidade de assegurar diretamente os interesses públicos primários, sendo imperativo o exercício de autoridade por parte da Administração Pública, o que permite a adequada tutela dos direitos envolvidos nesta categoria de interesses, em compasso com o que já se observou sobre o princípio da supremacia do interesse público.

Fitchner, Mannheimer e Monteiro, tratando sobre o tema, ensinam:

No nosso ponto de vista, a Administração Pública não pode se valer das cláusulas exorbitantes para modificar unilateralmente ou rescindir unilateralmente a convenção de arbitragem. Primeiramente, cumpre afirmar que a eventual rescisão unilateral do contrato administrativo como um todo não alcança a cláusula compromissória, pois, consoante decorre do caput do art. 8º da Lei de Arbitragem, a cláusula é autônoma em relação ao contrato-base (princípio da autonomia). Em segundo lugar, o modelo legal administrativo brasileiro apenas permite o exercício dos poderes inerentes às cláusulas exorbitantes em relação ao próprio contrato-base ou em relação aos direitos e obrigações de ordem material que dele exurgirem (ou seja, os aspectos econômicos do contrato), mas não em relação à cláusula que define o método de resolução de litígios. (FITCHNER; MANNHEIMER; MONTEIRO, 2019, p. 579).

Em adição, é possível mencionar que, quando da escolha pela via arbitral para resolução de conflitos, o administrador utiliza-se de sua discricionariedade. Neste sentido, Megna (2019) ressalta que, quando da opção pela arbitragem, a Administração Pública exaure a sua discricionariedade, decidindo a conveniência e a oportunidade da

questão no momento da inserção da cláusula no contrato, não havendo que se falar na possibilidade de uma nova análise do mérito.

É interessante ressaltar que, enquanto no âmbito privado a opção pela arbitragem se dá com base na autonomia privada, no contexto da Administração Pública a escolha é baseada na discricionariedade e na legalidade, não podendo a opção ser feita livremente pelo administrador. Neste sentido, este necessita estar respaldado pela juridicidade, bem como realizar a opção com base na conveniência e na oportunidade.

Observe-se que, quando contrata, a Administração Pública o faz com base em um acordo de vontades (ABBUD, 2013). Desta feita, pode-se depreender que a opção pela arbitragem, por não ser obrigatória, é realizada a partir de uma autonomia pública que se mostra como a base de escolha do método.

Neste sentido,

Uma vez convencionados os limites do contrato, por força do consenso, ficam as partes ligadas pelo vínculo da vontade que as uniu. Sinal da sujeição do Estado a tais limites é o nascimento do dever de indenizar o particular pelos prejuízos a que causa, mesmo em caso de nulidade do contrato celebrado¹¹⁹. Diga-se que a responsabilidade pressupõe, em regra, o descumprimento de uma obrigação juridicamente tutelada que lhe é anterior. Obrigação esta, repita-se, entabulada pelo consenso. (NERY, 2013, p. 94-95).

119 É o que dispõe a Lei de Licitações, conforme é possível verificar a seguir: “Art. 148. A declaração de nulidade do contrato administrativo requererá análise prévia do interesse público envolvido, na forma do art. 147 desta Lei, e operará retroativamente, impedindo os efeitos jurídicos que o contrato deveria produzir ordinariamente e desconstituindo os já produzidos. § 1º Caso não seja possível o retorno à situação fática anterior, a nulidade será resolvida pela indenização por perdas e danos, sem prejuízo da apuração de responsabilidade e aplicação das penalidades cabíveis. § 2º Ao declarar a nulidade do contrato, a autoridade, com vistas à continuidade da atividade administrativa, poderá decidir que ela só tenha eficácia em momento futuro, suficiente para efetuar nova contratação, por prazo de até 6 (seis) meses, prorrogável uma única vez.” (BRASIL, 2021c)

Por todo exposto, especialmente considerando que a cláusula compromissória é autônoma ao contrato em que está inserida; que ela diz respeito a um instituto regulado pelo direito privado; bem como em razão de não ser voltada à resolução de conflitos que envolvem interesses públicos primários, é possível depreender que, sobre a convenção arbitral, incidem as normas do regime de direito privado, ainda que ela se estabeleça dentro de um contrato administrativo regido predominantemente pelas normas de direito público.

É necessário, neste ponto, refletir, especificamente sobre a situação de possível configuração da impecuniosidade por parte da Administração Pública.

Considerando a impossibilidade do uso dos poderes extroversos pela Administração Pública no que tange ao conteúdo da cláusula compromissória, ou seja, não ser viável que haja a mudança unilateral do conteúdo da convenção, resta à Administração Pública renegociar seus termos com o particular ou judicializar a demanda.

É importante relembrar que a cláusula arbitral não deve ser vista como intocável, vez que se trata de uma avença que pode, de forma superveniente, determinar um desequilíbrio contratual entre as partes, como já estudado no capítulo sete.

Desta forma, é importante compreender que, diante do caso concreto, possa ser necessário que a cláusula compromissória seja considerada ineficaz de forma superveniente, em razão da ausência de condições financeiras de uma parte em arcar com as despesas da arbitragem.

Neste ponto, pensando hipoteticamente, da mesma forma que se conclui que o afastamento ou alteração da cláusula, diante da ausência de condições de pagamento das despesas de uma parte, pode ser imprescindível no contexto privado, caso fosse constatada a falta de condições financeiras da Administração Pública para promover a arbitragem, poderia haver, na mencionada providência, interesse público. Assim, refletindo sobre uma situação como essa, ainda que, como já observado, fosse melhor que se pudesse promover

a arbitragem, o acesso ao método quedaria inviabilizado, dada a fragilidade financeira da parte.

Ressalte-se que, como já observado, na situação em análise só se pode pensar no afastamento ou na alteração da cláusula se cabalmente comprovada a impossibilidade, no caso concreto, de condições de pagamento das despesas arbitrais da parte.

Assim, considerando o que foi exposto durante toda a pesquisa, é possível afirmar que a opção pela arbitragem se mostra compatível com o interesse público quando empregada em acordo com suas peculiaridades, mas é possível que, em uma situação de ausência de condições financeiras para pagamento das despesas do método, seja de interesse público o afastamento da cláusula ou sua alteração, desde que se comprove a impecuniosidade da Administração Pública.

Neste contexto, vê-se necessário observar se seria possível que se configurasse uma situação de impecuniosidade da Administração, dadas as especificidades de sua figura. Este ponto, assim, merece ser analisado de forma mais aprofundada e será abordado no item 8.3 desta pesquisa.

Por fim, é importante frisar que, ainda que se entenda pelos poderes extroversos da Administração Pública diante do conteúdo da cláusula compromissória, é indevido o seu uso, exceto se houver a presença de interesse público. Sendo assim, passa-se, a seguir, a observar sobre o interesse público que envolve a convenção de arbitragem e sua possível alteração de forma unilateral pela Administração.

8.2.2 O INTERESSE PÚBLICO E A INCIDÊNCIA DA EXORBITÂNCIA NA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

Apesar de se ter concluído ser incompatível com o regime jurídico aplicável que a convenção de arbitragem seja unilateralmente alterada ou afastada pela Administração Pública, é essencial refletir sobre o interesse público envolvido no tema. Isso porque, como visto, ainda

que uma cláusula seja considerada como passível de exorbitância, é necessário que esteja presente o interesse público. Em outras palavras, a consideração hipotética da viabilidade de alteração unilateral do contrato pela Administração Pública só pode se concretizar a partir da presença do interesse público.

E qual a razão de tratar sobre o tema, se já se concluiu pela não incidência da exorbitância da cláusula compromissória? Justamente considerando que a questão é passível de discussão, vez que está sob análise a convenção de arbitragem inserida em um contrato administrativo que, como visto, possui a exorbitância como característica. Dessa forma, caso se considere a incidência dos poderes extroversos da Administração Pública na cláusula de arbitragem, a pesquisa, ainda assim, terá o condão de contribuir para a compreensão do problema em um segundo aspecto.

Portanto, a seguir, serão revisitadas e contextualizadas as tendências da Administração Pública, o acesso à justiça e a questão do tempo dentro do âmbito analisado. Além disso, serão feitas observações quanto ao impacto econômico e financeiro do uso da arbitragem no que tange à resolução de conflitos relativos aos contratos administrativos. Por fim, passar-se-á a observar, especificamente, sobre o interesse público e a exorbitância na cláusula compromissória face a uma hipotética impecuniosidade da Administração Pública.

8.2.2.1 O ACESSO À JUSTIÇA

Como visto, em relação ao acesso à justiça, direito essencial a ser garantido em um Estado Democrático de Direito, percebe-se que a abordagem atual do tema remete não só à possibilidade de acesso a uma forma de processamento de demandas, mas, também, e de forma mais importante, à uma solução tempestiva, eficiente e satisfatória para cada caso.

Neste contexto, os métodos adequados de solução de controvérsias, considerando as peculiaridades que cada um possui, passaram a ser

observados como capazes de solucionar litígios da forma devida, não restando apenas ao Judiciário a possibilidade de conceder acesso à justiça. Aliás, como se verificou, em âmbito mundial, o mecanismo judicial vem sofrendo com uma incapacidade de devolver à sociedade respostas justas e eficientes às ações que lhe são submetidas. Isso ocorre em razão do aumentado número de controvérsias que chegam para ser solucionadas e que são caracterizadas, cada vez mais, por especificidades que exigem a adequação do método para a solução de cada tipo de causa.

Ressalte-se que o acesso à justiça diz respeito a um importante garantia também titularizada pela Administração Pública e, neste caso, tem especial importância, vez que quando a Administração busca a defesa de seus direitos por qualquer meio de resolução de demandas, está defendendo interesses públicos, sejam eles primários ou secundários, havendo, portanto, uma repercussão mais ampla do acesso à justiça neste âmbito do que quando está-se tratando da situação de um particular.

No que tange à arbitragem, as suas características, em especial a celeridade, a especialidade dos julgadores e a flexibilidade permitem a sua adequação para determinados tipos de demandas, sobretudo, aquelas que envolvem grande valor monetário e questões de grande complexidade que, por isto, necessitam de análise técnica específica. Portanto, é possível afirmar que a arbitragem é adequada para determinados tipos de demanda e que, em casos específicos, e dadas as particularidades do litígio, o seu uso é importante para que seja acessada a justiça, entregando às partes uma decisão satisfatória, tempestiva e efetiva.

Dessa feita, observa-se que o uso da arbitragem permite o acesso à justiça à Administração Pública, tornando-se o emprego desse mecanismo interessante do ponto de vista público.

8.2.2.2 O TEMPO E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Como visto, o tempo se estabelece como um recurso humano, caracterizado por sua escassez, irreparabilidade e finitude (AMORIM, 2017). Por isso, é considerado valioso para a sociedade, especialmente por ser um atributo atrelado à condição da pessoa humana¹²⁰, estando, como estudado, diretamente relacionado com a opção pelo método de resolução de conflitos. Desta feita, percebe-se que a escolha da forma de dirimir controvérsias tem como um dos grandes fatores o uso útil e adequado desse bem imaterial.

Além das questões já apontadas sobre o tempo, do ponto de vista geral, algumas especificidades quanto ao tema, no âmbito da Administração Pública, merecem ser contextualizadas.

Primeiramente, é importante observar que, como visto no capítulo cinco deste trabalho, o direito ao tempo diz respeito a um direito da personalidade. Cabe destacar que, conforme ensina Costa (2010), as pessoas jurídicas, inclusive as públicas, fazem jus à proteção de direitos análogos aos da personalidade.

Tratando especificamente sobre o direito à imagem das pessoas jurídicas públicas, a mencionada autora aduz:

A pessoa jurídica é sujeito de direitos e obrigações, sendo titular de direitos fundamentais e da personalidade análogos aos das pessoas naturais. Violados tais direitos, nasce para a pessoa jurídica, que de direito privado, quer de direito público, a pretensão

120 “Sem a proteção direta ao ‘tempo’, a reverberação de grande parte dos direitos da pessoa humana é apenas teórica. A disponibilidade de tempo é tão importante quanto o direito em si que se pretende exercitar. Sem tempo não se estuda o que se quer estudar. Sem tempo, não se trabalha o quanto se quer trabalhar. Sem tempo, não se descansa o quanto se quer descansar. E não se perca de vista a natureza finita, escassa, inacumulável e irrecuperável desse recurso tão precioso. Por essa razão, parece plenamente adequado e necessário colocar o “direito ao tempo” ao lado de direitos da personalidade como o direito à vida, à honra, à integridade física, à integridade psíquica e à privacidade. Trata-se de atributo indispensável à realização da personalidade e da existência humanas. Sua natureza não é distinta da natureza dos direitos da personalidade.” (AMORIM, 2017, p. 63).

de reparação patrimonial ou exclusivamente imaterial. A Constituição Federal não faz *discrimen* entre pessoa física ou jurídica, sendo que protege tanto uma quanto a outra contra danos à imagem nos incisos V e X do artigo 5º. O Código Civil, no artigo 52, também recepciona os comandos da Lei Maior. [...] De modo que, sendo direito à imagem, um direito da personalidade, recebe proteção constitucional e infraconstitucional abarcando a pessoa natural, como a pessoa jurídica. Assim quando violado esse direito da personalidade, com repercussão tal de modo a inviabilizar ou até mesmo dificultar a consecução das finalidades para as quais foi criada, tem em mãos o seu titular – ente físico ou jurídico – direito à reparação. (COSTA, 2010, p. 215).

Outro ponto que importa analisar, diz respeito à possibilidade de enquadramento do tempo como um bem público, sendo, portanto, necessário definir o significado da expressão.

Carvalho Filho explicita sobre o tema da seguinte forma:

Com base no vigente dispositivo do novo Código, podemos, então, conceituar bens públicos como todos aqueles que, de qualquer natureza e a qualquer título, pertençam às pessoas jurídicas de direito público, sejam elas federativas, como a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, sejam da Administração descentralizada, como as autarquias, nestas incluindo-se as fundações de direito público e as associações públicas. Os elementos do conceito que já anteriormente apresentávamos foram sufragados pelo art. 98 do Código Civil, como é fácil concluir. Referimo-nos a bens de qualquer natureza, porque na categoria se inserem os bens corpóreos e incorpóreos, móveis, imóveis, semoventes, créditos, direitos e ações. Por outro lado, a menção à propriedade a qualquer título funda-se na especial circunstância de

que no conceito tanto se incluem os bens do domínio do Estado na qualidade de proprietário em sentido estrito, quanto aqueles outros que, de utilização pública, se sujeitam ao poder de disciplinamento e regulamentação pelo Poder Público. (CARVALHO FILHO, 2018, p. 1.308).

Como observado, o tempo diz respeito a um recurso incorpóreo. Este, no âmbito público, pertence às pessoas jurídicas de direito público, sendo por elas utilizado para a consecução de suas atividades. Desta feita, é de ser observar que o tempo diz respeito a um bem público incorpóreo, tutelado pelas pessoas jurídicas de direito público, as quais estão atreladas ao conceito subjetivo conferido à Administração Pública.

Acrescente-se, neste ponto, os ensinamentos de Medauar:

Bens públicos é expressão que designa os bens pertencentes a entes estatais, para que sirvam de meios ao atendimento imediato e mediato do interesse público e sobre os quais incidem normas especiais, diferentes das normas que regem os bens privados. O regime da dominialidade pública não é um regime equivalente ao da propriedade privada. Os bens públicos têm titulares, mas os direitos e deveres daí resultantes, exercidos pela Administração, não decorrem do direito de propriedade no sentido tradicional. Trata-se de um vínculo específico, de natureza administrativa, que permite e impõe ao Poder Público, titular do bem, assegurar a continuidade e regularidade da sua destinação, contra quaisquer ingerências. (MEDAUAR, 2018, p. 245).

Desta feita, observa-se que o vínculo de natureza administrativa do recurso determina ao seu titular o dever de proteção e tutela adequada, estabelecendo o contínuo e regular emprego do bem, sendo

um dever, portanto, o seu gerenciamento da melhor forma possível, especialmente considerando o interesse coletivo que sobre ele recai.

Ressalte-se que, apesar dos bens públicos serem de titularidade das pessoas jurídicas de direito público, estes são considerados, em última análise, pertencentes ao povo.

Dessa forma, no que tange à Administração Pública, o tempo a ela atrelado diz respeito a um bem público, podendo ser, portanto, denominado como tempo público. Em outro giro, o direito ao tempo público, análogo aos das pessoas naturais, se configura como atributo das pessoas jurídicas de direito público.

Verificado o viés público do tempo atrelado à Administração, é necessário realizar reflexões sobre as consequências do mau uso do recurso por ela tutelado, especificamente considerando a opção inadequada do método de resolução de conflitos.

A perda do tempo, como se observou, é irreparável. “O tempo perdido não é representado como num quadro, nem sequer é representado. É o que representa elementos do quadro, de um quadro impossível” (LYOTARD, 1997, p. 39).

Desta feita, o uso inútil do tempo e a demora para resolver uma demanda podem ocasionar, por exemplo, o atraso de obras públicas e a demora para acesso a recursos financeiros que apenas poderão ser apropriados com a resolução da divergência. Além disso, a insatisfação das partes com o meio empregado para resolver a controvérsia frequentemente desgasta a relação envolvida, o que repercute negativamente na prestação atrelada ao contrato administrativo.

Toda essa situação prejudica a população que é impactada pela possibilidade de atraso no acesso a recursos, pela falta de prestação de serviços ou acesso à bens, bem como por perdas advindas da redução do interesse dos particulares em manter a relação ou estabelecer novos contratos com a Administração Pública. Neste sentido, conforme ensina Costa, “diante da lesão, e até mesmo de ameaça de lesão ao patrimônio público, são atingidos os interesses da coletividade, extrapolando-se a esfera da pessoa jurídica titular desses bens” (COSTA, 2010, p. 123).

Portanto, o afastamento da cláusula compromissória, ou a sua mudança, de modo a não possibilitar o uso da forma mais indicada para solução de conflitos e, em última análise, da melhor maneira de despendar o tempo, se estabelece como prejudicial ao emprego do recurso que, como visto, possui natureza pública. Desta feita, observa-se que todos esses efeitos negativos não são desejados no âmbito da Administração. Pode-se dizer, dessa forma, que a intervenção na convenção de arbitragem, exceto em casos excepcionais e que envolvam outros interesses públicos maiores, como é o caso do acesso à justiça em razão da impecuniosidade, denota uma tutela inadequada do tempo pela Administração, não sendo, portanto, interessante à coletividade.

Compreendido isso, passa-se, a seguir, a realizar uma análise do interesse público, considerando as tendências da Administração Pública, de modo a visualizar o tema sob mais uma perspectiva.

8.2.2.3 AS TENDÊNCIAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Como já observado nesta pesquisa, quando da análise do uso da arbitragem pela Administração Pública, o emprego do método está em sintonia com as tendências da Administração Pública.

A observação que se propõe a realizar a seguir diz respeito a um contraponto entre o ato da Administração Pública de alterar unilateralmente o conteúdo da cláusula compromissória, frente a essas novas visões e objetivos perseguidos no âmbito da atividade pública.

Para embasar a análise do tema, é possível citar Lemes (2007) que trata sobre a sujeição dos contratos administrativos às regras de direito privado, contextualizando o assunto face as novas tendências da Administração Pública.

Segundo a autora, as alterações ocorridas na Constituição Federal a partir da década de 90 tiveram como objetivo impulsionar o desenvolvimento do país e rever o papel do Estado na economia.

As diversas Emendas Constitucionais, ocorridas do ano de 1995 em diante, tiveram como finalidade tornar as ações do Estado centradas no fomento e na regulação das atividades realizadas pelo setor privado.

Nesta linha, foram revistos os conceitos e princípios de direito administrativo “com o objetivo de democratizar a Administração Pública, com a participação dos cidadãos nos órgãos de deliberação e de consulta e pela colaboração entre ente público e privado na realização das atividades administrativas do Estado” (LEMES, 2007, p. 51). Tal mudança ampliou o processo de privatização e diminuiu o tamanho do Estado permitindo uma atuação mais eficiente da Administração.

Segundo a autora, este quadro apresentado teve reflexo em novos paradigmas da Administração Pública. Com efeito, houve impacto nos princípios correlatos à mencionada figura e, por isso, nos contratos administrativos, uma vez que são estes instrumentos utilizados para que as relações jurídicas entre o setor privado e a Administração Pública sejam estabelecidas.

Como o Estado necessita do setor privado para realizar suas atividades, percebeu-se a necessidade de equilibrar a relação existente entre os particulares e a Administração, visando estabelecer maior igualdade entre as partes. Desta forma, “passa-se a dar maior relevo à igualdade de tratamento contratual, tal como no Direito Privado, sem com isso deixar de acatar as cláusulas exorbitantes, peculiares aos contratos administrativos” (LEMES, 2007, p. 53).

Esta mudança de paradigmas, como indica a autora, tem como objetivo preservar tanto os interesses do contratado (setor privado) quanto do contratante (Administração Pública), sendo o interesse deste último assegurar aos administrados a satisfação de suas necessidades.

A comprovação dessa mudança na forma de atuação da Administração pode ser observada em todas as legislações já mencionadas e que visam o incentivo ao uso dos MASCs, instrumentos capazes de promover a consensualidade no âmbito administrativo.

Estas novas formas de conceber a participação privada nos contratos administrativos, a mudança de paradigmas que orientam essas contratações autoriza invocar e acrescentar aos princípios jurídicos administrativos os princípios jurídicos do Direito Privado. Assim, aos contratos administrativos, não obstante terem como norte o interesse público que autorizava invocar as cláusulas excepcionais (cláusulas exorbitantes), tais como o da alteração unilateral do contrato ou sua rescisão, mediante equivalente ressarcimento preservando o equilíbrio econômico financeiro do contrato, conforme salientado, também se aplicam os princípios da boa-fé, da lealdade, da confiança legítima, do respeito aos compromissos assumidos etc. (LEMES, 2007, p. 56).

Dentro do contexto abordado acima, pode-se realizar um paralelo com o que se entende por Governança Pública, nos termos explicitados por Ferreira a seguir:

As administrações públicas sofreram transformações significativas ao longo do século XX. Essas transformações tiveram continuidade neste início de século XXI. De uma Administração focada em procedimentos, transitou-se para uma Administração vocacionada para a obtenção de resultados. Nos últimos anos, as questões relacionadas com os “velhos” valores do Estado democrático e republicano vieram recentrar as prioridades na prossecução do interesse público. Governança pública é um conceito mundial. As suas origens datam de meados da década de 1990 do século XX, e traduzem um consenso de que a eficácia e a legitimidade da atuação pública se apoiam na qualidade da interação entre os distintos níveis de governo, e entre estes e as organizações empresariais e da sociedade civil. A governança pública vem como uma continuidade do modelo de Administração Pública gerencial, focada em eficácia.

Contudo, propõe-se uma nova forma de atingir esses resultados: a interação entre os diversos atores sociais, que devem se unir para enfrentar as ações sociais segundo os preceitos da flexibilidade, da visão estratégica, da transparência e da comunicação. Nessa conjuntura, o governo tem a função de gerenciar a rede de atores, que devem se comunicar e dividir responsabilidades. (FERREIRA, 2017, p. 16).

Outra tendência que cabe mencionar, diz respeito ao Estado em Rede, que tem como base uma atuação mais horizontal e menos autoritária por parte da Administração Pública, de forma muito próxima ao que foi mencionado pela autora acima no contexto da Governança Pública.

O Estado em Rede estabelece, assim, uma ideia de que, considerando a interdependência e complexidade das relações existentes no meio público, é necessário que se estabeleçam interações mais paritárias, de modo a permitir que a atividade administrativa tenha condições de responder e atender de forma adequada às demandas sociais, em um contexto complexo e disruptivo. Essa tendência que influencia o agir da Administração promove a difusão do poder decisório, a participação democrática da população, bem como a transparência na atuação dos entes públicos.

Neste sentido, Araujo *et al.*, tratando especificamente da gestão do Estado de Minas Gerais, ensinam:

Em síntese, o Estado em Rede incorpora novos conceitos à Administração Pública do Estado de Minas Gerais, objetivando, dessa maneira, a ampliação da capa cidade coordenativa do Estado, sua flexibilização, transparência, capacidade de pronta resposta a novos desafios e, especialmente, a desmonopolização do Poder em benefício dos cidadãos, que são convidados a partilhar, democraticamente, a Gestão Pública com o ente estatal. (ARAUJO *et al.*, 2014, p. 158).

Nota comum entre todas as tendências atuais da Administração é a consensualidade, que, como visto, diz respeito a uma busca por estabelecer relações mais próximas e menos autoritária com o setor privado, vez que essencial para que seja possível a identificação das reais necessidades dos administrados; uma maior participação destes nos processos decisórios administrativos; bem como uma interação que torne viável a participação dos particulares no âmbito da consecução dos serviços públicos.

Segundo Faria, a consensualização do Direito Administrativo diz respeito a uma tendência que leva a Administração Pública a abandonar

[...] os métodos unilaterais, verticalizados e autoritários de impor sua vontade aos administrados, a fim de que, reconhecendo o particular como verdadeiro cidadão e sujeito de direito, passe a convencionar as decisões administrativas por meio de métodos consensuais, paritários e dialógicos com os que se encontram diretamente interessados no feito. (FARIA, 2019, p. 14).

Portanto, considerando as tendências da Administração Pública que visam a consecução adequada de sua atividade de modo a possibilitar uma gestão mais eficiente, mais assertiva e próxima dos administrados e do setor privado, observa-se a perseguição por uma postura menos autoritária e menos unilateral por parte da Administração, ao passo que demandam uma conduta mais consensual e que possibilite uma interação segura e saudável com a população, inclusive nas relações contratuais estabelecidas com o particular.

Desta feita, a alteração ou exclusão da cláusula compromissória de forma unilateral pela Administração não se mostra em compasso com as tendências estudadas.

Especificamente no caso dos contratos administrativos, esta nova atuação, menos autoritária e mais horizontal, cria um ambiente

que incentiva os particulares a contratarem com a Administração, vez que, para se dispor a empreender na seara pública, a parte privada considera os custos relacionados a avença, que estão intimamente atrelados à estabilidade e à segurança do meio no qual irá contratar. Neste sentido, tais análises realizadas pela parte contratante são consideradas quando da decisão sobre contratar ou não com o setor privado, impactando também na definição de seu preço como parte contratual.

Por todo exposto, pode-se concluir que a alteração unilateral da Administração Pública, de forma exorbitante, não se mostra como benéfica no âmbito dos contratos administrativos, mesmo que, hipoteticamente, haja uma permissão legal, não estando em compasso com o interesse público, vez que uma postura verticalizada e dominante desestimula a participação do particular nos contratos administrativos, podendo também impactar no preço cobrado para fornecimento de produtos e serviços.

A seguir, para que seja possível analisar de forma mais profunda sobre as proposições acima colocadas, passa-se a tratar, de forma específica, sobre o impacto econômico e financeiro do uso da arbitragem nos contratos administrativos, observando-se a questão da atuação exorbitante da Administração pelo prisma da disciplina *Direito e Economia*.

8.2.2.4 O IMPACTO ECONÔMICO E FINANCEIRO DO USO DA ARBITRAGEM NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

De modo a estabelecer uma base para a análise do interesse público envolvendo o afastamento ou alteração da cláusula compromissória, unilateralmente, pela Administração Pública, observa-se interessante que se realize uma abordagem do tema a partir de uma visão econômica do direito, de modo a estudar as influências e implicações econômicas advindas do uso da arbitragem no contexto em tela.

Este assunto interessa por permitir um ponto de vista diferente sobre o tema, possibilitando reflexões que permitam uma compreensão mais profunda e acurada sobre o assunto.

O estudo da influência das instituições jurídicas na economia começou a ser realizado nos Estados Unidos de forma proeminente na década de 1960. Surge, nesse contexto, uma matéria caracterizada por sua interdisciplinaridade, denominada *Direito e Economia*.

O estudo do Direito pela vertente do *Law and Economics* parte de três premissas fundamentais: (i) os indivíduos buscam maximização racional das suas necessidades e interesses; (ii) neste processo, os indivíduos recebem a influência dos incentivos econômicos, inclusive do sistema de preços; e (iii) os incentivos são moldados pelo ordenamento jurídico e, portanto, o Direito influi nas decisões de investimentos, produção, troca, consumo, etc. (SOARES; NEVES, 2012, p. 22).

A referida “[...] disciplina serve, antes de tudo, para iluminar problemas jurídicos e para apontar implicações das diversas possíveis escolhas normativas” (SALAMA, 2008, p. 2). Neste contexto, esse movimento é tido por muitos como o “de maior impacto na literatura jurídica da segunda metade do século passado” (SALAMA, 2008, p. 3).

Lemes (2007) apresenta em sua obra, fruto de sua tese de doutoramento, a relação existente entre *Direito & Economia* e a utilização da arbitragem como meio de solução de controvérsias referentes aos contratos administrativos. Nesse âmbito, a autora observa, contextualmente, o impacto da economia no direito e também do direito na economia, considerando ter sido observada a influência que ambos exercem entre si.

De acordo com Lemes (2007), dentro deste contexto, os contratos são especialmente considerados, vez que são instrumentos jurídicos reguladores de obrigações e direitos entre aqueles que os firmam.

São, portanto, considerados também como instrumentos econômicos, uma vez que possibilitam a circulação de riquezas.

Zylbersztajn e Sztajn (2005) ensinam que as instituições jurídicas geram impacto direto no comportamento dos agentes econômicos, impacto, esse, que ocorre em razão dos custos de transação terem intrínseca relação com as formas e instituições organizacionais do ambiente social.

Segundo Kupfer (2002), os custos de transação são os gastos que os agentes econômicos enfrentam todas as vezes que recorrem ao mercado, ou seja, são custos advindos por negociar, redigir e garantir o cumprimento dos contratos.

De acordo com Coase,

Para que alguém realize uma transação, é necessário descobrir quem é a outra parte com a qual essa pessoa deseja negociar, informar às pessoas sobre sua disposição para negociar, bem como sobre as condições sob as quais deseja fazê-lo, conduzir as negociações em direção à barganha, formular o contrato, empreender meios de inspeção para se assegurar que os termos do contrato estão sendo cumpridos, e assim por diante. Tais operações são, geralmente, extremamente custosas. Custosas o suficiente para evitar a ocorrência de transações que seriam levadas a cabo em um mundo em que o sistema de preços funcionasse sem custos. (COASE, 2008, p. 12).

Dessa forma, as questões que possuem relação com contratos também possuem relevância econômica, incluindo-se, dentro disso, a eventual existência e resolução das controvérsias.

De acordo com a Teoria dos Custos da Transação, é possível que se prevejam os futuros possíveis problemas contratuais. Entretanto, considerando a racionalidade limitada humana, inevitavelmente, alguns obstáculos não podem ser previstos logo no momento da

contratação, criando-se a possibilidade de lacunas no instrumento. Dessa maneira, os agentes¹²¹ oportunistas recebem estímulos, em razão da existência de lacunas, a inadimplir o que fora contratualmente estabelecido. Assim, surge a necessidade de que as normas sejam adequadas e eficientes, capazes de preencher as referidas brechas, e que o processamento da demanda seja realizado adequadamente e com celeridade, vez que isso atenuaria a ação de agentes oportunistas, diante do reconhecimento de que eventual descumprimento contratual terá como consequência a devida responsabilização, de forma eficiente e rápida, repelindo atos de má-fé, tornando desinteressante o não cumprimento do que foi avençado (LEMES, 2007).

Gonçalves menciona que,

Para a Teoria Econômica dos Contratos, um ponto importante é estabelecer a razão pela qual as partes não cumprem contratos. O inadimplemento contratual ocorre quando o não cumprimento da promessa é mais vantajoso que o adimplemento. Isso significa que a penalidade imposta no contrato pelo não cumprimento gera menos custos do que geraria o cumprimento do contrato. Se o custo do promitente em cumprir sua promessa é mais alto que a perda do prometido em função da inadimplência, então, a ruptura do contrato é estimulada. Caso o custo do promitente em cumprir a sua promessa seja mais baixo que a sua perda, então, o cumprimento do contrato é a solução mais eficiente. Se os custos de rompimento do contrato forem maiores do que os benefícios de seu adimplemento, os agentes serão estimulados a cumprir o contrato. Ou seja, o comportamento oportunista induz a verificação dos custos envolvidos com a ruptura do contrato; se estes forem menores, o contrato deixará de ser honrado. Note-se que os custos também estão associados aos reflexos na sociedade, tais como os da área privada

121 No caso, o contratado ou contratante.

(perda de reputação) ou pública (ser réu em ação judicial). (GONÇALVES, 2010, p. 48-49).

De acordo com Camargo Conceição (2001), quando se percebe que é possível o surgimento de custos para que uma determinada transação se concretize¹²² – em razão, por exemplo, da possibilidade de um julgamento de eventual litígio de forma demorada ou em razão da existência de leis pouco eficientes – há, como consequência, um impacto econômico negativo na forma como os agentes se comportarão no desenvolvimento de suas atividades. Isso se dá em razão da observação, pelos agentes econômicos, de todos os possíveis obstáculos percebidos, incluindo dificuldades relativas ao cumprimento das obrigações. Todo esse cenário norteia as decisões dos referidos agentes que, a depender de suas percepções, podem desistir daquele mercado, recorrendo a outras opções, ou cobrar um valor superior para fornecer produtos ou prestar serviços.

Assim, considera-se que “quanto maiores forem os esforços das partes em fazer valer as obrigações contratuais, maiores serão os custos de transação do negócio” (SOARES; NEVES, 2012, p. 23).

Portanto, a eficiência do corpo legal disponível e o processamento adequado e célere de eventuais demandas estabelecem benefícios econômicos às relações contratuais, reduzindo os custos de transação, conferindo estabilidade aos agentes em suas transações.

Neste sentido, considerando que a arbitragem possui características, como já explicitado neste estudo, que a tornam um meio célere e eficaz de solução de controvérsias quando comparado ao Judiciário brasileiro, o seu uso acarreta em um impacto econômico positivo, vez que reduz os custos de transação.

Assim,

O agente privado podendo prever que o contrato administrativo disporá sobre a forma extrajudicial

122 Os custos sempre existirão, mas podem ser muito grandes em comparação com outro ambiente.

de solução de conflitos por arbitragem, tal como regulada na Lei nº 9.307/96, e ciente que este processo é mais célere e especializado (considerando os aspectos técnicos do contrato) do que o Judiciário levará em consideração este fator refletido nos custos de transação e ofertará preço menor. (LEMES, 2007, p. 169).

Em sentido correlato, Soares e Neves ensinam que:

O reflexo das soluções de conflito na economia das organizações tem gerado preocupação entre os empresários. Os custos dos litígios influenciam a otimização dos recursos e do retorno financeiro dos negócios, comprometendo não somente os resultados econômicos, mas também a imagem institucional da empresa no mercado. [...] Com efeito, a escolha da arbitragem é influenciada pelos aspectos econômicos do negócio, sendo elemento integrante da equação de equilíbrio econômico do contrato e implicando a diminuição dos custos de transação dos contratos complexos. (SOARES; NEVES, 2012, p. 21).

Em adição a tudo isso, o uso do mecanismo arbitral confere adequação a determinados tipos de causas, que geralmente envolvem relações de grande complexidade, tendo em vista sua flexibilidade e especialidade dos julgadores. Em outras palavras, os árbitros possuem condições de julgar a demanda de forma precisa, e o procedimento poderá ser realizado de acordo com a necessidade de instrução e processamento de cada conflito em específico.

Dessa maneira, o emprego da arbitragem confere impacto econômico positivo, reduzindo os custos de transação, vez que desestimula a ação de agentes oportunistas, considerando que eventual descumprimento contratual acarretará em uma responsabilização, de

forma célere e eficiente¹²³, reduzindo a possibilidade de ocorrência de atos de má-fé das partes¹²⁴.

Neste cenário, a eleição da arbitragem se apresenta como melhor opção para resolver os eventuais conflitos surgidos entre as partes contratantes, com menos esforços, mais eficiência econômica e segurança jurídica, face à celeridade do procedimento, especialização dos árbitros e ausência de recursos contra a sentença arbitral. Assim [...] afirma-se que os custos de transação em contratos que elegem a arbitragem como forma de solução de conflitos são menores do que aqueles que preveem a tradicional solução judicial. (SOARES; NEVES, 2012, p. 23-24).

Acrescente-se a isso a compreensão de Alvarenga:

A sociedade contemporânea apresenta demanda crescente e exige novas soluções. O cumprimento do mandato constitucional de desenvolvimento da ordem econômica passa necessariamente pela valorização e fortalecimento da empresa, bem como oferecimento de meios de solução de controvérsias confiáveis, que não onerem demais a atividade

123 Sobre a eficácia da decisão arbitral, Gonçalves (2010) demonstra por pesquisa de campo que mais de 80% das decisões arbitrais observadas no estudo foram espontaneamente cumpridas pelas partes condenadas, indicando a efetividade da solução arbitral.

124 Alvarenga (2013) ensina que a expansão do conhecimento e o aumento da utilização da arbitragem conduz a um cenário interessante que cria uma concorrência mais equânime entre o uso do Poder Judiciário e da arbitragem, dando aos agentes maiores possibilidades de escolher de forma adequada e racional o meio de solução de controvérsias para as relações estabelecidas. O menor uso da arbitragem e a menor divulgação de sua existência, bem como as barreiras para seu acesso causam uma obstrução à utilização do método, criando uma situação monopolística, pouco favorável aos agentes econômicos, em que o Estado é o único prestador do serviço. Neste sentido, a autora entende que a concorrência entre o Judiciário e a Arbitragem é benéfica à sociedade.

empresária e sejam compatíveis com as necessidades atuais. (ALVARENGA, 2013, p. 69).

Mais especificamente em relação à Administração Pública, em razão de uma tendência mundial de desestatização e privatização das atividades estatais, os particulares passaram a exercer algumas tarefas que até então só eram exercidas pelo Estado (LEMES, 2007). Por esta razão a Administração Pública passou a celebrar contratos com os particulares de modo frequente e necessário à satisfação das necessidades sociais.

Considerando que a Administração Pública, precipuamente, deve buscar a satisfação das necessidades dos administrados, é também sua função buscar pelo equilíbrio e desenvolvimento econômico que possibilitem alcançar benefícios sociais. Como apresentado, a eficiência das leis e um julgamento célere e adequado traz à sociedade benefícios econômicos, reduzindo os custos de transação e favorecendo os agentes em seus negócios, conferindo estabilidade a estes.

Salama acrescenta que,

Em países em desenvolvimento como o Brasil o emprego eficiente dos recursos existentes deve ser uma prioridade nacional. Para enfrentar seus problemas, a sociedade brasileira necessita de instrumentos jurídicos eficientes que estimulem as atividades produtivas, a resolução de conflitos de forma pacífica, a democracia, a livre iniciativa, a inovação, e a redução da corrupção e da burocracia, do desperdício e da pobreza. O estudo dos incentivos postos pelos institutos jurídicos faz parte deste esforço, e os estudiosos do Direito podem e devem tomar parte neste processo. (SALAMA, 2008, p. 2).

É neste contexto que a arbitragem se insere, uma vez que se trata de meio adequado de solução de conflitos mais célere do que o

mecanismo judicial. Além disso, a arbitragem dá à causa possibilidades muito maiores de um julgamento preciso, vez que o árbitro pode ser escolhido pelas partes por seu conhecimento específico relacionado ao tema envolvido na causa.

Rennó, neste sentido, ensina que é possível

[...] enumerar, entre as inúmeras vantagens da arbitragem em relação a Justiça Comum, as seguintes: rapidez e simplicidade, por ser seu procedimento menos formal; menor desgaste e ansiedade; relação custo e benefício mais atraente, principalmente para questões envolvendo grandes somas; atendimento aos requisitos de neutralidade, confiabilidade e imparcialidade dos árbitros; maior autonomia das partes; natureza da sentença arbitral idêntica a da decisão judicial; sigilo¹²⁵; melhor qualidade da decisão, já que pode nomear um especialista na matéria como árbitro; por ser um procedimento consensual, cria-se uma atmosfera favorável à mútua cooperação das partes; maior aderência das partes à sentença arbitral, já que proferida por um árbitro de confiança das próprias partes; não é um procedimento litigioso, como a demanda judicial; as audiências podem ser marcadas em horários e locais que melhor convierem às partes. (RENNÓ, 2003, p. 41-42).

Desta feita, observa-se que o uso da arbitragem nos contratos administrativos é visto como benéfico, vez que reduz os custos de transação inerentes à relação contratual, o que está em sintonia, por todos os motivos acima apresentados, com a busca da Administração Pública pela garantia do interesse público.

Contudo, é necessário lembrar que, embora seja possível concluir que a manutenção da opção pela arbitragem acarrete em

125 Reitere-se que, nas causas que envolvem A Administração Pública, será necessário que o procedimento arbitral seja público, em virtude do princípio da publicidade dos atos administrativos.

benefícios econômicos, a constatação feita neste momento se dá de forma abstrata. Portanto, nada obstante seja de grande relevância realizar reflexões acerca da economia que envolve a situação do ponto de vista teórico, a observação do caso concreto deve ser feita de forma razoável e complexa, permitindo conclusões adequadas. Assim, a questão da análise econômica do direito deve ser vista como mais um elemento de investigação do caso fático, de forma a permitir uma observação mais acurada sobre o tema, não devendo ser considerada isoladamente.

Observado, em termos gerais, o interesse público no afastamento ou alteração da cláusula compromissória, no próximo item será observada a pertinência da providência frente a ausência de condições financeiras da Administração Pública em arcar com as despesas da arbitragem.

8.2.2.5 O INTERESSE PÚBLICO E A EXORBITÂNCIA NA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA FRENTE À IMPECUNIOSIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Por todo exposto sobre o interesse público na alteração ou afastamento da convenção de arbitragem pela Administração Pública, foi possível observar que a cláusula compromissória possui grande papel no contexto do acesso à justiça. Além disso, verificou-se que a avença é capaz de estabelecer repercussões positivas do ponto de vista econômico e financeiro do contrato e que possui relevante papel para a utilização adequada do tempo público. Em adição, é possível afirmar que a inserção do compromisso arbitral nos contratos administrativos está em sintonia com os objetivos e com as tendências da Administração Pública.

Portanto, percebe-se que a inserção da mencionada cláusula corrobora com o atendimento ao interesse público, função primária atrelada à Administração Pública.

Assim, nada obstante não se possa dizer impossível que se atenda ao interesse público por meio do afastamento da cláusula compromissória, tais constatações tornam menos provável a verificação de motivos que deem azo ao afastamento, de modo unilateral, da convenção de arbitragem pela Administração, dadas as possíveis consequências negativas advindas dessa providência.

Neste sentido, considerando que, neste ponto da pesquisa, se está partindo do pressuposto de uma possível incidência da exorbitância na cláusula compromissória – nada obstante não se concorde com ela¹²⁶ – é essencial que se reflita sobre o interesse público no afastamento ou alteração da cláusula compromissória, unilateralmente, pela Administração, quando, e se for possível, for constatada a sua impecuniosidade.

Hipoteticamente pensando, caso se configure a impecuniosidade por parte da Administração Pública¹²⁷, situação em que não haja a possibilidade de renegociação ou qualquer outra forma de custeio das despesas do procedimento, é possível que se verifique um interesse público em afastar ou alterar unilateralmente a cláusula compromissória, dado ser essencial que haja alguma forma, ainda que não a melhor, de se acessar à justiça.

Repise-se que não se concorda com a incidência da exorbitância na cláusula, mas caso haja a sua consideração, não há como negar o interesse público na mudança unilateral do conteúdo da avença ou seu afastamento se não houver saída para que a Administração Pública acesse uma forma de resolução de sua demanda.

Entretanto, é importante que o administrador considere, no caso concreto, todo o interesse público existente na manutenção do compromisso arbitral, atrelado ao acesso à justiça, aos objetivos e tendências da Administração Pública, ao tempo público e, especialmente, ao impacto econômico financeiro inerente à inserção e conservação da cláusula compromissória nos contratos

126 Em razão das conclusões indicadas no item 8.2.1.

127 No próximo item será analisada de forma específica a possibilidade de configuração da impecuniosidade da Administração Pública.

administrativos. Neste sentido, a Administração Pública deve sopesar todos os interesses envolvidos na questão para tomada de decisão sobre alterar ou não o compromisso, caso se compreenda pela aplicação da exorbitância, verificando toda a complexidade da situação.

Ressalte-se que, como já observado, na situação em análise só se pode pensar no afastamento ou na alteração da cláusula se cabalmente comprovada a impossibilidade, no caso concreto, de condições de pagamento das despesas arbitrais da parte, tema que será analisado a seguir.

Por fim, é essencial dar atenção à possibilidade de alteração da cláusula compromissória, sem que haja o afastamento do uso da arbitragem no contexto do contrato administrativo. Reitere-se que, como visto, não se está concordando com a aplicação da exorbitância à cláusula, mas apenas tecendo reflexões sobre a presença do interesse público na alteração unilateral da convenção de arbitragem.

A situação de mudança dos termos da cláusula, como, por exemplo, a redução do número de árbitros encarregados pelo procedimento arbitral ou da mudança da câmara responsável pela administração – que seja mais barata – de modo a permitir que ocorra a arbitragem, se vê como uma medida menos agressiva e que acarreta em um impacto negativo menor do que seu afastamento completo da opção. Neste sentido, observa-se ser mais provável que tal ato se revista de interesse público.

Entretanto, há que se lembrar que esta possibilidade ainda acarreta em insegurança à parte privada, desestimulando-a a contratar novamente com o setor público, o que causa, como visto, impacto econômico financeiro negativo.

Além disso, a providência estabelece mudanças, ainda que menores, na forma imaginada pelas partes de resolução de demandas, o que não é bem-vindo e nem benéfico no contexto de acesso à justiça, vez que as especificidades relacionadas à forma de resolver litígios é feita de acordo com o perfil da relação concreta. De forma ilustrativa, pode-se imaginar, por exemplo, que haja uma economia financeira na promoção de uma arbitragem por um árbitro único. Entretanto,

considerando a complexidade da relação, a presença de três árbitros, que podem, inclusive, possuir formações e conhecimentos técnicos diversos, impede que a demanda seja resolvida com a mesma qualidade por um único julgador.

Feitas estas reflexões acerca do interesse público envolvido nas situações em análise, passa-se a observar a questão da eficácia da cláusula compromissória no cenário dos contratos administrativos frente a uma possível configuração de impecuniosidade da Administração Pública, considerando, especialmente, a posição, dever e prerrogativas que envolvem a sua figura.

8.3 A IMPECUNIOSIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Como visto até este ponto, chegou-se à conclusão de que a cláusula compromissória inserida em um contrato administrativo não pode ser alterada unilateralmente pela Administração Pública, em razão da autonomia da convenção; da regência do instituto da arbitragem pelo direito privado; bem como do exaurimento da discricionariedade do administrador quando da opção pela arbitragem.

Além disso, observou-se que o afastamento ou alteração unilateral da cláusula pela Administração, em termos gerais, não está em consonância com o interesse público, dado o que se estudou sobre o acesso à justiça, sobre as tendências da Administração, bem como sobre os impactos econômicos e financeiros que poderiam advir da providência em análise.

Ficou constatado, contudo, que, hipoteticamente, a declaração de ineficácia superveniente da cláusula compromissória pode vir a ocorrer, caso se comprove cabalmente que a Administração Pública se encontra impossibilitada de arcar com as despesas do procedimento arbitral.

Ressalte-se que a pertinência da presente análise se dá considerando que, nada obstante a legislação ou o contrato administrativo possa prever como dever do particular arcar com

eventuais despesas, é possível imaginar que a parte se negue a realizar tais pagamentos ou mesmo esteja desobrigada, pela própria legislação ou pelo próprio contrato, de arcar com as despesas da parte pública quando esta for a requerente da arbitragem. Desta feita, vê-se importante a presente análise, especialmente em razão da prática que envolve os contratos administrativos.

Neste contexto, verifica-se necessário observar se, assim como a parte privada, seria possível que se configurasse a impecuniosidade da Administração Pública, considerando sua figura, especialmente no que tange à forma como obtém e dispõe de recursos financeiros.

Assim, nada obstante seja possível imaginar dificuldades burocráticas para que o Estado arque com o pagamento das despesas de um procedimento arbitral, é necessário observar, considerando o sistema estatal e sua forma de obtenção e destinação de recursos, se seria possível pensar em situações em que a Administração Pública pudesse alegar uma situação de impecuniosidade e se a sua posição e peculiaridades impactam em uma maior possibilidade de afastamento da eficácia da cláusula arbitral em razão da impecuniosidade.

Entretanto, antes de adentrar especificamente sobre o tema, é interessante esclarecer que a alteração ou rescisão de uma disposição referente a um contrato administrativo pode ser realizada de três formas: unilateralmente, consensualmente ou por um meio heterocompositivo.

O contrato administrativo, como já estudado, pode ser unilateralmente alterado, desde que a questão esteja encoberta pela exorbitância que permite à Administração, com base em sua autoridade, realizar as mudanças sem a anuência da parte privada.

A mudança nos termos contratuais será considerada consensual quando houver um acordo da Administração com a parte privada.

Por fim, é possível que as questões que não possam ou não sejam alteradas unilateralmente, bem como não tenham ou não possam ser objeto de acordo, restem alteradas por um terceiro, por meio do mecanismo judicial ou arbitral.

Dito isso, o que se pretende é tratar especificamente sobre a possibilidade de mudança da cláusula compromissória consensualmente ou por um meio heterocompositivo, especialmente considerando o entendimento de impossibilidade de alteração ou extinção unilateral da avença pela parte pública.

Como amplamente estudado neste trabalho, a consensualidade é uma das marcas da Administração Pública atual e vem sendo reiteradamente estabelecida no contexto público. Prova disso é o crescente número de legislações e normas que vêm sendo criadas e alteradas com o intuito de estabelecer formas autocompositivas de solução de conflitos que envolvam os entes públicos, incluindo a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

Sobre o tema, a mencionada lei estabelece:

Art. 124. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

[...]

II - por acordo entre as partes:

- a) quando conveniente a substituição da garantia de execução;
- b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou do serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;
- c) quando necessária a modificação da forma de pagamento por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado e vedada a antecipação do pagamento em relação ao cronograma financeiro fixado sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;
- d) para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe ou em decorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, que inviabilizem a execução do contrato

tal como pactuado, respeitada, em qualquer caso, a repartição objetiva de risco estabelecida no contrato.

[...]

Art. 138. A extinção do contrato poderá ser:

[...]

II - consensual, por acordo entre as partes, por conciliação, por mediação ou por comitê de resolução de disputas, desde que haja interesse da Administração;

[...]

Art. 151. Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem.

Parágrafo único. Será aplicado o disposto no caput deste artigo às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações. (BRASIL, 2021).

Desta feita, percebe-se que, caso ocorra uma situação de dificuldades financeiras das partes contratantes em instaurar a arbitragem, se vê possível que, por meio de autocomposição, haja um acordo sobre o tema, o que, como visto no capítulo sete, deve ser a primeira opção frente a uma impossibilidade de cumprimento da convenção¹²⁸.

Compreendido isso, é possível dar início à análise do tema central deste item.

Primeiramente, nada obstante se esteja tratando de contratos administrativos que possuem cláusula compromissória, a intervenção

128 Considerando a importância desta solução para o problema da impecuniosidade de uma parte, ela será melhor estudada no item 8.4.1.

de um julgador que acarrete em mudanças da convenção não poderá operar pela via arbitral, mas pelo mecanismo judicial, justamente em razão de se estar em análise uma situação que envolve a falta de condições financeiras da parte para pagar as despesas da arbitragem, o que inviabiliza a instauração de um procedimento arbitral.

Especificamente em relação à possibilidade de configuração da impecuniosidade da Administração Pública, o assunto, em análise superficial, parece remeter a uma inviabilidade de comprovação pela parte pública de impossibilidade financeira, considerando que o Estado possui uma fonte de recursos inesgotável, atrelada à arrecadação tributária, que possui contribuição constante dos administrados.

Entretanto, existem muitas nuances que necessitam ser analisadas antes de se concluir pela impossibilidade de configuração de impecuniosidade da Administração Pública.

Primeiramente, tem-se que as contas públicas e a liberação de recursos públicos são envolvidas por formalidades e burocracias. Neste contexto, “todos os gastos realizados pelo Estado devem constar nas normas orçamentárias, sendo inadmissível a criação de despesa sem dotação específica” (RESENDE, 2019, p. 295).

Como é de se imaginar, as despesas relativas a um procedimento arbitral não possuem previsibilidade, vez que não se sabe se haverá algum litígio que precise ser resolvido, tampouco o momento, a complexidade e valor que envolverá. Desta feita, vê-se impossível estabelecer previamente o montante financeiro que necessitará ser utilizado.

Considerando este cenário, não há como incluir o valor exato, de forma prévia, no orçamento de cada ente, evidenciando-se a necessidade de abertura de crédito adicional para custeio das despesas, sendo vedado o direcionamento de recursos sem a previsão legal, sob pena de responsabilização do gestor público pela ilegalidade¹²⁹.

129 “A Lei Orçamentária Anual (LOA) contém uma pluralidade de créditos orçamentários a serem gastos nos limites por ela fixados. Quando se cogita do orçamento anual, está-se, na verdade, falando de uma norma jurídica que contém autorização para a realização de despesas em vários setores da administração pública (saúde, educação, transporte, segurança pública, mobilidade urbana etc.). O gestor

Os créditos adicionais são classificados como extraordinários, complementares e especiais.

Neste sentido, dispõe o artigo 42 da Lei nº 4.320/1964¹³⁰:

Art. 41. Os créditos adicionais classificam-se em:

I - suplementares, os destinados a refôrço de dotação orçamentária;

II - especiais, os destinados a despesas para as quais não haja dotação orçamentária específica;

III - extraordinários, os destinados a despesas urgentes e imprevistas, em caso de guerra, comoção intestina ou calamidade pública. (BRASIL, 1964).

Sobre o tema, ensina Resende:

público que realizar gasto sem a devida previsão orçamentária, ou em desacordo com ela, ficará sujeito a várias consequências jurídicas, o que poderá abranger autoridades dos três níveis de governo, a começar pelo presidente da República. Para exemplificar, o art. 85, VI, da Constituição Federal tipifica como crime de responsabilidade do chefe do Poder Executivo da União os atos que atentem contra a lei orçamentária. O Decreto-Lei nº 201, de 1967, que dispõe sobre a responsabilidade dos prefeitos e vereadores, caracteriza crime de responsabilidade do prefeito 'ordenar ou efetuar despesas não autorizadas por lei, ou realizá-las em desacordo com as normas financeiras pertinentes' (art. 1º, V). Nesse caso, a autoridade municipal será julgada pelo Tribunal de Justiça (foro comum do prefeito), independentemente do pronunciamento da câmara de vereadores. O art. 10, IX, da Lei Federal nº 8.429, de 1992, determina que constitui ato de improbidade administrativa que causa prejuízo ao erário 'ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento'. A mencionada lei dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional, popularmente conhecida como Lei de Improbidade Administrativa. O art. 359-D do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 1940) tipifica como crime contra as finanças públicas 'ordenar despesa não autorizada por lei'. O dispositivo em questão foi introduzido no Código Penal pela Lei nº 10.028, de 2000. A enumeração desses diplomas legislativos serve para demonstrar a importância da lei orçamentária como instrumento de planejamento do Estado, o qual limita o campo de atuação dos gestores públicos responsáveis pela ordenação de despesas. Vê-se, pois, que realizar gastos sem a necessária autorização legislativa (dotação orçamentária específica) pode trazer sérios problemas para os agentes públicos desavisados." (RESENDE, 2019, p. 302-304).

130 "Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e contrôlo dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal." (BRASIL, 1964).

Ocorre, todavia, que a lei orçamentária, instrumento de planejamento de receita e despesa do Estado, pode conter dotações insuficientes para a execução de determinada política pública ou ser omissa em relação a outra atividade, o que acarreta a abertura de créditos adicionais. No primeiro caso, está-se diante dos créditos suplementares e, no segundo, dos créditos especiais. Além disso, há situações excepcionais, como guerra, comoção intestina e calamidade pública, as quais exigem medidas imediatas do poder público para a solução de problemas imprevisíveis, fato que justifica a abertura de créditos extraordinários, desde que respeitadas as diretrizes constitucionais e legais que norteiam a edição de atos dessa natureza. (RESENDE, 2019, p. 296).

Considerando as classificações observadas, para custeio da arbitragem pela Administração Pública, constata-se que “A solução estaria, em tese, na abertura de crédito adicional especial, com os trâmites atinentes à espécie.” (JUNQUEIRA *et al.*, 2013, p. 308).

O crédito especial, por dizer respeito a valor não previsto na legislação orçamentária, necessita de autorização do órgão legislativo e de decreto do executivo para que seja aberto, conforme estabelece o artigo 42 da Lei nº 4.320/1964: “os créditos suplementares e especiais serão autorizados por lei e abertos por decreto executivo” (BRASIL, 1964).

Além de todas essas formalidades, é essencial que haja recurso disponível para a abertura do crédito especial, dispondo o artigo 43 do referido diploma legal que: “a abertura dos créditos suplementares e especiais depende da existência de recursos disponíveis para ocorrer a despesa e será precedida de exposição justificativa” (BRASIL, 1964).

Outro ponto que merece destaque, diz respeito à limitação estabelecida pelo Regime Fiscal Sustentável, conhecido como Novo Arcabouço Fiscal, criado para substituir as regras da Emenda Constitucional nº 95/2016, a qual introduziu na Constituição Federal

o teto para os gastos público, que limitava por 20 anos o aumento das despesas públicas, irradiando seus efeitos para o Executivo, incluindo todos os entes federativos, bem como ao Legislativo e ao Judiciário.

Assim, primeiramente a mencionada emenda estabeleceu que a disposição de recursos públicos, pelo período indicado, não poderia ultrapassar o valor utilizado no ano anterior, corrigido pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor (IPCA).

Assim, a partir do ano de 2017, as despesas primárias passam a ser corrigidas pelo IPCA acumulado do ano de 2016, estando o aumento dos gastos limitados a ele. Um ponto polêmico e que dividiu opiniões é o de que esta sistemática será replicada nos vinte anos subsequentes, enquanto perdurar este novo regime, isto é, até 2036, o que provocará um impacto durante um longo período dificultando a avaliação de sua eficácia e potencializando seus efeitos. (VAIRÃO JUNIOR; ALVES, 2017, p. 56).

Vairão Junior e Alves (2017) realizaram estudo que demonstra a possibilidade do que se denomina como *shutdown*¹³¹ de serviços de natureza pública, considerando que as despesas no setor não acompanham a correção do índice estabelecido para atualização. Com isso, pode-se extrair que, com o passar dos anos, é provável que a limitação imposta às despesas públicas tornará inviável várias atividades desempenhadas pelo Estado, dada a indisponibilidade de recursos.

Os autores constataam que

[...] a aplicação da metodologia de correção das despesas primárias pelo IPCA resultaria, em cinco anos, na redução de 20% dos gastos primários do governo. Pode-se perceber que as despesas do Estado,

131 Que significa o encerramento (tradução nossa).

no período de 2010 a 2015, experimentaram uma expansão superior ao IPCA, sendo que, em sua grande maioria, as funções cresceram acima do índice, e sua adoção como fator de correção implicaria na redução da capacidade de executar despesas de todas as funções. Cumpre ainda ressaltar que existem Funções que consomem mais recursos do que outras e que, portanto, sofreriam, em termos absolutos, maiores cortes em suas atividades. [...] Ainda considerando que os gastos públicos ocorrem como forma do Governo assistir às diversas necessidades da população, reduzir as despesas progressivamente em termos inferiores ao índice de preços, pode representar em uma restrição contínua do atendimento dos anseios da população nas diversas áreas nas quais o governo pode ser um agente de mudança. (VAIRÃO JUNIOR; ALVES, 2017, p. 72).

Justamente em virtude das questões acima mencionadas, a Emenda Constitucional 126/2022, alterou o conteúdo do teto de gastos, ensejando a criação da Lei Complementar 200/2023 que estabeleceu o Regime Fiscal Sustentável, mais flexível do que a antiga regra, permitindo, em termos gerais, um gasto maior, limitado a 2,5% do crescimento real da economia do ano anterior.

Nos termos da referida lei

Art. 12. Para o exercício financeiro de 2023, os limites individualizados para as despesas primárias e demais operações que afetam o resultado primário, bem como suas respectivas exceções, corresponderão àqueles vigentes no momento da publicação da Lei nº 14.535, de 17 de janeiro de 2023, relativas ao respectivo Poder ou órgão.

§ 1º É vedada a abertura de crédito suplementar ou especial que exceda ao limite total autorizado de despesa primária sujeita aos limites de que trata este artigo. (BRASIL, 2023)

Sendo assim, em razão do Regime Fiscal Sustentável, resta vedada a abertura de créditos especiais e suplementares que aumentem o montante total de despesas autorizadas e limitadas pela Lei Complementar 200/2023.

Compreendidas as questões atinentes às formalidades relacionadas as despesas públicas, passa-se a tratar sobre possibilidade de configuração da situação de impecuniosidade da Administração Pública, de modo a justificar o afastamento ou alteração da cláusula compromissória pelo mecanismo judicial.

Como visto, diante das exigências legais, para que seja possível pagar as despesas da arbitragem, vê-se necessária a abertura de crédito especial que, além do decreto do Executivo, exige autorização do Legislativo, o que acarreta não só na demora de sua liberação, mas também em uma possível inviabilidade por ausência de interesse dos responsáveis ou por indisponibilidade de recursos.

Especialmente considerando a situação econômica e financeira enfrentada pelo setor público, somada às limitações impostas pela Lei Complementar 200/2023, percebe-se que, apesar de a Administração Pública possuir uma arrecadação constante e, portanto, parecer improvável a configuração de impecuniosidade da parte pública, observa-se que, dado o contexto analisado, é possível que, em determinada situação, a Administração Pública se veja impedida de arcar com as despesas de uma arbitragem.

Considerando isso, percebe-se que, assim como no caso do particular, é possível que se configure a impecuniosidade da Administração, cabendo a esta comprovar cabalmente as razões e motivos que impedem a abertura do crédito especial para custeio do procedimento, bem como a ausência de outras soluções que se mostrem capazes de propiciar o pagamento dos valores, como, por exemplo, a realização de empréstimos.

Diante disso, considera-se possível que, judicialmente, a parte pública obtenha uma decisão favorável, no sentido de ser declarada a ineficácia superveniente da cláusula compromissória, ensejando sua alteração e afastamento de forma pontual.

Outro ponto que merece atenção, diz respeito à conveniência da Administração Pública em requerer a providência, mesmo que se mostre possível a comprovação da impecuniosidade.

Como já observado, as ações da Administração Pública devem estar em consonância com o interesse público. Dentro disso, caso se vislumbre a possibilidade de obtenção de recursos no futuro, como, por exemplo, no próximo exercício fiscal, e a demanda pretendida não seja urgente ou esteja prestes a ser atingida pela prescrição ou decadência, pode ser que não seja conveniente à Administração Pública buscar pela declaração de ineficácia da cláusula, em razão da ausência interesse público.

Isso se dá, pois, caso seja necessário, por exemplo, aguardar um ano para processar a demanda pela via arbitral, diante da morosidade e da falta especialidade inerentes ao Judiciário, é possível que seja ainda interessante que se aguarde a liberação de recursos que viabilizem a arbitragem. Desta feita, o interesse público, neste contexto, deve ser sempre analisado pelo administrador, de modo a verificar a conveniência, os prós e os contras da providência.

Por todo exposto, observa-se que, da mesma forma como é possível que se verifique a situação de impecuniosidade do particular, igualmente vislumbra-se, diante do contexto em que está inserida a Administração, que seja comprovada a sua incapacidade para custear o procedimento arbitral.

Ressalte-se que, considerando que tanto no caso do particular, quanto no caso da Administração, seja hipoteticamente possível uma futura superação da fragilidade financeira do contratante, eventual intervenção na cláusula deve ser realizada considerando essa possibilidade, de modo que a adaptação ou o afastamento da cláusula deve ser feito de maneira a não tornar a convenção permanentemente ineficaz.

Entendido esse assunto, passar-se-á, a seguir, a observar possíveis soluções relativas à situação em análise, de forma que, ainda que seja possível a declaração de impecuniosidade da Administração, evite-se a necessidade de intervenção de um terceiro em seu conteúdo.

8.4 POSSÍVEIS SOLUÇÕES

Como observado na introdução deste trabalho, é essencial que os estudos acadêmicos se debrucem sobre reflexões que busquem soluções dos problemas que são objetos de estudo.

Por esta razão, neste último momento da pesquisa, serão observadas algumas saídas para que a impecuniosidade de uma parte não chegue a demandar a propositura de uma ação que vise a declaração de ineficácia da cláusula compromissória.

Assim, a seguir, serão realizados apontamentos sobre a possibilidade da inserção de cláusulas de renegociação nos contratos administrativos, sobre o uso do financiamento por terceiros na arbitragem, bem como sobre questões que envolvem o planejamento da Administração para custeio de arbitragens que possam surgir no contexto da contratação.

8.4.1 CLÁUSULA DE RENEGOCIAÇÃO

Quando se trata de conflitos nas relações contratuais, é comumente analisado o dever de renegociação das partes envolvidas, especialmente quando da necessidade de modificações dos termos contratuais face a situações que modifiquem o cenário em que a relação contratual se estabeleceu.

Neste sentido,

A renegociação contratual tem se consubstanciando, modernamente, em tema que tem ganhado, cada vez mais, a atenção da doutrina, da jurisprudência e, inclusive, das modernas legislações (como, por exemplo, os Princípios *Unidroit* e o Código Europeu dos Contratos). Isso se deve, como vimos, às exigências que as complexas relações contratuais modernas têm exigido, com grande volume de celebração de contratos de execução diferida ou de longa duração,

inclusive internacionalmente, de modo a sujeitar cada vez mais as partes-contratantes às intempéries que o tempo pode ocasionar à execução e ao fiel cumprimento do contrato celebrado, perturbando-lhe as prestações e a base objetiva. (NERY JUNIOR; SANTOS, 2011, p. 12).

Segundo Nery Junior e Santos (2011), nas relações obrigacionais, especialmente aquelas que se prologam no tempo, há a presença dos deveres de cooperação e boa-fé necessários para que a relação se desenvolva, permitindo, assim, o estabelecimento de uma confiança mútua entre os envolvidos. É com base nisso que, diante da perturbação da base objetiva do negócio, surge para as partes o dever de renegociação dos termos inicialmente avençados no negócio jurídico, de modo a viabilizar a continuidade da avença, ainda que, para tanto, sejam realizadas modificações e readequações do que anteriormente foi pactuado.

É relevante ressaltar que a renegociação contratual se estabelece como mecanismo que previne a necessidade de intervenção de um terceiro, juiz ou árbitro, no negócio jurídico. Neste sentido, a resolução da questão de forma consensual pelas próprias partes traz impactos importantes ao desenvolvimento da relação. Isso se dá pelo seguinte: diante da necessidade de modificações nos termos do negócio, a repactuação amigável evita que uma pessoa externa à relação venha a gerir um conflito que, certamente, seria melhor resolvido pelas próprias partes, dado que são elas aquelas que melhor conhecem o contexto e os próprios interesses e possibilidades envolvidos. Ademais, a judicialização ou submissão de demandas à arbitragem envolve custos mais elevados e demandará um tempo maior para resolução do problema quando comparados com formas autocompositivas, como é o caso da negociação.

Neste ponto, realizando um paralelo entre a submissão da demanda a um método heterocompositivo, de modo a operar a revisão

ou resolver um contrato, e a possibilidade de renegociação, tem-se que:

[...] A revisão judicial do contrato e resolução do contrato por onerosidade excessiva – consubstanciam-se em intervenções judiciais nos contratos de execução diferida ou de longa duração, ao passo que o dever de renegociação contratual se traduz em tentativa (esforço efetivo e concreto) das partes-contratantes em buscar uma readequação do contrato, de modo a restabelecer o equilíbrio econômico-jurídico contratual originalmente pactuado entre elas. (NERY JUNIOR; SANTOS, 2011, p. 11).

Ressalte-se que, obviamente, nem sempre a negociação terá um resultado exitoso, sendo possível que, mesmo após a tentativa de resolução consensual da questão, seja necessário utilizar o mecanismo judicial ou arbitral. Portanto,

O dever de renegociar, seja advindo de previsão contratual, seja advindo da obrigação legal, prescreve, sempre, um dever de mútuo esforço das partes -contratantes no sentido de obterem a readequação do contrato, restabelecendo-se o equilíbrio originalmente pactuado. Não estipula, por evidente, a obrigatoriedade de êxito na renegociação, mas apenas e tão somente o esforço – sério (efetivo) e de boa-fé – de renegociar. Trata-se, pois, de um dever de procedimento (dever procedimental ou dever de cooperar para que a readequação seja possível), e não um dever de resultado. Conquanto, evidentemente, esse dever de procedimento seja orientado pelo resultado visado pelas partes (readequação do contrato), sua obrigação é de esforçar-se séria e efetivamente (esforçar-se de boa-fé; tentativa séria) nesse sentido (obrigação de meio), mas não se traduzindo, contudo, em uma obrigação de resultado

(efetivo êxito na renegociação). Impõe-se, assim, uma obrigação de participar ativamente e seriamente das negociações de readequação (comportamento sério e ativo, como, por exemplo, analisar seriamente a proposta do outro, responde-la em tempo hábil, efetuar contrapropostas sérias etc.); em suma, caracteriza-se em dever de renegociar de boa-fé e não em uma obrigação de concluir positivamente o acordo de renegociação. (NERY JUNIOR; SANTOS, 2011, p. 9-10).

Destaque-se que, no que tange ao dever de renegociar, este pode ser extraído da lei, em razão de uma visão de que esta obrigação emana dos deveres de boa-fé e de cooperação, que envolvem as relações contratuais, mas pode ter, também, origem em uma cláusula contratual de renegociação que, quando inserida, torna o dever inquestionável e retira qualquer discussão sobre a existência ou não da obrigação de tentar previamente uma composição da questão.

Neste sentido ensinam Sampaio e Araújo:

Na teoria econômica dos contratos complexos e de longo prazo, a renegociação não é, em si, um problema: antes seria uma consequência inafastável da sua inerente incompletude já acima apontada. Como consequência, a doutrina contemporânea sustenta que, nos contratos relacionais, tão ou mais importantes do que as cláusulas substantivas, são as que estabelecem as formas de sua repactuação ao longo do tempo. De fato, a teoria dos contratos relacionais sugere que, na redação dos contratos, seja priorizado antes o estabelecimento de regras claras sobre o processo de renegociação e preenchimento das suas inevitáveis lacunas do que uma preocupação em disciplinar detalhadamente as situações fáticas com que as partes poderão vir a se defrontar no futuro (tendo em vista os elevados custos de transação, conforme já acima abordado).

Também em decorrência de se tratar de relação duradoura, o histórico da relação contratual assume importância interpretativa, o que seria incompatível com a percepção neoclássica do contrato como elemento instantâneo e estanque. Emerge, assim, a característica da flexibilidade como essencial à própria sobrevivência do contrato. (SAMPAIO; ARAÚJO, 2014, p. 236-237).

A cláusula de renegociação, também denominada pela doutrina como cláusula *hardship*, pode, portanto, conferir maior segurança quanto às obrigações das partes, discriminando as regras de como se desenvolverá a tentativa de composição sobre a alteração dos termos contratuais, como, por exemplo, a forma de início das tratativas; o modo de comunicação entre as partes; bem como os prazos de comunicação e resposta (NERY JÚNIOR; SANTOS, 2011).

Em suma, conforme ensinam Costa e Nusdeo, “as cláusulas de *hardship* preveem a renegociação pelas partes dos termos contratuais, quando a execução houver se tornado inútil ou demasiado onerosa para uma delas, em vista das modificações imprevistas de circunstâncias” (COSTA; NUSDEO, 2011, p. 1).

Desta feita, é possível concluir que, ainda que se considere a renegociação dos termos contratuais um dever das partes diante da mudança da base objetiva do negócio, a inserção de uma cláusula de renegociação no contrato confere maior segurança às partes, vez que retira qualquer dúvida sobre a obrigação, bem como permite um melhor detalhamento acerca da forma como as tratativas serão realizadas.

Compreendido o tema em termos gerais, observa-se necessário contextualizar a questão no âmbito dos contratos administrativos que, mesmo estando envoltos por uma teoria geral contratual – que determina o dever de boa-fé e de cooperação entre as partes – necessitam de uma análise direcionada, dadas as especificidades que o modelo de negócio possui.

Inicialmente, é importante observar o que a Lei de Licitações e Contratos Administrativos estabelece sobre o tema. Neste cenário, pode-se mencionar as disposições inseridas nos artigos 124, 138 e 151 do referido diploma legal:

Art. 124. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

[...]

II - por acordo entre as partes:

a) quando conveniente a substituição da garantia de execução;

b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou do serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;

c) quando necessária a modificação da forma de pagamento por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado e vedada a antecipação do pagamento em relação ao cronograma financeiro fixado sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;

d) para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe ou em decorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, que inviabilizem a execução do contrato tal como pactuado, respeitada, em qualquer caso, a repartição objetiva de risco estabelecida no contrato. [...]

Art. 138. A extinção do contrato poderá ser:

I - determinada por ato unilateral e escrito da Administração, exceto no caso de descumprimento decorrente de sua própria conduta;

II - consensual, por acordo entre as partes, por conciliação, por mediação ou por comitê de

resolução de disputas, desde que haja interesse da Administração;

[...]

Art. 151. Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem.

Parágrafo único. Será aplicado o disposto no caput deste artigo às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações. (BRASIL, 2021).

Analisando os dispositivos acima, é possível observar na legislação que a consensualidade, tendência da Administração, foi destacada no que tange à necessidade de alterações ou extinção do contrato administrativo. Especialmente no que tange ao parágrafo único do artigo 151, observa-se que este indica a possibilidade do uso da conciliação e da mediação – que são métodos autocompositivos e que permitem a negociação entre as partes – para resolver conflitos gerais relacionados a contratos administrativos, desde que digam respeito à direitos patrimoniais disponíveis.

Sampaio e Araújo (2014), realizando uma análise específica do tema no âmbito dos contratos administrativos, acrescentam que a questão da renegociação nesse tipo de negócio deve ser observada com cautela, especialmente considerando que

[...] o princípio da vinculação ao instrumento convocatório – do qual a minuta do contrato é parte inerente – seria incompatível com a ideia de repactuação ao longo do tempo. Mesmo que regras procedimentais fossem previstas para essa revisão

na minuta do contrato submetida à licitação, seria questionável que grandes afastamentos do seu teor inicial pudessem advir desses processos de renegociação sem que surgissem alegações de violação do princípio da vinculação ao edital ou mesmo do julgamento objetivo das propostas.

Nesse cenário, como julgar objetivamente propostas para contratos complexos e de longo prazo; portanto, cuja execução – tendo em vista a literatura sobre contratos incompletos – apresenta probabilidade de precisar ser repactuada ao mesmo tempo? (SAMPAIO; ARAÚJO, 2014, p. 237).

Pelo exposto, segundo os autores supracitados, em razão de um julgamento preliminar, no sentido de ser indevida a repactuação nos contratos administrativos, cria-se uma visão de desconfiança sobre o tema por parte da sociedade e dos próprios administradores. Neste sentido,

Dadas essas dificuldades e o argumento apriorístico – no Brasil, inclusive, por sua força constitucional – de que a licitação constitui o meio adequado para contratações por parte do poder público, as renegociações são vistas com grande desconfiança por parte da sociedade e dos órgãos de controle dos atos administrativos. (SAMPAIO; ARAÚJO, 2014, p. 237).

Entretanto, apesar desses apontamentos, há que se observar que, além da própria legislação que regula os contratos administrativos admitir mecanismos de repactuação,

O caminho da negociação, e não o da imposição, com maior abertura do diálogo sobre as cláusulas que regerão eventual relação jurídica firmada entre Estado e seus administrados, caracteriza uma nova

forma de administrar fundada no consenso e em relações jurídicas que aproximam a Administração e particulares, conferindo a ambos tratamentos mais isonômicos. (FERREIRA NETTO, 2008, p. 32).

Além disso, a prática demonstra que os contratos administrativos acabam por passar por repactuações, especialmente em razão do seu cumprimento a longo prazo, o que frequentemente determina alterações no contrato, dado que, como é de se imaginar, a base em que o contrato foi estabelecido acaba por se alterar com o tempo. Neste sentido, Sampaio e Araújo explicam:

Assim, todavia, esse desconforto não afasta a realidade de que grande parte dos contratos administrativos sofre repactuações e aditivos ao longo de sua vigência. Dados do Banco Mundial apontam que cerca de 30% dos contratos de concessão na América Latina (1980-2000) foram renegociados¹³². A percentual semelhante chegou Eduardo Fiúza¹³³ que, analisando os contratos firmados por meio do Comprasnet entre 2002 e 2007, chegou a um total de 33,6% de renegociações. Conforme acima mencionado, a repactuação não é, em si, um problema, nem pode ser tomada irrefletidamente como uma alegada medida de captura dos respectivos órgãos que as tenham

132 GUASCH, Luis. Granting and renegotiating infrastructure concessions. Doing it right. Washington: The World Bank, 2004 apud SAMPAIO, Patrícia; ARAÚJO, Thiago. Previsibilidade ou resiliência? Notas sobre a repartição de riscos em contratos administrativos. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**, Rio de Janeiro, (Edição Especial): Administração Pública, Risco e Segurança Jurídica, 2014, p. 32.

133 FIUZA, Eduardo. Licitações e governança de contratos: a visão dos economistas. In: SALGADO, Lucia Helena; FIUZA, Eduardo (Org.). **Marcos regulatórios no Brasil: é tempo de rever regras?** Rio de Janeiro: IPEA, 2009. Cap. 8, p. 240-274. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/160817_livro_marcos_regulatorios_tempo_de_rever_regras.pdf. Acesso em: 01 ago. 2012 apud SAMPAIO, Patrícia; ARAÚJO, Thiago. Previsibilidade ou resiliência? Notas sobre a repartição de riscos em contratos administrativos. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**, Rio de Janeiro, (Edição Especial): Administração Pública, Risco e Segurança Jurídica, 2014, p. 32.

autorizado. Podem ser legítimas decorrências da incompletude que é inerente aos contratos complexos e de longo prazo. (SAMPAIO; ARAÚJO, 2014, p. 237).

Desta feita, o que se tem é que, ainda que haja a necessidade de um cuidado maior na renegociação realizada no âmbito dos contratos administrativos, esta vem ocorrendo na prática e se mostra legítima. Neste ponto, percebe-se que, apesar de demandar maior cautela, a alteração consensual dos termos contratuais é possível e muito benéfica à manutenção e desenvolvimento da relação estabelecida, permitindo que o negócio se adapte a mudanças na base contratual.

Neste ponto, de forma a tornar menos inseguro o dever e a possibilidade de alterações consensuais pelas partes contratuais, percebe-se relevante a presença da cláusula de renegociação conteúdo contratual.

Portanto, e em suma, a cláusula de renegociação é de grande relevância para a manutenção da relação estabelecida nos contratos administrativos e permite adaptações dos termos convencionados, de modo a possibilitar a continuidade da execução do contrato, sendo possível e adequado que conste em seu texto, expressamente, o dever das partes de buscar a repactuação dos termos atinentes à cláusula compromissória, de modo a adaptá-la a uma possível situação de impecuniosidade dos envolvidos, evitando-se, assim, o cerceamento de acesso à justiça, bem como a necessidade de judicialização do tema.

8.4.2 O FINANCIAMENTO POR TERCEIROS NA ARBITRAGEM

Passa-se, agora, a observar a possibilidade do uso do financiamento por terceiros na arbitragem, denominado na língua inglesa como *third party funding* (TPF), de forma a estudar o seu uso como forma de contornar a situação de impecuniosidade de uma parte, considerando as especificidades dos contratos administrativos.

Primeiramente, é importante que se façam alguns esclarecimentos acerca do negócio sob análise.

A definição do que se entende por financiamento por terceiros não possui homogeneidade, considerando a ampla possibilidade de configuração contratual do negócio. Henriques indica, contudo, traços que são comuns nesse tipo de negócio:

Em suma, os modelos de negócio do financiamento de litígios por terceiros são tudo menos homogêneos e a dinâmica imposta pelos respectivos agentes está longe de se encontrar em marcha lenta de modo que, para o que agora nos interessa, apenas poderemos apontar um traço tendencialmente comum neste modelo de negócio: trata-se de um investimento numa ação (judicial ou arbitral) contra uma retribuição que tendencialmente constituirá uma fracção dos resultados (dos “proceeds”) auferidos pelo financiado. (HENRIQUES, 2015, p. 580-581).

Segundo Ferro,

O financiamento de terceiro é um fenômeno já consolidado em arbitragens internacionais, denominado *third party funding*, ou simplesmente, “TPF”. Surgido em relação a processos judiciais, o TPF encontra campo fértil em sede de arbitragens internacionais. No Brasil, ainda não há registro sobre a intensidade e a forma de aplicação do TPF, sendo, porém, tão certo quanto a morte e os impostos, que, em breve, o tema frequentará as arbitragens domésticas, não somente pela atualidade da sua aplicação, mas também em razão dos expressivos valores em disputa, notadamente em casos envolvendo matéria societária e infraestrutura. (FERRO, 2013, p. 623).

Para Beraldo,

Pode-se conceituar esse negócio como um contrato pelo qual uma pessoa, quase sempre um terceiro em relação à convenção de arbitragem (financiador), financiará os gastos de uma outra pessoa (financiado) com o processo arbitral, tais como taxas de instauração e de manutenção da arbitragem, honorários do árbitro, advocatícios (contratuais e sucumbenciais), do perito. O valor pode ser para cobrir todos esses dispêndios ou apenas parte deles. Em contrapartida, o financiador receberá, do financiado, caso este logre êxito na demanda arbitral, um percentual ou valor previamente fixado sobre aquilo que ele vier a receber. (BERALDO, 2014, p. 145).

No caso de derrota, considerando o risco inerente a essa modalidade de negócio, o financiado não terá o dever de pagar nenhum montante ao financiador.

Segundo Beraldo (2014), o financiamento por terceiros surgiu a partir da verificação por algumas pessoas, físicas ou jurídicas, da possibilidade de lucrar com procedimentos arbitrais. De acordo com o autor, antes mesmo da ocorrência desse tipo de negócio no âmbito da arbitragem, tem-se que esse já ocorria no contexto das demandas judiciais.

Cremades (2012) lembra que os altos riscos envolvendo o financiamento por terceiros afastam alguns tipos de investidores. Contudo, considerando que os possíveis ganhos podem ser também muito altos, existem aqueles que veem no TPF uma boa oportunidade de investimento.

Se o financiado perder, o financiador também perderá o investimento. No entanto, se o pedido for bem sucedido, seja no processo de conhecimento ou na fase liquidação, o financiador receberá uma parcela ou porcentagem do valor recebido pelo financiado. Os investidores tradicionais podem considerar esses tipos de negócio como de “alto risco” porque

eles não têm a capacidade de avaliar o resultado do caso e quando isso ocorrerá. Além disso, não há pagamentos intermediários para cobrar, não sendo possível o adiantamento daquilo que se investiu. Assim, aqueles que financiam litígios assumem riscos que os investidores tradicionais não estão dispostos suportar a fim de receber uma porcentagem substancial no êxito do financiado quando o caso for resolvido. Tal como acontece com muitos outros negócios de capital de risco, às vezes os investimentos serão perdidos, mas os investimentos bem-sucedidos resultarão em lucros consideráveis (compensando perdas nos investimentos mal sucedidos, além de proporcionar margens positivas).¹³⁴ (CREMADES, 2012, p. 156, tradução nossa).

Nas palavras de Bertrand (2011), o financiamento de terceiros é geralmente estruturado e operado como fundos de investimento. Dessa forma, o fundo arrecada valores dos investidores, utilizando-os pra financiar procedimentos arbitrais com pedidos que tenham bons fundamentos e, geralmente, de rápido retorno, recebendo, quando da condenação, parte do êxito. Caso não haja êxito, o fundo não terá que receber nada do financiado e, dependendo das disposições contratuais, poderá ter que arcar com parte ou toda a condenação, caso exista, da parte financiada.

É relevante lembrar que, nada obstante se esteja observando a situação de uso do TPF por aqueles que não possuem condições

134 If the funded litigant loses, the funder will lose the investment. However, if the claim is successful, either in litigation or settlement, the funder will receive a portion or percentage of the recovery. Traditional lenders may consider these types of loans too “high risk” because they do not have the ability to assess the outcome of the case, the maturity date is unknown, and there are no interim payments to collect on the cash advance. Thus, litigation finance companies assume risks that traditional lenders are unwilling to take because they stand to gain a substantial percentage of the litigant’s recovery when the case is settled or is won. As with many other venture capital businesses, sometimes investments will be lost, but the successful investments will result in considerable profits (offsetting losses in the unsuccessful investments, as well as providing beneficial margins).

financeiras de arcar com as despesas do procedimento arbitral, é possível, e não se ignora a hipótese, que o negócio seja utilizado por aqueles que possuem capacidade de custear a arbitragem, mas que optam por mitigar os riscos envolvidos com uma demanda, fazendo uso desse tipo de financiamento.

Ainda, pode-se imaginar outras razões para que uma parte tenha interesse em financiar uma demanda.

Trata-se em qualquer caso de um problema de acesso ao direito e à justiça. Mas não é só a impecuniosidade que justifica o aparecimento deste modelo de financiamento de litígios. Também preocupações de gestão de tesouraria ou de aplicações de recursos financeiros podem tornar mais apetecível o recurso ao financiamento de litígios por terceiros. A realização imediata de uma entrada de caixa como produto de um financiamento da acção também forma parte das razões que estão na base do recurso a este modelo. (HENRIQUES, 2015, p. 574).

Pelo exposto, dentro do que interessa ao presente estudo, o financiamento por terceiros se vê como uma forma de contornar a situação de fragilidade da parte contratual, permitindo a conservação do pactuado entre os contratantes, sendo considerado um mecanismo capaz de sanar situações em que se configure a impecuniosidade de uma parte, permitindo o acesso ao método de solução de conflitos pactuado entre os envolvidos.

Compreendido isso, vê-se necessário observar o tema do ponto de vista dos contratos administrativos.

Entretanto, antes de se adentrar ao tema em específico, é importante ressaltar que, quanto ao uso do financiamento por terceiros pelo particular, considerando este ser livre para contratar e dispor de seus bens, não se vislumbra nenhum óbice para o uso do financiamento, ficando a parte livre para pactuar este tipo de negócio.

Nada obstante esta compreensão, alguns pontos merecem reflexão quanto à confidencialidade que envolve o contrato de financiamento, o que será observado logo após as reflexões sobre a possibilidade do uso do negócio pela Administração Pública.

8.4.2.1 A POSSIBILIDADE DO USO DO FINANCIAMENTO POR TERCEIROS NA ARBITRAGEM PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Como já se observou, a Administração Pública não possui a mesma liberdade atrelada aos particulares. Neste sentido, esta figura deve ter especial cuidado no que tange ao uso dos bens públicos, vez que estes, apesar de serem por ela tutelados, são de titularidade do povo, o que determina limitações ao tema.

Como constatado, o financiamento por terceiros diz respeito a um negócio jurídico avençado em que, geralmente, se convencionou que, ao final do procedimento, em caso de êxito da parte financiada, o financiador fará jus a uma parte do valor de condenação da parte contrária. Assim, é importante verificar se essa situação é compatível com a figura da Administração Pública, justamente em razão da forma como os seus bens jurídicos são tutelados.

Além disso, é necessário analisar se há a possibilidade, do ponto de vista legal, da Administração contratar este tipo de negócio, sendo necessário refletir o tema frente ao princípio da legalidade.

Primeiramente, é relevante compreender se o financiamento por terceiros se configura como uma operação de crédito, vez que esta observação é essencial para verificar as formalidades necessárias à concretização do negócio, bem como sobre as normas a que se submetem a questão.

A Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei Complementar nº 101/2000¹³⁵, define operação de crédito no inciso III de seu artigo 29, conforme demonstrado a seguir:

135 “Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências.” (BRASIL, 2000).

Art. 29. III - operação de crédito: compromisso financeiro assumido em razão de mútuo, abertura de crédito, emissão e aceite de título, aquisição financiada de bens, recebimento antecipado de valores provenientes da venda a termo de bens e serviços, arrendamento mercantil e outras operações assemelhadas, inclusive com o uso de derivativos financeiros; (BRASIL, 2000).

Vê-se necessário, portanto, estudar as características e classificação do contrato que estabelece o TPF, de modo a observar seu enquadramento como operação de crédito.

Para Beraldo (2014), o contrato de financiamento por terceiros pode ser caracterizado como: 1) atípico, por não ser previsto na legislação brasileira com uma espécie de contrato; 2) misto, por ter características do contrato de mútuo e de doação; 3) real, por exigir a tradição de coisa, no caso, o dinheiro, para se aperfeiçoar; 4) aleatório, em razão da prestação incerta do financiado, que dependerá de evento futuro, ou seja, o sucesso ou o insucesso na arbitragem; 5) unilateral, por ter apenas o financiado obrigação de pagar ao financiador no caso de êxito; 6) complexo, porque pode ser gratuito ou oneroso, a depender do resultado da arbitragem; 7) de execução combinada, vez que parte do dinheiro relativo ao financiamento será entregue no início do procedimento e o restante, a depender do caso, no curso do desenrolar do procedimento; e 8) negociável, por ser fruto do que as partes definirem no processo de negociação dos termos contratuais.

O autor supracitado lembra que a classificação mencionada é geral, podendo ser modificada de acordo com as particularidades de cada negócio estabelecido.

Para Wald (2016), trata-se de um contrato atípico, relativo a um financiamento *sui generis*, com alguns aspectos de *joint venture*¹³⁶ entre

136 De acordo com Moraes, as associações que se configuram como *joint venture* “[...] seriam negócios ou empreendimentos entre duas ou mais pessoas com o objetivo de realização de um projeto individualizado e definido, tendo como elementos necessários i) um acordo expresso ou implícito; ii) um propósito comum a ser

o financiador e o financiado. Neste sentido, o financiador entrega recursos para custear parcialmente ou totalmente o processo, sem direito ao reembolso dos valores no caso de derrota da arbitragem. Caso o financiado saia vencedor, os contratantes dividem, nos termos estabelecidos, o valor recebido com o êxito da demanda.

O contrato de financiamento por terceiros não deve ser confundido com aquele referente a uma cessão de créditos, tendo em vista que, na cessão de créditos, o cedente não mais faz parte da relação, sendo substituído pelo cessionário, o que não ocorre no referido negócio. Além disso, a cessão de créditos se estabelece, em geral, após o proferimento da decisão judicial ou arbitral, ao contrário do TPF que, em regra, ocorre antes desse evento (WALD, 2016).

Beraldo (2014) também entende não poder o contrato de TPF ser confundido com uma cessão de direitos, ou seja, com a compra do direito de propor um litígio, tampouco deve ser observado como um contrato de seguro contra o surgimento de eventual lide. No caso do contrato de seguro, tem-se uma situação jurídica na qual se estabelece a transferência do risco de um possível dano futuro, denominado sinistro, a partir do pagamento de um valor, que é denominado como prêmio. Não é esse o caso do financiamento por terceiros.

Casado Filho (2014) lembra que não se deve comparar o financiamento por terceiros com o contrato de mútuo ou empréstimo. Trata-se de uma relação com natureza de investimento, na qual o investidor assume o risco do processo, sendo possível a perda de todo o valor investido, caso se configure total insucesso da demanda. Neste sentido, não deve ser encarada como uma atividade financeira.

Dessa forma, o TPF diz respeito a um contrato em que o financiador só auferirá lucro, caso haja êxito na demanda proposta pelo financiado, caracterizando-se como um contrato atípico e peculiar de investimento, não devendo ser confundido com outros contratos típicos estabelecidos na legislação brasileira, como o de empréstimo ou de seguro.

realizado pelos parceiros; iii) o compartilhamento de lucros e prejuízos; iv) e a divisão igualitária do controle entre os membros” (MORAES, 2012, p. 44).

Lembre-se que os contratos atípicos, como é o caso dos contratos de TPF, são aqueles que regulam “relações negociais menos comuns, *ou sui generis*, mais ou menos empregadas na sociedade, mas não descritas ou especificadas na lei” (VENOSA, 2008, p. 395).

Desta feita, tem-se que o contrato de financiamento por terceiros não se enquadra em nenhuma das operações indicadas no artigo 29, inciso III, da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Entretanto, observa-se que o dispositivo menciona a possibilidade de enquadramento de outras operações assemelhadas. Desta feita, cabe tecer algumas observações para verificar se o contrato relativo ao TPF possui alguma semelhança com elas.

Primeiramente, é necessário compreender que a norma em análise trata de situações que têm como nota comum a assunção de um compromisso financeiro que compromete recursos, o que, por óbvio, acarreta em uma preocupação do ponto de vista público.

O contrato relativo ao financiamento por terceiros não diz respeito a um compromisso financeiro, mas a uma forma de compartilhamento de êxito e risco entre o financiador e o contratante. Isso se dá, especialmente, considerando que, caso a parte seja derrotada na arbitragem, ela nada deverá pagar ao financiador que investiu na demanda. Neste contexto, o recebimento de qualquer quantia do financiador ocorrerá ao final do procedimento apenas se houver êxito por parte da Administração Pública, assemelhando-se, assim, mais com a contratação de um seguro do que uma operação de crédito.

Dessa forma, não parece ser possível enquadrar o financiamento por terceiros como uma operação de crédito, até mesmo em razão de não se estabelecer, por meio dele, o comprometimento real de recursos públicos, vez que o valor só será recebido pelo financiador no futuro e se houver êxito. Muito ao contrário, o negócio permite que recursos públicos não sejam comprometidos com as despesas da arbitragem, havendo uma contraprestação somente em caso de sucesso da demanda.

Pelos mesmos argumentos, não se pode imaginar que, com a contratação, a Administração esteja dispondo de um bem público, especialmente em razão do êxito não existir no momento da concretização da relação contratual. Ademais, se se é possível a contratação de seguros pela Administração Pública, que correspondem a um comprometimento de valores que visam a diluição e compartilhando de riscos com a seguradora, não parece ser adequado entender pela incompatibilidade da providência em razão da indisponibilidade dos bens públicos e com o interesse da coletividade.

Quanto à necessidade de licitação para contratar com o financiador, observa-se possível a dispensa do procedimento, de forma análoga ao que ocorre no caso de contratação direta de advogados especializados ¹³⁷, bem como da câmara de arbitragem responsável pela administração do procedimento.

Sobre o tema, a Lei de Licitações e Contratos Administrativos indica o seguinte:

Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de:

[...]

III - contratação dos seguintes serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação:

- a) estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos ou projetos executivos;
- b) pareceres, perícias e avaliações em geral;
- c) assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;
- d) fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;

137 Sobre a possibilidade de contratação direta de advogado especializado, recentemente o STF se posicionou a favor da constitucionalidade da providência, no contexto da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 45.

- e) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;
- f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;
- g) restauração de obras de arte e de bens de valor histórico;
- h) controles de qualidade e tecnológico, análises, testes e ensaios de campo e laboratoriais, instrumentação e monitoramento de parâmetros específicos de obras e do meio ambiente e demais serviços de engenharia que se enquadrem no disposto neste inciso; (BRASIL, 2021c).

Diante da norma legal, depreende-se que o financiamento se enquadra, considerando os serviços técnicos especializados inerentes ao TPF, na alínea “c” e “e” acima indicadas. Isso se dá considerando que, nada obstante o contrato diga respeito a um investimento de valores, obviamente o financiador não se arriscará sem interferir na condução da causa, vez que ele busca o êxito da demanda. Desta feita, fica patente a pessoalidade que envolve a relação entre financiador e financiado.

No que tange à questão da permissão legal para o uso do TPF pela Administração, não há norma expressa que trate especificamente sobre o tema.

Em uma análise superficial, poder-se-ia imaginar que restaria inviabilizado o uso desse negócio pela Administração. Entretanto, como já foi estudado nesta pesquisa, o princípio da legalidade, que recai sobre os atos do administrador, é visto hoje de forma mais flexível, especialmente considerando a multiplicidade de funções exercidas pelo Estado. Neste sentido,

[...] ante à comentada complexidade das funções administrativas hodiernamente e, bem assim, à multiplicidade de interesses públicos em jogo, o mecanismo consensual clássico de subsunção vinculada da Administração Pública ao comando

legal expesso torna-se inviável, de maneira que a legalidade estrita cederia espaço à aplicação direta, pelos agentes públicos, da Constituição, por meio do recurso à ponderação de princípios, regras e interesses públicos envolvidos, com o objetivo de se optar pelas vias mais favoráveis ou menos gravosas à sociedade sobre um caso concreto. (MONTEIRO, 2012, p. 4).

Neste contexto, é relevante mencionar a compreensão de Binenbojm acerca da juridicidade inerente ao âmbito administrativo. O autor ensina que:

[...] o aumento significativo do grau de complexidade das relações econômicas e sociais que vieram a demandar a pronta intervenção e ordenação do Estado passaram a não mais caber dentro da lentidão e generalidade do processo legislativo formal [...] À crise da lei formal corresponde um processo de constitucionalização do direito administrativo. Deve ser a constituição, seus princípios e especialmente seu sistema de direitos fundamentais, o elo de unidade a costurar todo o arcabouço normativo que compõe o regime jurídico administrativo. A superação do paradigma da legalidade administrativa só pode dar-se com a substituição da lei pela Constituição como cerne da vinculação administrativa à juridicidade. Tal postura científica assenta a superação do dogma da imprescindibilidade da lei para mediar a relação entre a Constituição e a Administração Pública. Com efeito, em vez de a eficácia operativa das normas constitucionais – especialmente as instituidoras de princípios e definidoras de direitos fundamentais – depender sempre de lei para vincular o administrador, tem-se hoje a Constituição como fundamento primeiro do agir administrativo. (BINENBOJM, 2008, p. 353).

No que tange ao TPF, vislumbra-se grande interesse público em seu emprego pela Administração, vez que possibilita o uso de um método eficiente de solução de conflitos – a arbitragem – sem o dispêndio inicial de recursos públicos para tanto, sendo devido o pagamento ao financiador apenas em caso de êxito. Desta feita, os valores que seriam utilizados em uma arbitragem, e que poderiam quedar infrutíferos diante de uma derrota da Administração, são assegurados por esse tipo de negócio, permitindo, assim, a mitigação de riscos no emprego de valores de titularidade pública. Tal proposta, em última análise, se estabelece como forma eficiente de alocação de recursos, na medida em que o Poder Público poderá utilizá-los para investir em outras áreas, justificando-se a contratação que, como visto, não compromete previamente o orçamento público, o que demonstra ser conveniente, especialmente considerando o contexto atual brasileiro de crises e dificuldades orçamentárias vividas pelo Estado.

Neste sentido, pode-se afirmar que o uso do TPF está em consonância com a eficiência no uso dos recursos públicos, se mostra proporcional à situação apresentada, está em consonância com o interesse público e garante o acesso à justiça, tão importante para a Administração Pública, justificando-se, assim, a realização do financiamento por terceiros nesta seara.

De toda forma, e por fim, mesmo diante dessa análise geral sobre o tema que constata a juridicidade quanto ao uso do TPF pela Administração Pública, bem como a possibilidade de contratação direta do negócio, para que não paire nenhuma insegurança sobre o tema, seria de grande relevância o estabelecimento de uma legislação expressa sobre o assunto, de modo a fomentar e permitir, de maneira incontroversa, o uso do mecanismo no setor público, o que, como visto, tem o potencial de beneficiar a atividade administrativa.

8.4.2.2 QUESTÕES SOBRE A CONFIDENCIALIDADE DO FINANCIAMENTO POR TERCEIROS NA ARBITRAGEM EM ARBITRAGENS ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Como mencionado, existem discussões no que tange à confidencialidade envolvendo o financiamento por terceiros na arbitragem. São elas: a quebra de sigilo e a concessão de informações para o pretense financiador; e a confidencialidade do contrato de financiamento por terceiros e o dever de revelação.

No que tange ao primeiro tema, discute-se se é possível que a parte, interessada em fazer o uso do financiamento, forneça informações ao financiador sobre o conflito e a arbitragem, sem que esta seja responsabilizada por quebra de sigilo. Ocorre que, considerando a publicidade que envolve os contratos administrativos e as arbitragens em que participam a Administração Pública, o tema perde relevância, vez que não há que se falar em quebra de sigilo neste contexto. Portanto, não há a necessidade de avaliar a questão nesta pesquisa¹³⁸.

Já em relação a análises atinentes à confidencialidade do contrato de financiamento por terceiros e o dever de revelação da parte, este ponto merece observações, o que se fará a seguir.

Lévy e Bonnan (2013) ensinam que, em regra, o contrato de TPF possui cláusula de confidencialidade. Com isso, a parte poderia se ver em uma situação difícil. Ao mesmo tempo em que teria o dever de revelar aos demais envolvidos na resolução da demanda a existência do financiamento, teria também a obrigação de manter sigilo sobre a existência do financiamento.

O dever de revelação, em regra, é direcionado aos árbitros, e essa obrigação diz respeito a informar, no que tange à sua relação com

138 Para aprofundamento sobre o tema, consultar SARAIVA, Mariana de Souza. **O financiamento por terceiros na arbitragem e o acesso à justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019 e CARDOSO, Marcelo Carvalho Engholm. **Arbitragem e financiamento por terceiros**. São Paulo: Almedina, 2020.

as partes, aquilo que o profissional sabe ou tem condições de saber, a partir de uma pesquisa feita de maneira razoável (FERRO, 2013).

Entretanto, no contexto do financiamento por terceiros, o árbitro pode não saber, caso a parte financiada não informe, sobre a existência de um TPF, de modo a possibilitar a sua revelação sobre eventual relação existente entre si e o financiador da demanda.

Nesse caso, questiona-se se a parte teria o dever de informar sobre a existência do financiamento, com o intuito de permitir ao árbitro o exercício adequado do seu dever de revelação.¹³⁹

Por outro lado, e dentro desse dever de informação sobre a existência do financiamento, interroga-se se a parte contrária teria o direito de saber sobre o negócio, vez que a existência de um financiador poderia alterar os interesses envolvidos na demanda e a postura da parte diante do procedimento.

De acordo com Wald, a doutrina diverge quanto à forma que exigiria a informação a respeito do financiamento. Há, segundo o autor, o entendimento de que essa exigência deveria constar dos regulamentos de arbitragem das câmaras. Além disso, existe a compreensão de que a própria convenção arbitral deveria tratar sobre o tema de informação expressa (WALD, 2016).

Lembre-se que não há na legislação brasileira nenhuma imposição legal específica que determine o dever de informar sobre a existência de um investidor. Neste sentido, vê-se necessário observar se, dentre os deveres referentes à postura das partes em uma arbitragem, há algum que indique a necessidade de revelação sobre o TPF.

Ferro (2013) ensina que, com a existência do TPF, o resultado da arbitragem possui repercussão na esfera de interesses de outra pessoa

139 No Brasil, o dever de revelação dos árbitros está insculpido no artigo 14, § 1º, da Lei nº 9.307/1996: “Art. 14. Estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil. § 1º As pessoas indicadas para funcionar como árbitro têm o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência.” (BRASIL, 1996).

que, nada obstante não seja formalmente parte, obterá vantagens a partir do êxito daquele que financia. O terceiro financiador não é parte do processo, mas deve ser considerado como se parte fosse, do ponto de vista de revelação dos árbitros, assim como já é entendido nos casos de terceiros integrantes de mesmo grupo econômico do qual participa a parte.

Parece-nos que a solução deva ser a mesma em se tratando da análise da independência do árbitro quando presente relações contratuais entre a parte e o terceiro financiador, que torna este último diretamente interessado no resultado do processo. Com efeito, o que justifica a falta de independência do árbitro quando se trata de parte e terceiros integrantes de mesmo grupo econômico é a convergência de interesses decorrentes da unicidade de controle. Tal convergência de interesse também se verifica na relação entre financiador e a parte financiada, e de maneira ainda mais intensa, como já dito, a remuneração do primeiro só existirá se houver êxito na segunda. (FERRO, 2013, p. 627).

Entendendo-se, nesse sentido, que, do ponto de vista de revelação dos árbitros, o terceiro financiador deve ser considerado como parte, Ferro (2013) lembra que existe, para as partes, um dever de cooperação no sentido de fornecer aos árbitros os elementos necessários para que sua obrigação de revelação seja devidamente cumprida. Em outras palavras, as partes devem conceder aos árbitros as informações necessárias para que seja possível verificar se há, e em qual grau, algum motivo de revelação que possa, inclusive, ensejar na opção por declinar do convite para figurar como julgador da demanda.

Neste sentido, extrai-se que “a existência de um financiamento pode ser relevante para a validade da constituição do Tribunal Arbitral, considerando que as partes podem estar sendo financiadas por um

terceiro que possua conflitos de interesses com os árbitros”¹⁴⁰ (LÉVY; BONNAN, 2013, p. 80, tradução nossa).

É difícil imaginar que a parte contrária ou qualquer envolvido no procedimento fique sabendo da existência do financiamento, caso essa informação não seja dada espontaneamente por aquele que é financiado. Contudo, caso a informação venha à tona, seja de qual forma for, no meio do desenvolvimento do procedimento, e estando algum dos árbitros impedidos de atuar no caso em virtude de possuir relação com o financiador, todo o procedimento poderia ser prejudicado, afetando, inclusive, a validade da sentença arbitral, criando uma “grande margem para a nulidade com base no artigo 32, II, da Lei nº 9.307 de 1996” (FERRO, 2013, p. 631). Acrescente-se a isso a possibilidade de enquadramento, também, no inciso VIII do referido artigo¹⁴¹, bem como o parágrafo 2º do artigo 21 do mencionado diploma legal¹⁴².

Em adição, Ferro (2013) lembra que o artigo 422 do Código Civil se aplica às convenções de arbitragem, devido à sua natureza contratual. O dispositivo afirma o princípio da boa-fé nesse tipo de instrumento jurídico, determinando: “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé” (BRASIL, 2002b). Portanto, as partes devem se portar de forma a garantir um resultado útil e satisfatório da arbitragem, agindo de maneira a não atrasar ou prejudicar a sentença arbitral.

De modo correlato, Lévy e Bonnan (2013) sustentam que as partes na arbitragem possuem o dever geral de boa-fé, especialmente

140 The funding agreement may be relevant for the valid constitution of the tribunal, since one of the parties could be funded by a third-party funder with which one of the arbitrators has a conflict of interest.

141 “Art. 32. É nula a sentença arbitral se: [...] II - emanou de quem não podia ser árbitro; [...] VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.” (BRASIL, 1996).

142 “Art. 21. § 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.” (BRASIL, 1996).

considerando as regras gerais de adequada postura das partes em um procedimento.

Ressalte-se que o dever de boa-fé inclui, como já observado nesta pesquisa, deveres anexos, implícitos à relação negocial, como o de lealdade e informação, que remetem ao dever de cooperação que deve se estabelecer entre os contratantes.

Neste sentido:

Conquanto impossível – tecnicamente – definir a boa-fé objetiva, pode-se, contudo, indicar, relacionalmente, as condutas que lhe são conformes (valendo então a expressão como forma metonímica de variados modelos de comportamento exigíveis na relação obrigacional),⁴³ bem como discernir funcionalmente a sua atuação e eficácia como (i) fonte geradora de deveres jurídicos de cooperação, informação, proteção e consideração às legítimas expectativas do alter,⁴⁴ copartícipe da relação obrigacional; (ii) baliza do modo de exercício de posições jurídicas, servindo como via de correção do conteúdo contratual, em certos casos, e como correção ao próprio exercício contratual; e (iii) como cânone hermenêutico dos negócios jurídicos obrigacionais.⁴⁵ Ao assim atuar funcionalmente, a boa-fé serve como pauta de interpretação, fonte de integração e critério para a correção de condutas contratuais (e, em certos casos demarcados em lei, inclusive para a correção do conteúdo contratual). (MARTINS-COSTA, 2018, p. 35).

Especialmente no que tange ao dever de informação, pode-se afirmar que “o princípio da boa-fé é chamado a atuar via atividade de integração contratual também por meio de deveres informativos” (MARTINS-COSTA, 2018, p. 380).

Outro ponto que pode ser relevante para compreensão da situação diz respeito às diretrizes da *International Bar Association*

(IBA) sobre conflito de interesses, publicadas em 2004 e revisadas em 2014. As *guidelines* da IBA têm sido frequentemente utilizadas pela comunidade arbitral em todo o mundo quando questões complexas têm que ser resolvidas. Trata-se de uma *soft law*¹⁴³ amplamente utilizada na arbitragem.

Quando o assunto é revelação dos árbitros, as regras da IBA vêm sendo mencionadas, principalmente, dentro de contextos internacionais. Sobre os deveres das partes, há um item de relevância, nas mencionadas *guidelines*, que contempla a situação em que uma parte é financiada. É o item 7:

(7) Dever das Partes e do Árbitro (a) Uma parte deve informar a um árbitro, ao Tribunal Arbitral, às outras partes e à instituição de arbitragem ou outra autoridade competente (se houver) sobre qualquer relação, direta ou indireta, entre o árbitro e a parte (ou outra companhia do mesmo grupo de companhias, ou um indivíduo que tenha a influência de controle sobre a parte na arbitragem), ou entre o árbitro e qualquer pessoa ou entidade com um interesse econômico direto no prêmio a ser entregue por meio da arbitragem ou com um dever de indenizar uma das partes por ele. A parte deve fazê-lo por sua própria iniciativa na primeira oportunidade. (b) Uma parte deve informar ao árbitro, ao Tribunal Arbitral, às outras partes e à instituição de arbitragem ou outra autoridade competente (se houver) sobre a identidade de seu advogado que aparecerá na arbitragem, bem como sobre qualquer relação, incluindo adesão às mesmas câmaras de advogados, entre seu advogado e o árbitro. A parte deve fazê-lo por sua própria iniciativa, na primeira oportunidade e em qualquer mudança na sua equipe de advogados. (c) Para cumprir a Norma Geral 7(a), a parte deve realizar questionamentos razoáveis e fornecer qualquer informação relevante

143 *Soft law* é a norma não cogente que, de forma diversa da *hard law* ou norma cogente, é considerada facultativa.

à sua disposição. (d) Um árbitro está obrigado a fazer questionamentos razoáveis para identificar qualquer conflito de interesses, bem como quaisquer fatos ou circunstâncias que podem razoavelmente dar ensejo a dúvidas como as relativas a sua imparcialidade ou independência. A ausência de divulgação de um conflito não é justificada pela falta de conhecimento, se o árbitro não realizar tais questionamentos considerados razoáveis. Explicação da Norma Geral 7: (a) Requer-se das partes que divulguem qualquer relação com o árbitro. A divulgação de tais relações devem reduzir o risco de um desafio sem mérito à imparcialidade ou à independência de um árbitro, baseado em informação obtida após a nomeação. O dever de divulgação das partes de qualquer relação, direta ou indireta, entre o árbitro e a parte (ou outra companhia do mesmo grupo de companhias, ou um indivíduo que tenha a influência de controle sobre a parte na arbitragem) foi estendido a relações com pessoas ou entidades que tenham um interesse econômico direto no prêmio a ser entregue por meio da arbitragem, tais como uma entidade que forneça financiamento para a arbitragem ou tenha um dever de indenizar uma parte pelo prêmio. (b) Advogado que apareça na arbitragem, nomeadamente, as pessoas envolvidas na representação das partes na arbitragem devem ser identificadas pelas partes na primeira oportunidade. O dever de divulgação da parte da identidade do advogado que apareça na arbitragem estende-se a todos os membros da equipe de advogados daquela parte e surge desde o início dos procedimentos. (c) para satisfazer seu dever de divulgação, requer-se das partes que investiguem qualquer informação relevante que esteja razoavelmente à sua disposição. Além disso, requer-se de qualquer parte em uma arbitragem, desde o início e de forma contínua durante todos os procedimentos, que faça um esforço razoável para verificar e divulgar informação disponível que, aplicando a

Norma Geral, possa afetar a imparcialidade ou a independência do árbitro. (d) Para satisfazer seu dever de divulgação sob as Diretrizes, requer-se que os árbitros investiguem qualquer informação relevante que esteja razoavelmente à sua disposição. (INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION, 2014, tradução nossa)¹⁴⁴.

144 (7) Duty of the Parties and the Arbitrator (a) A party shall inform an arbitrator, the Arbitral Tribunal, the other parties and the arbitration institution or other appointing authority (if any) of any relationship, direct or indirect, between the arbitrator and the party (or another company of the same group of companies, or an individual having a controlling influence on the party in the arbitration), or between the arbitrator and any person or entity with a direct economic interest in, or a duty to indemnify a party for, the award to be rendered in the arbitration. The party shall do so on its own initiative at the earliest opportunity. (b) A party shall inform an arbitrator, the Arbitral Tribunal, the other parties and the arbitration institution or other appointing authority (if any) of the identity of its counsel appearing in the arbitration, as well as of any relationship, including membership of the same barristers' chambers, between its counsel and the arbitrator. The party shall do so on its own initiative at the earliest opportunity, and upon any change in its counsel team. (c) In order to comply with General Standard 7(a), a party shall perform reasonable enquiries and provide any relevant information available to it. (d) An arbitrator is under a duty to make reasonable enquiries to identify any conflict of interest, as well as any facts or circumstances that may reasonably give rise to doubts as to his or her impartiality or independence. Failure to disclose a conflict is not excused by lack of knowledge, if the arbitrator does not perform such reasonable enquiries. Explanation to General Standard 7: (a) The parties are required to disclose any relationship with the arbitrator. Disclosure of such relationships should reduce the risk of an unmeritorious challenge of an arbitrator's impartiality or independence based on information learned after the appointment. The parties' duty of disclosure of any relationship, direct or indirect, between the arbitrator and the party (or another company of the same group of companies, or an individual having a controlling influence on the party in the arbitration) has been extended to relationships with persons or entities having a direct economic interest in the award to be rendered in the arbitration, such as an entity providing funding for the arbitration, or having a duty to indemnify a party for the award. (b) Counsel appearing in the arbitration, namely the persons involved in the representation of the parties in the arbitration, must be identified by the parties at the earliest opportunity. A party's duty to disclose the identity of counsel appearing in the arbitration extends to all members of that party's counsel team and arises from the outset of the proceedings. (c) In order to satisfy their duty of disclosure, the parties are required to investigate any relevant information that is reasonably available to them. In addition, any party to an arbitration is required, at the outset and on an ongoing basis during the entirety of the proceedings, to make a reasonable effort to ascertain and to disclose available information that, applying the general standard, might affect the arbitrator's impartiality or independence. (d) In order to satisfy their duty of disclosure under the Guidelines, arbitrators are required to investigate any relevant information that is reasonably available to them.

Pelo conteúdo das diretrizes da IBA, pode-se perceber que houve uma opção pelo entendimento de que a existência de um financiador da arbitragem é algo que deve ser revelado pela parte, em razão de seu interesse envolvido, e que a relação do árbitro com esse terceiro é importante e pode ter como consequência a impossibilidade de sua atuação no procedimento arbitral.

Dessa forma, pode-se extrair que a existência de um terceiro financiador pode acarretar em um leque de conflitos de interesses que precisam ser observados pelo Tribunal Arbitral. Pode-se imaginar, por exemplo, a situação em que um árbitro seja um investidor do fundo financiador ou atue em escritório de advocacia que representa o fundo (CASADO FILHO, 2014).

É de se ressaltar que a parte pode não querer revelar a existência do financiamento por receio de demonstrar uma suposta fraqueza ao polo processual contrário. Nada obstante possa-se imaginar que esse seja um receio plausível, destaca-se que, de fato, a existência do financiamento pode fortalecer a parte. Isso em razão de que, em regra, aqueles que realizam o financiamento são profissionais que têm o cuidado de escolher litígios com boa probabilidade de êxito, que possuem grande experiência em processar demandas, bem como recursos financeiros para tanto. Neste sentido, se o uso do financiamento pode aparentar, em um primeiro olhar, uma fraqueza financeira¹⁴⁵, por outro lado, a presença do financiador pode ser vista como um fortalecimento da parte pela probabilidade de pertinência de seu direito e alegações, bem como em razão da estrutura, recursos e experiência para litigar que possuem aqueles que financiam demandas.

Corroborar-se a essa ideia a declaração dada por Leonardo Viveiros em entrevista realizada pela INOVARB¹⁴⁶. O referido profissional

145 O que nem sempre é real. Como já mencionado neste trabalho, o financiamento por terceiros pode ser e é utilizado por aqueles que, ainda que tenham saúde financeira, desejam mitigar seus riscos de fracasso no procedimento, ou mesmo alocar seu capital em investimentos que entenda mais importante.

146 A INOVARB é um grupo com viés institucional e acadêmico ligado à *American Chamber Brasil* (AMCHAM Brasil), que possui como objetivo promover a integração

atua, desde 2014, na *Leste Litigation Finance*, considerada a primeira empresa a estruturar *funding* para arbitragens no Brasil.

O entrevistado informou, considerando sua experiência profissional, que:

[...] existe uma questão de lealdade aos árbitros e advogados, que provavelmente gostariam de saber se existe uma empresa financiando umas das partes submetidas à sua jurisdição arbitral.

De outro lado, a revelação do financiamento, a meu ver, pode viabilizar acordos. Tivemos um caso em que houve a revelação do financiamento e, nos dias seguintes, iniciaram-se negociações de acordo, o qual acabou assinado em poucas semanas, sem que houvesse a necessidade de qualquer aporte de valores. Nesse caso específico, havíamos entendido que era estratégia da parte contrária a asfixia financeira, isto é, a parte contrária entendia que nosso financiado não teria condições financeiras para participar por dois, três anos de uma arbitragem. E isso se confirmou quando houve a revelação do financiamento. Assim, esse exemplo ratificou a minha tese de que o *third party funding* pode viabilizar acordos. (VIVEIROS, 2017).

Ainda, é importante observar o direito que a parte contrária possui em saber com quem litiga. Nada obstante o financiador não seja efetivamente parte, como dito, a sua existência altera os interesses envolvidos na disputa. Dessa maneira, a questão da revelação sobre a existência de um financiamento não é relevante somente no que diz respeito à revelação dos árbitros. A parte contrária também deve estar ciente sobre todos os envolvidos, para que tenha melhores condições de determinar suas estratégias dentro do procedimento. Portanto,

entre jovens estudantes e profissionais que se interessem em assuntos relacionados à arbitragem internacional e nacional.

ainda que o financiador não seja formalmente parte, como dito, seus interesses passam a fazer parte do contexto da demanda.

Lévy e Bonnan (2013) lembram que podem existir interesses que não possuam caráter puramente financeiro. A título de exemplo, em uma demanda que envolva a disputa pela titularidade de uma patente, pode ser que o financiador tenha interesse no êxito da parte, a fim de impedir que seu concorrente tenha direito a produzir determinado bem, passando a ter a possibilidade de comprá-lo daquele que está sendo financiando.

Assim, a ausência de ciência da parte contrária sobre a existência do TPF gera um desequilíbrio de informações entre as partes. Como outro exemplo que demonstra essa afirmação, pode-se mencionar que a parte que não sabe sobre a existência de um financiador não terá condições de pesquisar da mesma forma que a parte financiada sobre a eventual existência de um conflito de interesses em relação a algum dos membros do Tribunal Arbitral.

Ainda sobre o dever de revelação, Henriques faz importante observação:

Todos os financiadores de litígios conservam estrito e rigoroso sigilo sobre os valores envolvidos nos seus investimentos e sobre o tipo de investimentos que são realizados. A esmagadora maioria de acordos de financiamento de litígios que são conhecidos publicamente resultam do cumprimento de ordens de tribunais judiciais e / ou arbitrais para proceder à revelação da sua existência e da entidade do financiador, representando, no entanto, uma fracção mínima. (HENRIQUES, 2015, p. 586).

Dessa forma, o ideal é que o dever ou não de revelação esteja explicitado na convenção de arbitragem ou nos próprios regulamentos de arbitragem das câmaras. Poderia também ser objeto de regras

referentes à autorregulação do próprio setor. Tem-se notícias¹⁴⁷ – e tal procedimento pode ser uma solução até que os regulamentos das câmaras sejam alterados ou as demais regras estabelecidas¹⁴⁸ – de que algumas câmaras começam a inserir, no modelo de Termo de Arbitragem, a necessidade de declaração expressa pelas partes da existência ou não de financiador, com o intuito de preservar o procedimento e a futura sentença de possíveis nulidades.

Ainda nesse contexto, considerando a grande possibilidade de a parte não revelar a existência de um financiador, e mesmo que não seja exigida essa declaração no Termo de Arbitragem, na convenção ou no regulamento de arbitragem aplicável ao caso, os próprios árbitros poderiam, como solução, adotar a postura de sempre exigir que as partes informem sobre o assunto. Essa opção inclusive é corroborada e permitida no item 7, alínea d¹⁴⁹, das diretrizes da IBA sobre conflito de interesses que determina aos profissionais, convidados para compor o Tribunal Arbitral, que façam as perguntas pertinentes às partes com o intuito de identificar qualquer conflito de interesses, fatos ou circunstâncias que, razoavelmente, possam criar dúvidas sobre sua imparcialidade ou independência.

Quanto à possível configuração de quebra de sigilo sobre questões atinentes ao contrato de TPF, que comumente possui cláusula de confidencialidade, questiona-se, como dito, se a exposição voluntária ou por determinação do Tribunal Arbitral poderia gerar responsabilidade pelos danos causados.¹⁵⁰

147 Tal informação tem como base notícias não oficiais obtidas a partir de conversas da autora com pessoas atuantes no meio arbitral. Entendeu-se pela inserção desse conteúdo com o intuito de indicar possíveis soluções para as questões envolvidas.

148 Por meio de *hard law* ou *soft law*.

149 “(d) An arbitrator is under a duty to make reasonable enquiries to identify any conflict of interest, as well as any facts or circumstances that may reasonably give rise to doubts as to his or her impartiality or independence. Failure to disclose a conflict is not excused by lack of knowledge, if the arbitrator does not perform such reasonable enquiries.” (INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION, 2014).

150 Há uma natural e clara preferência dos financiadores em não informar o seu envolvimento na arbitragem. Normalmente eles inserem alguma previsão de confidencialidade no contrato de financiamento indicando que a revelação sobre a existência do fundo só poderá ocorrer com a sua autorização (LANDI, 2012). Além

Como visto, a obrigação sobre a revelação acerca da existência de um financiador, ainda que não esteja determinada expressamente na lei brasileira, na convenção ou no regulamento de arbitragem, é devida por todas as razões indicadas.

Segundo Ferro (2013), considerando os interesses envolvidos, e ponderados os valores em jogo, aparentemente, a melhor solução para todos seria que o Tribunal Arbitral exigisse a revelação da informação pelas partes que quedariam, assim, isentas da responsabilidade por danos causado pela quebra de confidencialidade do contrato de TPF, tendo em vista o cumprimento de determinação emanada de um Tribunal Arbitral, que nada mais é do que uma autoridade legal, o que é pacificamente compreendido como uma excludente de aplicação da cláusula de confidencialidade.

Ressalte-se que a revelação sobre a existência de um financiador não se direciona tão somente a beneficiar à parte contrária e aos árbitros, tampouco a entregar-lhes todos os detalhes do que foi estabelecido no contrato de TPF.

É que, como visto, com a revelação, estariam preservadas a utilidade do procedimento e a validade da sentença arbitral. Assim, pode-se extrair que estariam também garantidos os interesses do financiador e do financiado, na medida em que a revelação protege o procedimento de futura alegação de nulidade, que poderia, inclusive, acarretar na ineficácia de uma sentença arbitral exitosa para o financiado.

Por outro lado, é importante ressaltar que a revelação pode ser restrita à identidade do financiador, seja pessoa física ou jurídica, com

dos motivos expostos sobre o receio da parte em informar sobre o contrato de financiamento, tem-se que o próprio fundo pode ter interesse em não revelar quem e qual litígio financia. “Há inúmeras razões para essa obsessão pelo sigilo. Por parte do Fundo Financiador, pode-se tratar de uma questão estratégica, pois muitas vezes o mercado financeiro não quer passar informações importantes sobre seus investimentos a terceiros, tais como taxa de retorno, capital investido, entre outros. Na verdade, uma vez que o mercado tem acesso aos números econômicos do contrato, a posição negocial do Fundo fica seriamente comprometida, pois outras partes podem passar a inferir qual o limite do Fundo, o que desequilibra a relação deste com os potenciais futuros clientes.” (CASADO FILHO, 2014, p. 160).

o intuito de apenas possibilitar aos árbitros a investigação adequada sobre eventual existência de questões que abalem sua imparcialidade e independência, bem como para que a parte contrária saiba com quem está litigando. Não há, nesse sentido, a necessidade de revelar detalhes sobre o contrato de TPF que possam expor e prejudicar o financiador e o financiado.

Trazendo o assunto ao contexto específico dos contratos administrativos, é necessário lembrar que a boa-fé contratual também é aplicável nesta seara, inclusive no que tange aos seus deveres anexos, como o de transparência, informação e colaboração.

Sobre o tema, ensinam, Lira e Caldas,

A boa-fé objetiva administrativa, assim, introduz vetores interpretativos concertados, não apenas no sentido participativo da intrínseca parceria, cooperação e colaboração entre o Estado, os particulares contratados e as demais partes envolvidas, mas segundo uma visão dinâmico-processual de seus elementos, tais sejam, motivação, conteúdo e forma, buscando estabelecer os aspectos pactuais públicos funcionais (socioeconômicos) e estruturais. Os deveres instrumentais decorrentes da boa-fé objetiva administrativa, existentes ao lado da prestação principal componente do vínculo obrigacional público, informam a correção não apenas do comportamento dos contratantes (Estado e particulares), como igualmente a dos reguladores (institucionais e autônomos) e dos seus beneficiários (usuários), nas fases pré-contratual (interna – pré-edital, mais hodiernamente dita de planejamento – e externa – licitatória), contratual e pós-contratual, ressaltando e realçando o espírito ético e leal de cooperação e parceria ao longo de todo o processo em favor da consecução e realização útil da prestação principal, atendidas as necessidades (públicas) e expectativas da população beneficiária das obras

e serviços públicos (fim público). (LIRA; CALDAS, 2015, p. 2.692).

Além disso, há que se mencionar que, dada a presença da Administração Pública na contratação, a transparência e o dever de informação ganham maior relevo, vez que a situação envolve a proteção de interesses públicos.

Portanto, as observações feitas neste item são aplicáveis aos contratos administrativos, considerando terem sido tecidas a partir do dever de boa-fé contratual, que incide, também, na avença estabelecida com a Administração Pública, sendo especialmente importante a revelação quando presente interesses públicos, face à maior importância da transparência e o dever de informação neste âmbito.

8.4.3 PLANEJAMENTO QUANTO AS DESPESAS DA ARBITRAGEM

No contexto da discussão sobre o pagamento das despesas da arbitragem, observa-se uma ausência de planejamento sobre o tema por parte da Administração Pública.

Ao invés de prever formas de custeio do procedimento pela parte pública, percebe-se que a legislação e os contratos administrativos tendem a atribuir a responsabilidade de pagamento da arbitragem ao particular, o que se mostra incongruente com o equilíbrio da relação, ainda que seja de conhecimento prévio da parte privada e passível, em tese, de ser considerada previamente como elemento de precificação (YAMAMOTO, 2018). A falta de razoabilidade nessa proposição se mostra especialmente agravada quando em análise procedimentos em que a Administração Pública figura como a própria autora.

Além disso, como já observado neste estudo, ainda que a Administração Pública se proponha a arcar com as despesas, além de haver grande burocracia para abertura de créditos especiais, é possível

que não se efetive a providência, em razão da ausência de recursos naquele orçamento ou por desinteresse do Legislativo.

É necessário destacar que, considerando a eleição da arbitragem nos contratos administrativos de forma reiterada, vê-se essencial que a Administração Pública planeje e preveja formas próprias de arcar com as despesas do procedimento.

É interessante, neste ponto, mencionar a visão de Resende (2019) que critica a falta de programação adequada dos orçamentos públicos, indicando um uso excessivo de créditos adicionais.

Na prática, o que se tem constatado, tanto no âmbito federal quanto no âmbito do Estado de Minas Gerais, é o uso excessivo dos créditos adicionais pelo Poder Executivo, fato que, a nosso ver, configura falta de planejamento quando da elaboração da lei orçamentária e da definição das políticas públicas. Tais créditos devem ser utilizados com moderação e cautela, de modo a não se transformarem em orçamentos paralelos, o que reduziria a importância do orçamento público, o qual é aprovado pelo Legislativo com vistas à satisfação das necessidades da coletividade. No âmbito da União, o presidente da República tem se valido de forma exorbitante desses três institutos jurídicos, envolvendo gastos consideráveis. (RESENDE, 2019, p. 325).

O autor ainda destaca que:

Na verdade, quanto melhor o planejamento das políticas públicas do governo, o que passa necessariamente pela elaboração das leis orçamentárias, e quanto mais se discute o tema com a sociedade, menores as possibilidades de se recorrer aos créditos adicionais, sejam os suplementares, sejam os especiais. (RESENDE, 2019, p. 315).

Diante de todo este cenário, verifica-se essencial que a Administração Pública realize o planejamento adequado sobre o modo de realizar o pagamento das despesas da arbitragem, método que ela própria opta reiteradamente em eleger, viabilizando o seu uso, evitando, inclusive, que ela própria se veja cerceada do seu direito de acessar a justiça, considerando todas as questões expostas nesta pesquisa.

Tratando sobre o tema do pagamento das custas, especialmente considerando a legislação do Estado de São Paulo, que responsabiliza a Administração pelo pagamento das despesas da arbitragem por ela requerida, bem como diante das dificuldades que envolvem a abertura de créditos especiais, Junqueira *et al.* (2013) mencionam uma possibilidade de solução, conforme é possível verificar a seguir:

Entretanto, considerando a possibilidade de demora neste procedimento, que em muitos casos poderia até mesmo inviabilizar a realização da arbitragem, entendemos possível, também, que as custas sejam adimplidas com recursos advindos da Companhia Paulista de Parcerias (CPP), criada pela Lei estadual nº 11.688/2004, e que tem como principal objetivo “*colaborar, apoiar e viabilizar a implementação do Programa de Parcerias Público-Privadas*” (art. 12). (JUNQUEIRA *et al.*, 2013, p. 308).

De acordo com o Portal da Fazenda Pública de São Paulo, a mencionada companhia foi criada,

[...] como importante instrumento de suporte à viabilização de projetos de interesse do Estado de São Paulo, especialmente no âmbito do Programa de Parcerias Público-Privadas, tendo como missão apoiar o Governo do Estado de São Paulo na prospecção, concepção, estruturação, modelagem, implementação e monitoramento de arranjos negociais, com ênfase

na gestão de ativos e nas parcerias com o setor privado, sobretudo quando envolvam a prestação de garantias ou algum suporte financeiro inicial e transitório.

[...] Atualmente a CPP pode proporcionar um amplo conjunto de possibilidades operacionais, os quais incluem: a contratação de serviços especializados de avaliação e modelagem; a participação em operações financeiras (contraindo empréstimos, emitindo títulos, eventualmente participando do capital de outras empresas); a facilitação de projetos; e diferentes possibilidades de disponibilização de bens à Administração. (SÃO PAULO, 2021).

Além da possibilidade acima mencionada, de criação de pessoas jurídicas que possam viabilizar o pagamento das despesas, é também possível pensar na instituição de fundos especiais direcionados ao custeio dos MASCs utilizados pela Administração Pública, incluindo, neste âmbito, as despesas de possíveis procedimentos arbitrais.

Sobre os fundos, a Constituição de 1988 estabelece que:

Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: [...] § 9º Cabe à lei complementar: II – estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta, bem como condições para a instituição e funcionamento de fundos (BRASIL, 1988).

Segundo Bassi (2019), nada obstante tenha havido uma posterior criação de lei complementar para regular o tema, o vácuo normativo foi superado a partir da atribuição da natureza complementar à Lei nº 4.320/1964, que se verificou aplicável à regulação dos fundos. Neste sentido, a lei determina:

Art. 71. Constitui fundo especial o produto de receitas especificadas que por lei se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação.

Art. 72. A aplicação das receitas orçamentárias vinculadas a fundos especiais far-se-á através de dotação consignada na Lei de Orçamento ou em créditos adicionais.

Art. 73. Salvo determinação em contrário da lei que o instituiu, o saldo positivo do fundo especial apurado em balanço será transferido para o exercício seguinte, a crédito do mesmo fundo.

Art. 74. A lei que instituir fundo especial poderá determinar normas peculiares de controle, prestação e tomada de contas, sem de qualquer modo elidir a competência específica do Tribunal de Contas ou órgão equivalente. (BRASIL, 1964).

Nóvoa e Lago explicam sobre o os fundos especiais, indicando que estes

[...] foram concebidos para flexibilizar o funcionamento das atividades da Administração Direta. Foram caracterizados como uma espécie de desconcentração das atividades orçamentárias. Os fundos especiais são mencionados no inciso II, do § 9º, do art. 165, da Constituição Federal e podem ser caracterizados como as reservas de receitas públicas para a realização de determinadas despesas públicas (objetivos ou serviços de interesse público). Percebe-se, então, que o fundo especial é um instrumento pelo qual dinheiro é separado do Tesouro (conta única do Estado), sob argumento de utilização para certa finalidade específica, facilitando a administração dos recursos públicos. (NÓVOA; LAGO, 2018, p. 55).

A título de exemplo, é possível mencionar o Fundo Especial de Modernização e Reparcelamento do Judiciário – FERJ que, segundo os autores supracitados,

[...] tem por finalidade arrecadar 100% das custas judiciais e 12% dos 56 emolumentos extrajudiciais, estipulados por lei, transformando estes em meios que possibilitem ao Poder Judiciário atender de forma satisfatória e eficiente a população. As receitas provenientes dessas serventias (judiciais e extrajudiciais) destinam-se a subsidiar as despesas de elaboração e execução de planos, programas e projetos para a modernização e o desenvolvimento dos serviços judiciários; implementação de tecnologias de controle da tramitação dos feitos judiciais, com o uso da informática, microfilmagem e reprografia, objetivando a obtenção de maior celeridade, eficiência e segurança da prestação jurisdicional; construção, ampliação de instalações e reforma de prédios, aquisição de materiais permanentes e serviços de manutenção e reparos; a implantação dos serviços de informatização da justiça; aquisição e manutenção de veículos utilitários; materiais de consumo indispensáveis à manutenção do Poder Judiciário; implementação e operacionalização de sistemas de fiscalização de atos judiciais, notariais e registrares; consultoria na avaliação, fiscalização e modernização de atividades do Poder Judiciário; treinamento de membros e servidores do Poder Judiciário por meio de cursos, seminários e congressos. (NÓVOA; LAGO, 2018, p. 55-56).

Assim, em sentido correlato ao exemplo acima citado, poder-se-ia criar fundos especiais que objetivem o custeio de despesas relativas aos métodos adequados de solução de conflitos utilizados pela

Administração, especialmente considerando o crescente uso destes na seara pública.

Por todo exposto, vislumbra-se a importância de planejamento pelos entes públicos quanto às despesas relativas aos MASCs, de maneira a assegurar a instauração e o desenvolvimento dos procedimentos dos quais a Administração faz parte, propiciando, dessa maneira, a gestão adequada de seus conflitos que, como se percebeu, envolvem grande interesse público. Tal objetivo pode, como visto, ser alcançado a partir da criação de fundos especiais direcionados à mencionada finalidade.



CONCLUSÃO

O presente estudo teve como objetivo observar os impactos, na cláusula compromissória, no que tange à sua existência, validade e eficácia, frente a ausência de condições financeiras de uma parte para arcar com as despesas da arbitragem, propondo-se a verificar o tema, de forma mais acurada, no contexto dos contratos administrativos.

Inicialmente, buscou-se compreender o conceito, peculiaridades, princípios e tendências correlacionados com a Administração Pública.

Ficou entendido que a expressão diz respeito tanto a um aspecto objetivo, no que tange à atividade administrativa, quanto subjetivo, que se correlaciona às pessoas jurídicas que exercem tal atividade, importando para a pesquisa, precipuamente, a Administração Pública em seu sentido subjetivo, que não designa a atividade, mas aquela que exerce, de fato, a gestão da *res publica*.

Foi observado que o princípio da eficiência é considerado um dos mais modernos no contexto do direito administrativo, sendo possível extrair que ele determina à Administração Pública o dever de agir com o intuito de buscar o melhor resultado para o interesse público, a partir do uso mais econômico possível dos recursos disponíveis, sendo esta uma obrigação estritamente jurídica que, se não for seguida, poderá acarretar, inclusive, na responsabilização dos administradores que derem causa à sua violação.

Observou-se, também, que tal princípio se direciona não apenas aos serviços públicos prestados pela Administração Pública, mas à atividade administrativa como um todo.

Quanto às tendências da Administração Pública, estudou-se, primeiramente, o fenômeno da fuga do direito administrativo, verificando-se que, nada obstante haja uma grande aproximação desse regime jurídico ao direito privatista, não há como simplesmente compreender por uma ruptura completa da dicotomia existente entre os ramos, mesmo quando há o uso de instrumentos pela Administração que sejam de direito privado, como é o caso da arbitragem.

Desta feita, compreendeu-se que, no âmbito do direito administrativo, há que se analisar, aplicar e interpretar as regras de direito privado de forma específica, razoável e equilibrada,

considerando a figura e a atuação da Administração, bem como a segurança jurídica e o respeito aos direitos dos particulares.

Analisou-se, também, a constitucionalização do direito público, depreendendo-se reflexos importantes desse fenômeno.

No que tange ao princípio da legalidade, este deixou de ser considerado como uma submissão pura à letra fria da lei, passando a determinar a vinculação dos atos administrativos ao ordenamento jurídico em geral, especialmente considerando os princípios e valores estabelecidos na Magna Carta. Além disso, com a emergência da constitucionalização, a discricionariedade do administrador passou a ser efetivada e controlada em acordo com o que estabelece a Constituição Federal.

Outro ponto analisado, diz respeito ao modelo de gestão da Administração Pública, observando-se a evolução do modelo burocrático para o gerencial, e a presença da influência dos modelos societal e do Novo Serviço Público, sendo estes dois últimos considerados como formas alternativas de gestão pública.

Nada obstante as diferenças existentes entre os mencionados modelos, verificou-se, em ambos, que a busca pela eficiência se coloca como foco central, assim como uma maior inclusão, participação e proximidade com relação aos administrados. Neste sentido, essas novas formas de gestão determinam que a perseguição do interesse público pela Administração seja realizada de acordo com a real necessidade e satisfação da coletividade.

No âmbito brasileiro, percebeu-se uma tentativa de implementação de ambos os projetos, societal e gerencial, nas últimas décadas, não havendo, portanto, um estabelecimento preciso e integral de um ou outro.

Outra tendência observada, diz respeito ao Estado em Rede. Nesse âmbito, a Administração Pública se estabelece em uma rede de conexões entre diversos atores, sendo indispensável a participação destes para que seja possível uma atividade orientada a satisfazer adequadamente as necessidades de todos. Neste contexto, vê-se essencial o estabelecimento de uma atividade estatal participativa,

descentralizada, partilhada, cooperativa e horizontalizada, para que seja possível uma adaptação das ações estatais à lógica social estabelecida. Percebe-se, assim, uma tendência da Administração Pública de adaptar suas atividades por meio da adoção de uma organização em rede.

Além disso, foi estudada a Governança Pública, que diz respeito a um método de organização capaz de garantir a implementação de políticas públicas eficientes e efetivas, mostrando-se como uma ferramenta capaz de contribuir para a prática da democracia e para a participação da sociedade nos processos decisórios relacionados à atividade do administrador.

Outro ponto que foi destacado, diz respeito à consensualidade, que se mostra como uma nova forma de posicionamento da Administração Pública, que utiliza, no âmbito de sua atividade, propostas como a negociação, a cooperação, a colaboração e o acordo, suplantando uma lógica de imperatividade e unilateralidade tradicionalmente operadas pela Administração Pública.

De forma sucinta, restou verificado que, no contexto da evolução do modelo adotado pela Administração Pública, houve uma busca pela implementação de um modelo gerencial que superasse os problemas que foram criados por um modelo burocrático caracterizado por grande rigidez e ineficiência na promoção da atividade administrativa estatal. Entretanto, esse novo modelo, inspirado no gerenciamento de empresas, permaneceu distante dos cidadãos, vez que estes foram tratados de forma análoga a clientes, proposição que não se adequou totalmente à complexidade e às peculiaridades do ambiente público.

Tendo em vista essa situação, de forma concorrente, emergiram novas propostas consideradas alternativas ao gerencialismo, como é o caso do Novo Serviço Público e da Administração Pública societal, sendo esta última estabelecida e estudada especificamente no contexto brasileiro.

Essas novas formas de organização administrativa, apesar de suas diferenças, mostram-se atreladas a uma maior participação dos cidadãos e à busca por uma coprodução do serviço público pela

Administração em conjunto com os administrados, tendo em vista que a falta dessa interação reduz a atividade estatal a uma unilateralidade que é incapaz de atender aos anseios sociais, vez que se mostra distanciada dos reais interesses da coletividade, que só podem ser definidos a partir da participação democrática dos destinatários nas políticas públicas.

No mesmo sentido, e de forma correlacionada, atualmente assiste-se à emergência do Estado em Rede, da Governança Pública e da Consensualidade que são tendências voltadas, também, à ideia de busca por uma atividade estatal democrática, participativa e transparente que, por isso, possui melhores condições de se estabelecer de forma eficiente, eficaz e efetiva, a partir da implementação de políticas públicas escolhidas e estabelecidas de acordo com um real interesse social.

Percebeu-se, portanto, uma interligação entre as novas tendências da Administração pública, sendo possível verificar uma complexidade em sua organização e forma de gestão, bem como a ausência de um salto de um modelo para o outro ou uma visão única acerca das tendências administrativas. Observou-se, assim, uma superação gradativa e um desenvolvimento da gestão pública a partir das necessidades sociais e do contexto em que se insere.

Já no que tange à definição dos contratos administrativos, foco desta pesquisa, ficou compreendido que eles dizem respeito a contratos típicos da Administração, sofrendo incidência específica de normas especiais de direito público, sendo-lhes aplicado, supletivamente, as normas de direito privado.

Em seguida, buscou-se compreender a arbitragem, seu florescimento, principalmente no contexto brasileiro, e suas características principais. Foi entendido que esse tipo de método possui peculiaridades que determinam a sua escolha pelos usuários. A celeridade, a confidencialidade, a especialidade dos julgadores e a flexibilidade são particularidades da arbitragem que permitem a sua adequação para determinados tipos de demandas, sobretudo, aquelas que envolvem sociedades empresárias, grande valor monetário e

questões de grande complexidade, e que, por isso, necessitam de análise técnica específica.

Em relação ao acesso à justiça, direito essencial a ser garantido em um Estado Democrático de Direito, restou percebido que sua abordagem atual diz respeito não só à possibilidade de acesso a uma forma de processamento de demandas, mas também, e de forma mais importante, à uma solução tempestiva, eficiente e adequada para cada caso.

Neste contexto, os métodos adequados de solução de controvérsias, considerando as peculiaridades que cada um possui, passaram a ser considerados como capazes de solucionar litígios da forma devida, não restando apenas ao Poder Judiciário a possibilidade de conceder acesso à justiça. Aliás, como se observou, em âmbito mundial, o Poder Judiciário sofre de uma incapacidade de devolver à sociedade respostas justas e eficientes às ações que lhe são submetidas. Isso ocorre em razão do aumentado número de controvérsias que chegam para ser solucionadas e que são caracterizadas, cada vez mais, por especificidades que exigem a adequação do método para a solução de cada tipo de causa.

Dentro disso, verificou-se que a arbitragem é adequada para determinados tipos de demanda e que, em casos específicos, e dadas as particularidades do litígio, o seu uso é importante para que seja acessada a justiça da forma devida, entregando às partes uma decisão justa, tempestiva e efetiva.

Outro ponto abordado, de grande relevância no contexto dos MASCs, diz respeito ao tempo.

Observou-se, nesse contexto, que a escolha adequada do método de solução de controvérsias permite a economia de tempo, bem como confere utilidade ao tempo despendido na resolução do conflito. Além disso, restou claro que os métodos autocompositivos possibilitam uma solução que satisfaça ambas as partes, considerando, neste contexto, a história da relação e o futuro pretendido pelos envolvidos, o que torna a solução sustentável e promove a pacificação efetiva da controvérsia.

Além disso, concluiu-se que o uso de métodos autocompositivos deve ser priorizado, devendo-se utilizar os heterocompositivos apenas quando não for possível o estabelecimento de acordo entre os envolvidos. Neste ponto, a cláusula escalonada se mostrou como um mecanismo que possibilita o tratamento da demanda em multietapas, de forma a fazer o bom uso dos meios de solução de conflitos disponíveis, considerando as especificidades de cada caso.

No âmbito da Administração Pública, percebeu-se que o uso dos MASCs vem sendo implementando nos mais diversos contextos, estando tal providência de acordo com a busca por uma atividade eficiente, bem como pela garantia de acesso à justiça, direito que toca não só às pessoas físicas e jurídicas privadas, mas também às públicas.

Percebe-se, especialmente após a mudança da Lei de Arbitragem, que passou a expressamente permitir o uso desse método pela Administração, bem como diante da percepção de que os MASCs possibilitam a melhor gestão e resolução de controvérsias, que houve um incremento no uso dessas formas de solução de litígios pela Administração Pública. Isso é demonstrado no crescente número de procedimentos arbitrais e de mediação que envolvem pessoas públicas, além da crescente autorização e incentivo legislativo para o uso desses mecanismos.

Restou compreendido, também, que todas as novas tendências e objetivos da Administração Pública, que visam o estabelecimento de relações entre o público e o privado de maneira mais cooperativa, horizontalizada e participativa, criou condições favoráveis e pertinentes à opção da arbitragem como forma de resolver demandas no contexto da Administração Pública.

Entretanto, também restou verificado que, nada obstante a arbitragem seja meio possível e eficiente de resolver conflitos no âmbito da Administração Pública, a instauração e o desenvolvimento de um procedimento arbitral demandam o desembolso de quantias consideráveis para o pagamento das respectivas despesas, o que nem sempre é possível em razão de dificuldades financeiras enfrentadas pelas partes, sejam elas pessoas do setor público ou privado. Portanto,

passou-se, a estudar o impacto da impecuniosidade de uma parte na existência, validade e eficácia da cláusula compromissória.

Inicialmente, a situação foi observada considerando a incidência pura do direito privado, como forma de basear a análise dos contratos administrativos, considerando a aplicação subsidiária do ramo privado nos mencionados contratos.

Neste contexto, verificou-se que a ausência de condições financeiras de uma parte em arcar com os custos arbitrais estabelece um conflito entre os princípios de acesso à justiça e da autonomia privada.

Em análise a esse cenário, restou observada a necessidade de o julgador decidir sobre o princípio prevalente, pautado pelo cuidado de intervir da forma devida, e somente quando estritamente necessário, naquilo que, por livre vontade, foi determinado pelas partes, acurando-se em observar todos os fatores, inclusive econômicos, que podem impactar na alteração do que foi contratado.

Neste contexto, sugeriu-se a adoção do modelo complexo ou sistêmico de contratos, o qual propõe a integração dos vários sistemas e questões que se conflitam e envolvem uma relação contratual. Nesse modelo, há a possibilidade de mitigação do *pacta sunt servanda*, permitindo uma intervenção pelo julgador, desde que de forma racional e sistêmica, observando-se os diversos aspectos envolvidos na relação, prevenindo um resultado prejudicial às partes e à sociedade.

Por meio da aplicação desse modelo complexo, considerando a natureza contratual da convenção de arbitragem, restou verificado que a impecuniosidade de uma parte acarreta na ineficácia superveniente da avença, observando-se ser possível a alteração ou o afastamento casuístico, ou seja, apenas temporário, da cláusula compromissória. Tal situação deve ser vista como uma exceção aplicável aos raros casos em que a parte consiga cabalmente demonstrar sua incapacidade financeira, dependendo de prova incontroversa dessa circunstância. Essa possibilidade tem o condão de permitir que a parte, inserida em casos extremos de impecuniosidade, possa acessar a justiça, de algum modo, ainda que não da melhor forma, seja por meio da mudança

do estabelecido na convenção, que permita o uso da arbitragem de maneira diversa da pactuada, seja por meio do acesso ao Poder Judiciário.

Verificou-se, ainda, que diante da superveniência de situações que determinem impactos que abalem a capacidade de uma das partes em cumprir seus deveres, as partes devem buscar a renegociação dos termos contratuais, de modo a adequar o contrato à nova realidade, protegendo a continuidade da relação estabelecida.

No que tange especificamente às situações que envolvem a Administração Pública, a questão foi analisada partindo da verificação sobre a forma de custeio dos procedimentos arbitrais.

Percebeu-se que é comum que a legislação ou o próprio contrato administrativo preveja o dever de pagamento das despesas pelo particular, em caso de necessidade de instauração de um processo arbitral, o que se mostra como desproporcional, considerando que a arbitragem foi o método escolhido pela própria Administração, bem como, e especialmente, ponderando as situações em que a parte privada se vê obrigada a custear um procedimento de autoria da parte pública.

Nada obstante seja comum que o dever de pagamento das custas recaia sobre a parte privada, observou-se que existem situações em que o particular não é obrigado, por força da lei ou do contrato, a arcar com as despesas que cabem à Administração. Além disso, há cenários em que a parte, mesmo diante desse dever, pode não realizar o adiantamento das despesas que tocam à Administração Pública, em razão de falta de condições ou por simples recusa.

Compreendido isto, passou-se a analisar o regime jurídico aplicável à cláusula compromissória, bem como a incidência da exorbitância na avença.

Restou verificada a incidência do regime jurídico de direito privado sobre a convenção arbitral, ainda que ela esteja inserida em um contrato administrativo regido predominantemente pelas normas de direito público. Isso se dá em razão da autonomia da cláusula compromissória, bem como considerando ser ela referente a um

instituto regulado pelo direito privado, não sendo voltada à resolução de conflitos que envolvem interesses públicos primários. Prova disso está na ausência de incidência do prazo em dobro e do duplo grau de jurisdição obrigatório nos procedimentos arbitrais envolvendo a Administração Pública.

Desta feita, demonstrou-se afastada a possibilidade de alteração unilateral da convenção de arbitragem pela Administração Pública, dada a não incidência do regime de direito público sobre a avença.

De toda forma, a pesquisa se propôs, em termos gerais, a observar o interesse público envolvido na alteração unilateral da cláusula compromissória pela Administração, dado que, mesmo que se considere a incidência da exorbitância na opção pela arbitragem, para que a parte pública utilize seus poderes extroversos, deve ela demonstrar o interesse público na proposta. Assim, apesar de não haver a concordância com a aplicação da exorbitância na cláusula, foram tecidas algumas reflexões sobre a presença do interesse público na situação.

Neste ponto, concluiu-se que, considerando que a cláusula compromissória possui grande papel no contexto do acesso à justiça; que é capaz de estabelecer repercussões positivas do ponto de vista econômico e financeiro do contrato; que possui relevante papel para a utilização adequada do tempo público; bem como em razão de estar em sintonia com os objetivos e tendências da Administração Pública, é possível afirmar que seu uso corrobora com o atendimento ao interesse público, função primária atrelada à Administração Pública. Dessa maneira, mesmo que se considere a incidência do poder extroverso público, tais constatações tornam menos provável, do ponto de vista abstrato, a verificação de razões que deem azo à alteração unilateral da convenção de arbitragem pela Administração Pública, dadas as possíveis consequências negativas advindas dessa providência.

Entretanto, ficou entendido que, caso a cláusula compromissória seja considerada passível de exorbitância, é possível que, em um caso hipotético de configuração de impecuniosidade da Administração, seja verificado o interesse público na alteração unilateral da avença,

dada a necessidade de a Administração acessar algum método de solução de conflitos, ainda que não seja aquele mais adequado para dirimir a controvérsia. Percebeu-se necessário, contudo, que tal interferência na cláusula seja realizada de forma cuidadosa, considerando a complexidade dos interesses públicos envolvidos, dando-se preferência, sempre que possível, à manutenção da opção pela arbitragem, procedendo-se a ajustes que permitam a redução de despesas, como, por exemplo, por meio da diminuição do número de árbitros para resolução da demanda.

Foi também analisada a possibilidade de configuração de impecuniosidade da parte pública, de modo a criar uma situação determinante à ineficácia da cláusula compromissória, o que daria à Administração motivos para requerer uma intervenção judicial sobre a avença, com base em sua ineficácia, pautada pela garantia de acesso à justiça, assim como se observou possível em casos envolvendo apenas o setor privado.

Restou entendido que, nada obstante pareça improvável, é possível que se verifique a situação de impecuniosidade da Administração, sendo, portanto, justificável o afastamento ou alteração judiciais da cláusula compromissória, caso a situação seja cabalmente comprovada pela Administração.

Isso se dá com base nas exigências legais atreladas aos recursos públicos, determinando a abertura de crédito especial para que seja possível pagar as despesas da arbitragem. Tal situação, além de exigir decreto do Executivo, depende da autorização do Legislativo, o que, além de acarretar em demora na liberação do crédito, pode inviabilizar o acesso aos valores por ausência de interesse dos envolvidos ou por indisponibilidade de recursos, dada a obrigatoriedade de que estes estejam presentes para a efetivação da providência.

Além disso, é necessário considerar a situação econômico financeira enfrentada pelo setor público somada às limitações impostas pela Emenda 95/2016, que estabeleceu um teto ao orçamento público. Desta feita, apesar de a Administração Pública possuir uma arrecadação constante e, portanto, parecer improvável a configuração

de sua impecuniosidade, observou-se ser possível que, em determinada situação, a Administração se veja impedida de arcar com as despesas de uma arbitragem.

Portanto, concluiu-se que, assim como no caso do particular, é possível que se configure a impecuniosidade da Administração, cabendo a esta comprovar cabalmente as razões e motivos que impedem a abertura do crédito especial para custeio do procedimento, bem como a ausência de outras soluções que sejam capazes de propiciar o pagamento dos valores, como, por exemplo, por meio de empréstimos. Diante disso, considerou-se ser possível que, judicialmente, a parte pública obtenha uma decisão favorável, no sentido de ser declarada a ineficácia superveniente da cláusula compromissória, ensejando sua alteração e afastamentos de forma pontual, vez que, neste caso, há interesse público na providência.

Entendido esse assunto, e em razão da necessidade de se pensar soluções para superação do problema objeto de análise da pesquisa, algumas propostas foram analisadas, de modo a evitar a necessidade da intervenção de um terceiro no conteúdo da convenção de arbitragem.

Primeiramente, foi pensada a possibilidade de renegociação dos termos da cláusula compromissória pelas partes contratuais. Neste ponto, concluiu-se pela pertinência da inserção de uma cláusula de renegociação nos contratos administrativos, vez que a proposta se mostra de grande relevância para a manutenção da relação estabelecida e permite adaptações dos termos convencionados. Assim, a pactuação expressa sobre a obrigatoriedade de renegociar, quando necessário para preservação da relação, cria um ambiente propício à continuidade da execução do contrato, sendo possível e adequado que conste no contrato administrativo o dever de tentativa de repactuação das partes sobre a cláusula compromissória, de modo a adequá-la a uma situação de impecuniosidade superveniente de qualquer dos envolvidos, evitando-se, assim, o cerceamento de acesso à justiça, bem como a necessidade de judicialização do tema.

Além disso, foi observada a possibilidade de uso do financiamento por terceiros na arbitragem, no que tange às arbitragens que envolvem os contratos administrativos.

Observou-se que o uso do TPF está em consonância com a eficiência do uso dos recursos públicos, mostrando-se proporcional à situação apresentada, estando, também, em conformidade com o interesse público e com a garantia do acesso à justiça, direito tão importante atrelado à Administração Pública, justificando-se, assim, a realização do financiamento por terceiros pela parte pública, com base na juridicidade atrelada aos atos públicos que não podem ser baseados em uma leitura simplista da legislação.

De toda forma, mesmo diante dessa análise geral sobre o tema, para que não pare nenhuma insegurança sobre o uso do TPF, verificou-se ser relevante o estabelecimento de uma legislação expressa sobre o assunto, de modo a fomentar e permitir, de maneira incontroversa, o uso do mecanismo no setor público que tem o potencial de beneficiar a atividade administrativa.

Por fim, foram feitas reflexões quanto à pertinência do planejamento financeiro por parte do setor público, de forma a estabelecer mecanismos que permitam o pagamento das despesas relacionadas aos MASCs, como no caso da arbitragem.

Vislumbrou-se, nesse ponto, a possibilidade do estabelecimento de fundos especiais que permitam o custeio dos métodos, de modo a viabilizar o uso desses mecanismos tão importantes à atividade da Administração Pública, especialmente considerando que o emprego dos MASCs estão em compasso com todas as tendências da Administração Pública, e, especialmente, em razão de todo o interesse público envolvido, amplamente observado nessa pesquisa, que é efetivamente garantido pela opção adequada das formas de resolução de litígios.



REFERÊNCIAS

ABBUD, Walissa Caleiro. Contratos da Administração entre os Regimes de Direito Público e de Direito Privado. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 405-415.

ALVARENGA, Silvia Tamberi. **Escolha racional da Arbitragem: motivações jurídicas e econômicas**. Belo Horizonte: Initia Via, 2013.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Direito Arbitral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. **Da irretroatividade da condição suspensiva no Direito Civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

AMORIM, Bruno de Almeida Lewer. **Responsabilidade civil pelo tempo perdido**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_AmorimBA_1.pdf. Acesso em: 27 maio 2021.

ANASTASIA, Antônio. **Projeto de Lei do Senado nº 206, de 2018**. Regulamenta a instalação de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos administrativos continuados celebrados pela União. Brasília: Câmara dos Deputados, 2021. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133057>. Acesso em: 20 ago. 2021.

ANTUNES, Ricardo Luis Coltro. **Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho**. 2. ed. 10. reimpr. rev. e ampl. São Paulo: Boitempo, 2009.

ARAÚJO, Ana Luiza Gomes de; PIMENTA, Evaristo Caixeta; PINTO, Luciana Moraes Raso; RODRIGUES, Maria Isabel Araújo. O Estado em Rede na lógica do Direito Administrativo vivo. **A&C – Revista de**

Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte: Fórum, ano 14, n. 57, p. 147-165, jul./set. 2014.

ARAÚJO, Guilherme Dourado Aragão Sá; MENDONÇA, Maria Lírida Calou de Araújo e. Constituição, Direitos Fundamentais e Democracia: a Constitucionalização do Direito Administrativo Moderno. *In*: MELO, Filipe Reis; MENDONÇA, Maria Lírida Calou de Araújo e; SCHNEIDER, Yuri (Coord.). **Direito e administração pública II**. Florianópolis: CONPEDI/UFPB, 2014. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/publicacao/ufpb/livro.php?gt=194>. Acesso em: 23 maio 2021.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio Jurídico**: Existência, Validade e Eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

AZEVEDO, André Gomma. **Manual de Mediação Judicial**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2009.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e Arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BACELO, Joice. Valores de disputas arbitrais no país dobram e chegam a R\$24 bi. **Valor Econômico**, São Paulo, 15 Maio 2017. Disponível em: <http://www.valor.com.br/legislacao/4967860/valores-de-disputas-arbitrais-no-pais-dobram-e-chegam-r-24-bi>. Acesso em: 29 Maio 2017.

BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 31-63.

BASSI, Camillo de Moraes. **Fundos especiais e políticas públicas**: uma discussão sobre a fragilização do mecanismo de financiamento. Brasília; Rio de Janeiro: IPEA, 2019.

BASTOS, Simone de Almeida Ribeiro. **Resolução de conflitos para representantes de empresa**. Brasília: Fund. Univ. de Brasília, 2014.

BELO HORIZONTE. **Lei nº 11.241, de 19 de junho de 2020**. Regulamenta a utilização de Comitê de Prevenção e Solução de Disputas para prevenir e para solucionar conflito relativo a direito patrimonial presente em contrato administrativo de execução continuada. Belo Horizonte, MG: Prefeitura, 2020. Disponível em: <https://www.cmbh.mg.gov.br/atividade-legislativa/pesquisar-legislacao/lei/11241/2020>. Acesso em: 30 set. 2021.

BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de Arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2014.

BERTRAND, Edouard. The Brave New World of Arbitration: Third-Party Funding. **ASA Bulletin, Kluwer Law International**, v. 29, n. 3, p. 607- 615, 2011.

BINENBOJM, Gustavo; TOLEDO, Renato. A exorbitância contratual na Nova Lei de Licitações. **Jota, Inova&Ação**, Licitação 26 Abr. 2021. Disponível em: https://www.jota.info/coberturas-especiais/inoa-e-acao/a-exorbitancia-contratual-na-nova-lei-de-licitacoes-26042021#_ftn2. Acesso em: 03 out. 2021.

BINENBOJM, Gustavo. Temas de direito administrativo e constitucional – artigos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BLISS, Edwin. **Como Conseguir que as Coisas sejam feitas: o ABC da Administração do Tempo**. 4 ed. Rio de Janeiro: Record, 1993.

BONIFÁCIO, Ivan Gomes; SCHULZE, Jair Clênio. A contribuição fiscal do Poder Judiciário. **Revista CEJ**, Brasília, ano XIX, n. 65, p. 7-14, jan./abr. 2015. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/re-vej/article/viewFile/1999/1930>>. Acesso em: 04 Set. 2017.

BRAGA NETO, Adolfo. A mediação de conflitos no contexto empresarial. In: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (Orgs.). **Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 131-146.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Assembleia Constituinte, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 jun. 2021.

BRASIL. Código Comercial (1850). Código Comercial. In: PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉS-PEDES, Lívia. **Vade Mecum**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008a. p. 353-378.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **I Jornada Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, de 22 e 23 de agosto de 2016**. Enunciados aprovados. Brasília: Centro de Estudos Judiciários; Conselho da Justiça Federal, 2016a. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios>. Acesso em: 08 jun. 2021.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **II Jornada Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, de 26 e 27 de agosto de 2021**. Enunciados aprovados. Brasília: Centro de Estudos Judiciários; Conselho da Justiça Federal, 2021a. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios>. Acesso em: 08 jun. 2021.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. III Jornada de Direito Civil. **Enunciado nº 176**. Em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o art. 478 do Código Civil de 2002 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual. Brasília, DF: CJF, 2005a. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/>

publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/iii-jornada-de-direito-civil-1.pdf. Acesso em: 30 set. 2021.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. IV Jornada de Direito Civil. **Enunciado nº 360**. O princípio da função social dos contratos também pode ter eficácia interna entre as partes contratantes. Brasília, DF: CJF, 2007. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej>. Acesso em: 19 maio 2021.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. VIII Jornada de Direito Civil. **Enunciado nº 617**. O abuso do direito impede a produção de efeitos do ato abusivo de exercício, na extensão necessária a evitar sua manifesta contrariedade à boa-fé, aos bons costumes, à função econômica ou social do direito exercido. Brasília, DF: CJF, 2018a. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1166>. Acesso em: 30 set. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 22.626, de 7 de abril de 1933**. Dispõe sobre juros nos contratos e dá outras providências. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1933. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d22626.htm. Acesso em: 30 Maio 2017.

BRASIL. **Decreto nº 7.959, de 29 de dezembro de 1880**. Aprova as cláusulas que devem regular as concessões de estradas de ferro geraes no Imperio. Rio de Janeiro, RJ: Império do Brasil, 1880. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-7959-29-dezembro-1880-547352-publicacaooriginal-62081-pe.html>. Acesso em: 18 ago. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 10.025, de 20 de setembro de 2019**. Dispõe sobre a arbitragem para dirimir litígios que envolvam a administração pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, e regulamenta o inciso XVI do

caput do art. 35 da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, o § 1º do art. 62 da Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, e o § 5º do art. 31 da Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10025.htm. Acesso em: 15 jul. 2021.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941.** Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. Brasília, DF: Presidência da República, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3365.htm. Acesso em: 22 jun. 2021.

BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.** Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 29 maio 2021.

BRASIL. **Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.** Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 29 maio 2021.

BRASIL. **Lei Complementar nº 200, de 30 de agosto de 2023.** Institui regime fiscal sustentável para garantir a estabilidade macroeconômica do País e criar as condições adequadas ao crescimento socioeconômico, com fundamento no art. 6º da Emenda Constitucional nº 126, de 21 de dezembro de 2022, e no inciso VIII do caput e no parágrafo único do art. 163 da Constituição Federal; e altera a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal). Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp200.htm. Acesso em: 8 novembro 2023.

BRASIL. Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002. Dispõe sobre a expansão da oferta de energia elétrica emergencial, recomposição tarifária extraordinária, cria o Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica (Proinfa), a Conta de Desenvolvimento Energético (CDE), dispõe sobre a universalização do serviço público de energia elétrica, dá nova redação às Leis no 9.427, de 26 de dezembro de 1996, no 9.648, de 27 de maio de 1998, no 3.890-A, de 25 de abril de 1961, no 5.655, de 20 de maio de 1971, no 5.899, de 5 de julho de 1973, no 9.991, de 24 de julho de 2000, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2002a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110438.htm. Acesso em: 24 mar. 2021.

BRASIL. Lei nº 14.134, de 8 de abril de 2021. Dispõe sobre as atividades relativas ao transporte de gás natural, de que trata o art. 177 da Constituição Federal, e sobre as atividades de escoamento, tratamento, processamento, estocagem subterrânea, acondicionamento, liquefação, regaseificação e comercialização de gás natural; altera as Leis nºs 9.478, de 6 de agosto de 1997, e 9.847, de 26 de outubro de 1999; e revoga a Lei nº 11.909, de 4 de março de 2009, e dispositivo da Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002. Brasília, DF: Presidência da República, 2021b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14134.htm. Acesso em: 24 mar. 2021.

BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, 2021c. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14-133-de-1-de-abril-de-2021-311876884>. Acesso em: 14 jul. 2021.

BRASIL. Lei nº 9.478, de 06 de agosto de 1997. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19478.htm. Acesso em: 24 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964.** Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4595.htm. Acesso em: 30 Maio 2017.

BRASIL. **Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004.** Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Brasília, DF: Presidência da República, 2004a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/lei/111079.htm. Acesso em: 30 Maio 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.** Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm. Acesso em: 24 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.** Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 15 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 18 ago. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.** Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm. Acesso em: 19 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997.** Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento

de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Brasília, DF: Presidência da República, 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l19472.htm. Acesso em: 24 mar. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União; altera as Leis nos 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, 13.001, de 20 de junho de 2014, 11.952, de 25 de junho de 2009, 13.340, de 28 de setembro de 2016, 8.666, de 21 de junho de 1993, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 12.512, de 14 de outubro de 2011, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), 11.977, de 7 de julho de 2009, 9.514, de 20 de novembro de 1997, 11.124, de 16 de junho de 2005, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 10.257, de 10 de julho de 2001, 12.651, de 25 de maio de 2012, 13.240, de 30 de dezembro de 2015, 9.636, de 15 de maio de 1998, 8.036, de 11 de maio de 1990, 13.139, de 26 de junho de 2015, 11.483, de 31 de maio de 2007, e a 12.712, de 30 de agosto de 2012, a Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001, e os Decretos-Leis nº 2.398, de 21 de dezembro de 1987, 1.876, de 15 de julho de 1981, 9.760, de 5 de setembro de 1946, e 3.365, de 21 de junho de 1941; revoga dispositivos da Lei Complementar nº 76, de 6 de julho de 1993, e da Lei nº 13.347, de 10 de outubro de 2016; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2017a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13465.htm. Acesso em: 30 Maio 2017.

BRASIL. Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013. Dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários; altera as Leis nºs 5.025, de 10 de junho de 1966, 10.233, de 5 de junho de 2001, 10.683, de 28 de maio de 2003, 9.719, de 27 de novembro de

1998, e 8.213, de 24 de julho de 1991; revoga as Leis nºs 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, e 11.610, de 12 de dezembro de 2007, e dispositivos das Leis nºs 11.314, de 3 de julho de 2006, e 11.518, de 5 de setembro de 2007; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112815.htm. Acesso em: 24 mar. 2021.

BRASIL. Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110233.htm. Acesso em: 24 mar. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017. Estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal, e altera a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, e a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Brasília, DF: Presidência da República, 2017b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113448.htm. Acesso em: 24 mar. 2021.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 30 Maio 2017.

BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração

pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Brasília, DF: Presidência da República, 2015a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 30 Maio 2017.

BRASIL. Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Brasília, DF: Presidência da República, 2015b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm. Acesso em: 30 Maio 2017.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil Brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República, 2015c. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 18 ago. 2021.

BRASIL. Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004. Dispõe sobre a comercialização de energia elétrica, altera as Leis nºs 5.655, de 20 de maio de 1971, 8.631, de 4 de março de 1993, 9.074, de 7 de julho de 1995, 9.427, de 26 de dezembro de 1996, 9.478, de 6 de agosto de 1997, 9.648, de 27 de maio de 1998, 9.991, de 24 de julho de 2000, 10.438, de 26 de abril de 2002, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2004b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.848.htm. Acesso em: 22 jun. 2021.

BRASIL. Lei nº 11.909, de 4 de março de 2009. Dispõe sobre as atividades relativas ao transporte de gás natural, de que trata o art. 177 da Constituição Federal, bem como sobre as atividades de tratamento, processamento, estocagem, liquefação, regaseificação e

comercialização de gás natural; altera a Lei no 9.478, de 6 de agosto de 1997; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/111909.htm. Acesso em: 22 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964.** Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e contrôles dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1964. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm. Acesso em: 19 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.** Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm. Acesso em: 30 Maio 2017.

BRASIL. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.** Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm. Acesso em: 30 Maio 2017.

CÂMARA DE CONCILIAÇÃO, MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM DO CENTRO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO E DA FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Regulamento de Arbitragem 2013.** 2013a. Disponível em: <https://www.camaradearbitragemsp.com.br/pt/arbitragem/regulamento.html>. Acesso em: 10 set. 2021.

CÂMARA DE CONCILIAÇÃO, MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM DO CENTRO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO E DA

FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Resolução nº 9, de 04 de outubro de 2021**. 2021. Disponível em: <https://www.camaradearbitragemsp.com.br/pt/arbitragem/regulamento.html>. Acesso em: 10 set. 2021.

CÂMARA DE CONCILIAÇÃO, MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM DO CENTRO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO E DA FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Tabela de Custas e Honorários dos Árbitros**. 2013b. Disponível em: <https://www.camaradearbitragemsp.com.br/pt/arbitragem/tabela-custas.html>. Acesso em: 10 set. 2021.

CÂMARA DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM EMPRESARIAL – BRASIL. **Regulamento de Arbitragem 2019**. 2019. Disponível em: <https://camarb.com.br/arbitragem/regulamento-de-arbitragem/>. Acesso em: 10 set. 2021.

CAMARGO CONCEIÇÃO, Octávio Augusto. **Instituições, crescimento e mudanças na ótica institucionalista**. 2001. 228 f. Tese (Doutorado em Direito) - Fundação de Estatística Siegfried Emanuel Heuser, Porto Alegre, 2001. Disponível em: http://cdn.fee.tche.br/teses/teses_fee_01.pdf. Acesso em: 29 abr. 2021.

CAPOBIANGO, Ronan Pereira; NASCIMENTO, Aparecida de Lourdes do; SILVA, Edson Arlindo; FARONI, Walmer. Reformas Administrativas no Brasil: Uma Abordagem Teórica e Crítica. **REGE**, São Paulo, v. 20, n. 1, p. 61-78, jan./mar. 2013. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rae/article/view/37088/35859>. Acesso em: 12 jul. 2021.

CAPOBIANGO, Ronan Pereira; SILVA, Edson Arlindo. NASCIMENTO, Aparecida de Lourdes do. Reflexões Epistemológicas Acerca dos Modelos da Administração Pública Brasileira: Potencialidades, Problemas e Perspectivas. In: **Encontro ANPAD**, 35, Rio de Janeiro.

Rio de Janeiro: ANPAD, 2011. Disponível em: <http://www.anpad.org.br/admin/pdf/APB756.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2021.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1998.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e administração pública: primeiras reflexões sobre a arbitragem envolvendo a administração pública. **Revista Brasileira de Arbitragem**, v. XIII, issue 51, p. 7-21, 2016.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96**. São Paulo: Malheiros, 1998. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 32. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de Carvalho. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009.

CASADO FILHO, Napoleão. **Arbitragem Comercial Internacional e Acesso à Justiça: o novo paradigma do Third Party Funding**. 2014. 231 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/6676/1/Napoleao%20Casado%20Filho.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2021.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. V. 1. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CAVANI, Renzo. “Decisão Justa”: Mero Slogan? Por uma teorização da decisão judicial para o processo civil contemporâneo. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 39, n. 236, p. 119-155, 2014.

CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ. **Regulamento de Arbitragem 2012**. São Paulo, SP: CCBC, 2012. Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/arbitragem/regulamento-2012/>. Acesso em: 10 set. 2021.

CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ. **Resolução Administrativa nº 15, de 20 de janeiro de 2016**. 2016. Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/resolucoes-administrativas/ra-15-2016-publicidade-em-procedimentos-com-a-adm-publica-direta/>. Acesso em: 10 set. 2021.

CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução à teoria geral da administração**. 9. ed. São Paulo: Manole, 2014.

COASE, Ronald H. O problema do custo social. Tradução de Francisco Kümmel F. Alves e Renato Vieira Caovilla. **The Latinamerican and Caribbean. Journal of Legal Studies**, Rio Grande do Sul, v. 3. N. 1, 2008. Disponível em: <https://services.bepress.com/lacjls/vol3/iss1/art9/>. Acesso em: 10 jan. 2021.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Americana sobre os Direitos Humanos**: assinada na Conferência especializada interamericana sobre direitos humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 30 Abr. 2017.

COMITÊ BRASILEIRO DE ARBITRAGEM. **Arbitragem no Brasil – Pesquisa CBar-Ipsos**. 2012. Relatório elaborado por André de

Albuquerque Cavalcanti Abbud. Disponível em: http://www.cbar.org.br/PDF/Pesquisa_CBar-Ipsos-final.pdf. Acesso em: 02 Maio 2017.

COPOBIANGO, Ronan Pereira; SILVA, Edson Arlindo. NASCIMENTO, Aparecida de Lourdes do. Reflexões Epistemológicas Acerca dos Modelos da Administração Pública Brasileira: Potencialidades, Problemas e Perspectivas. In: ENCONTRO ANPAD, XXXV, 2011, Rio de Janeiro. [Sem título]. Rio de Janeiro: ANPAD, 2011. Disponível em: <http://www.anpad.org.br/admin/pdf/APB756.pdf>. Acesso em: 08 ago. 2021.

CORDEIRO, Paulo Machado. Introdução ao estudo da doutrina da imprevisão na revisão dos contratos. **Revista Direitos & Deveres**, [S.l.], n. 2, p. 125-155, 1998.

CORTÊS, Osmar Mendes Paixão; MAGALHÃES, Ana Luiza de Carvalho M. O acesso à justiça e a efetividade da prestação jurisdicional – o inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal inserido pela EC 45/2004. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 31, n. 138, p. 79-91, jun. 2006.

COSTA, Déborah Regina Lambach Ferreira da. **Reparação do dano à imagem das pessoas jurídicas**. 2010. 238 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/5351/1/Deborah%20Regina%20Lambach%20Ferreira%20da%20Costa.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2021.

COSTA, José Augusto Fontoura; NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. As cláusulas de força maior e de hardship nos contratos internacionais. **Revista dos Tribunais Online**, Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos, v. 4, p. 633-672, jun. 2011. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5155680/mod_resource/content/1/forca_maior_RDM.pdf. Acesso em: 20 set. 2021.

CREMADES, Bernardo M. Third Party Funding in International Arbitration. **Buenos Aires Arbitration Review**, edição n. 1, p. 4-8, Abr. 2013. Disponível em: https://docs.wixstatic.com/ugd/638100_9f265e9b-054c409eb1bf2c84517040c5.pdf. Acesso em: 23 maio 2016.

CREMADES, Bernardo. M. Third Party Litigation Funding: Investing in Arbitration. In:

FERNANDÉZ-BALLESTERO, Miguel Ángel; ARIAS, David. (EE.) **Spain Arbitration Review**. Madrid: Wolters Kluwer, 2012. Cap. 13, p. 155-187.

CRETELLA JÚNIOR, José. Da Arbitragem e seu conceito categorial. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 98, 1998.

DELPIAZZO, Carlos E. **El arbitraje en la contratación administrativa en el ámbito del mecosur**. In: PUCCI, Adriana Noemi. Aspectos atuais da arbitragem: coletânea de artigos sobre arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 57-65.

DENHARDT, Robert B.; DENHARDT, Jane Vinzant. **The New Public Service: Serving, not Steering**. New York: M.E.Sharpe, 2003.

DENHARDT, Robert B. **Teorias da Administração Pública**. São Paulo: Cengage Learning, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 31. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Introdução: do Direito Privado na Administração Pública. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 1-20.

DIMAS, Isabel Cristina Dórdio; LOURENÇO, Paulo Renato; MIGUEZ, José. (Re)Pensar os conflitos intragrupoais: desempenho e níveis de desenvolvimento. **Psicologia**, Lisboa, v. 21, n. 2, 2007. Disponível em: http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0874-20492007000200011. Acesso em: 10 jan. 2017.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. **Direito Internacional Privado**. Parte especial: Arbitragem Comercial Internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DUARTE, Érico Esteves; MENDES, Flávio Pedrosa. A ciência da guerra: epistemologia e progresso nos estudos estratégicos. **Revista Brasileira de Estudos de Defesa**, Porto Alegre, v. 2, n. 2, p. 129-150, jul./dez. 2015.

DYBAS, Pedro Henrique Ferreira. **Arbitragem e Administração Pública**: uma análise a partir dos recentes decretos regulamentando o tema. 2019. 30 f. Artigo (Graduação em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/68121/TCC%20-%20Pedro%20H.%20F.%20Dybas%20-%20Versao%20Final.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 5 fev. 2021.

FALZONE, Guido. **11 Doveredi Buona Amministrazione**. Milao: Giuffre, 1953.

FARIA, Luzardo. **O princípio da indisponibilidade do interesse público e a consensualidade no direito administrativo**. 2019. 338 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/62542/R%20-%20D%20-%20LUZARDO%20FARIA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 20 nov. 2020.

FELLI, Vanda Elisa Andres. Condições de trabalho de enfermagem e adoecimento: motivos para a redução da jornada de trabalho para 30 horas. **Revista Oficial do Conselho Federal de Enfermagem**, [S.l.], v. 3, n. 4, p. 178-181, 2012. Disponível em: <http://revista.cofen.gov.br/index.php/enfermagem/article/view/379>. Acesso em: 20 set. 2021.

FERREIRA, Vanessa Maciel. **A Boa Governança Pública e o seu reflexo na pobreza**. 2017. 61 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Porto, Faculdade de Direito, Porto, 2017. Disponível em: <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/110777/2/251963.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2021.

FERREIRA NETTO, Cássio Teles. **Contratos administrativos e arbitragem**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

FERREIRA, Sérgio de Abreu. O Princípio da Autonomia Privada e a Função Social da Empresa. *In*: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira Naves; SÁ, Maria de Fátima Freire. (Coord.). **Direito Civil: Atualidades III – princípios jurídicos no direito privado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 495-524.

FERRO, Marcelo Roberto. O financiamento de arbitragens por terceiro e a independência do árbitro. *In*: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de. *et al.* (Coord.). **Direito empresarial e outros estudos de direito em homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2013. Cap. 2, p. 620-639.

FITCHNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luis. **Teoria geral da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FIUZA, César; SILVA, Sávio Lúcio Matos da. Dualismo e prescrição. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, Belo Horizonte, n. 28, p. 79-89, jan./abr. 2016. Disponível em:

<https://periodicos.ufes.br/colartes/article/view/7724>. Acesso em: 05 out. 2021.

FIUZA, César Augusto. **Direito Civil**: curso completo. 11. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

FIUZA, César Augusto. **Teoria Geral da Arbitragem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

FIUZA, Eduardo. Licitações e governança de contratos: a visão dos economistas. *In*: SALGADO, Lucia Helena; FIUZA, Eduardo (Org.). **Marcos regulatórios no Brasil: é tempo de rever regras?** Rio de Janeiro: IPEA, 2009. Cap. 8, p. 240-274. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/160817_livro_marcos_regulatorios_tempo_de_rever_regras.pdf. Acesso em: 20 out. 2021.

GABARDO, Rodrigo Araujo. **A insuficiência de recursos financeiros na instauração da Arbitragem Comercial**: efeitos no Direito Brasileiro a partir de uma perspectiva comparada. 2014. 161 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-11122015-084956/publico/Rodrigo_Araujo_Gabardo_Integral.pdf. Acesso em: 20 maio. 2021.

GAILLARD, Emmanuel. Impecuniosity of parties and its effects on Arbitration. A French View. *In*: LABES, Hubertus W. (Org.) **Financial capacity of the parties: a condition for the validity of arbitration agreements?** Frankfurt am Main: Peter Lang, 2004. Cap. 4, p. 67-96.

GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John. **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**. The Hague/Londres/Boston: Kluwer Law International, 1999.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Lei nº 9.307/96: Natureza, historicidade e constitucionalidade da Arbitragem no Brasil. *In*: GAIO JUNIOR, Antônio Pereira; MAGALHAES, Rodrigo Almeida (Coord.).

Arbitragem 15 anos da Lei nº 9.307/96. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 1-28.

GALANTER, Marc. Acesso à justiça em um mundo de capacidade social em expansão. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, Porto Alegre, ABraSD, v. 2, n. 1, p. 37-49, jan./jun. 2015. Disponível em: <http://revista.abrasd.com.br/index.php/rbsd/article/view/6/12>. Acesso em: 04 set. 2017.

GARCIA JUNIOR, Vanderlei. **Direito Civil**. São Paulo: Rideel, 2021.

GENY, F. **Science et technique en droit privé positif**. Paris: Sirey. 1913. 4 v.

GIANNETTI, Leonardo Varella. **Arbitragem no Direito Tributário Brasileiro: Possibilidade e Procedimentos**. 2017. 385 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_GiannettiL-Va_1.pdf. Acesso em: 28 abr. 2021.

GONÇALVES, Tatiana de Oliveira. **Arbitragem em contratos: análise econômica**. 2010. 90 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, 2010. Disponível em: <http://www3.mcampos.br:84/u/201503/tatianadeoliveiragoncalvesarbitragememcontratosanaliseeconomica.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2021.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2.

GUIMARÃES, Aluísio; JÚNIOR, Avilton; NEVES, Glaucio. **As bases para um novo modelo de administração pública orientada para resultados: evolução dos paradigmas, novos princípios e dimensões operacionais de funcionamento**. In: CONGRESSO COSAD DE GESTÃO PÚBLICA, 10, Brasília. Painel 15/01: Gestão por Resultados como

Estratégia de Monitoramento da Gestão. Brasília: Consad, 2017. Disponível em: http://consad.org.br/wp-content/uploads/2017/05/Painel-15_01.pdf. Acesso em: 27 maio 2021.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. **O exercício da função administrativa e o Direito Privado**. 2010. 219 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-26032012-111633/publico/Bernardo_Strobel_Guimaraes_DO.pdf. Acesso em: 18 ago. 2021.

HANOTIAU, Bernard. **Arbitration in banking and financial matters**. ASA Swiss Arbitration Association Conference in Geneva of January 31, 2003: presentation. Edited by Gabrielle Kaufmann-Kohler and Viviane Frossard. Basel: Association Suisse de L'Arbitrage (ASA), 2003.

HENRIQUES, Duarte Gorjão. *Third party funding* ou o financiamento de litígios por terceiros em Portugal. **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, ano 75, n. 3-4, p. 573-624, jul./dez. 2015.

INCÊNDIO atinge um dos galpões da Cinemateca Brasileira, em São Paulo. **G1**, Jornal Nacional, 29 Jul. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2021/07/29/incendio-atinge-um-dos-galpoes-da-cinemateca-brasileira-em-sao-paulo.ghtml>. Acesso em: 05 out. 2021.

INTERESSE. *In*: DICIONÁRIO Brasileiro da Língua Portuguesa. [S.l.]: Melhoramentos, 2021. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/interesse>. Acesso em: 19 ago. 2021.

INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. **Diretrizes da IBA relativas a Conflitos de Interesses em Arbitragem Internacional**. 2014. Disponível em: <https://www.ibanet.org/Publications/>

publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx#Practice Rules
and Guidelines. Acesso em: 01 Abr. 2017.

JUNQUEIRA, André Rodrigues; OLIVEIRA, Mariana Beatriz Tadeu de; SANTOS, Michelle Manaia. Cláusula de solução de controvérsias em contratos de parcerias público-privadas: estudo de casos e proposta de redação. **R. Proc. Geral Est. São Paulo**, São Paulo, n. 77/78, p. 285-313, jan./dez. 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. *E-book*.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

KLEIN, Aline Lícia Klein. **Os Vícios dos Contratos Administrativos**. 2005. 303 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005. Disponível em:

<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/730/Os%20v%C3%ADcios%20dos%20contratos%20administrativos.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 18 ago. 2021.

KLERING, Luis Roque; PORSSE, Melody de Campos Soares; GUADAGNIN, Luis Alberto. Novos Caminhos da Administração Pública Brasileira. **Análise A Revista Acadêmica da FACE**, Porto Alegre, v. 21, n. 1, p. 4-17, jan./jun. 2010. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/face/article/view/8231>. Acesso em: 25 abr. 2021.

KUPFER, David. **Economia industrial**: fundamentos teóricos e práticos no Brasil. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

L'ORGANISATION POUR L'ALIMENTATION ET L'AGRICULTURE. **Insegurança alimentar e covid 19 no Brasil**. 2021. Disponível em: <https://www.fao.org/family-farming/detail/fr/c/1392789/>. Acesso em: 05 out. 2021.

LAKATOS, Imre. History of science and its rational reconstructions. In: HACKING, I. (Org.). **Scientific revolutions**. Hong-Kong: Oxford University, 1983.

LANDI, Niccolò. Chapter II: The Arbitrator and The Arbitration Procedure: Third Party Funding in International Commercial Arbitration – An Overview. In: KLAUSEGGER, Christian *et al* (EE.). **Austrian Yearbook on International Arbitration**, Manz'sche Verlags – und Universitätsbuchhandlung, 2012. p. 85-104.

LEMES, Selma M. Ferreira. A arbitragem e os novos rumos empreendidos na administração pública: a empresa estatal, o Estado e a concessão de serviço público. In: MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. **Aspectos fundamentais da lei de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 175-206.

LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem em Números e Valores**. 2020. Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/Analise-Pesquisa-ArbitragemsNseValores-2020.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2021.

LEMES, Selma M. Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública**: fundamentos jurídicos e eficiência econômica. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2007.

LEVY, Daniel de Andrade. Anotações sobre a Arbitragem em matéria de propriedade intelectual. **Revista Brasileira de Arbitragem** – edição especial Arbitragem e Mediação em matéria de propriedade intelectual. Curitiba: Síntese, 2014. p. 207-228.

LÉVY, Laurent; REGIS, Bernard. Third Party Funding. Disclosure, joinder and impact on international procedures. *In*: CREMADES, Bernardo; DIMOLITSA, Antonias. **Third-party funding in international arbitration**. Paris: Dossiers – ICC, 2013. Cap. 7, p. 78-94.

LIMA, Cláudio Vianna de. **Arbitragem a solução**. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

LIMA, Maria do Carmo Ferreira; JESUS, Simone Batista. Administração do tempo: um estudo sobre a gestão eficaz do tempo como ferramenta para o aumento da produtividade e work life balance. **Revista de Gestão e Secretariado**, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 121-144, jul./dez. 2011. Disponível em: <https://www.revistagesec.org.br/secretariado/article/view/48/109>. Acesso em: 05 set. 2021.

LIRA, Ricardo Pereira; CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. A boa-fé objetiva administrativa e a interpretação dos contratos administrativos: a concretização da função pública. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 4, número especial, p. 2670-2695, 2015.

LOUREIRO, Rene Edney Soares; SANTANA, Héctor Valverde. Dano moral e responsabilidade objetiva do fornecedor pela perda do tempo produtivo do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 106, ano 25, p. 357-378, jul./ago. 2016. Disponível em: <https://revistadedireitodoconsumidor.emnuvens.com.br/rdc/article/view/101/89>. Acesso em: 05 out. 2021.

LYOTARD, Jean-François. **O inumano**: considerações sobre o tempo. 2. ed. Tradução de Ana Cristina Seabra e Elisabete Alexandre. Lisboa: Editorial Estampa, 1997.

MAFFINI, Rafael; CIRNE, Rodrigo de Jesus. Arbitragem e Administração Pública: uma análise da arbitrabilidade dos litígios envolvendo a Administração Pública à luz da disponibilidade dos direitos. **Revista ESDM**, Porto Alegre, v. 4, n. 8, 2018. Disponível em: <http://>

revista.esdm.com.br/index.php/esdm/article/view/93. Acesso em: 5 maio 2021.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. Convenção Arbitral no Direito Brasileiro. *In*: GAIO JUNIOR, Antônio Pereira; MAGALHÃES, Rodrigo Almeida (Coord.). **Arbitragem 15 anos da Lei nº 9.307/96**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 209-240.

MAGALHÃES, Rodrigo de Almeida. **Arbitragem e convenção arbitral**: aspectos controversos e regramento dogmático. 2004. 292 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2004. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_MagalhaesRA_1r.pdf. Acesso em: 01 Abr. 2017.

MAGALHÃES, Rodrigo de Almeida. **Convenção de Arbitragem**. 2000. 179 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2000.

MARÇAL, Antônio Cota. **Princípio**: estatuto, função e usos no direito. *In*: TAVARES, F. Horta (Org.). **Constituição, Direito e Processo**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 31-58.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARTINS, Thays. Além da UFRJ, outras universidades correm o risco de fechar por falta de verba. **Correio Braziliense**, Eu Estudante, 2021. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/euestudante/ensino-superior/2021/05/4923926-alem-da-ufrj-outras-universidades-correm-o-risco-de-fechar-por-falta-de-verba.html>. Acesso em: 05 out. 2021.

MATUMOTO, Fernanda Garcia Velasquez. O acesso à justiça à luz da teoria crítica do direito. **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da Unipar**, Paraná, v. 6, p. 161-170, jul./dez. 2003.

MAXIMIANO, Antonio Cesar Amaru. **Teoria geral da administração**: da revolução urbana à revolução digital. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEGNA, Bruno Lopes. **Arbitragem e Administração Pública**: fundamentos teóricos e soluções práticas. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

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

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

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MINAS GERAIS. **Lei nº 19.477, de 12 de janeiro de 2011**. Dispõe sobre a adoção do juízo arbitral para a solução de litígio em que o Estado seja parte e dá outras providências. Belo Horizonte, MG: Governo do estado, 2011. Disponível em: https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=LEI&num=19477&comp=&ano=2011&aba=js_textoOriginal#texto. Acesso em: 23 maio 2021.

MONACO, Bianca Maria Fusco Galvão Del. **Financiamento de Litígios**. 2020. 171 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2020. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/30089/>

Disserta%c3%a7%c3%a3o.pdf?sequence=3&isAllowed=y. Acesso em: 30 ago. 2021.

MONNET, Jean. **Memórias**: a construção da unidade europeia. Tradução de Ana Maria Falcão. Brasília: UnB, 1986.

MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do Rêgo. Administração pública consensual e a arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**, [S.l.], v. 35, p. 1-18, out. 2012.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MOORE, Christopher W. **O Processo de mediação**. Estratégias práticas para a resolução de conflitos. Tradução de Magda França Lopes. Porto Alegre: Artmed, 1998.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Felipe Ferreira Machado. Arbitragem como meio de solução de controvérsias nas Joint Ventures. *Revista de Arbitragem - Grupo de Estudos em Arbitragem da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais*, Belo Horizonte: Del Rey, v. 1, n. 1, jan./jun. 2012.

MORAIS, Fernando Vinícius Tavares Magalhães. A exoneração da responsabilidade civil dos contratantes na Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias de 1980. *Revista de Arbitragem e Mediação Empresarial - Grupo de Estudos em Arbitragem da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais*, Belo Horizonte, ano II, n. 3, jan./jun. 2015.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Arbitragem nos Contratos Administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 209, p. 81-90, jul. /set. 1997.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 231, p. 129-156, jan./mar. 2003.

MUSSE, Ricardo Musse. Administração do Tempo Livre. Lua Nova, São Paulo, v. 99, p. 107-134, 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/kVrwtj5r3XnpKGYFSDxsHTM/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 05 out. 2021.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Manual de Biodireito. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

NERY, Ana Rita de Figueiredo. Consensualismo e Interpretação do Contratos Administrativos. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). Direito Privado Administrativo. São Paulo: Atlas, 2013. p. 84-100.

NERY JUNIOR, Nelson; SANTOS, Thiago Rodovalho dos. Renegociação contratual. *Revista dos Tribunais*, [S.l.], v. 906, p. 113-156, abr. 2011.

NOGUEIRA, Sabrina Colares. Aplicabilidade da Arbitragem aos contratos de parceria público-privada. *Revista de Arbitragem - Grupo de Estudos em Arbitragem da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais*, Belo Horizonte: Del Rey, v. 1, n. 1, jan./jun. 2012.

NÓVOA, Rita de Cássia Alhadeff de; LAGO, Gilson Benedito Ferreira. Arrecadação de fundos públicos especiais: análise de prestação de contas de serventias extrajudiciais em interinidade ou intervenção, por meio de fiscalização criteriosa e padronizada. *Revista da ESMAM*, São Luís, v. 12, n. 14, p. 51-71, jul./dez. 2018. Disponível em: <https://revistaesmam.tjma.jus.br/index.php/esmam/article/view/7/3>. Acesso em: 10 jul. 2021.

NUNES, Thiago Marinho. Reflexões sobre a internacionalidade da arbitragem no direito brasileiro. *In*: CARVALHO, Lucila de Oliveira (Coord.). Revista de Arbitragem - Grupo de Estudos em Arbitragem da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte: Del Rey, número especial: Arbitragem – Questões Polêmicas, jul./dez. 2012. Cap. 8, p. 243-274. O preço do amanhã. EUA: Fox, 2011. 1 vídeo (109min). Disponível em: <https://www.netflix.com/watch/70202129?trackId=13752289&tctx=0%2C0%2C8147b981dd1bacd225363431741e198142f3b3f0%3A6a0ef2872b6f3133827d0af97b5df85522f200bc%-2C8147b981dd1bacd225363431741e198142f3b3f0%3A6a0ef2872b6f3133827d0af97b5df85522f200bc%2C%2C>. Acesso em: 16 jul. 2021.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da administração pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, [S.L.], v. 104, p. 303-322, 2009. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67859>. Acesso em: 5 jan. 2021.

OLIVEIRA, Leonardo Henrique Mundim Moraes. As instituições financeiras no Direito pátrio: definição e caracterização de atividade própria ou exclusiva. Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região, Brasília, v. 11, n. 1, p. 15-28, jan./mar. 1999.

OLIVEIRA, Lucas Borba. “O Preço do Amanhã” à Luz da Filosofia de Marx e Engels. JusBrasil, 2016. Disponível em: <https://lucasborba23.jusbrasil.com.br/artigos/434831959/o-preco-do-amanha-a-luz-da-filosofia-de-marx-e-engels>. Acesso em: 03 out. 2021.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Licitações e contratos administrativos. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Princípios do Direito Administrativo. 2. ed. São Paulo: Método, 2013.

ORSINI, Adriana Goulart de Sena; SOUZA, Cibele Aimée de. Mediação em hospitais: pedagogia, transformação e desenvolvimento de uma cultura voltada à paz. *In*: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 24, 2015, Aracaju. Justiça mediática e preventiva. Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 171-196. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/0j0ub037/G27cewvC9E913ISL.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2021.

OST, François. O tempo e o direito. Tradução de Élcio Fernandes. Revisão técnica de Carlos Aurélio Mota de Souza. São Paulo: Edusc, 2005.

PALONI, Nelson Alexandre. A utilização da arbitragem por instituições financeiras públicas. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 26, p. 237-260, dez. 2006. Disponível em: http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/rev2611.pdf. Acesso em: 23 maio 2011.

PALUDO, Augustinho. Administração Pública para Auditor Fiscal da Receita Federal e Auditor Fiscal do Trabalho. Rio de Janeiro: Campus-Elsevier, 2012.

PAULA, Ana Paula Paes de. Administração Pública Brasileira Entre o Gerencialismo e a Gestão Social. *RAE-Revista de Administração de Empresas*, [S.L.], v. 45, n. 1, p. 36-49, jan./mar, 2005. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rae/article/view/37088/35859>. Acesso em: 22 ago. 2021.

PECI, Alketa. Emergência e proliferação de redes organizacionais: marcando mudanças no mundo de negócios. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 33, n. 6, p. 7-24, nov./dez. 1999. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/7596/6122>. Acesso em: 15 ago. 2021.

PEDRONI, Fabiana. Chronos e Kairós: determinações poéticas para o tempo vivido. *Revista do Colóquio de Arte e Pesquisa do PPGA-UFES*, Vitória, ano 4, v. 3, n. 6, p. 245-254, 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufes.br/colartes/article/view/7724>. Acesso em: 05 out. 2021.

PEREIRA, Ana Lucia Pretto; GIOVANINI, Ana Elisa Pretto Pereira. Arbitragem na Administração Pública brasileira e indisponibilidade do interesse público. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 2, p. 1146-1161, 2017.

PEREIRA, Breno Augusto Diniz; Ckagnazaroff, Ivan Beck. Contribuições para a consolidação da New Public Governance: identificação das dimensões para sua análise. *Cad. EBAPE.BR*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 1, jan./mar. 2021.

RANZOLIN, Ricardo. O procedimento arbitral. In: MOTTA JÚNIOR, Aldemar. *et al.* Manual de Arbitragem para advogados. Brasília: CFOAB/CACB, 2015. p. 96-108.

REIS, Yuri Brizon. A Obrigatoriedade da Cláusula Escalonada Med/Arb. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, [S.L.], ano 5, n. 3, p. 1897-1945, 2019. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/3/2019_03_1897_1945.pdf. Acesso em: 05 set. 2021.

RENNÓ, Leandro Rigueira. Arbitragem: uma análise da fase pré-arbitral. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

RESENDE, Antônio José Calhau de. Apontamentos sobre os créditos adicionais ao orçamento: suplementares, especiais e extraordinários. In: RESENDE, Antônio José Calhau de; BERNARDES JÚNIOR,

José Alcione (Orgs.). Políticas públicas: múltiplos olhares. V. Único. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa de Minas Gerais, 2019, p. 293-330.

RIO DE JANEIRO. Decreto nº 46.245, de 19 de fevereiro de 2018. Regulamenta a adoção da arbitragem para dirimir os conflitos que envolvam o estado do Rio de Janeiro ou suas entidades. Rio de Janeiro, RJ: Governo do Estado, 2018. Disponível em: <http://crars.org.br/cma/arquivos/Decreto-Lei-46.245-2018-Arbitragem-Rio-de-Janeiro.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2021.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça (3. Câmara Cível). Apelação 00182129720158190209. Relator: Des. Fernanda Fernandes Coelho Arrabida Paes, 16 dez. 2020. Rio de Janeiro, RJ: TJ, [2020]. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/consultaprocessual/#/consultapublica?numProcessoCNJ=0018212-97.2015.8.19.0209>. Acesso em: 28 maio 2021.

ROCHA, Cristian Alberto Gazoli da. **A função social da propriedade pública**. 2020. 99 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação, Universidade de Marília, Marília, 2020. Disponível em: <https://1library.org/document/y9rjgddy-a-fun%C3%A7%C3%A3o-social-da-propriedade-p%C3%BAblica.html>. Acesso em: 20 out. 2021.

RODOVALHO, Thiago. Aspectos introdutórios da arbitragem. In: MOTTA JÚNIOR, Aldemar. *et al.* **Manual de Arbitragem para advogados**. Brasília: CFOAB/CACB, 2015. p. 10-17.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “Direito e Economia”? In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito & Economia**. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. Cap. 3, p. 49-62.

SALM, José Francisco; MENEGASSO, Maria Ester. Os Modelos de Administração Pública como Estratégias Complementares para a Coprodução do Bem Público. **Revista de Ciências da Administração**, [S.l.], v. 11, n. 25, p. 97-120, set./dez. 2009. Disponível em: <https://>

periodicos.ufsc.br/index.php/adm/article/view/2175-8077.2009v-11n25p83/12590. Acesso em: 15 jun. 2021.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça (1. Câmara Cível). **Apelação Cível 00092641220128240023**. Apelação cível. Ação de indenização por danos materiais e morais. Sentença de extinção do processo sem resolução de mérito pela existência de convenção de arbitragem (art. 267, vii, do cpc/1973). Insurgência da autora. Relator: Des. Jorge Luis Costa Beber, 29 jun. 2017. Florianópolis, SC: TJ, [2017]. Disponível em: https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAEAABiw9AAB&categoria=acordao_5. Acesso em: 28 maio 2021.

SANTOS, Adairson Alves dos. O Estado Democrático de Direito. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 91, ago. 2011. Disponível em: http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10143&revista_caderno=9. Acesso em: 12 Jul. 2016.

SANTOS, Aline Regina; SALM, José Francisco; MENEGASSO, Maria Ester. A Proposta do Novo Serviço Público e a Ação Comunitária de Bairro: um estudo de caso. **Encontro de Administração Pública e Governança**, São Paulo: ANPAD, 2006.

SANTOS, Paloma Maria; SELIG, Paulo Maurício. Indicadores para o novo serviço público: uma análise bibliométrica e sistêmica. **Perspectivas em Ciência da Informação**, [S.l.], v. 19, n. 3, p. 82-97, jul./set. 2014.

SÃO PAULO. **Decreto nº 64.356, de 31 de julho de 2019**. Dispõe sobre o uso da arbitragem para resolução de conflitos em que a Administração Pública direta e suas autarquias sejam parte. São Paulo, SP: Governo do Estado, 2019. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2019/decreto-64356-31.07.2019.html>. Acesso em: 20 abr. 2021.

SÃO PAULO. **Lei nº 16.873, de 22 de fevereiro de 2018**. Reconhece e regulamenta a instalação de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos administrativos continuados celebrados pela Prefeitura de São Paulo. São Paulo, SP: Prefeitura, 2018. Disponível em: <http://documentacao.saopaulo.sp.leg.br/iah/fulltext/leis/L16873.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2021.

SÃO PAULO. Secretaria da Fazenda e Planejamento. **Companhia Paulista de Parcerias – CPP**. 2021. Disponível em: <https://portal.fazenda.sp.gov.br/Institucional/Paginas/ CPP/ CPP.aspx>. Acesso em: 19 maio 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça (13. Câmara). Apelação nº 0000209-16.1997.8.26.0279. Apelante: Laércio Antônio Amado. Apelado: Prefeitura Municipal de Itararé. Relator: Des. Ivan Sartori, 30 jun. 2010. São Paulo, SP: TJ, [2010]. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=0&cbPesquisa=NUMPROC&numeroDigitoAnoUnificado=0000209=16-1997.&foroNumeroUnificado=0279&dePesquisaNuUnificado=0000209-16.1997.8.26.0279&dePesquisaNuUnificado=UNIFICADO&dePesquisa=&tipoNuProcesso=UNIFICADO&recaptcha_response_token=03AGdBq25L34SZvj1Wc3aC13e4WNCVvilpOUOFJGjV3aGyUBayC2GXFrSfEtBMhP9MwPYQzlaI_u_Y5XBKxZ7_Xq86iABUrxlRK_OPLGuVUP4i3EcMGrv8jIu7DR8DhW6VG-7ZIwmcUFVogsS82iz5b28Jge3ktvQXj4CKWaRm7RMYfBcN-Ukxx7NM-2qJQfsyTrYp88-zWy_4OLXsfU8uvPz844QLj-Dtk3iJkxf3Gwg25oMih51x-OLyuvAl1KZPew3mN97M_TiOP0RhmDLYK4qHcMcuHXOJkPFQsoasfNo6iRExCLVwVLB6jLrPgJN6q8KWs5LDp93MUrV1mRYoXaOKFk6Ol-2ZD-sBuAJrbxlo4_A2tpg9vJva0lfuE4r1ej2JiREhQYYE0LBW_RB2VE-ZW7NvrgqcobxlU3HH52K9dC9mklDUx81ci-CIwwwwvYO4XLas-_sfM-bLAz7nwXfaDE0wLS53eX2E6GzvrVh89DYPZFx5R1nHI9Ag&uuiidCap-tcha=sajcaptcha_670083ac352f4665a1f9b6e47d10d603. Acesso em: 18 abr. 2021.

SCHANER, Lawrence S.; APPLEMAN, Thomas G. The Rise Of 3rd-Party Litigation Funding. **Law** 360, Jan. 2011. Disponível em:

<http://www.law360.com/articles/218954/the-rise-of-3rd-party-litigation-funding>. Acesso em: 10 Abr. 2017.

SCHRODER, Letícia de Mattos; PAGLIONE, Gabriela Bonini. Resolução 125 do CNJ e os novos rumos da Conciliação e Mediação: será, enfim, a vez da efetividade da prestação jurisdicional? *In*: COUTO, Mônica Bonneti; MEIRELLES, Delton Ricardo Soares; MATOS, Eneas de Oliveira (Orgs.). **Acesso à Justiça**. Florianópolis: FUNJAB, 2012, p. 447-467.

SECCHI, Leonardo. Modelos organizacionais e reformas da administração pública. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 43, n. 2, p. 347-369, mar./abr. 2009. Disponível em:

<https://www.scielo.br/j/rap/a/ptr6WM63xtBVpfvK9SxJ4DM/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 25 abr. 2021.

SHANNON, Victoria. Recents developments in Third-Party Funding. **Journal of International Arbitration**, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, v. 30, n. 1, p. 443-452, 2013.

SHANNON, Victoria; NIEUWVELD, Lisa Bench. Third-Party Funding no Reino Unido. **Third-Party Funding em Arbitragem Internacional**. Alphen aan den Rijn: Kluwer Direito Internacional, p. 95-116, 2012.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Reflexões sobre a garantia de acesso individual ao Poder Judiciário. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 39, n. 236, p. 13-25, 2014.

SILVA, Maria Eduarda Praxedes. **O valor do lucro: usura e justiça nas Ordenações Afonsinas (séc. XV)**. 2013. 42 f. Monografia (Graduação em História) - Universidade de Brasília, Instituto de Ciências Humanas, Departamento de História, Brasília, 2013. Disponível em: https://bdm.unb.br/bitstream/10483/4656/1/2013_MariaEduardaPraxedesSilva.pdf. Acesso em: 03 out. 2021.

SILVA, Thiago Antunes da. Conceitos e evolução da administração pública: o desenvolvimento do papel administrativo. *In: Seminário Internacional Sobre Desenvolvimento Regional*, 8, Santa Cruz do Sul. **Territórios, Redes e Desenvolvimento Regional: Perspectivas e Desafios**. Santa Cruz do Sul: UNISC, 2017. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidr/article/view/16678>. Acesso em: 19 maio 2021.

SILVEIRA, Fernando Land da. A metodologia dos programas de pesquisa: a epistemologia de Imre Lakatos. **Caderno Catarinense de Ensino de Física**, Florianópolis, v. 13, n. 3, 1996.

SILVEIRA, Newton; TRIGUEIROS, Eduardo Dietrich. Confidencialidade e especialização na solução de conflitos envolvendo propriedade intelectual: campo da arbitragem. *In: VILELA, Marcelo Dias Gonçalves (Coord.). Métodos extrajudiciais de solução de controvérsias*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 121-128.

SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka. **Arbitrabilidade nos contratos com a Administração Pública**. 2008, 123 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/8333/1/Karin%20Hlavnicka%20Skitnevsky.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2021.

SOARES, Pedro Silveira Campos; NEVES, Flávia Bittar. Arbitragem e custos de transação dos contratos complexos. *In: CARVALHO, Lucila de Oliveira (Coord.). Revista de Arbitragem - Grupo de Estudos em Arbitragem da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais*, Belo Horizonte: Del Rey, número especial: Arbitragem – Questões Polêmicas, jul./dez. 2012. Cap. 1, p. 19-32.

SOUZA, Talita de. Incêndio no Museu Nacional, no Rio de Janeiro, completa três anos; relembre. **Correio Brasiliense**, 02 Set. 2021. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com>.

br/brasil/2021/09/4947344-incendio-no-museu-nacional-no-rio-de-janeiro-completa-tres-anos-relembre.html. Acesso em: 05 out. 2021.

TÁCITO, Caio. **O juízo arbitral em direito administrativo**. In: MARTINS, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.). Reflexões sobre arbitragem: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima. São Paulo: LTr, 2002, p. 23-28.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. V. Único. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021.

TEMPO. In: DICIONÁRIO Priberam da Língua Portuguesa [em linha – 2008-2021]. Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/tempo>. Acesso em: 16 out. 2021.

TEPEDINO, Gustavo. Novos princípios contratuais e teoria da confiança: a exegese da cláusula to the best knowledge of the sellers. **Revista Forense**, [S.l.], v. 377, p. 237-254, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Dos efeitos do negócio jurídico no novo código civil. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 40, p. 91-123, 2001. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/1215>. Acesso em: 30 set. 2021.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 50. ed. São Paulo: Forense, 2009. V. 2.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. O juízo arbitral e a ação de nulidade. In: GAIO JUNIOR, Antônio Pereira; MAGALHAES, Rodrigo Almeida (Coord.). **Arbitragem 15 anos da Lei nº 9.307/96**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 67-90.

TIMM, Luciano Benetti. **Direito contratual brasileiro**: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

TIMM, Luciano Benetti; SILVA, Thiago Tavares da; RICHTER, Marcelo de Souza. Os contratos administrativos e a arbitragem: aspectos jurídicos e econômicos. **Revista de Arbitragem e Mediação**, [S.L.], v. 50, jul./set. 2016. Disponível em:

http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RArbMed_n.50.17.PDF. Acesso em: 18 ago. 2021.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **Lá Democratie em Amérique**. Paris: Garnier-Flamarion, 1951.

VAIRÃO JÚNIOR, Newton Sergio; ALVES, José dos Santos Alves. A emenda constitucional 95 e seus efeitos. **Revista de Contabilidade do Mestrado em Ciências Contábeis da UERJ**, Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, p. 54-75, maio/ago. 2017. Disponível em: <http://www.spell.org.br/documentos/ver/48565/a-emenda-constitucional-95-e-seus-efeitos->. Acesso em: 06 jul. 2021.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. V. 2. (Coleção Direito Civil).

VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. Aplicabilidade da Arbitragem na resolução de conflitos societários no âmbito da sociedade limitada. In: VILELA, Marcelo Dias Gonçalves (Coord.). **Métodos extrajudiciais de solução de controvérsias**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 129-155.

VILLELA, João Baptista. **Direito, coerção e responsabilidade**: por uma ordem social não violenta. Belo Horizonte: UFMG, 1982.

VIVEIROS, Leonardo. **Entrevista:** Leonardo Viveiros. [S.l.]: INOVARB, 2017. Entrevista concedida à INOVARB – Novas perspectivas sobre a prática de Arbitragem. Disponível em: <http://estatico.amcham.com.br/emkt/2017/files/entrevista-inovarb-amcham.pdf>. Acesso em: 04 set. 2017.

WALD, Arnaldo. Alguns aspectos positivos e negativos do financiamento da Arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo: RT, v. 49, ano 13, abr./jun. 2016.

WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e meios consensuais de solução de conflitos. *In:* ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez (Org.). **Tribunal Multiportas:** investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. Rio de Janeiro: FGV, 2012. Cap. 3, p. 87-94.

YAMAMOTO, Ricardo. **Arbitragem e Administração Pública:** uma análise das cláusulas compromissórias em contratos administrativos. 2018. 202 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2018. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/25820/Disserta%c3%a7ao_Mestrado_versao_definitiva_para_deposito.pdf?sequence=3&isAllowed=y. Acesso em: 20 nov. 2020.

ZULIANI, Ênio Santarelli. Resolução do contrato por onerosidade excessiva. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre: Magister, n. 40, jan./fev. 2011.

ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Raquel. Análise econômica do direito e das organizações. *In:* ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Raquel (Org.). **Direito & Economia**, Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 1-15.