



UNIVERSIDADE DE SANTA CRUZ DO SUL

**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – MESTRADO E DOUTORADO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO EM DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS**

Hipólito Domenech Lucena

**ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:
A PROPOSIÇÃO DE ELEMENTOS PARA UM MODELO ADMINISTRATIVO
ARBITRAL DOS LITÍGIOS ESTATAIS A PARTIR DA ADOÇÃO DOS
PARÂMETROS INSTITUÍDOS PELA LEI N. 13.448/2017 E PELO DECRETO N.
10.025/2019**

Santa Cruz do Sul

2023

Hipólito Domenech Lucena

**ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:
A PROPOSIÇÃO DE ELEMENTOS PARA UM MODELO ADMINISTRATIVO
ARBITRAL DOS LITÍGIOS ESTATAIS A PARTIR DA ADOÇÃO DOS
PARÂMETROS INSTITUÍDOS PELA LEI N. 13.448/2017 E PELO DECRETO N.
10.025/2019**

Tese Apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado em Direito, Área de Concentração em Direitos Sociais e Políticas Públicas, Linha de Pesquisa em Dimensões Instrumentais das Políticas Públicas, Universidade de Santa Cruz Do Sul – UNISC como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dra. Fabiana Marion Spengler

Santa Cruz do Sul

2023

CIP - Catalogação na Publicação

Lucena, Hipólito Domenech

A Arbitragem na Administração Pública : a proposição de elementos para um modelo administrativo arbitral dos litígios estatais a partir da adoção dos parâmetros instituídos pela Lei n. 13.448/2017 e pelo Decreto n. 10.025/2019 / Hipólito Domenech Lucena. – 2023.

276 f. : il. ; 29 cm.

Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Santa Cruz do Sul, 2023.

Orientação: Profa. Dra. Fabiana Marion Spengler.

1. Acesso à justiça. 2. Arbitragem na administração pública. 3. Elementos para um modelo administrativo arbitral. 4. Exaurimento da jurisdição. 5. Poder simbólico do Judiciário. I.

Spengler, Fabiana Marion. II. Título.

Elaborada pelo Sistema de Geração Automática de Ficha Catalográfica da UNISC com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

Hipólito Domenech Lucena

**ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:
A PROPOSIÇÃO DE ELEMENTOS PARA UM MODELO ADMINISTRATIVO
ARBITRAL DOS LITÍGIOS ESTATAIS A PARTIR DA ADOÇÃO DOS
PARÂMETROS INSTITUÍDOS PELA LEI N. 13.448/2017 E PELO DECRETO N.
10.025/2019**

Esta tese foi submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado em Direito, Área de Concentração em Direitos Sociais e Políticas Públicas, Linha de Pesquisa em Dimensões Instrumentais das Políticas Públicas, Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

Dra. Fabiana Marion Spengler
Professora orientadora – UNISC

Dr. João Pedro Schmidt
Professor examinador – UNISC

Dr. Clóvis Gorczewski
Professor examinador – UNISC

Dr. Thiago Rodvalho dos Santos
Professor examinador – PUC-Campinas

Dr. Feliciano Alcides Dias
Professor examinador – FURB

Santa Cruz do Sul

2023

Aos meus filhos, Anna Luísa e Pedro Henrique; e a Patrícia, pela amizade, carinho, paciência e por todo amor.

AGRADECIMENTOS

À minha orientadora, Profa. Dra. Fabiana Marion Spengler, por me conduzir a novas paragens do conhecimento jurídico e por despertar em mim a vontade cada vez maior de compreender os meandros do acesso à justiça e por, sem qualquer restrição, ceder seus conhecimentos em prol do meu trabalho. Pelas críticas, pelas sugestões e, principalmente, pelo apoio incondicional, pela amizade e pela lealdade. Fica o registro sincero e eterno da admiração que perdurará para além dos campos acadêmicos.

À Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), pela oportunidade de crescimento pessoal e profissional.

Ao Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD), o meu reconhecimento pela qualidade dos ensinamentos e pelas amizades construídas com todos os docentes, sempre dispostos a dar o melhor aos seus alunos.

À Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), que me proporcionou uma bolsa de pesquisa PROSUC/CAPES – Modalidade II para o doutorado, contribuindo consideravelmente. Aos professores e funcionários do PPGD que tornam o ambiente acadêmico um local de saber, de reflexão e de amizade.

Aos meus colegas de lida acadêmica, dos quadros da advocacia e do grupo de pesquisas políticas públicas no tratamento dos conflitos, por contribuírem em meu constante aprendizado profissional, pelo estímulo à pesquisa, pelo inestimável auxílio e, especialmente, pelas amizades conquistadas.

Aos meus pais, Hipólito (*in memoriam*) e Antonieta, pelo apoio, sempre presente, apesar da distância, ao irmão, Francisco, à cunhada, Evânia, ao sobrinho Luís Guilherme e à sobrinha e afilhada Maria Fernanda. Sem vocês, nada seria possível.

Aos sogros e cunhados, Luís, Gladis, Fernanda e Luís Eduardo, e à sobrinha e afilhada Maria Eduarda, pelo acolhimento.

À querida esposa, Patrícia, e aos amados filhos, Anna Luísa e Pedro Henrique, pela paciência, tolerância, pela compreensão dos fins de semana em que estive ausente em razão do estudo e das viagens e por compreenderem a importância do estudo em nossas vidas, mesmo com o sacrifício de convivência mais próxima nesse período.

Vocês foram essenciais para a realização de um sonho, muito obrigado!

Caminante son tus huellas
el camino y nada más,
caminante, no hay camino,
se hace camino al andar.
(Machado, A., 1998)

RESUMO

A abordagem da presente tese possui como temática a proposição de elementos para um modelo administrativo arbitral dos litígios estatais a partir da adoção dos parâmetros instituídos pela Lei n. 13.448/2017 e pelo Decreto n. 10.025/2019. O estudo de uma política pública voltada para a concepção de elementos para um modelo administrativo arbitral na Administração Pública, com o escopo de ampliar o acesso à justiça, possui plena identificação com a linha de pesquisa “Dimensões Instrumentais de Políticas Públicas” inserida no PPGD da Universidade de Santa Cruz do Sul e intrínseca relação científica com o âmbito de pesquisa tratado pela orientadora da presente tese, professora Fabiana Marion Spengler, e com o grupo de pesquisa Políticas Públicas no Tratamento de Conflitos. Sob esse enfoque, o trabalho visa responder ao seguinte problema: a criação e efetivação de elementos para um modelo administrativo arbitral, ante uma interpretação da Lei n. 13.129/2015, que alterou a Lei 9.307/96 (Lei de Arbitragem), conjugada com os princípios e a legislação administrativista, a partir da adoção dos parâmetros instituídos pela Lei n. 13.448/2017 e pelo Decreto n. 10.025/2019, obtém correspondência nas condições estruturais e legais necessárias (base legal, recursos humanos, estrutura física, mecanismos digitais) identificadas no contexto da Administração Pública? O objetivo principal da pesquisa tem por mote investigar se a criação e efetivação de elementos para um modelo administrativo arbitral, ante uma interpretação da Lei n. 13.129/2015, que alterou a Lei 9.307/96 (Lei de Arbitragem), conjugada com os princípios e a legislação administrativista, a partir da adoção dos parâmetros instituídos pela Lei n. 13.448/2017 e pelo Decreto n. 10.025/2019, obtém correspondência nas condições estruturais e legais necessárias (base legal, recursos humanos, estrutura física, mecanismos digitais) identificadas no contexto da Administração Pública. A metodologia valeu-se do método de abordagem dedutivo e o procedimento utilizado foi o monográfico. A partir da prospecção da forma e do objeto de pesquisa, pode-se concluir que a previsão do artigo 1º da Lei n. 9.307/96, mostra-se insuficiente a gerar um ambiente e condições estruturais e legais necessárias para que se implante elementos para integrar um modelo administrativo arbitral condizente com as necessidades e o arcabouço jurídico-administrativo-financeiro da Administração Pública. No intuito de ampliação do acesso à justiça por intermédio da arbitragem, a Lei n. 13.448/2017 e o Decreto n. 10.025/2019 mostram-se essenciais ao tratamento das questões mais controvertidas dentro do Direito Administrativo, pois tratam de maneira adequada as antinomias jurídicas e tornam-se mais permeáveis aos mecanismos de controle, ultrapassando de forma mais incisiva os obstáculos erigidos em torno da implantação do instituto arbitral. Aliados a esses instrumentos legislativos, estrutura-se uma série de providências administrativas na intenção de dar efetividade às citadas normas, independentemente do ente ou órgão público onde irá se inserir a arbitragem, o que se mostra perfeitamente viável na qualidade de resposta ao problema de pesquisa e à realidade fática da Administração Pública.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Arbitragem na administração pública. Elementos para um modelo administrativo arbitral. Exaurimento da jurisdição. Poder simbólico do Judiciário.

ABSTRACT

The theme of this thesis is the proposition of an administrative arbitration model for state disputes based on the adoption of the parameters established by Law 13.448/2017 and Decree 10.025/2019. The study of a public policy focused on creating an administrative arbitration model in the Public Administration, with the aim of expanding access to justice, is fully identified with the line of the research "Instrumental Dimensions of Public Policies", within the PPGD of the University of Santa Cruz do Sul and has an intrinsic scientific relationship with the research area dealt by the advisor of this thesis, Professor Fabiana Marion Spengler, and with the research group Public Policies in Conflict Treatment. From this perspective, this work aims to answer the following problem: does the creation and implementation of an administrative arbitration model, based on an interpretation of Law 13.129/2015, which amended Law 9.307/96 (Arbitration Law), combined with administrative principles and legislation, grounded on the adoption of the parameters established by Law 13.448/2017 and Decree 10.025/2019, correspond to the necessary structural and legal conditions (legal basis, human resources, physical structure, digital mechanisms) identified in the context of Public Administration? The main objective of this research is to investigate whether the creation and implementation of an administrative arbitration model, given an interpretation of Law 13.129/2015, which amended Law 9.307/96 (Arbitration Law), combined with the principles and administrative legislation, based on the adoption of the parameters established by Law 13.448/2017 and Decree 10.025/2019, corresponds to the necessary structural and legal conditions (legal basis, human resources, physical structure, digital mechanisms) identified in the Public Administration context. The methodology used a deductive approach and the procedure used was monographic. The documentary research technique was applied to analyze informative documents, similar to bibliographical research. In order to verify the number of ongoing cases, with the Public Administration as the active or passive subject of the claim, data was collected based on an analysis of the *Justice in Numbers* report (2022; 2023). Considering the prospection of the form and object of the research, it is possible to conclude that the provision in Article 1 of Law No. 9.307/96 proves to be insufficient to generate an environment and structural and legal conditions necessary for the implementation of an administrative arbitration model which is consistent with the needs and legal-administrative-financial framework of the Public Administration. With regard to expanding access to justice through arbitration, Law 13.448/2017 and Decree 10.025/2019 are essential for dealing with the most controversial issues within Administrative Law, as they adequately deal with legal antinomies and become more permeable to control mechanisms, overcoming in a more incisively manner the obstacles erected around the implementation of the arbitration institute. Allied to these legislative instruments, a series of administrative measures are structured with the intention of giving effect to the aforementioned rules, regardless of the public entity or body where the arbitration will take place, which proves to be perfectly feasible as a response to the research problem and the factual reality of Public Administration.

Keywords: Access to justice. Arbitration in public administration. Administrative arbitration model. Exhaustion of jurisdiction. Symbolic power of the Judiciary.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADR	<i>Alternative Dispute Resolution</i>
ADTC	Atos das Disposições Constitucionais Transitórias
AMCHAM	Câmara Americana de Comércio
ARBITAC	Arbitragem da Associação Comercial do Paraná
BDBT	Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações
BDI	Benefícios e Despesas Indiretas
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CAE	Comissão de Assuntos Econômicos
CAM	Câmara de Arbitragem do Mercado
CAPES	Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior
CCBC	Câmara de Comércio Brasil-Canadá
Chesf	Companhia Hidroelétrica do São Francisco
CMA	Câmara de Mediação e Harbitragem
CNPq	Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico
DASP	Departamento Administrativo do Serviço Público
FGV	Fundação Getúlio Vargas
IASA	Índice de Acompanhamento da Sustentabilidade da Administração
IBICT	Instituto Brasileiro de Informações em Ciência e Tecnologia
LA	Lei de Arbitragem
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
MI	Margem de Incerteza
PPGD	Programa de Pós-Graduação em Direito
PPI	Programa de parcerias de investimentos
SciELO	Scientific Electronic Library Online
SE	Sentença Estrangeira
UNISC	Universidade de Santa Cruz do Sul

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
2	ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA ESTRUTURA INCAPAZ DE DIRIMIR OS PRÓPRIOS CONFLITOS?	23
2.1	Organização administrativa: uma estrutura incompatível com o tratamento interno de conflitos?	26
2.2	Funções do Estado e sistemas administrativos: a linha divisória entre a solução de conflitos em âmbito administrativo e o afastamento da jurisdição estatal	35
2.3	Mecanismos de controle e sua influência na solução de litígios que envolvam a administração pública	42
2.4	O tratamento de conflitos na Administração Pública, enquanto política pública de Estado	52
3	ACESSO À JUSTIÇA E A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS POR PARTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	61
3.1	Acesso à justiça x acesso ao Judiciário: uma cisão necessária	62
3.2	A jurisdição estatal na qualidade de prestadora necessária do acesso à justiça: a desmistificação do monopólio da solução de litígios	72
3.3	A subutilização do sistema multiportas e os principais entraves na primazia do Poder Judiciário na execução de meios alternativos de resolução de litígios	80
3.4	O saneamento da jurisdição estatal por intermédio da prestação de um serviço público de acesso à justiça	90
4	ARBITRAGEM NO DIREITO BRASILEIRO	102
4.1	Arrimo constitucional da arbitragem	103
4.2	Premissas gerais estabelecidas pela Lei n. 9.307/96	115
4.3	A arbitragem como instrumento de modificação da realidade judicial	126
4.4	Inovações trazidas pela Lei n. 13.129/2015: o marco regulatório à aplicação da Lei n. 9.307/96 à Administração Pública	133

5	A ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	141
5.1	Principais vantagens à expansão da arbitragem na Administração Pública	142
5.2	Insuficiência das alterações estabelecidas pela Lei n. 13.129/2015 à Lei de Arbitragem: a necessidade de uma legislação específica voltada à Administração Pública	150
5.3	A evolução das normas de caráter público face às alterações introduzidas pela Lei n. 13.129/2015.....	159
5.4	A (in)compatibilidade da arbitragem administrativa com o sistema atualmente vigente no Brasil	171
6	ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: A PROPOSIÇÃO DE ELEMENTOS PARA UM MODELO ADMINISTRATIVO ARBITRAL DOS LITÍGIOS ESTATAIS A PARTIR DA ADOÇÃO DOS PARÂMETROS INSTITUÍDOS PELA LEI N. 13.448/2017 E PELO DECRETO N. 10.025/2019	181
6.1	Antinomias jurídicas e principais obstáculos à implantação de um modelo administrativo arbitral na Administração Pública.....	182
6.2	Proposição de elementos para um modelo administrativo arbitral a partir da organização de câmaras de arbitragem e preparação do árbitro, voltadas para a Administração Pública	195
6.3	Economia pública a partir da instauração e autossustentabilidade da arbitragem	211
6.4	Adoção da Lei n. 13.448/2017 e do Decreto n. 10.025/2019: um portal dimensional para o futuro da arbitragem na Administração Pública	223
7	CONCLUSÃO.....	239
	REFERÊNCIAS	249

1 INTRODUÇÃO

É notória a crise institucional instalada no âmbito dos três Poderes, seja pela dificuldade em fazer com que as ações e serviços reflitam o Estado Democrático de Direito, seja pela inoperância na escolha e no trato da política pública cabal e necessária à evolução gradativa do setor público, ou ainda, pela falta de criatividade, e especialmente o temor de novas metodologias tendentes a proporcionar uma maior interação do Estado com o cidadão e para com os órgãos de controle.

Nesse sentido, cabe ressaltar que especialmente o comportamento de Executivo e Judiciário possui uma forte tendência de desconexão influenciada, possivelmente, pela mesma teoria que os proclamou, a Tripartição dos Poderes de Montesquieu.

Mesmo em um cenário onde a interação e a cooperação emergem como elementos que devem conformar a relação jurídico-institucional entre Poderes e entre estes e a comunidade, o grau de confiabilidade nos responsáveis pela criação e execução desses mecanismos resume-se no voto, cuja premissa consiste em soluções que vão ao encontro dos interesses do eleitor.

Em razão do exposto, a convergência da população em busca de soluções viáveis ao exercício dos direitos e garantias individuais e coletivas aporta no Poder Judiciário. Esse papel resta por deflagrar, além da já citada desconexão para com o Executivo, a alegação de uma pretensa interferência em funções que não lhe são inerentes.

Não obstante, mesmo ante a ineficiência das searas administrativa e legislativa, a expectativa de que o Judiciário se constitua na guarida do cidadão torna-se não só reconfortante, mas condicionante, na medida em que se perfilha como o ideário da prestação jurisdicional.

Por outro lado, muito mais forte do que a depreciação de Executivo e Legislativo, está a simbologia presente no âmbito do Poder Judiciário. Seja qual for o tribunal, não é difícil perceber um ambiente voltado à constituição de um verdadeiro monopólio da justiça.

Em contraponto a essa linha de raciocínio, o caráter social exsurge com elevado grau de importância face à implantação de uma arbitragem que não necessariamente tenha proveniência estatal, mas que pode se originar no seio da comunidade, proporcionando, com muito mais ênfase, o oferecimento de uma

consciência plena do processamento da lide, de seu objeto e de suas consequências para as partes, que se apoderam das causas e efeitos consecutórios da sentença, apesar de consubstanciarem-se em um ambiente jurisdicionalizado.

Em consideração a isso, a proposta de uma política pública voltada para resolução dos conflitos na Administração Pública, por intermédio da arbitragem, reforça e reconstitui os laços com o Poder Público. Com efeito, contribui sensivelmente para que se proponha, aos Operadores do Direito e ao próprio cidadão, uma nova forma de compreensão da jurisdição.

Dessa forma, busca-se um olhar vanguardista para a jurisdição, com potencial necessário a que o Poder Público atente para as questões conexas ao interesse público e que possam proporcionar uma maior autonomia na condução de seus litígios. Do mesmo modo, as instituições voltadas ao ensino jurídico, e as demais ciências conexas ao tema, conduziram suas grades curriculares no sentido de deflagrar um círculo virtuoso em que o direito fundamental de acesso à justiça ganhe novos contornos, na qualidade de ferramenta essencial do cidadão.

O estudo de uma política pública voltada para a concepção de elementos a um modelo administrativo arbitral na Administração Pública, com o escopo de ampliar o acesso à justiça, possui plena identificação com a linha de pesquisa Dimensões Instrumentais de Políticas Públicas, inserida no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* – Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul. No que tange ao aspecto instrumental, possui ênfase em peculiaridades jurídicas e sociais que se conectam com a implementação de políticas públicas coerentes com o tratamento a ser dispensado à solução de conflitos.

Sob o mesmo espeque, a abordagem a respeito da arbitragem, na qualidade propulsora de uma iniciativa inovadora na Administração Pública, possui intrínseca relação científica com o âmbito de pesquisa tratado pela orientadora da presente tese, professora Fabiana Marion Spengler e, também, com o grupo de pesquisa Políticas Públicas no Tratamento de Conflitos, por ela coordenado e devidamente certificado pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), bem como com a linha de pesquisa dele derivada, nomeada Acesso à Justiça e à Jurisdição. Em idêntico diapasão, o desenvolvimento da tese restará univocamente alinhado aos temas tratados pelos pesquisadores integrantes dessa seara de estudos.

Portanto, demonstrada a identificação com a linha e grupo de pesquisa delineados no programa especificado, é de se inferir que a tese proposta acarreta

benefícios de vital importância à revitalização do Poder Judiciário e uma nova perspectiva em termos procedimentais administrativos, fazendo com que seja ampliado o acesso à justiça e com que o cidadão adquira uma consciência cultural, que desvelará novos rumos à resolução de conflitos, mesmo em um cenário jurisdicionalizado.

A adoção da conformação de um critério de abordagem que primou pela eficácia da política pública proposta, conjugando aspectos práticos e teóricos ao delineamento de elementos para um modelo administrativo arbitral, percorreu um caminho lastreado na busca de um resultado que, até o presente momento, não encontra precedente.

No intuito de demonstrar que a delimitação do tema não possui obra congênere no Brasil, foram analisados o Banco de Teses e Dissertações da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES); Plataforma da Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações (BDBT), do Instituto Brasileiro de Informações em Ciência e Tecnologia (IBICT) e Scientific Electronic Library Online (SciELO), não sendo identificados títulos semelhantes.

A busca direcionada pela expressão “modelo administrativo arbitral” no Banco de Teses e Dissertações CAPES e na Plataforma da BDBT não encontrou teses ou dissertações correlacionadas ao tema. Em posterior pesquisa, nas mesmas plataformas, utilizando a expressão “exaurimento da jurisdição”, também não surgiram teses ou dissertações que versassem sobre o mesmo tema.

Por fim, no intuito de assegurar o ineditismo da tese, insistiu-se na pesquisa. Desta feita, utilizou-se a expressão “poder simbólico do judiciário”, não restando resultados passíveis de verificação.

Portanto, é de se inferir que a presente pesquisa contribuirá de forma contundente com uma visão precursora de acessibilidade à justiça por meio das ferramentas necessárias à constituição de elementos para um modelo arbitral administrativo, fulcrado em legislação administrativa brasileira, cuja permeabilidade, já atestada junto às instituições públicas, poderá se constituir na codificação necessária à aceitação dos mecanismos de controle mais exigentes.

Convergente com essa ideia, haveria o desencadeamento de notório benefício ao Judiciário, uma vez que grande parte das divergências a ele encaminhadas derivam da esfera pública. Sob esse aspecto, é imprescindível salientar a oportunidade de um despertar do cidadão, no que tange à solução de suas relações

conflitivas, gerando uma consciência moderna e saneadora das contendas em âmbito extrajudicial.

Sob esse enfoque, o trabalho visa responder ao seguinte problema de pesquisa: a criação e efetivação de elementos para um modelo administrativo arbitral, ante uma interpretação da Lei n. 13.129/2015, que alterou a Lei 9.307/96 (Lei de Arbitragem – LA), conjugada com os princípios e a legislação administrativista, a partir da adoção dos parâmetros instituídos pela Lei n. 13.448/2017 e pelo Decreto n. 10.025/2019, obtém correspondência nas condições estruturais e legais necessárias (base legal, recursos humanos, estrutura física, mecanismos digitais) identificadas no contexto da Administração Pública?

As hipóteses estabelecidas apontam na direção de que ou a permissibilidade explícita no artigo 1º, da Lei n. 9.307/96 é perfeitamente adequada à implantação e consecução de projeto de lei, que seja capaz de conformar elementos para um modelo administrativo arbitral na administração pública, tendo em vista a necessária e suficiente alteração carreada pela Lei n. 13.129/2015, a qual se conecta perfeitamente a uma interpretação calcada nas bases fundamentais do Direito Administrativo, conforme os parâmetros da Lei n. 13.448/2017 e do Decreto n. 10.025/2019; ou há evidente insuficiência da norma contida no artigo 1º, da Lei n. 9.307/96, uma vez que não é somente possibilitando a execução da arbitragem pela administração pública, por intermédio do ingresso de determinada norma, que se cria o ambiente e as condições estruturais e legais necessárias para que se atinjam os objetivos colimados, razão pela qual os parâmetros da Lei n. 13.448/2017 e do Decreto n. 10.025/2019, a serem empreendidos na futura tese, terão de estabelecer uma interpretação voltada para a conjugação dos postulados trazidos pela Lei n. 13.129/2015, com as bases estruturantes do Direito Administrativo.

Diante dessas premissas, o objetivo principal da pesquisa tem por mote investigar se a criação e efetivação de elementos para um modelo administrativo arbitral obtém correspondência nas condições estruturais e legais necessárias (base legal, recursos humanos, estrutura física, mecanismos digitais) identificadas no contexto da Administração Pública. Para alcançar esse intento, buscar-se-á, ante uma interpretação da Lei n. 13.129/2015, que alterou a Lei 9.307/96 (Lei de Arbitragem – LA), conjugada com os princípios e a legislação administrativista, e a partir da adoção dos parâmetros instituídos pela Lei n. 13.448/2017 e pelo Decreto n. 10.025/2019, o balizamento jurídico-administrativo a nortear tal perspectiva.

Em sede de objetivos específicos, será verificado: a) pesquisar, com base em revisão histórica, se os elementos organizacionais da Administração Pública tendem a se adaptar à arbitragem, tendo em vista um contexto jurídico-procedimental atípico; b) investigar a evolução do acesso à justiça no Brasil como instrumento privativo ao tratamento de conflitos por meios alternativos, com vistas ao saneamento do poder judiciário, mediante a projeção de um sistema arbitral voltado para a Administração Pública; c) apresentar os parâmetros legais da arbitragem no Brasil, destacadamente a Lei n. 9.307/96, a fim de sugerir, com base na identificação das antinomias jurídicas com os postulados inerentes à administração pública, uma possível transposição da Lei de Arbitragem ao setor público; d) analisar, por intermédio das alterações promovidas pela Lei n. 13.129/2015, a (in)compatibilidade da arbitragem na Administração Pública; e) propor as diretrizes elementares a um modelo administrativo arbitral na Administração Pública baseado na Lei n. 9.307/96, posteriormente à alteração trazida pela Lei n. 13.129/2015, indicando os recursos necessários para essa implantação.

O método de abordagem utilizado na pesquisa foi o dedutivo, o qual consubstancia-se a partir de postulados tidos como gerais, verdadeiros e indiscutíveis com a finalidade de chegar a uma conclusão, utilizando-se de um silogismo constituído de premissas maiores e menores, no intuito de fazer com que o raciocínio aporte em uma conclusão particular (Henriques; Medeiros, 2017).

Fazendo uso dessa abordagem, fulcrou-se na dedução com o objetivo de obter uma conclusão no que concerne a premissas consideradas como verdadeiras, ou seja, com base na combinação de premissas verdadeiras, busca-se obter um resultado igualmente legítimo (Ferreira; Lehfeld; Lé pore, 2015).

Nesse caso, há uma relação lógica entre as proposições apresentadas com o fito de não corromper a legitimidade da conclusão, tendo em vista que o acolhimento de premissas tidas como verdadeiras gerarão resultados com essa mesma característica (Mezzaroba; Monteiro, 2009).

Em adendo ao exposto, o método de procedimento utilizado foi o monográfico, em que “a investigação deve examinar o tema escolhido, observando todos os fatores que influenciaram, analisando-o em todos os aspectos” (Lakatos; Marconi, 2009, p. 92-93).

O método monográfico estabelece o estudo específico e pormenorizado de um determinado caso para que ele sirva de parâmetro representativo de uma grande parte

ou de todas as situações que sejam consideradas semelhantes. Ao analisar o tema selecionado, observa-se todos os fatores que o influenciam, averiguando todos os seus aspectos (Freitas; Prodanov, 2013).

Por meio da pesquisa bibliográfica se buscou, selecionar e analisar doutrinas referentes ao tema, textos acadêmicos e periódicos que tragam contribuições teóricas, no intuito de embasar o conteúdo do trabalho, bem como legislações normativas nacionais que embasaram a política pública delimitada como objeto de pesquisa do presente estudo. Por fim, será utilizada a técnica de pesquisa documental para analisar documentos informativos e congêneres à pesquisa bibliográfica.

Outrossim, com fulcro na verificação de processos em trâmite e em andamento, os quais tenham a Administração Pública como sujeito ativo ou passivo da demanda, efetuou-se coleta de dados a partir da análise do relatório *Justiça em números* (CNJ, 2022; 2023).

Para alcançar esse desiderato, a tese é dividida em cinco capítulos, dentre eles, um ponto de vital importância para o sucesso de uma proposta voltada para a auto solução de contendas administrativas, objeto do primeiro capítulo, que passa pelo debate dos métodos e princípios pertinentes ao controle da Administração Pública, assim como a parametrização de um arcabouço legislativo que seja compatível com as providências adotadas.

Entretanto, para que se possa avaliar em que medida a Administração Pública e o Direito Administrativo possuem a capacidade necessária para dirimir seus próprios conflitos, é premente que sejam ultrapassadas as barreiras e antinomias jurídicas que, porventura, impeçam ou posterguem a aplicação da metodologia escolhida. Além do mais, é inevitável que se deduza a existência de um panorama favorável ao nascimento de um procedimento extrajudicial institucionalizado por intermédio de suas funções, sistemas e a própria organização e estruturação de seus órgãos e agentes.

Independentemente da dimensão do órgão público de que se trata ou a baixa densidade de litígios observada, a depender do fato e das circunstâncias ponderados na contenda, a condução à prática de métodos não atrelados ao Judiciário pode trazer benefícios econômicos, financeiros, orçamentários e estruturais.

É interessante asseverar que o imaginário jurídico-administrativo é um espectro manifestamente inserido na sistemática pública. Por intermédio das obras de Meirelles (1987; 2000) e Di Pietro (2021; 2022; 2023), analisa-se os fatores preponderantes à

criação de um verdadeiro sistema de defesa administrativo, consistente em repelir quaisquer ofensas à indisponibilidade do interesse público.

Por outro lado, ao estabelecer a defesa do interesse público sem considerar a razoabilidade que deve permear os atos administrativos, os órgãos públicos acabam tolhendo não só ações vis – que tendem à malversação do patrimônio público –, mas, também, aquelas atividades que possuem o condão de trazer uma perspectiva inovadora. Como consequência, pagamentos ou concessões que certamente seriam vetadas pelas autoridades públicas em razão do temor da severidade das punições advindas dos órgãos de controle e da legislação protetiva do interesse público poderiam prospectar economia administrativa coadunada com a adequada gestão do patrimônio público.

O estudo sobre as peculiaridades administrativas é tratado no primeiro capítulo, tendo em vista que configura a viga mestra sobre a qual se erigirá determinado constructo jurídico conducente à viabilização de uma política pública que privilegie a extinção do conflito, auxiliando na árdua tarefa, a cargo do Judiciário, de agilizar o andamento dos feitos sob sua responsabilidade.

O segundo capítulo versa sobre o acesso à justiça e à prestação de serviços por parte da Administração Pública. Nesse contexto, é primordial a desmistificação desse verdadeiro monopólio da justiça que paira sobre o Poder Judiciário e de toda a simbologia existente nos átrios e nas salas de audiência do ambiente forense, reforçando uma mística que transcende a jurisdição estatal e fortifica o imaginário jurídico junto ao cidadão, peça essencial na engrenagem processual, uma vez que é sua a responsabilidade pela provocação da interveniência do magistrado para solução de seu litígio.

Em vista da argumentação supra declinada, a partir da obra de Chase (2014), procura-se demonstrar que essa tônica comportamental presente no imaginário jurídico brasileiro não é nada mais do que o reflexo da cultura, dos valores, das convenções sociais e dos ritos existentes em determinada sociedade. Tais circunstâncias geram um cenário favorável ao ingresso de técnicas de solução de conflitos, nem sempre compatíveis com a liturgia de procedimentos tradicionais da literatura jurídica.

O formato de resolução de litígios da Tribo Azande, da África Central, estudado por Chase (2014), muito embora possua um perfil completamente divergente da teoria procedimental da maioria das instituições jurídicas – dentre elas a brasileira –,

possibilita visualizar a exata intensidade da influência originada pela cultura que permeia certa sociedade no tratamento e eliminação das contendas, bem como, não menos importante é a ascendência dos processos decisórios na constância e perfectibilização da sociedade.

Especialmente por essa razão, invariavelmente, o acesso à justiça, no Brasil, tem seu tratamento relacionado com a função jurisdicional exercida pelo Poder Judiciário, fazendo com que as iniciativas tendentes à mitigação do acúmulo de processos, no momento de sua implantação, obtenham maior ênfase quando sua execução for proveniente de um patamar judicial.

Em decorrência do exposto, não causa surpresa o fato de que o caminho a ser percorrido em busca da ampliação do acesso à justiça, notadamente a exemplo dos métodos hetero e autocompositivos, sejam buscados, massivamente, naquele recinto em que supostamente se vislumbra o monopólio da justiça, o que pode auxiliar no combate à obstrução do gargalo judicial, mas não evita a necessidade de expansão do Judiciário, que terá de absorver a gama de serviços geradas para combate do problema que persistirá sob nova perspectiva. No intuito de confrontar as afirmações ora expendidas e pautar-se em elementos que permitam ampliar a ideia de acesso à justiça, têm-se por pilastra a doutrina de Cappelletti e Garth (1988), no intuito de engendrar a prestação de um serviço público que possa servir como instrumento de transformação da realidade judicial.

Já no terceiro capítulo, o norte para delinear as especificidades da legislação brasileira referente à arbitragem tem como alicerce o entendimento de Spengler (2011; 2016; 2017; 2018; 2019; 2021) a respeito da matéria. Para alcançar esse desiderato, busca-se, dentre os métodos autocompositivos e heterocompositivos, o formato mais adequado para conformar uma técnica que se aproxime das reais necessidades das repartições públicas.

Deflagra-se, a partir do pensamento da autora, o alinhamento entre arbitragem e Administração Pública, elencando-se as principais antinomias jurídicas, obstaculizadoras da plena inserção do processo arbitral no setor público. Considera-se primordial o estudo e a inferição das questões supra expostas por intermédio da obra da autora, pois, além de conjugar aspectos relativos aos capítulos anteriores, será responsável pela investigação acerca da insuficiência da Lei n. 9.307/96 – ainda que alterada pela Lei n. 13.129/2015 –, visto que sua versão coaduna-se com regras estatuídas a partir de premissas originárias do Direito Civil, fator que poderia

desencadear a inevitabilidade de uma legislação voltada exclusivamente à seara pública.

A presente tese, em seu quarto capítulo, prospecta a arbitragem como forma de viabilizar o tratamento das cizânias em que a Administração Pública esteja envolvida, a teor da obra de Carmona (1990; 1997; 2008; 2009; 2014; 2016). No decorrer desse trecho específico do trabalho, busca-se especular as principais vantagens do sistema arbitral em ambiente público e sua adequação diante do conteúdo programático da principal legislação referente à matéria e de que maneira a evolução de suas normas permite uma compatibilidade da arbitragem em setor tão intrincado quanto o publicista, diante do que atualmente se verifica em torno das disposições verificadas nesse campo.

Perfectibilizadas as bases teóricas do presente estudo e prospectando o quinto capítulo da tese, intenta-se a proposição de elementos para um modelo legal-procedimental que tenha por mote a resolução dos conflitos administrativos. Para tanto, no trâmite da arbitragem, envolver determinados setores é imperioso, tendo em vista não só vocação dos órgãos de controle externo, incluso o Poder Legislativo, no sentido da fiscalização da atividade administrativa, mas dos próprios mecanismos de autocontrole da Administração Pública, responsáveis por coordenar uma estratégia voltada para verificação da lisura dos atos administrativos.

Veja-se que a introdução das técnicas arbitrais deve considerar as especificidades da composição jurídica que rege os entes públicos, em especial o Poder Executivo, que, igualmente ao Judiciário, possui deficiências culturalmente arraigadas em sua gênese, capazes de obstaculizar a introdução de elementos para um modelo administrativo arbitral.

Ainda se perfaz razoável uma verificação concernente à instalação de câmaras de arbitragem e em que medida poderão ser conformadas em ambiente externo ao estatal, em prol da maximização do julgamento justo, sem os favoritismos ou pechas frequentemente atribuídas ao Executivo.

Importante salientar, na toada de instauração de um procedimento dependente de uma estrutura a gerar sua execução e sustentabilidade, que aventar um novo formato de solução das demandas administrativas cumpre prospectar o gerenciamento dos custos inerentes à arbitragem e um processo autônomo em que os valores creditados ou debitados sirvam de alicerce à finalidade que os instituiu.

No intuito de abalizar as dimensões estruturais a serem delineadas, adota-se a Lei n. 13.448/2017 e o Decreto n. 10.025/2019 para o esboço de regramento mais aproximado possível das carências públicas, tendo em vista sua inegável contribuição e direcionamento a tais setores.

Delineadas as bases teórico-normativas do presente estudo, este trabalho busca uma nova via à resolução dos conflitos administrativos. Para alcançar esse intento, é primordial que o método escolhido – a arbitragem – possua convergência com os valores disseminados pelos limites impostos pela Administração Pública e pelas premissas de acessibilidade à justiça.

Nesse sentido, torna-se imperioso envolver determinados setores, tendo em vista não só vocação dos órgãos de controle externo, incluso o Poder Legislativo, no sentido da fiscalização da atividade administrativa, mas dos próprios mecanismos de autocontrole da Administração Pública, os quais são responsáveis por coordenar uma estratégia voltada para verificação da lisura dos atos administrativos.

Veja-se que a introdução das técnicas arbitrais deve considerar as especificidades da composição jurídica que rege os entes públicos, em especial o Poder Executivo que, igualmente ao Judiciário, possui deficiências culturalmente arraigadas em sua gênese. A mais premente delas consiste no encaminhamento de suas lides à jurisdição estatal.

Ao comportar-se dessa forma, a Administração pleiteia, além do direito, a chancela para a equalização do crédito ou do débito existente, repassando para o juiz de Direito uma tarefa que deveria, ao menos, ter mecanismo auxiliar interno que pudesse trazer segurança tanto ao administrador quanto ao cidadão que se vê em conflito com o Poder Público.

Por conseguinte, essa rotina administrativa provém, em maior grau, do temor do governante em ser apontado, multado ou punido pelos órgãos de controle. Consequentemente, criou-se uma perspectiva de que controle da administração, indisponibilidade do interesse público e de bens públicos fundissem-se na proteção do patrimônio estatal, impedindo desvelar, ou pelo menos discutir, o dispêndio de valores e da movimentação da máquina pública durante o trâmite do processo judicial.

Sem olvidar a referência feita de que o desdém – ou o excesso de cuidado do gestor – no trato das disputas envolvendo a Administração Pública afeta substantivamente o Judiciário, que busca no seu crescimento a via auspiciosa que resolverá o acúmulo processual e a desobstrução do gargalo judiciário.

Para citar um exemplo da crença de que a arbitragem traz efeitos economicamente positivos e a certeza de que haverá uma previsão factível, a tornar aquele ente que por ela opta, uma instituição confiável aos olhos de investidores e do público que nela pretende ingressar, a Petrobrás, mesmo antes das alterações promovidas pela Lei n. 13.129/2015 à Lei n. 9.307/96, prevê em seu estatuto a designação de arbitragem a fim de solucionar disputas que envolvam a companhia, seus acionistas, os administradores e conselheiros fiscais por intermédio da Câmara de Arbitragem do Mercado.

À vista disso, é de se supor que uma das maiores empresas estatais brasileiras e mundiais que desempenha um papel fundamental na economia do país, influenciando, por consequência, setores direta ou indiretamente relacionados, não se sujeitaria à uma sistemática em que não acreditasse ou que não lhe concedesse vantagens em comparativo com a jurisdição estatal.

Destarte, para ingressar em todas essas questões, não basta se livrar das amarras de um pensamento retrógrado, que cria uma simbiose entre interesse e bem público. É preciso avançar para criar uma legislação que tenha por supedâneo regras gerais de arbitragem específicas para a Administração Pública, deixando em aberto apenas aquelas especificidades de cada Estado ou Município da Federação que poderiam resolver questões pontuais, bastando, para tanto, a coerência da peça orçamentária, tanto com uma lei voltada para a utilização e percepção de bens, quanto com a norma de arbitragem local.

2 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA ESTRUTURA INCAPAZ DE DIRIMIR OS PRÓPRIOS CONFLITOS?

Para se falar em Administração Pública, é necessário se fazer uma referência ao advento do próprio Estado, no sentido de sociedade politicamente permanente. Nessa mesma acepção, a primeira discussão que se impõe é com relação ao estabelecimento da ordem cronológica do surgimento de um e de outro, ou seja, quem na realidade obteve precedência em sua origem. Uma outra questão desenvolvida acerca do estudo sobre o Estado coloca em pauta os motivos pelos quais sua eclosão foi deflagrada.

Desde os tempos mais remotos, mais especificamente a partir da revolução cognitiva, é possível verificar uma série de novas habilidades do ser humano, que ampliaram sua capacidade de planejamento, organização, concretização de condutas mais complexas e transmissão de grandes quantidades de informação sobre os vínculos sociais dos *sapiens*. Esse conjunto de aptidões possibilitou a convivência em grupos cada vez mais coesos em que simbologia, tradição e cultura irrompem na índole comportamental dos seres pensantes, com uma força descomunal, elevando coisas que, de fato, não existem a um patamar realístico e de altivez frente aos membros da comunidade. Por outro prisma, também propiciou a cooperação entre um número expressivo de estranhos e a rápida inovação do comportamento social (Harari, 2015).

O Direito, a Lei, o Estado, não são nada mais do que a ressignificação da endeusificação de entes, pontuada como um dos marcos mais bem sedimentados da simbologia. É o temor reverencial a uma entidade ou divindade que induz obediência a regras de conduta, participação ou colaboração dentro de uma estrutura, mesmo que em configuração diminuta, a ponto de os discursos provenientes de outras paragens serem objeto de censura, os quais possam abalar a convicção no poder simbólico, retratado a seguir:

Nas *Leis*, os legalistas da colônia dos Magnetes [povo da costa oriental da antiga Tessália] opõem-se igualmente à entrada dos trágicos na Cidade, ou melhor, os admitem apenas como condição e mediante uma severa censura: somente as autoridades decidirão se 'a obra pode ser aprovada e é boa para ser ouvida pelo público'. Conscientes do temível poder da ficção, os legistas querem manter os poetas à distância para preservar a integridade do direito e da justiça (Chase, 2007, p. 10).

A reflexão necessária acerca da simbologia do poder permite que se alcance algo que abstratamente só poderia ser obtido mediante o uso da força, seja ela física ou econômica. É o local onde a arbitrariedade pode ocultar-se sob o manto próximo do vítreo e ser entendida como a interpretação mais do que clara da justiça. É o poder da palavra perpetrada para reproduzir a crença, mantendo a ordem ou a subvertendo (Bourdieu, 2002).

A menor das unidades societárias, a família, serve como pilastra à satisfação dos membros de seus núcleos, constituindo aldeias que, governadas pelo componente mais idoso, poderiam unificar-se, constituindo, dessa forma, cidades. A premissa para constituição da polis consistia no fato de proporcionarem um convívio em comunidade de forma única e com autossustentabilidade de todos aqueles que participavam dessa engrenagem, objetivando a plenitude do atendimento das necessidades da vida em sociedade e a satisfação do bem comum (Aristóteles, 2010).

A família antiga se constituía por conta, principalmente, do elemento religioso. Em cada residência fazia-se presente um altar ao redor do qual as reuniões eram frequentes, seja para a reza diária, para a refeição piedosamente partilhada, seja para entoar hinos transmitidos de geração em geração. As peculiaridades dessas unidades familiares estendem-se para além da própria morada, ultrapassam, inclusive, a própria existência, abraçando e venerando aqueles que passavam a existir somente em memória. Os túmulos dos antepassados encarnavam esse acréscimo e a morte apenas ressignificava a composição da família (Coulanges, 2004).

A utilização da expressão “Estado”, na qualidade de ente politicamente organizado, não se perfilhava como reconhecível, pelo menos até o prelúdio da Idade Média, tendo evoluído a partir da *Polis* grega e da *Civitas* romana. A terminologia *Stato* teria paternidade italiana, mas seu sentido consistia em um fragmento da compreensão atualmente obtida. No século XV, a Inglaterra passou a utilizar a terminologia Estado para fazer alusão à ordem pública instituída, no que foi seguida por França e Alemanha, mas sua inserção definitiva na literatura científica foi determinada por Maquiavel, reconhecido por engendrar o direito público moderno (Maluf, 2019).

No que pertence ao assunto, ao capitular as espécies de principados, Maquiavel refere-se às entidades estatais da seguinte forma:

Todos os Estados, todos os governos que tiveram e têm autoridade sobre os homens, foram e são ou repúblicas ou principados. Os principados são: ou hereditários, quando seu sangue senhorial é nobre há já longo tempo, ou novos. Os novos podem ser totalmente novos, como foi Milão com Francisco Sforza, ou o são como membros acrescentados ao Estado hereditário do príncipe que os adquire, como é o reino de Nápoles em relação ao rei da Espanha. Estes domínios assim obtidos estão acostumados, ou a viver submetidos a um príncipe, ou a ser livres, sendo adquiridos com tropas de outrem ou com as próprias, bem como pela fortuna ou por virtude (Maquiavel, 2013, p. 5).

Essa concentração de poder simbólico e autoridade tem como ônus o abono da ordem e do controle do espaço em que os principados se instalavam. Para tanto, conformavam codificações que previam uma série de atos burocráticos, com intuito de estabelecer aos seus cidadãos padrões rígidos de comportamento, no que se referenciasse à obediência das regras programáticas e, também, à absorção da cultura trazida pelo novo regramento. Cumpre destacar a denotação de uma função manipuladora e de vigilância da atividade social, assim como de cogência do Estado para que a implementação do domínio do Governo se consubstanciasse eficazmente (Leal, 2006).

Por conseguinte, a tradicional mística que envolve a procedência do poder estatal reforça sua legitimidade perante os integrantes de uma nação, congregando um conjunto de aspectos, tais como soberania, império, estrutura e patrimônio, que se perfilham condizentemente ao patamar para o qual foi guindado (Costa; Costa, 2016).

Diante desse escorço histórico, da consideração da força cogente estatal e dos poderes que lhe são inerentes e já visando uma compatibilidade com o objetivo central da presente tese, é que se estuda a organização administrativa, seus sistemas e as funções estatais, com o escopo de verificar a adaptabilidade dos preceitos basilares da Administração Pública, ao tratamento de divergências em âmbito administrativo, optando-se pela divisão dos temas em dois itens apartados. O primeiro, versando sobre a estrutura organizacional, perpassando sobre assuntos pertinentes aos poderes, órgãos, agentes e procedimentos que possam gerar uma aproximação ou um afastamento de uma autonomia em termos de solução conflitiva. No tópico seguinte, a análise, apesar de manter o mesmo objetivo traçado para o item 1, volta o foco para as funções do Estado e dos sistemas administrativos, haja vista sua evidente contribuição na gênese do Direito Administrativo Brasileiro.

Sob a mesma linha de raciocínio, no terceiro tópico, verifica-se a plausibilidade do tema mediante os mecanismos de controle existentes na seara pública, que podem

influenciar de maneira positiva ou negativa uma abordagem focada na autodeterminação administrativa em resolver suas próprias demandas jurídicas.

Encerra-se o capítulo aventando a possibilidade da instituição de uma política pública de Estado, que se voltaria à resolução dos conflitos no ambiente administrativo, considerando o cenário ideal a sua introdução e às especificidades que devem nortear uma proposta de tal vulto.

2.1 Organização administrativa: uma estrutura incompatível com o tratamento interno de conflitos?

Como se vê, não é ao acaso que irrompe a administração pública, não é pela mão de deuses ou de mentes geniosas a idealizarem seus sustentáculos, mas é sob o aspecto histórico que se reconta incessantemente o contexto, a natureza e a fluidez daqueles atos que dela dependem. É por intermédio da existência cultural e da historicidade humana que se compreende a evolução de determinado instituto e que se projeta a renovação do futuro, em que interpretações convergentes à sociedade em que se vive tomam as rédeas da reflexão crítica e problemática da norma, a fim de subsidiar a realidade existente (Marcos, 1958).

No caso brasileiro, a administração pública não escapa à trajetória histórica para sua construção, criando raízes profundas em fatores políticos e sociais no Brasil-Colônia (1500-1822) e nos períodos do Império (1822-1889) e República Velha (1889-1930). O marco inicial foi deflagrado a partir dos modelos verificados nos reinos de Portugal e Espanha, vigentes, de forma unificada, por sessenta anos (Andrews; Bariani, 2010).

Não obstante, a Constituição Imperial de 1857 influencia na composição do Direito Administrativo Brasileiro – ao revés da ciência e da doutrina que ocuparam uma posição ínfima, senão nula, nos desígnios da disciplina, que à época se desenhava, de exclusiva permeabilidade à doutrina francesa – mas é sob a batuta dos escritores franceses Alexandre-François Vivian, Jean-Jacques Gaspard Foelix, autores, respectivamente, de *Études Administratives*¹, em 1853, e *Révue Étrangère*

¹ Estudos Administrativos (tradução nossa).

*et Française de Législation, de Jurisprudence et d'Économie Politique*², editada entre 1833-1843 (Guandalini Júnior, 2019).

Em decorrência das citadas peculiaridades, a formação social brasileira direciona-se à compreensão do atraso econômico, expandindo o conhecimento histórico e deslindando-se das amarras histórico-políticas tidas como tradicionais, representando, na década de 1930, um avanço na direção da criação e ampliação de novos espaços sociais. Com esteio nesses fatores, desencadearam-se novas abordagens em torno da discussão política, até então relegada a um patamar secundário, cuja narrativa carecia de um propósito mais rebuscado (Cabral, 2011).

É justamente no chamado Estado Novo, sob a égide da Segunda República, que se propugnam os alicerces fundamentais do Estado Administrativo no país, convergindo para um sistema industrial, com nítida percepção do processo de urbanização, que fomentou a evolução das telecomunicações, do transporte e da energia nas políticas sociais (Coelho, 2019).

A despeito da evolução vislumbrada em período histórico mais recente, não se pode olvidar que o processo de transição para o moderno Estado brasileiro, inaugura-se a partir do momento em que o Estado português se instala no Brasil e este, efetivamente, passa a ser vislumbrado como detentor de funções de metrópole. Curiosamente, nunca foi o retrato da Coroa portuguesa a inspiração para a formação dessa nova soberania, o que seria perfeitamente plausível, em vista de que a estruturação da administração foi moldada à feição dos cargos lisboenses. Assim como a penetração de novos institutos na legislação pátria deve respeitar as condições locais, legais e culturais, do mesmo modo, o surgimento da própria nação e de seu arcabouço jurídico deve respeitar as diferentes condições objetivas, quando da fusão de concretudes nacionais distintas. Esse ajuste impende inferir que determinadas relações existentes em âmbito português se mostraram desprezíveis aos olhos da administração colonial; por outro lado, mostrava-se necessário agregar organismos que não coincidiam com a Pátria-Mãe e, no período tratado, a França, mesmo que em tímido começo, já se ensaiava em prospectar alicerces para referenciar metodologicamente uma história contemporânea de Estado e de Administração Pública (Costa; Costa, 2016).

² Revista Estrangeira e Francesa de Legislação, Jurisprudência e Economia Política (tradução nossa).

Todavia, a reforma e planejamento do serviço público sobreveio apenas em 1938, por intermédio da implantação do departamento administrativo do serviço público³, que deu novos contornos aos órgãos estatais, estabelecendo um sistema meritocrático de acesso ao emprego público e a racionalidade da gestão. Ainda assim, foram diversas as barreiras que se elevaram frente à implantação dessa forma de ver os cargos e setores públicos. O personalismo, o clientelismo, o fisiologismo e a corrupção enfraqueceram o estímulo às concepções trazidas pelo advento da seção que se instaurara, o que propulsionou a entrada de um modelo burocrático de administração (Andrews; Bariani, 2010).

Reconhece-se essa afirmação na medida em que:

A gestão burocrática, ressaltam Osborne e Gaebler (1995, p. 13-15), teve grande sucesso desde a Revolução Industrial ao substituir o governo das famílias reais e da nobreza por uma administração baseada na impessoalidade, profissionalismo e racionalidade técnica, como foi enfocado por Weber nos seus estudos. A burocracia, vista como um fim em si mesmo, mediante o carreirismo e corporativismo, fechando-se às mudanças que se aceleraram após a Segunda Guerra, passou a ser percebida pela sociedade como um governo lento, ineficiente e impessoal, com pouca sensibilidade às demandas da comunidade.

A literatura mostra que, em muitos casos, as burocracias do setor público acabam dominadas por interesses próprios, onde a preocupação dos principais atores (burocratas, profissionais e sindicatos) é a ampliação do seu próprio poder, tornando-se mais dispendiosa e menos controlável ou sensível aos interesses da sociedade (Matias-Pereira, 2012, p. 9).

A confiança em um modelo burocrático de pensar a administração pública obtinha solidez não só no combate ao patrimonialismo, mas em pautas baseadas na impessoalidade, na hierarquia e na administração profissional. Porém, a esperança de um novo olhar sobre a *res publicae* esbarrou na mesma barreira patrimonialista que o fez surgir, fazendo com que se deturpassem os preceitos que permeavam a centralidade da proposta burocrática (Silva, 2017).

Note-se que mesmo a substituição de parâmetros concentrados na figura do monarca, com evidente confusão entre patrimônio público e privado e um campo fértil para a proliferação do empreguismo, nepotismo e corrupção, não se perfaz suficiente a apagar um rastro devastador que se faz sentir, mesmo na atualidade, a cada nova

³ O Departamento Administrativo do Serviço Público, conhecido como DASP, é considerado como o destaque da primeira grande reforma administrativa brasileira, sendo uma centelha reluzente dos critérios meritocráticos e de controle que viriam a ser implantados na Administração Pública. Por intermédio de suas bases, verifica-se que o crédito pela propagação da modernização do setor público, em muito se deve à essa peça essencial ao entendimento da complexa engrenagem destinada a comandar os desígnios da nação (Leite, 2021).

denúncia de fraudes e desmandos na política brasileira. Tanto é verdade que, mesmo diante da superioridade da administração burocrática, pugnada pela separação entre sociedade civil e Estado, distinguindo o público do privado, os vícios de outrora recalcitrantes, como tatuagem ou marca com ferro em brasa, são o objeto do que se têm na maioria dos mecanismos de controle (Pereira, 1996).

Essa multiplicidade de funções, associada à problemática que permeia o papel do Estado, concentra atenções e, conseqüentemente, dá maior visibilidade à história da administração pública, estimulando um número expressivo de autores a se dedicarem à tarefa de seu estudo, o que restou por conferir-lhe autonomia disciplinar, especialmente pelo pioneirismo da historiografia francesa nesse ramo (Marcos, 2017).

Entretanto, o ente estatal, apesar de se consubstanciar como imprescindível à caracterização do Estado de Direito, carece do governo, em vista de personificar poderes e órgãos, determinar o conjunto complexo de funções, e da administração, para a consecução dos objetivos de governo (Meirelles, 2000).

No Direito Público ou no Direito Privado, a apreciação do termo *administração* remete a questões relativas à guarda, conservação e obtenção dos frutos advindos do bem gerenciado. Veja-se que, dentre deveres e direitos relacionados, a alienação não se faz presente. A explicação reside no fato de que há uma dicotomia entre aquele que administra e o que é proprietário; em razão disso, há na seara pública uma interpretação mais abrangente daquela verificada no setor privado, conjugando legislação, execução, funções administrativas e funções de governo, coadunando-se com a lógica organizativa do Direito Público, em que a gestão traz consigo o ônus de lidar com o patrimônio de todos os indivíduos de determinada unidade territorial, razão pela qual se engendraram mecanismos que pudessem, de forma coercitiva, reforçar o caráter protetivo da coisa pública, independentemente do objeto sobre o qual se esteja debruçando, mas sempre tendo em vista o interesse público (Di Pietro, 2022).

É presumível, portanto, a ideia de que o Direito Administrativo, enquanto conjunto de regras e princípios, responsável pela consecução dos fins almejados pelo Estado, é um ramo do Direito que conjuga uma série de poderes voltados para atuação administrativa. Rechaçam-se, em razão dessa moderna visão em torno da disciplina, que conceitos ainda hoje disseminados na doutrina brasileira, de que poder regulamentar, poder normativo, poder discricionário e poder hierárquico, por exemplo, devam ser utilizados para reprimir os administrados (Mello, 2010).

O intento dessa disciplina jurídica, em sentido amplo, é a busca do bem-estar coletivo e, conseqüentemente, do atendimento do interesse público. Ocorre que, em decorrência do titubeio doutrinário, no sentido de estabelecer de maneira clara e concisa a definição do objeto do Direito Administrativo, a aplicação dos mecanismos de atendimento das causas que protagonizem um anseio da sociedade é sufocada pela proteção do próprio interesse público, que deveria ser convergente com as necessidades do cidadão, alterando a forma de pensar a atuação do Estado como um dever perante os administrados e não como simples limitações aos poderes estatais (Marinela, 2014).

As características atribuídas ao Estado fazem com que seu conceito obedeça a uma variação de sentidos, em razão do caráter sociológico, político ou constitucional e que possuem correspondência em três elementos originários e indissociáveis: Povo, Território e Governo Soberano. No tocante aos Poderes estatais, é imprescindível repisar a clássica tripartição de Montesquieu em: Executivo, Legislativo e Judiciário, independentes e harmônicos entre si, que consubstanciou uma das mais bem engendradas estruturas voltadas para a execução das funções administrativas, legislativas e judiciárias. Ressalte-se, ainda, que essa separação de funções não é disposta de forma absoluta, pois todos os Poderes, em algum momento, serão compelidos a praticar atos administrativos, legislativos e jurisdicionais, dada a amplitude das terminologias utilizadas e do exercício de funções denominadas como atípicas. Já a organização estatal diz respeito à divisão política do território nacional, estruturação dos Poderes, forma de governo, modo de investidura e direitos e garantias dos governados, conforme estipulação da Constituição Federal (Meirelles, 1987).

Entretanto, o ente estatal, apesar de se consubstanciar como imprescindível à caracterização do Estado de Direito, carece do governo, no sentido de personificar poderes e órgãos, determinar o conjunto complexo de funções e da Administração, para a consecução dos objetivos de governo (Meirelles, 2000).

É presumível, portanto, a ideia de que o Direito Administrativo, enquanto conjunto de regras e princípios, responsável pela consecução dos fins almejados pelo Estado, é um ramo do Direito que conjuga uma série de poderes voltados para atuação administrativa, rechaçando-se conceitos, ainda hoje disseminados na doutrina brasileira, de que poder regulamentar, poder normativo, poder discricionário

e poder hierárquico, por exemplo, devam ser utilizados para reprimir os administrados (Mello, 2010).

Superadas essas questões, crucial inferir que a estruturação ao desempenho das funções administrativas está a cargo de órgãos devidamente estruturados e hierarquizados para a atuação estatal. Na prática, há competência legislativa do Direito Administrativo para criação, estruturação, alteração e atribuições de competências dos órgãos da Administração Pública, cabendo ao Direito Constitucional disciplinar acerca da organização do Estado (Gasparini, 2007).

Essa estrutura interna da Administração Pública é composta por órgãos, tanto de direção e de comando, quanto daqueles responsáveis pela execução imediata da atividade administrativa⁴. Ressalve-se que os órgãos são centros de ação sem personalidade jurídica, pois esta é direcionada às entidades, representativas do conjunto de competências, que fazem com que os entes detenham a capacidade jurídica suficiente para a manifestação das atribuições que lhe são conferidas (Nohara, 2022a).

Evidente que “o detentor dos poderes da Administração é o Estado” (Meirelles, 2000, p. 683), mas a atividade administrativa é executada pelos órgãos despersonalizados componentes da estrutura que os engendrou e que, agindo em nome dela, tornam-se indispensáveis à consecução de suas finalidades. Em uma outra face da mesma moeda, podem-se vislumbrar pessoas jurídicas distintas à do Estado e com a missão de externalizar o *múnus* público, auxiliando no descongestionamento administrativo, por intermédio de outorga ou delegação. A descentralização⁵, enquanto fenômeno gerencial público, desponta como uma resposta do Estado à autorreflexão de que não poderia lidar com todas as demandas

⁴ Di Pietro (2022, p. 708), classifica os órgãos públicos “quanto à esfera de ação (centrais e locais); quanto à posição estatal (independentes, autônomos, superiores e subalternos); quanto à estrutura (simples ou unitários); quanto à composição (singulares e coletivos) e quanto às funções (ativos, consultivos e de controle”.

⁵ Um dos conceitos mais recorrentes no federalismo é a descentralização, objeto de estudo de vários autores. Com o intuito de obter uma classificação adequada, destaca-se: “I) Funcional/horizontal: caracterizada pelo maior número de transferência de competências ou funções para pessoas jurídicas ou estruturas governamentais ante a forte presença da perspectiva da autonomia, receptores, entidades como fundações, empresas públicas e outras. II) Do Estado para a sociedade civil: a ideia de fortalecimento da sociedade civil, assumindo o protagonismos mais comunitaristas ou privatistas para agentes de mercado, o que inclui terceirizações, delegações, acordos de parcerias, transferências e mesmo diminuição da regulação estatal; III) Territorial/vertical, apostando na ‘transferência de poderes, competências ou funções para entes governamentais pertencentes a níveis inferiores ou menos abrangentes de governo, como estados ou municípios”, talvez a mais típica expressão do federalismo’. (Soares; Machado, 2018, *apud* Bitencourt; Friederich, 2020, p. 57).

do País, cujas dimensões continentais e carências proporcionais a esse território necessitariam ser atendidas com idêntica agilidade, flexibilidade, presteza e criatividade em todos os seus recônditos (Pimenta, 1994).

Definir a estruturação das pessoas, entidades e órgãos credenciados à execução das tarefas administrativas implica em debruçar-se sobre tema destinado à infinitude. Não são raras as oportunidades em que se legisla no intuito de ver satisfeita determinada demanda pública e, invariavelmente, invoca-se a imprescindibilidade de um setor, cuja especialidade abraçará o interesse público de forma mais enfática, propiciando maior eficiência e agilidade no atendimento e na prestação de serviços à comunidade.

De outro prisma, pode não significar a solução definitiva ao problema apontado, tendo em vista as incessantes alterações do panorama social e da própria inesgotabilidade do tema. Exemplo disso é o Decreto-Lei n. 200/67, que, ao dispor sobre a organização da Administração Federal – o que já traria diversas dificuldades –, vai mais além, estabelecendo diretrizes para uma reforma administrativa (Brasil, 1967). A abrangência da norma pode ter sido seu principal pecado, mas o fato é que suas proposições foram alvo de críticas com relação a algumas premissas equivocadas. O que não se pode negar é que uma boa parte de seus dispositivos desencadearam inserções positivas no texto constitucional (Marinela, 2014), trazendo consigo princípios de diretrizes fundamentais às atividades desempenhadas no ambiente público, quais sejam: planejamento, organização, direção, coordenação, controle (Wahrlich, 1979).

Ao pautar-se discussão acerca da compatibilização existente na estrutura administrativa tendente à resolução dos conflitos existentes em sua seara, uma resposta negativa importa em olvidar que as faltas funcionais de seus servidores obtêm, como consequência, o julgamento por intermédio de processo administrativo disciplinar, assegurada ampla defesa e contraditório.

A redução do âmbito de aplicação de determinada regra por certo escaparia às impropriedades detectadas no Decreto n. 200/67 e guardaria consonância com os órgãos afetos ao julgamento de situações controversas, característica dos chamados órgãos contenciosos. Além do mais, a instituição ou adoção de órgão contencioso

respeitaria a simetria organizacional político-administrativa⁶ estabelecida pela Lei Máxima brasileira⁷.

Meirelles (2000) alinha-se a esse entendimento inserindo em sua obra como órgão da Administração Federal, os Tribunais Administrativos, vinculados ao Poder Executivo e com funções jurisdicionais apartadas do Poder Judiciário. Isso os assemelha ao Tribunal de Contas da União, mas não os iguala, uma vez que este gozaria de características especiais únicas, a principiar pela regulação constitucional⁸ específica por ser um órgão auxiliar do Poder Legislativo, destinado à fiscalização da execução orçamentária, à aplicação financeira e à legalidade de contratos, aposentadorias e pensões.

Com espeque nesse entendimento, os Tribunais Administrativos:

[...] são órgãos do Poder Executivo com competência jurisdicional específica para assuntos indicados em lei, a serem decididos nos recursos próprios. Não integram o Poder Judiciário, nem proferem decisões conclusivas para a Justiça Comum (CF, art. 5º, XXXV)⁹. Atuam e decidem no âmbito restrito da Administração ativa, vinculando-a aos seus julgamentos, comumente sujeitos a revisão do Ministro de Estado, que, em tais casos, representa a última instância administrativa. Esses Tribunais são, pois, órgãos auxiliares dos respectivos Ministérios, ao lado dos quais exercem funções jurisdicionais administrativas *parajudiciais* ou *quase-judiciais*, destinadas à solução de questões internas da Administração ou de pendências suscitadas pelos administradores. Dentre eles merecem destaque os Conselhos de Contribuintes, o Conselho Superior de Tarifa, o Tribunal Marítimo, o Conselho de Terras da União, o Conselho de Águas e Energia Elétrica (Meirelles, 2000, p. 701).

Por consequência, a proposta da presente tese restaria perfeitamente factível, pois conjuga uma perspectiva prática de aplicação normativa já existente no ordenamento jurídico brasileiro. Ao mesmo tempo, a eficácia executória que se pretende alcançar definitivamente não encontra barreiras na estrutura existente – capaz de absorver por meio de legislação específica municipal e em um formato administrativo arbitral as lides em que a Administração Pública seja parte –, mas sim no intrincado sistema de controle administrativo, cuja base mais remota se encontra

⁶ Acerca da simetria constitucional, cf. Moreira Neto (2014, p. 275-279).

⁷ Cf. artigos 18 a 33 da Constituição (Brasil, 1988).

⁸ Cf. artigo 71 da Constituição (Brasil, 1988).

⁹ “Tendo em vista a discussão que se irá travar em torno das regras trazidas pela Lei n. 9.307/96 e Lei n. 13.129/2015, mais especialmente dos efeitos da sentença arbitral, identificados com aqueles procedentes do Poder Judiciário, a assertiva Meirelles (2000), será objeto de crítica contundente, no sentido de que a interpretação do inciso XXXV, do art. 5º, não leva em consideração o princípio da autonomia da vontade e a efetiva consideração da natureza jurisdicional da arbitragem e da força coercitiva de suas decisões” (Meirelles, 2000, p. 701).

no sistema de freios e contrapesos e na base jurídico-principiológica desse ramo do Direito.

Nessa mesma linha de raciocínio, mister deter-se no histórico das raízes constitutivas do Estado brasileiro, especialmente por conta dos modelos divergentes adotados em período recente da história tupiniquim. O trânsito que se quer, pautado por uma marcha essencialmente gerencial, terá de lidar com a memória programada pelo patrimonialismo e pela burocracia do passado e, vez por outra, desfazer os nós das incúrias administrativas trazidas à tona. Como se não bastasse, convém a precaução contra vícios, negligências e forças opostas trazidas pela própria gerencialidade, fatores que, *per si*, mostram-se suficientemente capazes a diluir medidas tendentes à prevenção ou repressão de litígios em caráter interno.

Ultrapassada essa questão mais tormentosa, é preciso um lugar dentro da estrutura administrativa que possa recepcionar uma visão vanguardista em torno das desavenças administrativas. A Secretaria, o órgão ou a unidade e aqueles responsáveis pela condução desse processo deverão ter o resguardo de verdadeira política pública destinada a atacar problema crônico do Estado e também do cidadão, na medida em que a resolução da demanda no Judiciário se mostra cada vez mais intrincada.

Na busca incessante pela quimera da eficiência no serviço público, a finalidade desconectou-se do meio. Assim como o mito de Procusto¹⁰, em que os diferentes viajantes deveriam se moldar à cama do gigante mitológico, independentemente de suas estaturas, o arranjo para atingir o desiderato pretendido fora alijado do processo, basta que o fim de se adequar às figuras jurídicas se mostre de forma clara, mesmo que o berço que embale tais conquistas esteja adaptado a outro formato. Sem sombra de dúvidas, urge que se pensem governos devidamente interligados com as causas

¹⁰ La mitología griega cuenta que en el camino a la ciudad de Atenas vivía o sádico Procusto. El ofrecía su hospitalidad atrayendo viajeros que pasaban por esa carretera. En su cabaña apenas había una cama de hierro. Procusto tenía la convicción de que la cama era la medida ideal de las personas. Entonces, intentaba seducirlas para que se acostaran en ella; si no lo conseguía, las obligaba con violencia. Si las piernas de algunas personas eran más largas que la cama, él las cortaba y si eran menores, las estiraba hasta alcanzar el tamaño que él consideraba que era el ideal (Angelin; Lucca, 2022, p. 111-112).

A mitologia grega conta que no caminho para a cidade de Atenas vivia o sádico Procusto. Ele oferecia sua hospitalidade atraindo viajantes que passavam por aquela estrada. Em sua cabana havia apenas uma cama de ferro. Procusto estava convencido de que a cama era a medida ideal das pessoas. Então, ele tentava seduzi-las para dormirem nela; se ele não obtivesse sucesso, as obrigava com violência. Se as pernas de algumas pessoas fossem mais compridas que a cama, ele as cortava e se fossem menores, ele as esticava até atingirem o tamanho que considerava ideal (Angelin; Lucca, 2022, p. 111-112, tradução nossa).

populares e com metas internas bem definidas, conectadas com o Estado de Direito e suas garantias, pensando no futuro, mas revendo erros e acertos do passado.

À semelhança, o Programa Nacional de Desburocratização de 1979, engendrado por Hélio Beltrão, crítico da centralização de poder, catapultou-se à pretensão do ideário de racionalização e simplificação da burocracia, elevando o usuário a um *status* cliente-cidadão, cujo caminho passava pela desestatização. Após centenas de rotinas analisadas, normas editadas e descarte de informações e documentos prescindíveis, o projeto culminou na criação de um ministério, que perdurou até 1986. Ocorre que, desde sua implantação, um dos principais percalços residiu na falta de profissionalização do setor público, ou seja, olvidou-se de acomodar o primordialmente necessário à mínima execução do programa, o sistema organizacional para tanto (Costa; Gonçalves; Miranda, 2020).

Esse olhar mais atento à evolução da organização administrativa permite afirmar que existe um processo descentralização/centralização em que ora um, ora outro se manifesta de forma mais veemente em certo período histórico. Curioso mencionar que a centralização não vem à tona somente pelas mãos de um regime político autoritário. Mesmo na era democrática, é possível vislumbrar uma tendência ao que se mostra mais favorável ao pensamento corrente do poder decisório (Pimenta, 1994).

2.2 Funções do Estado e sistemas administrativos: a linha divisória entre a solução de conflitos em âmbito administrativo e o afastamento da jurisdição estatal

Ainda nos dias atuais, os vícios clientelistas e patrimonialistas do passado, vez por outra, impregnam atos administrativos, legislativos e judiciais. É como se uma força atrativa, que supera, inclusive, a vontade coletiva, tivesse o condão de arrefecer predileções e interesses pessoais. A cada nova eleição, a esperança renovada em novos salvadores da pátria é reforçada pelo ingresso de pseudo-administradores, mas, como na retrotopia desenhada por Bauman (2017, p. 62),

Em *teoria*, o futuro é um reino de liberdade (tudo pode acontecer por lá), à diferença do passado, o reino do imutável e da inevitabilidade inalterável (tudo que podia ter acontecido aconteceu); o futuro em princípio é maleável; o passado, sólido, persistente e fixo de uma vez por todas – embora, na

prática das políticas da memória, as atitudes em relação a futuro e passado tenham se permutado, ou pelo menos foram tratadas como tal. A maleabilidade do passado e a possibilidade de administrá-lo, sua suscetibilidade à modelagem e remodelagem, são simultaneamente uma condição *sine qua non* da *política* da memória, sua presunção quase axiomática de legitimidade e sua aquiescência à criação sempre reencenada.

Justificando o direito de um grupo a que comodamente se intitula como nação, distancia-se, cada vez mais, de uma ruptura com as malfadadas benesses do passado. O foco da política pública acinzentava-se pelo retorno às práticas tendenciosas da administração pública. Pior do que a remodelagem do passado, é o seu travestimento com roupagens de um futuro auspicioso, onde a eficiência teria reservado, por meio da reforma administrativa, a busca pela excelência dos resultados.

Contrariamente ao que se esperava, e muito embora a reforma administrativa propugnada pela emenda constitucional de 1998 primasse pela eficiência, a maior proximidade com a eficácia ficou evidenciada por meio da ideia de flexibilização dos meios no intuito de obter resultados, o que pode produzir intensas externalidades negativas. O foco era o princípio da eficiência, mas o caráter de subsidiariedade restou por estigmatizar a proposta, evidenciando um “anacronismo incompatível com uma visão racional de gestão pública pautada em evidências” (Bitencourt, 2021, p. 11-12).

A gênese dessas incongruências converge para experiências que serviram de inspiração ao modelo gerencial, destacadamente em países optantes do *common law* e enraizadas sob decisões jurisprudenciais do contencioso administrativo, as quais chocavam-se frontalmente com os postulados erigidos pela Constituição de 1988 (Nohara, 2012).

Por essas razões, não é difícil compreender a baixa eficácia de determinados institutos jurídicos¹¹, que, embora ditos inovadores e aclamados por ampla maioria dos estudiosos, sufraga ante a inatingibilidade dos desígnios sustentados pela lei que os instituiu, ora pela base jurídica – configurada a partir de um conglomerado destinado à proteção do Estado, cujos mecanismos de controle se mostram

¹¹ Marcadamente, ao se referir à institutos jurídicos, em razão do teor do presente trabalho, deve-se compreender todas aquelas ações tendentes à solução de conflitos na via administrativa, por intermédio da arbitragem, especialmente em razão de que a opção, nesse tópico, por tratar funções e sistemas administrativos, tem correlação imediata à jurisdição una, base constitucional do Estado Democrático de Direito e da teoria de separação de poderes de Montesquieu. O debate a ser proposto tem como meta dissipar eventuais dúvidas em torno de uma conspiração para transição do modelo de jurisdição una, para o do contencioso administrativo, o que, sem sombra de dúvidas, mostra-se inviável ante o estabelecimento de cláusula pétrea a nortear a dogmática da separação de poderes.

impermeáveis a diretrizes que não sejam oriundas de sua própria normatização –, ora pela dificuldade de resolução de demandas geradas a conta da própria Administração Pública.

Destaque-se que as conformações baseadas em um sistema de jurisdição uma, com notada influência do direito francês, provocam uma linha de defesa a cada novo ingresso de medida que possa ir de encontro ao desenho constitucional escolhido para apreciação de lesão ou ameaça a direito. De acordo com a linha de raciocínio até aqui adotada, os resquícios de uma formação do Direito Administrativo e da própria Administração Pública, inicialmente baseada em um modelo divergente daquele que inspira as raízes fundamentais da seara publicista, vez por outra labora na confluência de princípios com espeque nos ideais herdados da Revolução Francesa. Talvez por isso seja tão árdua a tarefa, aparentemente simples, de reger a solução de conflitos em âmbito não privado e dissociado da jurisdição estatal (Guandalini Júnior, 2019).

Tendo em mente que o Direito Administrativo já foi conceituado e delineado a partir de vários critérios e escolas, sua melhor percepção parece estar atrelada à regência das políticas públicas, pois consubstancia-se, ao cabo de tudo, como o grande efetivador dos direitos fundamentais e da Constituição (Bitencourt; Reck, 2019).

A vocação social da Constituição de 1988 transparece por intermédio de um compromisso potencializador desses direitos, de forma que aqueles grupos que conseguissem se mobilizar, ante a formatação de um processo constituinte, obtivessem o atendimento, ao menos, de uma fração de seus direitos. Ocorre que o nascedouro de uma maior participação democrática rende ensejo ao conjunto de condições necessárias à sua implementação. Em uma seara de extrema competitividade política, advêm tensionamentos desencadeados a partir do confronto desta com a efetivação dos direitos (Bucci, 2019).

Como se vê, a dificuldade em atingir um conceito mais preciso de Direito Administrativo tem íntima relação com a determinação de seu objeto e, por consequência, interfere no que se designa por funções de Estado, uma vez que estas se destinam a dar concretude aos fins por ele almejados, representados pelo interesse público primário. Attingir essa conveniência significa dizer que a razão de ser do Estado exige que ele assuma uma postura proativa no sentido de gerar atividades úteis, cuja solução de continuidade não está atrelada a uma predefinição temporal e para as

quais se atribui a denotação de função. Nesse diapasão, ainda cabe ressaltar que a divisão das funções do Estado, no intuito da busca do bem comum por intermédio dos três Poderes harmônicos e independentes entre si e com contrastes que os caracterizam e singularizam, não implica em atestar a divisão do Poder Estatal, que é uno (Winter, 2015).

Um fragmento da teoria de separação de poderes já podia ser vislumbrado na Grécia Antiga. Aristóteles (2010) empreendia forças no sentido de estabelecer uma conceituação referencial acerca do que se poderia entender por cidadão e por cidade. Mesmo diante da diversificação de sistemas políticos verificados em cada *polis* (oligarquia, aristocracia, monarquia, democracia), assim como diferentes direitos entre as populações, é possível verificar destaque para o Poder que delibera sobre os negócios do Estado; por outro lado, a satisfação das atribuições do Estado estaria afeta às magistraturas ou poderes constituídos; e, por derradeiro, o terceiro Poder se relacionaria com os cargos de jurisdição.

Atualmente, manifesta a manutenção de três funções, equanimemente distribuídas entre os três blocos orgânicos ou poderes encartados nas constituições ocidentais contemporâneas, cada qual com competência predominante para o exercício de atividades legislativas, executivas e judiciárias (Mello, 2010).

Diz-se que aos poderes seriam atribuídas funções com pecipuidade para sua execução, ou seja, seria factível pensar que tanto Legislativo, quanto Executivo e Judiciário, além das atividades que os caracterizam – elaboração da lei, conversão da lei em ato individual e concreto e aplicação coativa da lei, respectivamente –, são compelidos a praticar atos administrativos, mesmo que atinentes à sua organização e funcionamento (Meirelles, 2000).

É o que se pode alcunhar de funções típicas ou atípicas de cada poder. A primeira seria inerente às atribuições para as quais o poder foi criado. De outro lado, as funções estranhas à sua estrutura seriam tidas como secundárias, mas que em alguma medida fossem praticadas minimamente pela outra esfera. É o caso, por exemplo, da atividade administrativa de licitar – efetivada pelo Poder Legislativo – e de um processo administrativo disciplinar instaurado e julgado no Poder Executivo, casos em que há uma atipicidade da função administrativa no Legislativo e da função de julgar no Executivo (Marinela, 2014).

Saliente-se que a construção jurídica – diga-se *en passant*, de grande relevância e sucesso –, propugnada pelo caráter ideológico do Barão de Montesquieu,

reflete muito mais a necessidade de atendimento de postulados políticos do que algo naturalmente proveniente de uma gênese criativa de sua natureza. Na verdade, toma muito mais em conta a proteção contra atos despóticos e tiranos, por meio da desconcentração do poder e proteção da liberdade dos homens (Mello, 2010).

É o que se pode extrair da obra *O Espírito das Leis*:

A democracia e a aristocracia não são Estados livres por natureza. A liberdade política só se encontra nos governos moderados. Mas ela nem sempre existe nos Estados moderados; só existe quando não se abusa do poder; mas trata-se de uma experiência eterna que todo homem que possui poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites. [...]

Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder¹². Uma constituição pode ser tal que ninguém seja obrigado a fazer as coisas a que a lei não obriga e não fazer aquelas que a lei permite¹³.

Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil.

Com o primeiro, o príncipe ou o magistrado cria as leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes, ou julga as querelas entre os particulares. Chamaremos a este último poder de julgar e ao outro simplesmente poder executivo do Estado (Montesquieu, 2000, p. 167-168).

Na Inglaterra, a evolução da teoria da separação de poderes passa, inevitavelmente, por John Locke, que propôs uma divisão calcada em legislativo, executivo e federativo (Cavalcanti, 1945). O primeiro seria responsabilidade de várias pessoas habilitadas a legislar, que se reuniam periodicamente para essa finalidade e, cumprido o mister, voltavam a se separar, sujeitando-se às leis por eles elaboradas. Executivo e federativo distinguem-se pelo fato de que o executivo se restringe à execução das leis internas da sociedade e o federativo administraria a segurança e o interesse público externo (Locke, 2001).

¹² A reprodução dos ensinamentos de Montesquieu tem como esboço da teoria voltada para formação de três poderes, um sistema bem engendrado de freios e contrapesos, em que cada órgão é responsável pela limitação da ação do outro. Houve, e ainda há, certa confusão quando se trata da comunicabilidade entre os poderes. Quando de sua difusão, falava-se em “divisão” ou “separação de poderes”, por conta da expressão utilizada por Montesquieu, “le pouvoir arrête le pouvoir”, o que fazia presumir que os Poderes fossem estanques e incomunicáveis, o que se provou uma inverdade (Meirelles, 2000, p. 56). Essa engenharia difundiu-se por toda a Europa Continental e nos Estados Unidos da América, sendo que a prática constitucional trouxe “predominância cíclica” de cada um deles, opondo-se ao que prematuramente se intuía como um “equilíbrio permanente entre os poderes separados” (Pelicioli, 2006, p. 27).

¹³ Veja-se que postulados já bem sedimentados no texto constitucional brasileiro seguem as bases francesas do Barão de Montesquieu. O princípio constitucional de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (Brasil, 1988), arrima-se nos estudos do filósofo iluminista.

Como se vê, a notada influência do direito francês sobre os institutos jurídicos brasileiros, paulatinamente, passa a dividir atenções com as conjecturas derivadas da *commom law* norte-americana (Di Pietro, 2022). Sob esse mote, há que se mencionar a intensa preocupação de preservar os desígnios inerentes a uma conduta soberana do Estado em suas relações com os administrados. O nascimento dessa regulação faz surgir o Direito Administrativo, mas, precedentemente a esse evento, sua confecção converge à jurisprudência do Conselho de Estado Francês, cuja função se subsumia em dirimir as divergências que porventura surgissem entre esses dois polos (Mello, 2010).

Em passado mais remoto, conforme já mencionado anteriormente, no período Brasil Colônia, adotava-se a legislação portuguesa (Di Pietro, 2022, p. 26), todavia, o liberalismo pregado pela Revolução Francesa de 1789 e a premência da independência dos Poderes, trazida à lume por Montesquieu, conjugada com a ingerência judiciária nos negócios do Estado, fizeram com que a separação da Justiça Comum, da Administração – que seriam consideradas funções distintas e apartadas – erigisse, em âmbito administrativo, a figura denominada administrador-juiz, perfectibilizando-se, em razão de um sistema de jurisdição especial, a vedação de conhecimento de causas pelo Judiciário (Meirelles, 2000).

Esse sistema, denominado contencioso administrativo, estabelece uma clara divisão jurisdicional em que a análise da legalidade dos atos administrativos fica restrita à esfera de um tribunal vinculado à administração, composto por Tribunais Administrativos, Conselhos do Contencioso Administrativo das Colônias, Tribunal de Contas, Conselho Superior da Educação Nacional, Corte de Disciplina Orçamentária e do Conselho de Estado, órgão máximo dessa jurisdição (Moraes, 2002).

As origens de dita criação, considerada a matéria mais original do Direito Administrativo francês, espelha a resistência da Administração contra a intervenção dos juízes. Havia, na época, uma batalha travada: de um lado, pelos intendentes e o Conselho do rei e, de outro, os parlamentos judiciários. Considerava-se uma interveniência temerária, capaz de se imiscuir irremediavelmente na atividade da administração, a intromissão dos agentes judiciários nesse campo, fator que comprometia o surgimento de uma corrente voltada para a unicidade do Judiciário enquanto jurisdição. Sob a perspectiva francesa, a concepção da separação de poderes ganha singular interpretação, pois cinge a jurisdição entre autoridades administrativas e judiciárias. O curioso é que, conforme se verá no decorrer do

presente trabalho, pela mesma razão que o sistema inglês – de jurisdição una – considera a repartição da competência jurisdicional uma intromissão da Administração no Judiciário, o sistema francês, em idêntico axioma, por razões opostas, atribui a mesma ingerência ao desfazimento do contencioso administrativo e o direcionamento de suas atribuições ao Judiciário (Bucci, 2002).

É possível verificar que diante da ruptura entre o mundo feudal e o burguês, proporcionada pela Revolução Francesa, há correntes afirmando que o Direito Administrativo seria produto único do levante de 1789, desconsiderando sua formação em Estados que não obtiveram a formação de seu sistema calcada nos princípios revolucionários do século XVIII. De fato, ocorre que nem todos os países possuem a mesma história. O percurso traçado, ou a mera condução natural dos regimes de cada país, envolve muito mais do que simples opção. É essencial que se observem fatores históricos, culturais e da colonização formadora de uma nação. Por conseguinte, não é raro que a manifestação do Direito Administrativo provenha de origem diversa, identificada com sistema díspar, aproximando-se mais intimamente do modelo inglês (Di Pietro, 2022).

O sistema britânico, judiciário ou de jurisdição única, propugna a convergência de todos os litígios judiciais, sejam eles administrativos ou essencialmente privados, à apreciação dos juízes e cortes do Poder Judiciário. Esse raciocínio é propulsionado pela concentração de poder, que, precedentemente, repousava na figura do Rei, com uma verdadeira monopolização das funções executivas, legislativas e judiciárias. É a partir desse cenário que se propicia a evolução para um regime que privilegiasse o exercício das atribuições judiciais por meio de tribunais e câmaras, apesar de estritamente vinculados ao monarca (Meirelles, 2000).

Muito embora reconhecidamente o Brasil tenha adotado o sistema de jurisdição una, fragmentos históricos indicam que, enquanto colônia, utilizou-se uma espécie de contencioso administrativo, mas sem a jurisdicionalidade, que caracteriza a ideia francesa. Constituía-se em pareceres emitidos ao imperador pelo Conselho de Estado, em negócios de justiça administrativa contenciosa, mas desprovidos de uma garantia de proteção contra os abusos de autoridade (Bacellar Filho, 1998).

Pode-se denotar que a composição por meio da dualidade jurisdicional eclode em razão da inconformidade para com o formato, engendrado, à época, para performar as atividades judiciárias. O sentimento era de que as decisões, que naquele período eram emanadas pelo próprio executivo, careciam de revisão e, diante desse

objetivo, o Estado brasileiro iniciava uma aproximação do sistema de jurisdição una – calcado na premissa de que todos os litígios sejam resolvidos pela justiça comum –, cuja adesão sobreveio com o advento da Constituição de 1891. Com espeque no modelo anglo-saxão e origem no Reino Unido e Estados Unidos, dispersou-se pela China, Índia, Japão e Israel, desecadeando o consectário inserido na Lei Máxima de 1988¹⁴, em que se veda a exclusão do Poder Judiciário à lesão ou ameaça a direito (Nohara, 2022b).

Resquícios de uma retomada do contencioso administrativo podem ser observados na emenda constitucional n. 7/77, que sequer obtiveram aplicação prática, tornando-se regra inoperante no ordenamento pátrio. Malgrada essa tentativa isolada, não há qualquer precedente que pudesse abalar ou fazer acreditar na substituição do sistema ainda hoje vigente, havendo, por parte da atual Constituição Republicana, de forma inatacável, o controle do Judiciário, ainda que este divida atenções com colegiados administrativos, o que não lhe retira o caráter conclusivo das decisões, as quais sempre estarão sujeitas à revisão judicial em sede de legalidade. Isso ocorre porque o pressuposto em que se sustenta a ideia jurisdição una é a predominância da Justiça Comum, e não sua exclusividade, como apressadamente se pode concluir. Tanto é verdade, que as cortes especiais, a exemplo da justiça eleitoral, compartilham a tarefa jurisdicional com a Justiça Comum, sem a exclusão dessa última, não cabendo a alegação de um sistema misto¹⁵ (Marinela, 2014).

2.3 Mecanismos de controle e sua influência na solução de litígios que envolvam a administração pública

O Estado Democrático de Direito não pode prescindir de mecanismos de controle que possam, de maneira mais ampla possível, oferecer um formato de fiscalização dos atos da Administração. A implementação, por intermédio de um sistema de freios e contrapesos, com amplo acesso à informação e transparência, tem se constituído em instrumentos contemporâneos e necessários ao exercício do

¹⁴ A citada previsão constitucional encontra guarida no artigo 5º, inciso XXXV, que preleciona o seguinte: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (Brasil, 1988).

¹⁵ Essa assertiva compatibiliza-se com a ideia central do presente trabalho, haja vista que a proposição de elementos para um modelo administrativo arbitral guarda consonância com o preceito constitucional do artigo 5º, XXXV, da Constituição de 1988, o que será objeto de nova análise nos capítulos subsequentes.

controle social e já verificáveis nas demais espécies de monitoramento, em que a informatização impulsionou de maneira indelével as fiscalizações efetuadas pela própria Administração e, também, pelo Legislativo. Tratando-se mais especificamente dos Tribunais de Contas da União e Tribunais de Contas Estaduais, os atos administrativos precedentes do Poder Executivo são, quase que de forma imediata, transmitidos digital e eletronicamente aos órgãos de controle.

Aristóteles (2010) já fazia menção à existência de uma espécie de controle social, com vistas ao alcance de uma ordem social política, para o desenvolvimento harmônico e pacífico da sociedade. Para o filósofo, o homem estaria fadado a viver em sociedade, por intermédio das estruturas sociais da família e da cidade, mas deveria ser contido em razão de sua própria racionalidade. A capacidade de entender as contradições entre o bem e o mal, o justo e o injusto, o prejudicial e o útil – discernimentos que o credenciarão à associação em comunidade – deveriam ser contidos por sua própria natureza, absorva em si mesmo, tornando-o nocivo, caso não subordinado à lei e à justiça.

Tomando por pilastra o Estado Democrático de Direito, reafirma-se a máxima de que a *res publica* obtém sustentáculo proveniente da coletividade, que, ao proceder ao pagamento dos tributos coercitivamente impostos pela Administração, faz presumir o juízo de que o Estado é uma coisa de todos e que por essa razão deve ser controlado, fiscalizado e orientado em suas ações, no intuito de prevenir ou impedir que abusos ou ilegalidades perpetradas por seus gestores possam interferir no bom andamento da máquina pública (Marinela, 2014).

Em sua principal obra, Montesquieu (2000) já assinalava a necessidade da contenção do Poder pelo próprio Poder. A criação da teoria de tripartição dos Poderes já obtinha como vértice postulados predispostos a analisar a estreita relação entre leis, natureza e as diretrizes governamentais, prospectando uma obstrução aos abusos perpetrados pelo mandatário real. As conclusões advindas do clássico filosófico desencadearam um sistema de freios e contrapesos, e considerando que cada Poder, ao receber funções e competências diferenciadas, configurar-se-ia com autonomia dos demais, poderia estabelecer vigilância, restrição, correção e orientação das ações equivocadas dos demais.

Sob os efeitos da Revolução Francesa, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), também referendava, por meio de seu artigo 15º, a chancela ao exercício de uma espécie de controle popular: “Artigo 15º- A sociedade tem o direito

de pedir contas a todo o agente público pela sua administração” (Assembleia Geral Constituinte da França, 1789, p. 2).

Ainda de maneira incipiente, já se verifica no documento histórico fragmentos do que hoje se conhece por controle social. Muito embora os administrados tenham se afastado do cenário político¹⁶, implementaram-se meios de fiscalizar as ações de seus governantes, inclusive com o auxílio da tecnologia, que hodiernamente se impõe como ferramenta essencial à comunicação dos atos emanados das autoridades públicas. Ainda assim, a tendência é de evolução e aperfeiçoamento desse formato de controle a fim de agregar-se aos axiomas históricos da teoria de tripartição dos poderes¹⁷, haja vista que o prólogo do sistema de contenção de práticas abusivas de Executivo, Legislativo e Judiciário possui raízes mais longevas.

Denota-se que a principal via de orientação ao estabelecimento do controle na Administração Pública converge para a atuação em conformidade com a legalidade, princípio constitucional basilar. Cabe ainda salientar, em razão de certa liberdade concedida pela lei ao gestor, que os atos administrativos ditos discricionários se perfilhariam como principal fonte de abuso de poder e, em razão da associação de sua conveniência e oportunidade, ou seja, do mérito administrativo, a vontade do centro de comando ficaria ao livre alvitre deste, sendo mais suscetível a inconformidades.

Entretanto, é premissa básica verificar a dimensão do tema da discricionariedade administrativa, do espaço à abertura de conveniência e oportunidade do agir do administrado, em consonância com a consecução dos direitos fundamentais, observando-se os elementos da vasta margem de conformação com relação ao legislador na vinculação ao amplo controle normativo e ao comando constitucional, e, com relação ao administrador, a aplicação da margem de adequação quanto ao ato vinculado ou discricionário. Assim, as ações governamentais devem estar pautadas no princípio de transparência dos atos de gestão, através dos mecanismos de acesso à informação, promovendo o controle social e a participação

¹⁶ Face à assertiva, convém distinguir controle social da Administração Pública e participação democrática. Preliminarmente, são diversas com relação à competência: na participação é originária, e no controle é uma competência por sobre outra, porque pressupõe uma tomada de decisão. Outra distinção está na forma das alternativas, que na participação são levadas e escolhidas com base em discursos de fundamentação e aplicação sem que exista a escolha pronta, e no controle a escolha já foi feita e se trata de substituí-la, além da distinção de complexidades das alternativas possíveis, que terá um grau menor de complexidade no controle pela redução de possibilidades. (Bitencourt, 2019).

¹⁷ Cf. Montesquieu, 2000.

popular, tanto na análise jurídica da norma estabelecida pela Administração Pública, quanto na fiscalização da execução ou aplicação destas normas jurídicas ao caso concreto, agindo diretamente na agenda de políticas públicas (Bitencourt, 2019).

O controle Social, que juntamente com controle Legislativo e Judiciário compõem a classificação denominada de externa, ou seja, realizada por estrutura estranha à do Poder controlado¹⁸, reveste-se da mais genuína forma de expressão do administrado no que pertine às atividades da Administração Pública. O mandatário, que recebe do povo a incumbência de por ele administrar, já não o faz de maneira isolada e despreocupada da expectativa de seus eleitores quanto à retidão de seus atos. Qualquer do povo pode deflagrar o controle e, para tanto, conta com instrumentos de denúncia – efetivadas aos Tribunais de Contas e Ministério Público – ação popular –, proposta junto ao Poder Judiciário, ou, ainda, o encaminhamento às ouvidorias dos órgãos geradores da ilegalidade apontada (Alexandre; Deus, 2018).

Carreado ao exposto, ressalva obrigatória, em razão da magnitude e inovação de suas conjecturas, à Lei de Acesso à informação (Brasil, 2011). Convergente com o princípio constitucional da publicidade, exalta-se a iniciativa legislativa, uma vez que materializa direito relacionado à cidadania e que por vezes é consumido em prol de interesses antagônicos à revelação dos atos administrativos, sejam eles de grande ou pequeno vulto.

Em um mesmo tom, assevera-se:

A publicidade configura uma dimensão da cidadania, pois permite o controle social do Poder Público pelos cidadãos. Na esfera do Estado, a informação é, verdadeiramente, um dever da administração pública e um direito consagrado do cidadão. De fato, no Estado Democrático de Direito, toda e qualquer atividade da Administração deve se submeter ao processo amplo de justificação e fundamentação perante a sociedade, para que esta, como principal interessado, tenha ciência dos atos praticados pelo gestor público (Cruz, 2022, p. 113).

Percebe-se, no caso da legislação em comento, um progresso positivo na tentativa de integração do cidadão nas questões públicas, pois para controlar é preciso se inserir minimamente no assunto que se deseja debater. A garantia de que

¹⁸ Gize-se que a intenção da presente tese é o comportamento da atividade administrativa frente os litígios existentes na Administração Pública, razão pela qual o foco se deterá no Poder Executivo e, por decorrência lógica, os mecanismos de controle externo cingem-se ao Legislativo, Judicial e Social, enquanto o controle do Executivo será tratado como interno, ou seja, nos termos da autotutela da Administração. Sobre o tema, cf. Pestana, 2014, p. 652-653; 671.

o Estado proverá formas de participação do administrado, exposta pelo §3^o¹⁹, do artigo 37 da Constituição Federal, com inclusão pela Emenda Constitucional n. 19/98 (Brasil, 1988), obteve seu ápice com a edição da Lei de Acesso à informação²⁰, que, apesar de regular parcialmente a matéria, convergiu para uma participação mais efetiva do usuário e deu concretude a imprescindível axioma jurídico (Di Pietro, 2022).

A despeito de se perfilhar como a forma mais abrangente de fazer com que os cidadãos acompanhem, insiram-se e fiscalizem as gerências públicas, denunciando os abusos perpetrados pelos ocupantes de cargos, especialmente os de comando, a pedra fundamental da teoria da Separação de Poderes consiste em que as esferas exerçam um controle externo umas sobre as outras. Nessa senda, Legislativo e Judiciário exercem papel indeclinável ao exercício prático do pensamento de Montesquieu (Marinela, 2014).

É exatamente essa trama filosófica-jurídica que faz com que o interesse público, cada vez mais, seja atingido de maneira eficiente e útil, ratificando o ato legal, conveniente, oportuno e eficiente ou desconstituindo a atuação da Administração Pública tida por ilegal, inconveniente, inoportuna e ineficiente (Gasparini, 2007).

A Constituição Brasileira de 1988 reflete essa condição constitutiva do Estado Nacional quando firma, em seu artigo 70²¹, a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial²² da União – computando-se as entidades da administração direta e indireta –, repisando o princípio da simetria. O mesmo sucede em nível estadual e municipal (Brasil, 1988) e pode ser efetivada tanto pelo controle interno, quanto pelo externo²³ (Silva Filho; Tuma, 2022).

¹⁹ Art. 37 [...] § 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII; III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública (Brasil, 1988).

²⁰ Não menos importante que a Lei n. 12.527/2011, foi sua regulamentação pelo Decreto n. 7.724/2012 (Brasil, 2012).

²¹ Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder (Brasil, 1988).

²² Sobre os conceitos de fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, *cf.* Azevedo (2016, p. 61-62).

²³ Compete destacar que se distancia, na tese, de uma avaliação minudente da classificação relativa ao controle na Administração Pública. Ocorre que, em razão do foco do trabalho e no intuito de se afastar ao máximo de uma pretensa tautologia, trata-se o tema com amparo no órgão de onde provém fiscalização, vigilância, orientação ou correção, entretanto, gize-se que perfeitamente perceptível a relevância da mencionada classificação, mas que em razão da sua extensão, da circunstância do tema

Meirelles (2000, p. 610), pontua que controle na Administração Pública nada mais é do que “a faculdade de vigilância²⁴, orientação²⁵ e correção²⁶ que um poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional de outrem”.

Essa conduta funcional é o que, em termos de Direito Administrativo, se tem por ato administrativo, ou seja, é manifestação de vontade da Administração, concretizada por intermédio de seus agentes. Ocorre que a expressão da ação volitiva dos entes públicos deve guardar perfeita consonância com a legislação constitucional e local, sob pena de sua retirada do mundo jurídico (Pires, 2013).

É sob esse esteio que se difunde a garantia de que haverá aparatos suficientes a evitar que pretensões viciadas possam escapar a uma fiscalização concentrada somente na atividade externa das Cortes de Contas que, muito embora sejam entidades sob a insígnia da vigilância incessante da conduta administrativa, não menos relevantes se postam as demais vias de retenção das atividades administrativas espúrias (Nohara, 2022a).

Ao pensar-se em mecanismos de controle, qualquer observação que se detenha somente intra ou entre Poderes pode incorrer no equívoco de descartar uma multiplicidade de controles que, direta ou indiretamente, influenciam a técnica utilizada pela Administração para atender os objetivos por ela colimados, desde que esses estejam alinhados com o interesse público (Mello, 2010) ou, tangenciando o tema central do trabalho em transcurso, recepcionam novos instrumentos jurídicos que possam implementar o alcance de metas administrativas ou, ainda, dão suporte aos seus serviços internos.

De fato, toda essa engrenagem acaba por contaminar ato que pretenda se inserir nesse âmbito, seja ele uma lei em sentido amplo, ou mesmo o prelúdio de princípio que possa ditar o alinhamento da atividade administrativa e salvaguardar situações concretas que necessitam da atuação do Estado em um intrincado processo decisional de escolha por seus agentes e que, geralmente, é invocado para dirimir

e do olhar que se pretende obter, opta-se por uma versão menos ampliada, ao menos, nessa divisão doutrinária.

²⁴ Nohara (2022a, p. 765), destaca que “a vigilância ocorre por meio da fiscalização da atuação administrativa”.

²⁵ Nohara (2022a, p. 765), infere que “a orientação tem em vista direcionar a atuação administrativa para o preenchimento de necessidades coletivas, desde que estas sejam afinadas com as possibilidades do ordenamento jurídico. As Procuradorias Federal, dos Estados e do Município e a Advocacia Geral da União prestam função de orientação para as entidades das quais fazem parte”.

²⁶ Moreira Neto (2014, p. 247) define controle de correção como o “destinado, se for o caso, a aplicar os adequados instrumentos sancionatórios: o desfazimento e a sanatória”.

controvérsias com os indivíduos componentes da sociedade e em razão das quais há que se ponderar os interesses em prol da predominância do princípio que mais se adequa à situação fática (Pestana, 2014).

Associado a esse pensamento finalístico a respeito do controle na Administração Pública, afirma-se que:

A finalidade do controle é a de assegurar que a Administração atue em consonância com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico, como os da legalidade, moralidade, finalidade pública, publicidade, motivação, impessoalidade; em determinadas circunstâncias, abrange também o controle chamado de mérito e que diz respeito aos aspectos discricionários da atuação administrativa (Di Pietro, 2022, p. 931).

A visão do Poder Legislativo como um órgão fiscalizador natural é perfeitamente compreensível, pois é associada ao fato de que a conduta típica nele identificada é a própria atividade fiscalizatória que, aliada à função legiferante, compõe uma estrutura voltada, tipicamente, para o exercício dessas missões em que o controle de legitimidade se situa no cerne de sua conduta, efetivado por si ou por componentes externos, diga-se Tribunais de Contas da União, dos Estados e dos Municípios²⁷ (Mello, 2010).

O dever de prestar contas²⁸ eclode como corolário da tarefa de que se imbuem os Tribunais de Contas. Aqueles que laboram ou administram recursos públicos estão adstritos a um relato pormenorizado dos valores dispendidos pela Administração Pública, em razão da obrigação constitucional imposta aos que aplicam rendas. A jurisdição administrativa da corte de contas é responsável por julgar os gastos dos administradores e demais agentes da gestão direta e indireta, sociedades e fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, estendendo ainda sua competência aos

²⁷ A estrutura brasileira de tribunais de contas possui, atualmente, 33 cortes. Fazem parte dessa ordenação o Tribunal de Contas da União (responsável pelas contas do Governo Federal), 26 tribunais de contas estaduais (responsáveis pelas finanças dos estados – à exceção de municípios que possuam tribunais de contas independentes, como Rio de Janeiro e São Paulo), três tribunais de contas dos municípios do estado (Bahia, Goiás e Pará), dois tribunais de contas do município (TCM) em São Paulo e no Rio de Janeiro, e um Tribunal de Contas do Distrito Federal (Almeida; Deus; Santos, 2022, p. 92).

²⁸ À propósito do assunto, o mesmo autor menciona as diferenças entre contas de governo (atos de governo) e contas de gestão (atos de gestão). A primeira toma em consideração os impostos arrecadados e transferidos para, a partir dessa referência, analisar o cumprimento dos índices nas searas da educação e da saúde, bem como avaliar o limite constitucional de despesa com pessoal, disposto no artigo 169, da Constituição Federal e no artigo 19, da Lei Complementar n. 101/2000, a Lei de Responsabilidade Fiscal. Por outro lado, as contas de gestão visam “apurar falhas, irregularidades e a legalidade do processamento das despesas; a regularidade dos atos e contratos administrativos; bem como a economicidade e destinação dos gastos públicos” (Silva, 2016, p. 77).

casos de perda, extravio e anomalias em virtude das quais resulte prejuízo aos cofres públicos (Silva, 2016).

Vê-se que o Poder Legislativo se serve do auxílio dos Tribunais de Contas para exercer, de forma mais detalhada e eficaz, o controle externo e em uma mesma medida, como se verá adiante, do controle interno das repartições públicas, participando de forma decisiva na obtenção de informações que possam subsidiar as cortes de todo o país, pois diante da constatação de quaisquer irregularidades ou ilegalidades, sua obrigação é a de comunicar ao Tribunal abrangente de sua jurisdição, sob pena de incorrência em responsabilidade solidária (Almeida; Deus; Santos, 2022).

A missão do legislativo é das mais complexas, posto que, além de captar as insatisfações dos cidadãos – encaminhadas via denúncia administrativa – o controle pode se efetivar em vários momentos²⁹, todos eles de cristalina visualização, identificáveis em ações triviais no andamento dos atos administrativos, seja para autorizar, aprovar, impedir que determinada ilegalidade seja cometida ou para rever, corrigir e desfazer condutas viciadas (Di Pietro, 2022).

Em outra perspectiva, o controle judicial possui uma abrangência mais restrita, cingindo-se a uma análise de legitimidade e legalidade, impendendo salientar que se excluem análises meritórias das ações da Administração em que lhe são vedadas avaliações de conveniência e oportunidade na manutenção do ato administrativo. Impõe-se, nesse caso, a prevalência da independência entre os Poderes, impedindo o Judiciário de se imiscuir nos atos administrativos discricionários. Entretanto, caso subsista vício que interfira na lisura da atividade pública, o ato, mesmo que discricionário, pode desencadear o controle judicial, que deve permanecer restrito à verificação de violação de regras ou princípios jurídicos³⁰ (Nohara, 2022a).

²⁹ Sobre momentos de efetivação do controle, cf. Meirelles, 2000, p. 613.

³⁰ Interessante destacar uma nova perspectiva trazida pelo princípio da razoabilidade, que, calcado na ideia de equilíbrio entre os atos e as medidas praticadas e entre benefícios e prejuízos obtidos, suaviza uma linha divisória já tênue do que se entende por liberdade do agente na prática do ato administrativo em contraste com a discricionariedade abusiva. A partir do estabelecimento da autonomia de cada Poder e da não interferência de um poder sobre o outro, conforme inferiu-se no parágrafo em nota, ao Judiciário só cabe controlar e rever a legalidade de ato administrativo, não podendo se imiscuir nas questões que envolvem conveniência e oportunidade do administrador. Ocorre que o princípio da razoabilidade se conforma como limitante da discricionariedade, aliando-se ao sistema de freios e contrapesos, aproximando-se, perigosamente, de um foco voltado para o mérito administrativo, fazendo transparecer a imagem de que há um controle de discricionariedade, quando o que se verifica é o abuso desta, pela ofensa ao princípio retro citado (Marinela, 2014). É o que se pode vislumbrar em um processo administrativo disciplinar em que a dosimetria de determinada pena fica ao alvitre do julgador. Nesse caso, ao sancionar o servidor de maneira totalmente desproporcional à falta funcional praticada,

Tipicamente, a atividade administrativa é praticada no Poder Executivo. É nele que se concentram os afazeres tendentes a concretizar de forma direta, concreta e imediata o interesse público local, regional ou nacional³¹ e, por essa razão e com maior ênfase, possuem possibilidades de controle de suas próprias ações, anulando ou revogando seus atos, como forma de exteriorização da autotutela (Alexandre; Deus, 2018), que é exercida em razão da hierarquia³² por órgãos superiores sobre os inferiores e por órgãos especializados, a exemplo do controle técnico e auditorias, além dos instrumentos de direito de petição, pedido de reconsideração, reclamação administrativa e recurso administrativo (Gasparini, 2007).

Consiste em um poder-dever da Administração, no sentido de que a ela não é concedida a faculdade de se manter inerte à constatação de atos ilegais, inconvenientes ou inoportunos, surgindo, a partir de então, a necessidade da adoção de providências destinadas a sanar as inconformidades constatadas. A diferença entre uma e outra forma de controle reside no fato de que na avaliação meritória, há um juízo de discricionariedade, o que limita a análise à adequação e orientação das escolhas do administrador ao alcance das finalidades previstas pela ordem jurídica. Por outro lado, o controle de legalidade se perfilha em um espectro mais amplo, pois há uma norma em contraste, que delimita os pressupostos ou o conteúdo do ato controlado (Justen Filho, 2023).

Daí o princípio da autotutela, que norteia a Administração Pública moderna e que se insere como decorrência do princípio da legalidade, tendo em vista sua sujeição à lei e cujo sentido fora traduzido pelas súmulas 346³³ e 473³⁴ do Supremo Tribunal Federal. Por outro prisma, pode-se dizer, ainda, que a autotutela se refere ao poder que possui a Administração de zelar, por intermédio de medidas de polícia

cabível a revisão pelo Judiciário em vista da infração aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, inobstante o juiz não possa readequar a pena, mas tão somente anulá-la, uma vez que o controle ainda se perfaz como de legalidade.

³¹ Veja-se que, ao falar em Poder Executivo e sua atividade, inevitável o entrelaçamento com o conceito de direito administrativo, que transparece de forma inequívoca no trecho mencionado. Cf. o conceito de Direito Administrativo em Meirelles (2000, p. 34).

³² Quanto à amplitude do controle, vale citar que se subdivide em, além de hierárquico, finalístico, o que significa dizer, com relação a este, o “exercido pela administração direta em relação às entidades da administração indireta, resultando de uma relação de vinculação administrativa prevista na lei instituidora. Não há hierarquia entre o ente controlador e a entidade controlada. O controle finalístico é sempre restrito e limitado aos termos da lei que o instituiu” (Alexandre; Deus, 2018, p. 829).

³³ A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos (Brasil, Súmula 346, 1963).

³⁴ A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial (Brasil, Súmula 473, 1969b).

administrativa, pelos seus próprios bens, sem que para isso necessite de uma manifestação do Judiciário (Di Pietro, 2022).

Compõe esse desígnio o chamado controle interno³⁵, que nada mais é do que “aquele realizado pela entidade ou órgão responsável pela atividade controlada, no âmbito da própria Administração” (Meirelles, 2000, p. 612), ou seja, é um controle efetivado sobre nuances administrativas, financeiras, patrimoniais e orçamentárias, abarcando todos os níveis e setores, com a proposta de avaliar a atuação dos organismos supervisionados e acompanhar a aplicação de recursos públicos e sua economicidade³⁶ (Mello, 2010).

Decorre do exposto que a indução de novas políticas públicas observa, na grande maioria das vezes, um nascimento pelas mãos da própria Administração, obedecendo a todas as fases constitutivas das regras tendentes a abarcar um cenário que, previamente, concomitantemente e posteriormente, é depurado pelos mecanismos de controle existentes.

No entanto, nem todas as normas são criadas sob a tutela exclusiva da seara pública³⁷. Existem aquelas cuja gênese é intrinsecamente relacionada a outro ramo do Direito. Para essas, há um cuidado mais acurado, a fim de integrar o arcabouço jurídico público. Há um filtro muito mais severo, como se um sinal de alerta gerasse o máximo cuidado na transposição de uma legislação exógena.

À semelhança, o controle sobre os atos administrativos que advirão desse mandamento conduzirá ao mesmo tipo de fiscalização, exacerbada pela sua origem e com risco constante da ineficácia ante a rejeição parcial da utilização prática da nova ordem que se pretende incluir. Ademais, no caso específico da legislação formatada

³⁵ A relevância do Sistema de Controle Interno o elevou a um *status* constitucional. O mandamento Maior de 1988, o colocou em destaque, no artigo 74, ao referir que: “Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: [...]” (Brasil, 1988).

³⁶ A importância do Controle Interno é repisada por Leal (2018, p. 8), que, um passo além, certifica uma instabilidade na criação do sistema em razão falta de uniformidade de regras, que fica ao alvitre de cada criador: “Infelizmente nem normas constitucionais, tampouco infraconstitucionais, criaram, no Brasil, parâmetros ou diretrizes pontuais à constituição deste sistema de controle interno, deixando para cada órgão público o fazer a seu talante. Daí decorreu, em termos históricos, a ausência de matrizes paradigmáticas e de orientação para tal mister, o que tem autorizado o reconhecimento de qualquer iniciativa – por mais precária que seja – como controle interno”.

³⁷ Alerta-se para o fato de que a Lei de Arbitragem (Brasil, 1996) nasce sob o comando do Direito Civil e somente com o advento da Lei n. 13.129/2015 (Brasil, 2015b) delega à Administração Pública a possibilidade de arbitrar seus conflitos sobre direitos patrimoniais disponíveis. Por essa razão, optou-se por discorrer em forma dicotômica sobre leis e atos criados no berço administrativo e aqueles que são absorvidos pelo regime público, que é o caso da legislação em comento, que compõe o tema central da presente tese.

em outra esfera, é impossibilitada uma verificação de identidade e de legalidade prévias. O acompanhamento concomitante também é cingido, visto que a apreciação dos efeitos da norma se dará sob a perspectiva do ambiente que a criou e não pela regência do Poder Público.

Por todo o narrado, não é difícil perceber que a procedimentalização instaurada pela Administração Pública e os instrumentos utilizados para a aprovação e plena eficácia do que integrará o seu regime jurídico, ou comporá de forma definitiva o seu ordenamento, obtêm maior chance de sucesso quando deflagrados internamente, em razão da pluralidade de formas e momentos em que se sobressai o controle administrativo.

Portanto, há uma fase anterior à absorção da regra dita divergente de seu sistema, como se fosse uma adequação ao campo público, evitando possíveis distorções causadas pelo controle a partir de seu ingresso, o que deflagraria um desenho de controle totalmente esdrúxulo aos olhos da Administração, uma vez que abraçaria paternidade de outrem, tratando de readequar o que lhe parece pertinente, a começar por dispositivos já concebidos e muitas vezes bem sedimentados por outra lavra. O ideal seria que se instituísse uma depuração preliminar, que seria responsável pela transição adequada da ferramenta que se pretende utilizar.

2.4 O tratamento de conflitos na Administração Pública, enquanto política pública de Estado

Coerentemente com o até então discorrido, insofismável afirmar que a implantação de todo regime, sistema ou técnica sofrerá influência do aspecto sociológico, demandando, para o sucesso de tais iniciativas, que os envolvidos na implantação de determinado processo percebam as nuances culturais que envolvem a sociedade em pauta, conforme asseverado por Andrade (2019, p. 16):

Partindo do institucionalismo sociológico, é possível extrapolar ainda mais a dimensão “técnica” ou “racional” das instituições e reafirmar seus aspectos políticos, sociais e culturais. Dessa forma, as instituições e as mudanças institucionais estão inseridas num contexto cultural, que necessita ser mobilizado pelos atores políticos. Ainda, as possibilidades de transformações nas instituições dependem da interação com elementos culturais e comportamentais de cada sociedade, não se tratando, portanto, de um processo universal.

O desejo de eficiência no serviço público, aliado à genuína aproximação da sociedade civil ao Estado e à combustão gerada pelo processo de redemocratização deflagrado pela promulgação da Constituição de 1988, significou o catapultamento do direito público brasileiro à níveis jamais vistos. Inaugura-se o Estado Democrático de Direito e, com ele, elencam-se uma série de direitos e garantias do cidadão e sua participação de forma efetiva na gestão e no controle da Administração Pública (Nohara, 2022b).

O modelo de Estado Neoliberal substitui o que se caracterizava por Estado interventor, convergindo-se para os fundamentos teóricos associados à reforma gerencial, também chamada de *modelo pós-burocrático*, em que se sustenta uma posição crítica ao *Estado de Bem-Estar Social*, mais especificamente do custo gerado aos cofres públicos em razão do aparato burocrático necessário à sua viabilidade. É sob essa perspectiva que se inaugura a busca por um Estado mínimo, em que há uma nítida separação entre a formulação e implementação de políticas públicas. O ápice da reforma gerencial foi atingido em 1995, por meio do plano diretor, cujo intuito era de aperfeiçoar a administração burocrática e introduzir a administração gerencial atrelada ao cumprimento de metas, tanto por parte das organizações civis sem fins lucrativos, quanto das empresas privatizadas que prestassem serviços públicos com financiamento estatal, restariam atreladas ao atendimento das pautas pactuadas em contrato de gestão. Em consonância com essa narrativa, no seio do setor público, os servidores obedeceriam a um rígido sistema de avaliação, em que a desobediência às regras estabelecidas desembocaria em punição mediante o competente procedimento (Andrews; Bariani, 2010).

Vale ressaltar que toda política pública parte de uma escolha, quer seja do Executivo, quer seja do Legislativo, acerca da área ou do tema a beneficiar determinado setor, o que, por óbvio, tem como via de consequência um contexto de exclusão, uma vez que o Estado brasileiro tem diferentes necessidades a serem atendidas em um avantajado espaço territorial (Bitencourt, 2013).

Por outro prisma, a realidade brasileira é influenciada pelo presidencialismo de coalizão, em que as relações específicas entre Executivo e Legislativo contrastam com as disparidades regionais e locais, com a assimetria do federalismo brasileiro e com as ideologias diversificadas das classes políticas, causando severas dificuldades na condução do governo e na falta de celeridade decisória. Nesse cenário, a busca incessante pelo apoio político (Executivo-Legislativo/Legislativo-Executivo) interfere

no adequado direcionamento das políticas públicas, gerando uma lógica predatória, caracterizada pelo patrimonialismo, clientelismo, busca do interesse individual ao invés do coletivo e acordos informais nas relações formais. Tudo isso em nome da governabilidade e do jogo democrático, que, para além da arena política, fazem com que Estados mais influentes ou abastados impeçam a concentração de recursos em regiões menos desenvolvidas, obtendo-se, por consequência, a depreciação do ciclo das políticas públicas (Bitencourt; Friederich, 2020).

A teor do que estabelecem as definições acerca de políticas públicas, uma das contribuições da ciência do direito pode passar, exatamente, por sua conceituação através do engajamento comunicativo, entretanto, simples alteração de lei ordinária não tem o condão de passar, por esse fator, a se intitular como política pública. Não se pode apenas resumi-la

como toda a ação legislativa ou administrativa praticada pela Administração em benefício aos direitos sociais, porquanto, ter-se-á que analisar as demais funções estatais, a exemplo do próprio serviço público, que apesar de concretizar direitos sociais, não é denominado como política pública (Bitencourt, 2013, p. 53-54).

Em termos de relacionamento entre políticas públicas, direitos sociais e serviços públicos, é necessário pontuar que os dois últimos não são considerados políticas públicas, mas se valem destas para sua concretização. O serviço público seria uma parcela do dever do Estado dentro da atividade econômica e de sua forma de comunicação enquanto atividade operativa. Em decorrência disso, “não seria errado dizer que a política pública está a serviço da concretização dos serviços públicos” (Bitencourt, 2013, p. 59). Por outro lado, as operações relativas aos direitos sociais, na maioria das vezes, poderão ser externadas por intermédio de serviços públicos, direta ou indiretamente pelo ente estatal, por meio de políticas públicas, incentivos e pelos próprios cidadãos

Hodiernamente, o arranjo econômico das políticas públicas possui papel primordial em relação ao cumprimento dos objetivos do Estado. Não basta a simples concepção do programa a ser implantado e sua adequação a um problema coletivo, mas é mister que haja uma perfeita sincronização com a dotação orçamentária que abrigará a despesa daquela proposta entendida como necessária e suficiente à sua execução (Motta; Oliveira, 2019).

Para se aportar em uma análise orçamentária, é preciso salientar que as políticas públicas se revestem de atos governamentais coordenados e regulados, juridicamente, em diversos níveis, e são constituídas por vários estágios em um processo de constante aprendizado. Essa dinâmica se encontra associada a um ciclo deliberativo, que tende ao alcance das necessidades públicas, nomeado como ciclo da política pública, o qual é composto pela definição de agenda, identificação de alternativas, avaliação das opções, seleção das opções, implementação e avaliação³⁸ (Souza, 2006).

A carência participativa de alguns segmentos da sociedade, aliada à necessidade de gerar políticas públicas que tenham efeito sobre determinada comunidade, faz com que se tenha uma inversão do modo como deveria se criar e operacionalizar programa voltado à solução de demanda, identificado como um problema reconhecidamente público e previsto em uma agenda governamental. (Subirats, 2008).

Isso ocorre, justamente, porque as políticas públicas são programas de ação governamental, que dependem, no intuito de alcançar o desiderato proposto, de ações governamentais engendradas mediante um somatório de processos juridicamente regulados (Bucci, 2013).

No que tange à resposta dos governantes às demandas sociais, infere-se que:

A necessidade de dar respostas às demandas sociais é tão premente para os governantes que por vezes as respostas não passam de simulacros ou jogos de cena. Sem capacidade real para resolver um problema, são adotadas medidas paliativas ou de desvio de atenção. Um exemplo: a criação de comissões, de grupos de trabalho ou de um novo órgão público após a ocorrência de eventos de grande repercussão (como desastres ambientais, deslizamentos de terra, enchentes, rompimento de barragens). Passado o momento inicial de comoção e pressão, em grande parte dos casos nenhuma política pública consistente é estabelecida e o problema volta a se repetir ciclicamente (Schmidt, J., 2018, p. 126).

Nessa senda, o Direito Administrativo se mostra de vital importância, pois é por intermédio dele que se viabilizam e aperfeiçoam os meios e instrumentos para promoção, execução e fiscalização das políticas públicas. Mesmo assim, a Administração Pública sofre constantes ataques no que tange à eficiência de seus serviços – a reforma administrativa dos anos 90 é um exemplo disso –, fazendo com

³⁸ Segundo Motta e Oliveira (2019), é nessa última fase que se procede a uma prospecção de eventuais correções da ação.

que a burocracia e seu aparato estatal conflitem com o modelo econômico propugnado pela pós-modernidade e que conquistas sociais até então alcançadas, sejam desfeitas. Todo esse contexto, abrigado sob o ideário do controle de resultados da atividade administrativa, da redução de custos e no reforço da cidadania, possibilita perceber a migração para uma sistemática voltada para o público não estatal. Ao praticar tais medidas o Estado, em reforço ao mito do controle, o torna inexistente, pois abre mão da verificação de fraudes financeiras, da participação nas políticas públicas relativas ao serviço delegado, da ausência de participação do cidadão, além de outras questões relativas aos vícios da própria iniciativa privada. Todas essas questões são ainda mais potencializadas se os serviços a serem prestados envolverem saúde e educação, por conta dos limites éticos de sua venda (Bitencourt, 2019).

Ao contrário de um modelo processual dinâmico, em que as fases da política pública restam por amparar as atividades decisórias, o que aparentemente se vê é uma aproximação da teoria baseada no padrão *garbage can model*³⁹, intuído por Cohen, March e Olsen (2015), em que problemas e decisões incoerentes com as necessidades prementes vislumbradas em um determinado núcleo social são deturpadas ante uma escolha ambígua, onde problemas e soluções são postos pelos decisores, gerando uma conexão equivocada por conta da independência das linhas mestras dos próprios problemas e soluções, que ainda podem ser avaliados por participantes desconectados do debate, em momento que, igualmente, pode não ser o mais apropriado (Lousada; Valentim, 2011).

Exatamente por isso a comparação do modelo a uma lata de lixo, ou o que Fittipaldi (2005, p. 92-93), reduziu a “anarquias organizadas” existentes no âmago das organizações, face aos seguintes motivos:

[...] 1) preferências dilemáticas (*problematic preferences*); 2) falta de clareza nos processos organizacionais (*unclear technology*); 3) participação anárquica (*fluid participation*). A existência dessas *propriedades* gera a predominância de um *comportamento ambíguo* quanto ao processo decisório, pois funcionam como restrição à racionalidade subjacente às escolhas de que dispõe a organização. Ou seja, em virtude dessas *propriedades gerais*, a tomada de decisão na organização é desprovida de uma *racionalidade organizacional*.

O homem econômico, idealizado pela ciência social, poderia ser a figura transformadora de um sistema organizacional fulcrado na racionalidade, porquanto

³⁹ Modelo da lata de lixo (tradução nossa).

prospecta de forma acurada o custo-benefício do que consome, diante dos preços de mercado. É um negociante diligente, pois suas decisões possuem um grau elevado de observação do mercado e da bolsa de valores, ou seja, um homem completamente vinculado à racionalidade (Dahrendorf, 1991).

Vale frisar que essa racionalidade exigida no tocante à política pública deve se relacionar, imediatamente, a algo que a administração pública persegue e que geram tensionamentos em sentidos opostos e diversos. Ademais, a natureza definidora das políticas públicas permite afirmar que ela é baseada em arranjos complexos, estruturantes da decisão a ser tomada e dos meios postos à disposição do Poder Público e que não devem deixar de lado os pontos de vista epistemológicos de cada uma das áreas (Bucci, 2019).

A sustentabilidade, tema que, historicamente, tem sido vinculado à seara ambiental, pode consistir em uma das respostas ao adequado tratamento das políticas públicas. Embora o entendimento restritivo que se impõe ao termo, necessário referir que a Constituição Federal (Brasil, 1988) concede uma complexidade conceitual muito mais ampliada aos mais diversos meandros de sua ordenação, cuja preocupação está voltada para a preservação de recursos finitos. Os recursos econômicos estatais são exemplos de que uma economia sustentável, voltada para o suporte dos recursos de determinado programa, é premente, pois no setor público não há, à evidência, produção de riquezas, mas sim o investimento em serviços públicos relevantes para a comunidade. Não obstante, as verbas oriundas de repasses estaduais e federais não podem subsistir como únicas alternativas à manutenção e sobrevivência de determinada prestação pública (Motta; Oliveira, 2019).

Por outro lado, é possível afirmar que qualquer cidadão ou organização pode se tornar agente de uma política pública, a exemplo de autoridades do Executivo, Legislativo e sistema de justiça, partidos políticos, assessorias e cargos comissionados, burocracia estatal, mídia, organizações privadas, organizações da sociedade civil (terceiro setor), agentes de conhecimento e *think tanks*⁴⁰, cuja intensidade depende do recurso de poder que cada um possui (Schmidt, J., 2018).

Así, desde la perspectiva que postulamos, una política pública se definiría como una serie de decisiones o de acciones, intencionalmente coherentes,

⁴⁰ De acordo com Ito e Secchi (2016, p. 335), “Think tanks são organizações especializadas em produzir análise de políticas públicas (policy analysis) e defender causas ou políticas (policy advocacy) entendidas como de relevância coletiva”.

tomadas por diferentes actores, públicos y a veces no públicos -cuyos recursos, nexos institucionales e intereses varían- a fin de resolver de manera puntual un problema políticamente definido como colectivo. Este conjunto de decisiones y acciones da lugar a actos formales, con un grado de obligatoriedad variable, tendentes a modificar la conducta de grupos sociales que, se supone, originaron el problema colectivo a resolver (grupos-objetivo), en el interés de grupos sociales que padecen los efectos negativos del problema en cuestión (beneficiarios finales)⁴¹ (Subirats, 2008, p. 36).

Choo (2003) ilustra de maneira didática as consequências nefastas que podem advir de um processo com pequenas falhas administrativas e tomadas de decisão equivocadas. Ao delinear o estudo sobre as organizações na qualidade de um sistema de tomada de decisão, traz à lembrança caso de estrondosa magnitude, ocorrido com a nave espacial *Challenger*, em 1986, em Cabo Canaveral, na Flórida. Segundo investigações, o acidente ocorrera pela explosão do tanque de combustível do foguete direito, gerada pelo acúmulo de gases propelentes e uma falha no anel de vedação. Preliminarmente, a decisão precipitada que salta aos olhos foi a de lançar a *Challenger*. Todavia, equívocos sucessivos na observação dos processos inerentes à resolução de problemas anteriores, verificados nos anéis de vedação de outras aeronaves espaciais e o aporte dessas informações até os *decision makers*⁴² finais, ou seja, daqueles responsáveis pelo lançamento, poderiam ter evitado o evento catastrófico. As regras presentes na Administração Pública e a elaboração de políticas públicas podem muito bem ser inseridas nesse contexto, ainda com mais ênfase, ao considerarem-se repetitivas as conjecturas baseadas no *garbage can model*, em que, apressadamente, compromete de forma negativa o comportamento decisório.

Em meio ao que se apresenta como uma interação entre público e privado, a judicialização das relações sociais cresce exponencialmente, não somente pela confiança ou proximidade do cidadão face ao Poder Judiciário, mas passa pelo modelo judicial como o espaço adequado a dirimir os conflitos sociais (Bucci, 2013).

⁴¹ Assim, na perspectiva que postulamos, uma política pública seria definida como uma série de decisões ou ações, intencionalmente coerentes, tomadas por diferentes atores, públicos e às vezes não públicos – cujos recursos, vínculos institucionais e interesses variam – a fim de resolver pontualmente um problema politicamente definido como coletivo. Este conjunto de decisões e ações dá origem a atos formais, com um grau variável de obrigatoriedade, tendentes a modificar o comportamento de grupos sociais que, supõe-se, originaram o problema coletivo a ser resolvido (grupos-alvo), no interesse de grupos sociais que sofrem os efeitos negativos do problema em questão (beneficiários finais) (Subirats, 2008, p. 36, tradução nossa).

⁴² A expressão utilizada por Choo (2003), na realidade, foi “*decision making*”, entretanto, para a adaptação ao contexto da política pública e de sua relação para com a obra, além do contexto em que se desenvolveu o parágrafo, optou-se por, ao invés de trazer a locução original, traduzida como tomadores de decisão, utilizar *decision makers*, ou seja tomadores de decisão (tradução nossa).

Por outro lado, é perceptível a impossibilidade atinente ao Poder Público, em atender a todas as demandas da população. Mesmo os serviços públicos têm uma restrição pautada pelo exíguo quadro de pessoal da maioria das entidades, que aliados a orçamentos enxutos limitam a proliferação de ações tendentes à execução de políticas públicas, além de tolher iniciativas que tenham por mote a criação de proposições mais ousadas, que façam com que a lógica *input output*⁴³ retome seu processo de retroalimentação em determinado contexto sócio-histórico (Schmidt, J., 2018).

Mesmo assim, importa reconhecer as barreiras que separam o desastre da programação adequada da política pública e sua posterior implantação. Ocorre que as dificuldades não caracterizam empecilho na execução, mas uma necessidade urgente na avaliação dos percalços e uma projeção a partir da ultrapassagem desses mesmos obstáculos, calcada na progressão do ciclo da política pública. Mais além, a falha administrativa deve fazer com que os gestores reflitam sobre ela, detendo-se nas razões e forças que determinaram o equívoco, para, após esse saneamento, redesignar a decisão a ser tomada (Choo, 2003).

Por consequência, convém alertar que a política pública a ser pretensamente inserida nesse processo deve observar tais nuances sob pena de estar fadada ao insucesso. Não basta a boa vontade na criação da norma ou a genialidade de programa inovador, convergente com a realidade social e conectado com o interesse público, é indispensável auferir conhecimento, por mínimo que seja, do momento político específico pelo qual se trafega.

Adicione-se a isso, o argumento de que a política pública deve fazer parte da organização administrativa, sendo dela indissociável do ponto de vista do exercício da atividade para sua consecução, ou seja, o organismo que a absorver deve possuir características que permitam fluidez, celeridade, adequação e conformidade com o objetivo que se pretende alcançar.

A absorção de carência da sociedade e a resolução do anseio identificado em seu núcleo dificilmente obedecerá a uma receita mágica que, seguida passo a passo, conduzirá à efetiva satisfação da comorbidade social. Seguir o ciclo de políticas

⁴³ O conceito de política pública como resposta a problemas políticos consolidou-se a partir da obra de David Easton (1968). Sua concepção sistêmica consagrou a lógica *input-output*, que pode ser resumida assim: a) os *inputs* são as demandas e apoios provenientes do ambiente social; b) o sistema político (instituições, agentes) processa esses *inputs*; c) os *outputs* são as políticas públicas adotadas na forma de decisões e ações; d) há um processo de retroalimentação entre *inputs* e *outputs* (Schmidt, J., 2018).

públicas já não se perfilha suficientemente apto a garantir a plena eficácia do plano adotado. Aliado a esse importante instrumento, é crucial que se tenha um conhecimento abrangente do sistema organizacional e de que forma a inserção de inovação no setor público irá se adequar à realidade social.

Em consonância com a adoção de uma maior consistência das medidas que se pretendem fazer efetivas em âmbito público, perfeitamente aceitável o posicionamento de que:

Adotar a concepção das políticas públicas em direito consiste em aceitar um grau maior de interpenetração entre as esferas jurídica e política ou, em outras palavras, assumir a comunicação que há entre os dois subsistemas, reconhecendo e tornando públicos os processos dessa comunicação na estrutura burocrática do poder, Estado e Administração Pública. E isso ocorre seja atribuindo-se ao direito critérios de qualificação jurídica das decisões políticas, seja adotando-se no direito uma postura crescentemente substantiva e, portanto, mais informada por elementos da política (Bucci, 2002, p. 241-242).

O encaminhamento de uma política pública, nos termos propostos, significaria sua perfeita adequação ao ambiente em que se propõe sua inserção, passando, em primeiro plano, pela análise da necessidade até a consecução do serviço pretendido. A partir do estabelecimento de tais premissas se evitaria o caminho desidioso da escolha a esmo da política pública desconectada da realidade social. Além disso, em projeção ao que se poderá alcançar em um futuro próximo, a talante do potencial econômico, jurídico, financeiro e social da arbitragem não pode descartar a consolidação desse instituto como verdadeira política pública de Estado.

3 ACESSO À JUSTIÇA E A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS POR PARTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Alcançar a distribuição do mister de resolver conflitos e, precipuamente, credibilizar o órgão responsável para tanto é desafio de grande monta, sem o qual aqueles responsáveis pela provocação das instâncias extrajudiciais, seja a Administração Pública, seja o particular, não se postarão positivamente ao procedimento a ser adotado, pois restaria sob a desconfiança do próprio organismo que o instituiu.

Face o estudo em voga, como premissa básica a ser tratada no item inaugural, perfaz-se essencial estabelecer conceitos voltados ao entendimento do que se perfilha mais especificamente como acesso à justiça, traçando as diferenças e semelhanças entre a possibilidade de ingressar ao Poder Judiciário e a utilização dos meios cabíveis à obtenção da justiça.

Outra barreira a ser ultrapassada, e que será a exposição relativa ao segundo item, é a unicidade do Judiciário, para onde converge a maior parte dos conflitos. Em se tratando das lides da Administração Pública, não é exagerada a assertiva de que seus litígios representam a maior parte de ações judiciais existentes no Brasil, ou seja, pode-se afirmar que essa espécie de demanda traduz uma litigância habitual que cresce exponencialmente, sem que haja remédio suficientemente equilibrado e concentrado no verdadeiro mal que atinge, especialmente, o Poder Judiciário e, por consequência, o cidadão (Franco, 2021).

Outrossim, além de uma política pública consistente, é preciso ampliar o espectro conceitual de justiça, cujas raízes profundas remetem ao alicerce cultural, sobre o qual foi construída a acepção de que somente o Poder Judiciário é devidamente capacitado a conduzir e a enfrentar a resolução do conflito. O foco brasileiro se mantém ofuscado por sua própria soberba em repelir métodos que, tradicionalmente, não sejam deflagrados por uma autoridade judiciária. É primordial um olhar atento para aquelas sociedades que vislumbraram trajetórias distintas da brasileira e traçar um comparativo que permita assimilar as diferenças e particularidades das demais sociedades, como consequência da diferença cultural e não simplesmente como algo dissociado da estrutura existente em sua própria realidade (Chase, 2014), conformando uma rede prestacional de serviço público de

acesso à justiça, em que o Judiciário passa a ser mais um integrante, beneficiando-se dos efeitos que um sistema multiportas potencializado pode proporcionar.

Com esse objetivo, os tópicos 2.3 e 2.4 exaltam a mais valia do sistema multiportas e as vantagens auferidas ante a propagação e utilização das técnicas nele presentes, o que oportunizaria ao Poder Judiciário um repensar de suas atividades de maneira menos tormentosa, visando um saneamento diante de uma realidade mais próxima do exequível.

3.1 Acesso à justiça x acesso ao Judiciário: uma cisão necessária

À semelhança do que ocorre com o Direito Administrativo, as primeiras centelhas do que se passou a conhecer por acesso à justiça surgem com o próprio Estado, diferenciando-se dos primórdios administrativistas pelo fato de que se erige a partir do Estado de Direito, proporcionado pela queda do regime absolutista, caracterizado, sobretudo, pela concentração de poder nas mãos do monarca com visíveis privilégios da nobreza e do clero.

Era sob o epíteto da frase *L'Etat c'est moi*⁴⁴, de autoria de Luís XIV, Rei da França, que eram conduzidos os desígnios estatais, fossem eles legislativos, executivos ou jurisdicionais. Tais papéis cabiam ao soberano, que concentrava toda em si a autoridade decorrente do poder divino que ele representava na terra. A partir dessa perspectiva é que se notabilizava o poder, encapsulado em esfera única da qual emanavam os deveres dos cidadãos, aos quais não restavam benesses, senão a obediência fiel ao soberano, detentor de direitos a serem preservados, o que inviabilizava qualquer discussão tendente à fruição ou preservação do acesso à justiça (Benevides; Sales, 2022).

Repisando os aconselhamentos de Maquiavel, datados de 1513, ao manter esse encapsulamento do poder, seria iminente a revolta dos súditos ante a inexistência de um apetrecho social que se fizesse crer no bom estabelecimento de um príncipe durante seu reinado. Um novo principado, calcado em boas leis, armas e aliados, significaria a manutenção de um Estado e o reconhecimento da sabedoria daquele que o governa. Sob esse argumento de que uma ordem prescrita pelo próprio

⁴⁴ O Estado sou eu (tradução nossa).

homem traria equilíbrio, inaugura-se uma aproximação ao Estado de Direito, desencadeando ações predispostas à separação dos poderes (Maquiavel, 2013).

Em contraponto ao absolutismo e à visão do monarca como único detentor de direitos, o Iluminismo, especialmente refletido na Revolução Francesa de 1789, parte de um posicionamento político centrado no homem e em sua liberdade, com ênfase nos direitos individuais, igualdade formal e propriedade privada, além de uma distinção entre os ambientes público e privado, diferença esta que, diante do que pregava o absolutismo, era praticamente imperceptível. Nesse período histórico, bastava que o Estado se abstinhasse em sua conduta coercitiva, no sentido de permitir que os particulares exercessem liberdades e aptidões (Benevides; Sales, 2022).

Essa parcimônia do Estado denotava a filosofia individualista que permeava os procedimentos voltados para a resolução dos litígios civis nos estados liberais dos séculos XVIII e XIX. O acesso à justiça era considerado um direito natural e, como tal, não carecia de uma ação do Estado no sentido de protegê-lo. Ou seja, bastava a passividade estatal, uma vez que os direitos seriam anteriores ao ente público. Cabia a este apenas evitar que houvesse infração das prerrogativas cidadãos pelos demais. Portanto, o acesso à proteção judicial consistia, essencialmente, no direito formal de ingressar ou contestar uma ação (Cappelletti; Garth, 1988).

Antecipadamente ao ingresso mais incisivo no tema e na toada do aspecto histórico que o guia, perfaz-se apropriada e necessária ao desenvolvimento do item em escrita desmistificar argumento afeto à extensibilidade da pretensão estatuída pelo inciso XXXV⁴⁵, do artigo 5º, da Norma Máxima Pátria. Apesar de pouca divergência na doutrina brasileira, é de grande valia a delimitação de parâmetros bem delineados aos gestores e aos leigos da área jurídica. Portanto, assim se procede em caráter preventivo, ante as circunstâncias estabelecidas como parâmetro básico da presente tese e no intuito de que não haja risco de dúvida interpretação em torno da visão constitucional.

Os limites objetivos do acesso à justiça são os únicos associados à matéria constante do preceito constitucional em comento, que significa a possibilidade de avaliação jurisdicional de qualquer lesão ou ameaça à direito, cuja correspondência esteja encartada na Regra Máxima Brasileira. Dita limitação se coloca em posição oposta ao seu caráter subjetivo, que concerne à legitimação para alcançar o

⁴⁵ Art. 5º [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (Brasil, 1988).

pretendido acesso, ou seja, a prestação jurisdicional (Bernardes; Carneiro; Moschen, 2020).

Adicione-se a essa dificuldade o fato de que o termo “acesso à justiça”, em si mesmo, já encerra grau de dificuldade de compreensão suficientemente elevado. Mesmo assim, devido ao reconhecimento e vulto obtido pela expressão, especialmente no trato de questões afetas ao congestionamento do Poder Judiciário, ao menos possibilitou-se determinar o seu papel nas sociedades contemporâneas, partindo do princípio de que o pressuposto de cumprimento da justiça social dá-se pela efetividade do direito de acesso à justiça. Impende salientar que é por intermédio desse sistema que se estabelecem os vínculos reivindicatórios de direitos, que se perfectibilizem individual e socialmente justos (Cappelletti; Garth, 1988).

A teor do exposto por Watanabe (2019, p. 36), o intuito de posicionar o cidadão em posição de destaque na árdua tarefa de desenlace do litígio de que seja parte integrante deve-se à precursora política judiciária de tratamento de conflitos estabelecida pela Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça, trazendo “uma profunda mudança no paradigma dos serviços judiciários”, o que alavancou o próprio conceito de acesso à justiça, o qual passou a compreender “muito mais acesso à ordem jurídica justa, e não mero acesso aos órgãos judiciários para a obtenção de solução adjudicada por meio de sentença”.

É a partir do momento em que o ser humano começou a se relacionar com seus semelhantes que se converge para a constatação da premência de regras jurídicas a nortear as ações de seus membros, em razão da organização societária, que se contrapõe ao caos de uma convivência sem regras, validada pela força. O bem-estar social, mote de todo agrupamento organizado, passa pelo atendimento dos direitos individuais, desde que estes não transgridam as imposições coletivas (Dias, 2014).

Portanto, depreende-se que o Direito organiza a sociedade por meio da coordenação dos interesses dos indivíduos. Naturalmente, em algum instante, esses interesses poderão chocar-se e gerar um conflito que merecerá o posicionamento justificado e parametrizado sob as normas jurídicas, por parte dos gestores da comunidade, acerca de qual prioridade deve prevalecer em detrimento de outra. Nesses casos, ocorre a pretensão resistida, gênese primária da lide, que é resolvida ao fazer-se uso do processo. Decorrência lógica desse pensamento é que o Poder Estatal, criado especificamente para atuar mediante um procedimento instituído por lei, performatiza-se no Judiciário, que sedimentou essa característica a partir do

nascimento do Estado como o conhecemos contemporaneamente (Souza *et al.*, 2021).

O conflito não deve ser concebido como algo negativo no cerne societário, até mesmo porque os relacionamentos interpessoais não gozam de uma consensualidade, ou se estaria diante de uma sociedade utópica em que a unanimidade prevaleceria para todos os assuntos que se trouxessem à debate. A argumentação frente ao tema em que duas ou mais partes se postam em trincheiras diversas, ou seja, com um enfoque adversarial, possui uma “hipertrofia do argumento unilateral” (Vasconcelos, 2018, p. 1), em que se desconsidera o que outro lado expressa, polarizando ainda mais a relação conflitiva. A disposição de deslindar o embate “depende do reconhecimento das diferenças e da identificação dos interesses comuns, contraditórios e subjacentes, pois a relação interpessoal funda-se em alguma expectativa, valor ou interesse comum” (Vasconcelos, 2018, p. 1).

Apesar das circunstâncias em que o Direito aparenta ser imediatamente absorvido pelo Poder Judiciário, o intuito da atividade jurisdicional não se encerra apenas no ambiente forense, nem em um único procedimento a ser seguido, ou ainda em uma intenção exclusivamente jurídica. Também devem ser considerados os eixos sociais e políticos, de grande relevância no aspecto jurisdicional, e que podem ser propugnados pelo Estado – cuja tripartição impende referir que as vias Executiva e Legislativa se incluem nesse panorama – com o apoio dos métodos alternativos de solução de conflitos que se coadunem com essa proposta (Fichtner; Mannheimer; Monteiro, 2019).

Porém, não obstante os dispositivos constitucionais e das leis esparsas tornou-se comum confundir acesso à justiça e acesso ao Judiciário [...] Assim, a expressão ‘acesso à justiça’ em seu ‘conceito amplo’ pode significar: a) acesso ao Judiciário e; b) acessibilidade a uma determinada ordem de valores e de direitos fundamentais para o ser humano [...] o acesso à justiça é mais amplo e complexo, externando mais do que o ingresso mediante ajuizamento da ação (processo) junto ao Judiciário, ele vai além dos limites do acesso aos órgãos judiciais existentes. Então, acessar a justiça significa ir além do acesso garantido pela Constituição Federal, alcançando, tutelando e garantido os direitos e as garantias sociais fundamentais, assegurando, ao final, o acesso a uma “ordem jurídica justa” a todos os cidadãos. Daí a afirmativa de que ‘o acesso à justiça está relacionado com a forma de produção social de direitos’ (Pinho; Spengler, 2018, p. 227).

Cappelletti e Garth (1988) já identificavam, pelas alcunhadas “três ondas”, as dificuldades a serem enfrentadas na valorosa tarefa de efetivação do acesso à justiça

de maneira ampla. A primeira onda concentra-se na assistência judiciária para os pobres, ou seja, na disponibilização de serviços jurídicos gratuitos para atender as camadas sociais desprovidas. Além do mais, considere-se o fato de que a maioria esmagadora dos hipossuficientes não detém o mínimo conhecimento jurídico a deflagrar uma demanda, ao menos sem que um profissional habilitado o cerque de uma linguagem acessível, que destrinche a intrincada linguagem legal; em uma segunda onda, os autores preocupam-se com a representação dos direitos difusos e coletivos. À época, a configuração do processo civil não estabelecia proteção inerente a esses direitos, restringindo-se a um debate entre duas partes; por fim, a terceira onda transparece uma preocupação que, apesar de tomar vulto mais expressivo na atualidade, já era vislumbrada de forma vanguardista naquele período, recuperando o entendimento de que o acesso à justiça amplia-se de maneira muito mais vigorosa do que meramente interna ao corpo judiciário, desde que estabelecida por métodos adequados a tal fim (Cappelletti; Garth, 1988).

As oportunidades que possam implementar as funções exercidas pelo Judiciário veem-se achatadas pela globalização econômica e a crise do Estado Social pela pressa em revela-las. É contraditória a história recentemente construída sobre as bases de um direito que encurta distâncias e rompe fronteiras entre nações outrora ditas intransponíveis. Como consequência, a produção da mercadoria vaporiza-se pelo mundo, tornando a exclusão social um fator de preocupação ante a especulação despida do controle estatal, onde impera o lucro e o déficit de políticas públicas capazes de causar um efeito positivo na sociedade (Bedin; Lucas, 2013).

Embora todo o esforço para se estabelecerem alternativas que escapem ao sistema judiciário regular (Cappelletti; Garth, 1988) – o que tem sido uma tendência pela consideração de que o Estado é considerado o avalista do direito de acesso à justiça (Bedin; Spengler, 2013) –, esses métodos têm sua deflagração no seio judiciário, o que não é de todo um mau, pois é o local onde concentra-se a maior parcela de lides jurisdicionadas do país. Portanto, é de se pensar que mesmo convergindo justamente para a esfera que necessita urgentemente de um descongestionamento e considerando, ainda, que se mantém o *status quo* da mística que envolve o monopólio da solução de litígios, mesmo assim, o impulso inicial à aquisição de uma nova cultura jurídica parte de um centro importante de acesso à justiça, inobstante não seja o único. É improtelável a proliferação de novos núcleos de

poder, cada qual com a autonomia necessária ao desenvolvimento de metodologia, tendente ao tratamento e/ou resolução de divergências.

Essa diversificação é tratada por Spengler (2021, p. 296) como “pluralismo jurídico”, em sede de uma proposta de modelo social composta de “vários grupos ou centros de poder, mesmo que em conflito entre si, aos quais é atribuída a tarefa de limitar, controlar e contrastar, até o ponto de eliminar, o centro de poder dominante, historicamente identificado com o Estado”.

A identificação estatal como responsável pelo litígio importa em estabelecer um liame objetivo, que se coaduna com a atividade jurisdicional exercida pelo Judiciário por intermédio da aplicação do Direito positivo, em que há a substituição da vontade das partes pelo arbítrio do juiz, em moldes fulcrados nos princípios normativos e na legislação vigente, sem maleabilidades ou flexibilidades de um procedimento voltado ao tratamento do conflito, ou jurisdicionalmente instituído a partir de regras baseadas em critérios de equidade (Spengler, 2011).

Segundo prelecionam Etges e Spengler (2021) não há espanto ou surpresa quando o assunto é a morosidade, o custo ou o asoerramento do Poder Judiciário. Em se tratando da Administração Pública, restam ainda menos dúvidas de que suas lides colaboram decisivamente para o aumento desses *déficits*. Tanto é verdade que o Conselho Nacional de Justiça, ao se manifestar sobre o volume litigioso no campo público, a cargo do Poder Judiciário, mencionou a existência de:

[...] um acervo de 79 milhões de processos pendentes de baixa no final do ano de 2018, sendo que mais da metade desses processos (54,2%) se referia à fase de execução e, desta parcela, 73% composta pelas execuções fiscais, principais responsáveis pela alta taxa de congestionamento do Poder Judiciário⁴⁶ (Etges; Spengler, 2021, p. 218-219).

Em contrapartida, não basta a crítica rasa, calcada na falta de celeridade ou no pouco inspirado estímulo à criação de novos cartórios judiciais, o que importa em mais servidores, refletindo e afetando o orçamento público dos Estados e da União, perfazendo um círculo vicioso infundável, em que o aumento das potencialidades do Judiciário, facilita, cada vez mais, o aumento do contingente processual.

⁴⁶ Cabe ressaltar que os dados colhidos pelos autores fazem referência ao relatório *Justiça em Números* do Conselho Nacional de Justiça do ano de 2019. Com efeito, a citação se fez necessária, tanto pela relevância do assunto do asoerramento da justiça tratado pelos autores, quanto pelo caráter evolutivo do número de processos pendentes e reafirmando a condição do Estado como o maior responsável pela taxa estabelecida na paráfrase destacada. Nesse sentido, o capítulo subsequente labora com o mesmo relatório, atualizado até o ano de 2022.

É preciso reverter essa lógica autofágica, em que o Estado consome o próprio Estado, e pensar além do paradoxo perverso de que o aumento da estrutura do Judiciário causará uma inversão proporcional ao ingresso de litígios, problema este que nem a especialidade de varas obteve sucesso em descontinuar.

Mais do que novos sistemas ou métodos que possam incentivar a solução de litígios, é cabível uma revitalização do Direito Administrativo que, ante toda a sorte de regramentos e sua obrigatória observação em todos os atos que lhe competem, deve mostrar atualização e conexão constantes, com a realidade fática do mundo moderno.

Isso não quer dizer que a modernização do Judiciário seja algo inócuo, mas parte-se da premissa equivocada de que ao implementar mudanças, aliviará a carga posta sob seus ombros. A evolução tecnológica, varas especializadas, redução de custos, conciliações, mediações e arbitragens são criações que dispersam as contendas para setores diversos, associados à facilitação para o ingresso da demanda, o que não quer dizer que essas novas ferramentas não atrairão cada vez mais reivindicações a cargo do Judiciário que, obrigatoriamente, necessitará de estrutura para abarcar o fluxo processual e não-processual em diversas frentes.

Para trazer a situação ao campo prático, mediante dados fidedignos da situação atual dos processos judiciais, tornam-se preciosos os dados a seguir colhidos:

Caso também levados em consideração os Tribunais Superiores e demais órgãos do Judiciário integrantes da Justiça do trabalho, da Justiça Eleitoral e da Justiça Militar, os números são ainda mais expressivos. No período de 2010 a 2019, o saldo estimado total de processos pendentes de julgamento passou de 60.737.579 (sessenta milhões setecentos e trinta e sete mil quinhentos e setenta e nove) para 77.096.939 (setenta e sete milhões noventa e seis mil novecentos e trinta e nove, o que representa a proporção de aproximadamente 01 (um) processo judicial para cada 2,7 (dois vírgula sete) habitantes do Brasil (Franco, 2021, p. 40-41).

Ainda seguindo na análise dos referidos dados e face à atualização do relatório *Justiça em números* (CNJ, 2023), destaque-se que, no ano de 2023, não houve alteração substancial dos dados colhidos entre 2010 e 2019, restando pendentes no final de 2022, 81.000.000 (oitenta e um milhões) de processos. Inaugura-se, no relatório base 2022 (CNJ, 2022), um capítulo acerca dos índices de processos ingressados eletronicamente. Constata-se que, em 2009, apenas 10,3% dos processos em curso correspondiam à forma eletrônica, índice que em 2022 passou a ser de 98,4% do total de adesões nesse novo formato (CNJ, 2023).

Por óbvio, o período pandêmico, mesmo que catastrófico, ultimou a aceleração da migração do processo físico para o virtual. Sabe-se, pela notoriedade dada ao assunto, que o Judiciário já alastrava suas bases informatizadas, muito provavelmente para aportar em um padrão congênere ao que se tem no momento. A canalização periódica ao modelo informatizado, oportunizou que em um estado de emergência se pensassem alternativas viáveis a evitar que o alcance à jurisdição estatal fosse interrompido.

Emerge desse período de transição os ensinamentos relativos à prostração econômica, social e política, causada pelo coronavírus⁴⁷. Os relacionamentos advindos de uma convivência quase de restrição obrigatória foram amenizados por via dos diversos mecanismos já existentes e disponíveis, graças ao advento da internet. Outras formas de comunicação e protocolos informatizados acompanharam o ritmo ensandecido da necessidade de aceleração de práticas que pudessem dar vazão aos serviços que dependessem das repartições públicas. Em sintonia com esse pensamento, era de se esperar que a aceleração tecnológica fosse proporcional ao aumento da celeridade processual, que não careceria do manuseio de pastas nas prateleiras abarrotadas dos cartórios e nem de impressões, carimbos e despachos repetitivos, quando não, redundantes nos procedimentos judiciais.

Em contrapartida, vê-se que o número de processos pendentes não arrefeceu seu volume, mantendo uma linha que flerta com o iminente colapso e que a cada novo índice alarmante faz com que o Judiciário tenha de se reinventar para absorver novas lides e conduzir aquelas que já transbordam seus cartórios. Insistentemente, mantêm-se uma premissa de que, sob a regência dessa jurisdição, é factível a execução de novos métodos, mesmo que economicamente inviáveis ou à custa de cortes em outros setores para que se crie uma espécie de Leviatã Judiciário.

Além do mais, indeclinável sublinhar que a quantidade de processos pendentes ou taxa de congestionamento tem como principais colaboradores, tanto no polo passivo, quanto ativo das ações judiciais, a própria Administração Pública, que juntamente com setores relativos à defesa, seguridade social e atividades financeiras

⁴⁷ Morin (2021, p. 48) em raciocínio ao desafio digital imposto à humanidade, discorre: “Os dispositivos digitais são ao mesmo tempo instrumentos de liberdade e instrumentos de servidão [...]. Os dispositivos digitais, a internet, a inteligência artificial são meios que tendem a transformar-se em fins ou a estar a serviço de poderes controladores e não controlados. As mentes tecnocratas e trans-humanistas supõem que eles deveriam estabelecer a harmonia de uma megamáquina social que tratasse de todos os problemas. Precisamos saber que cada técnica expõe ao risco de nos desapossar das questões éticas, sociais e políticas inerentes ao nosso pensamento”.

e de seguros (CNJ, 2023) compõem um quadro até certo ponto surpreendente, principalmente pelo fato de que o Estado deveria ser o responsável por zelar de suas demandas, prospectar os custos que envolvem o ingresso perante o Judiciário e ter como meta o arrefecimento da litigiosidade perante os tribunais. Estes poderiam se debruçar sobre causas mais complexas ou projetar a ampliação de espaço aos hipossuficientes, ou métodos mais eficientes a implementar o fluxo de processos, como juizados especiais, ações coletivas e formas alternativas de solução de conflitos.

Entretanto, compete assentar que:

Tais meios, porém, não excluem ou substituem totalmente o acesso à justiça formal, que também deve ser garantido. O Poder Judiciário, no Estado de Direito, tem a finalidade de garantir o império e a universalidade da lei. E a facilitação do acesso à justiça não pode corresponder à simplificação do direito. [...] Esta complexidade social e econômica é levada ao Poder Judiciário na forma de conflitos de interesses, das mais variadas formas, decorrentes das mais diversas situações de fato. Muitas vezes, sequer há leis específicas para a tutela de tais assuntos ou há normas contraditórias, o que exige um esforço do julgador do Direito na sua correta aplicação ao caso concreto (Roque, 2021, p. 5).

Por força contrária, quanto mais se trabalha para aumentar a porta de entrada ao Judiciário, menor será o espaço destinado a saída, pois o fluxo resistirá em ceder. E a explicação parece não residir na reforma específica desse setor, mas em robustecer e/ou criar mecanismos extrajudiciais que, embora estatizados, seriam externos ao Poder Judiciário e representariam muito mais do que qualquer reforma que pretenda atuar em seu saneamento.

A esperança é que, gradativamente, os métodos alternativos de solução de conflitos iniciem uma migração para paragens externas ao Poder Judiciário, contando com procedimentos mais simples e/ou julgadores mais informais, para se configurarem como mais um ponto de acesso à justiça, que, associado ao processo deflagrado para a implantação dessa mesma metodologia em âmbito judicial, alcançará resultados positivos, tanto para o alívio dessa esfera de poder, quanto para disseminação de um outro formato de se alcançar a justiça (Cappelletti; Garth, 1988).

A Administração Pública, diversamente do que vem ocorrendo e independentemente de sua posição na relação conflituosa, seria uma aliada na resolução do embate, desfazendo paulatinamente a comprovada imagem de gestões que se caracterizam por terceirizar a solução dos problemas que envolvem o Poder Público. O trato das divergências para com o setor público deveria ser uma constante,

entretanto, como se verá em capítulo próprio, existem barreiras a serem vencidas, que importam no reconhecimento dessa via como um acesso à justiça – desmistificando a unicidade do Judiciário e fragmentando definitivamente os *locus* de resguardo dos direitos do cidadão e da própria Administração –, no rompimento da compreensão errônea de que a distinção da pretensão de terceiro, em desfavor de órgão público, não implica em abrir mão do interesse público, mas de atendê-lo, na medida em que a busca pela chancela judicial do ato administrativo é uma forma de transportar a responsabilidade decisiva para o magistrado.

Admite-se que a fragmentação do acesso à justiça, a partir do afastamento de sua exclusividade de oferta, não é uma via de mão única, carecendo da conscientização tanto dos Poderes Públicos Instituídos quanto da população em geral. Procede a assertiva, porque, apesar da deflagração de uma sistemática voltada para dirimir diferenças internamente, alheia ao alvitre do Judiciário, se perfaz inarredável o reconhecimento de que outra jurisdição faz jus à confiança depositada por ambas as partes e que o direito anunciado por sujeito diverso do juiz possui os elementos necessários ao abrigo do direito (Gorczevski, 2007).

Todas as dificuldades elencadas tornam acentuadas as distâncias entre o que se legisla e a capacidade de dar plena efetividade ao conteúdo normativo. Primeiro, pela consagração do acesso à justiça na qualidade de direito fundamental; segundo porque já se dispõe de métodos alternativos de solução de conflitos e um regramento, que, por mais primário que seja, é minimamente capaz de acender a chama que guiará o alcance desse desiderato. A intenção é de que a propagação e extensão do termo acesso à justiça ultrapasse o número de indivíduos que passem ao *status* de cidadão, configurando-se em diversificadas arenas capacitadas a dizimar litígios, elevando a democratização do espaço público por intermédio de demandas que sequer seriam vislumbradas no cenário atual (Sadek, 2009).

Deflagra-se a dissipação de uma névoa densa que encobre o significado de acesso à justiça, e que depende da necessária cisão entre esta e o Poder Judiciário, que será sempre uma das portas ao alcance do cidadão, mas não pode ser o único refúgio ou morada da justiça, sob pena da inviabilização do Judiciário e, por consequência, da iniquidade de um direito basilar do cidadão.

3.2 A jurisdição estatal na qualidade de prestadora necessária do acesso à justiça: a desmistificação do monopólio da solução de litígios

Não raro, cada sociedade estabelece peculiaridades na persecução da resolução de seus litígios. Por mais esdrúxulos que possam parecer aos olhos de culturas jurídicas tradicionais, alguns desses formatos podem basear-se em duelos musicais, feitiçarias, diálogo, mediação, terapia de autoconhecimento, etc. (Chase, 2014).

O caminho traçado pelo Brasil nem de perto se assemelha à conformação jurisdicional engendrada pelos Azande e descrita por Chase (2014), entretanto, em o que se apresenta como um contrassenso histórico, as cidades como atualmente vislumbradas derivam da troca dialógica, jurídica, histórica e imaginária, que instiga e interfere substancialmente na construção da identidade comunitária e sua forma de interpretar a realidade, fazendo com que as constituições, mesmo as mais rígidas, sejam um produto da narrativa histórico-cultural.

Seguindo essa corrente de raciocínio, depreende-se que a moral política da sociedade possui índole impregnada por momentos ou declarações históricas, revoluções ou autores literários, aos quais nem mesmo a arquitetura constitucional deles consegue escapar. É como se o passado se transpusesse para o presente e futuro com a aura e a insígnia mitológica de Deuses, heróis, literatos, gênios, etc. É a máquina incessante do tempo, que produz, a cada novo ato, uma genética complexa da face contemporânea. O que dizer da influência do direito consuetudinário, que, a cada novo julgamento, escreve sua história jurídica ou a obra Shakesperiana para os fundamentos normativos ingleses? (Ost, 2007).

Sobejam exemplos a nortear a forma pela qual os desígnios regulamentares de uma nação são conformados:

Bill of Rights de 1689: [...] ‘como os antepassados o fizeram sempre em semelhante caso para assegurar seus antigos direitos e liberdades’; *Declaração de Independência dos Estados Unidos* (1776): [...] ‘Quando no curso dos acontecimentos humanos torna-se necessário, para um povo, dissolver os laços políticos que o ligaram a um outro...’; *Declaração dos direitos do homem e do cidadão* (1789): ‘Os representantes do povo francês, constituídos em Assembléia (*sic.*) nacional, considerando que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos governos...’ *Declaração universal dos direitos do homem* (1948): ‘Considerando que o desconhecimento e o desprezo dos direitos do homem conduziram a atos de barbárie que revoltam a consciência da humanidade...’ (Ost, 2007, p. 29-30).

Dallari (2011), ao explanar sobre as teorias naturalista e contratualista, expõe um contraponto entre ambas, que reside no fato de que a primeira adviria de uma necessidade do homem de viver em sociedade, auxiliando e sendo auxiliado, por meio da cooperação mútua entre iguais. A socialização é buscada e facilitada, no intuito de se aperfeiçoar e alcançar metas viabilizadas. Ao contrário, a tese contratualista tem seu sustentáculo em um suposto contrato, cujo acordo de vontades seria efetivado entre os homens. Seja como for, a vontade humana, em ambos os casos, é um consenso para a formação de sociedade, descartando-se a naturalidade do elã associativo.

A trama societária mostra-se de tal complexidade, que a força volitiva humana que as cria é a mesma que traz consigo toda a suscetibilidade aos símbolos, mitos e crenças daqueles que a compõem. Por isso, cidades que têm grande chance de se assemelharem ou de formarem um mesmo povoado, mais particularmente pela proximidade, podem formar duas sociedades completamente distintas. Era sensível a relevância de uma espécie de divisa entre as urbes, cada qual com uma religião que a distinguiu, além de moeda própria e singular. Até mesmo o casamento entre habitantes de cidades distintas era visto como um ato de indignidade, só aceitável a muito custo e cuja prole seria marcada pela pecha da ilegitimidade (Coulanges, 2004).

A representatividade do sistema judiciário e as interligações que se estabelecessem com seus jurisdicionados têm estreita convergência com a judicialização do cotidiano. Não se trata apenas de banalizar as causas daqueles que se veem diante dos conflitos, mas de observar o quão dependente ele pode se tornar da significatividade que empodera o Judiciário. Fatores que se perfilharam como pilstras constitutivas de determinada comunidade (sociais, políticos, culturais, familiares, etc.), e que emanam um forte potencial a gerar litígios em suas respectivas alçadas, são atraídos pelo simbolismo magnético da solução definitiva ao problema e que, alardeada pelo senso comum neófito, só poderá ser encontrada na via judicial (Cavalcante, 2016).

Há, na função jurisdicional praticada pelo Judiciário, a marca tatuada do exercício da justiça. A autoridade chancelada ao magistrado, decorrente de poder outrora divino, detém a chave que descerrará, de forma definitiva, a resolução do conflito.

Tudo em torno colabora para que a atribuição concedida ao juiz de Direito seja rodeada dessa certeza do bom, eficaz e definitivo julgamento, desde a sala de audiências, em que a distribuição de mesas e cadeiras obedece a patamares diferenciados – as mais elevadas, reservadas aos juízes e promotores – demonstrando àqueles que ingressam nesse ambiente, em um primeiro momento, que as autoridades distinguidas pelo degrau mais notável estejam devidamente credenciadas a dizer o direito. O componente adversarial também é facilmente visível pela oposição das bancadas dos litigantes. A balança, símbolo da igualdade perante a lei, a deusa da Justiça, personificada por Thêmis, aliados às vestes, salas e encenações são elementos subliminares a reforçar o caráter simbólico que envolve o Judiciário.

Além do mais, desde o aporte do cidadão ao fórum, já se faz perceber, ante a suntuosidade do átrio, a mística que faz com que se incuta na mentalidade de todos que se servem dos trabalhos ali desenvolvidos, a relação marcada por um critério de submissão, aos servidores, às regras, à ritualística, mesmo que não se saiba verdadeiramente o porquê, mas em cujo resultado se confie como em um sopro divino.

O que se quer sustentar ao perseguir em contos mitológicos uma explicação plausível para que o término da litigiosidade seja característica exclusiva de um só organismo é que essa influência não é simples resultado de uma produção legislativa que favorece a convergência de conflitos ao Poder Judiciário. A própria nomenclatura dada a uma das tríades funcionais do Estado já teria capacidade suficiente a conduzir a um raciocínio monopolista da ideia de acessar e fazer justiça.

É também ilação dos primórdios de nossa existência, em que o cerne mitológico se produz pela literatura, substância motriz da ordem jurídica, das engrenagens políticas, da engenharia jurídica como um todo, que nem mesmo a melhor das tragédias gregas seria capaz de reproduzir com exatidão. De outro prisma, a literatura é dotada de aptidão sem igual, com valentes catalisadoras a desencadear a modificação da realidade ou a construção do novo imaginário codificado pelo direito. Em aparente contrassenso, a literatura é responsável pela ordem, mas também pela desordem, ao passo que desfaz certezas, implode obstáculos e desencadeia utopias criadoras de novos mitos e crenças (Ost, 2007).

Desde o início do universo, a composição ordem/desordem ou desordem/ordem permeia as primeiras criações. O próprio planeta em que vivemos passou por diversos ciclos, mas foi a partir da catástrofe que ordem e desordem

passam a existir quase que concomitantemente. Para que se busque uma nova identidade para a Administração Pública, é preciso que se erijam contraposições ao desenho majoritário existente, que privilegia o aparato protetivo da Administração, em detrimento de projetos que desafiam a lógica principiológica vigente. As premissas ora estabelecidas permitem inferir que o alcance do objetivo de qualquer programa com pretensões, que possam, de forma efetiva e realista, obter sucesso em alavancar um nicho altamente deficitário em qualquer unidade administrativa, por menor que seja, depende de um processo de reconstrução da ideia mítica do poder de julgar. A arbitragem possui potencial para alcançar esse desiderato e suas bases têm se destacado na área privada, mas é premente que se revisem determinadas condutas que, historicamente, constituem-se em barreiras que exacerbam a função para a qual foram instituídas e que se mantêm como sustentáculo da convergência processual ao Poder Judiciário. Questões como duração razoável do processo, previsão orçamentária calcada em eixos mais concretos, o tratamento adequado do cidadão e o diálogo como fonte propulsora de significativas venturas nas mais diversas áreas públicas são vantagens que poderiam ser auferidas em prol do acesso à justiça externamente aos fóruns judiciais. Essa reflexão desvela um caminho factível, de desconstrução de uma ordem imaginada, que tem por supedâneo a desordem como fonte criadora de um horizonte promissor, sem as amarras de uma natureza que conspira em favor da contenção de qualquer iniciativa que influa na tônica ultrapassada de que a Administração Pública é obrigada a recorrer de sentenças adversas, seja sob o pretexto que for. A desordem aqui propugnada deve alimentar o desenvolvimento de fenômenos organizados, vez que em toda desordem existe também uma ordem. A desordem não se perfectibiliza como uma entidade em si, mas em processos energéticos, interacionais, transformadores ou dispersivos, que estão em ação em toda parte, não podendo ser considerada como mera dispersão, conforme segue:

Com efeito, a cosmogénese mostra-nos que a desordem não é apenas dispersão, espuma, baba e poeira do mundo em gestação, é também carpinteira. O universo não se construiu apenas apesar da desordem, construiu-se também na e pela desordem, isto é, na e pela catástrofe original e as rupturas que se seguiram, no e pelo desenvolvimento desordenado de calor, nas e pelas turbulências, nas e pelas desigualdades de processos que comandaram toda a materialização, toda a diversificação e toda a organização (Morin, 1977, p. 75).

No cenário brasileiro, há uma preocupação derivada do mesmo objeto de proteção constitucional, que, apesar de constituir-se em um marco histórico na preservação e geração de novos direitos e revigorar o processo democrático, converge para uma judicialização das relações sociais, face à cultura litigiosa, facilitada pela indução de universalidade da jurisdição. No caso, a inafastabilidade do Judiciário mediante pretensa lesão ou ameaça à direito faz crer, ou pelo menos leva o cidadão a crer que, ao menor desentendimento ou rusga, cabe a ameaça de condução aos átrios dos tribunais, performatizada pelo processo e personalizada na figura do magistrado (Ivo; Torres, 2021).

Transpondo-se toda a gama de litígios ao Judiciário e considerando-se que os vínculos advindos de uma sociedade, cada vez mais impregnada de complexidade, crescem de forma inversamente proporcional à absorção da conflituosidade, constata-se o que Spengler (2011, p. 10) denominou como “crise da jurisdição”. Na verdade, a crise se estenderia ao Estado, porquanto responsável pelo sistema judicial, sobre o qual pretensamente se estende a justiça brasileira e que possui uma espécie de monopólio jurisdicional, cujo poder de coerção acaba por intimidar formas outras de solução de conflitos que não sejam instituídas com a chancela estatal. Por conseguinte, a crise da jurisdição estaria atrelada à crise do Estado, consumido pela perda constante e gradativa de sua soberania e em dar resposta céleres às demandas atuais.

Com efeito, perfeitamente cabível a inferição de que a cultura da solução do litígio por um terceiro, investido de autoridade que possa lhe outorgar a segurança de uma decisão definitiva, remete, inexoravelmente, ao patamar simbólico a que foi elevado o Judiciário. Mitos transportados da mitologia grega ou romana são transformados – mesmo que não atendam de forma fidedigna à imagem original, ou que sejam uma simbiose de várias figuras da história – para atrair as causas da justiça. Salas de audiência, átrios, brasões, a deusa da Justiça, sua balança, venda e espada, são como insígnias a identificar o arauto da sapiência jurídica ou do melhor direito. O fórum é a morada dessa quimera. Em cada comarca há a padronização do que se convencionou alcunhar de justiça brasileira. Nenhum *slogan* é tão impactante quanto a marca registrada do Poder Judiciário. É a delegação oriunda de uma das Esferas Tripartites de Poder, a endeusificação do ente responsável por trazer a relação com a lei (Ost, 2007).

Estreitando os argumentos para com o objeto da tese ora desenvolvida, a arbitragem, na qualidade de um dos formatos existentes para resolver o litígio, consiste em um meio que se propõe a lidar de forma jurisdicionalizada com a divergência. Em adequação ao anteriormente discorrido, o percurso utilizado para dirimir a contenda e o método escolhido identificam-se com a cultura onde irá se introduzir a nova sistemática. Dificilmente ela advirá da genialidade de especialistas e espertos da área, mas das instituições forjadas ao longo do tempo, cada qual ao seu estilo e que, embora inseridas na vida social, sofrem alterações provocadas pela cadência evolutiva dessa sociedade e das veredas legislativas por onde tráfegarão os direitos e garantias havidos sob essa conjuntura. Caso esse sistema se perfaça internamente coerente e tolerável à rede de significados criada por seus próprios habitantes, haverá receptividade do âmbito em que pretende se inserir (Chase, 2014).

Em outros termos, o que se quer dizer é que a idealização de projeto ou programa tendente a modificar a aparência do acesso à justiça, ao olhar da sociedade que irá recepcioná-lo, tem de se adaptar à convicção engendrada por seus precedentes históricos, fator que poderia conceder uma vantagem à arbitrabilidade dos conflitos societários, especialmente destes com o Estado, uma vez que, conforme se verá adiante, é a fórmula que mais se assemelha à tradicional e vetusta esquematização do Judiciário, baseada em torno de uma decisão efetivada por um terceiro.

Estudo efetuado por Spengler e Spengler (2018) evolui em discussão sob o terreno paradigmático da sociedade configurada a partir de determinados padrões. Apesar de ficar atrelado à questão cultural, paradigma se refere a um padrão, um modelo pré-estabelecido, baseado na noção de cultura, que encerra práticas comuns à parcela específica de pessoas. Veja-se que a formação da sociedade é o ponto de partida para tecer o véu cultural, o qual servirá para seu substrato e definirá os moldes constitutivos dos paradigmas existentes em seu bojo.

Um paradigma cria raízes em terreno que a cultura irriga, estando a ela associada. Destarte, a concepção paradigmática possui intrínseca relação com a cultura vigente em determinada época e local, bastando, para sua consideração como tal, que a passagem de tempo o sedimente na qualidade de arquétipo. Em referência ao ato de lavar as mãos, no intuito de manter a assepsia e precaver infecções, desde as mais severas até as mais leves, a medicina configurou um novo padrão por meio de uma cultura introduzida durante um longo período de tempo. Passou-se a aventar,

em meados do século 18, a *contrario sensu* do pensamento corrente da época, que a chamada febre puerperal seria severamente reduzida pela obrigatoriedade da higienização das mãos dos médicos encarregados pelos partos e de todos os demais que ingressassem no ambiente designado para o procedimento. Contrariar os conhecimentos consolidados naquele período significava uma quebra de paradigma, tanto é verdade que o médico responsável por trazer à lume uma contrariedade a um pensamento pacificado, contraposto por um novo discurso, e, principalmente, a oposição a uma ordem estabelecida, faleceu em um sanatório, sem ver o reconhecimento de suas teorias alguns anos mais tarde (Spengler; Spengler, 2018).

No Direito, é cabível uma analogia à proposição trazida por Ignaz Semmelweis (Spengler; Spengler, 2018), pois a cultura da resolução de lides perante o Judiciário, construída através dos anos no cenário brasileiro, consolidou verdadeiro paradigma à introdução de métodos alternativos que dispunham de formas mais adequadas de tratar adversidades, nem sempre satisfeitas na metodologia ou no tempo da ação judicial.

Da mesma forma, é imprescindível aos resultados do trabalho em curso e à perspectiva de se debruçar na implantação de um sistema arbitral na Administração Pública ultrapassar o modelo pensado a partir de um histórico muito mais intrincado que o do Poder Judiciário de forma isolada. Sem embargo do que se pautará mais adiante, em um tópico destinado exclusivamente aos obstáculos e antinomias jurídicas a serem removidas no setor público, em primeiro plano, é indispensável a descaracterização da unicidade jurisdicional do Judiciário, mais especificamente ao falar-se de arbitragem, instrumento a ser tratado de forma mais amiúde no capítulo posterior e que pautará decisivamente o objetivo central da tese.

Explicita-se que a eleição da arbitragem não desvaloriza em nada as demais formas de pacificação e/ou resolução de divergências, muito ao contrário. O critério eleito detém-se no fato de que a cultura adversarial há que vencer, além das convicções que ela própria estabelece, a convergência da desavença a uma única porta. Essa condição facilita a penetração de métodos que tenham por mote uma decisão efetivada por um terceiro, mas com uma diferença fundamental que se cristaliza na relação de confiança que as partes, ao elegerem o árbitro, depositam em sua pessoa.

Em adendo, pode-se inferir que:

É possível concluir que a legislação brasileira confere ao laudo arbitral o status de decisão judicial demonstrando a natureza jurisdicional da arbitragem [...]. Uma característica extremamente importante do Terceiro árbitro é a imparcialidade uma vez que essa é condição fundamental para um julgamento justo [...]. Os litigantes escolhem o(s) Terceiro(s) árbitro(s), em função do princípio da autonomia de vontade. Para fazer tal escolha é importante a análise da carreira profissional, das atividades desempenhadas e das habilidades dos árbitros. Porém, nem sempre a análise dessas características é suficiente uma vez que, não obstante a capacidade do Terceiro árbitro, ele deve ganhar (e conservar!!!) a confiança dos envolvidos no conflito (Spengler, 2018, p. 115-116).

Deflagrar essa agitação no meio jurídico e social, por intermédio de um sistema que se assemelhe ao Judiciário, sem muitos dos entraves característicos da contemporaneidade e da pouca criatividade na solução dos problemas que afligem a resolução de pendências relativas à direitos que se avolumam a cada passo da humanidade, em direção a um mundo mais próximo do que se tem por justo, é essencial. A ascensão dos meios alternativos de solução de conflitos irrompe em razão e pela emergência da abertura de novos portais que permitam a opção do cidadão à chave que mais se adequará a sua lide, ou que, pelo menos, se perfaça o exercício pleno da autonomia da vontade (Chase, 2014).

O aspecto volitivo, associado a um trâmite que permita uma aproximação das técnicas executadas pelo Judiciário, seria a alquimia perfeita a alvoroçar o universo jurídico, trazendo uma agitação a um sistema linear de justiça. A união de tais características converge para a arbitragem. É nela que em vários momentos se detecta a presença da autonomia da vontade, uma condição *sine qua non* para a existência e sobrevivência do instituto e que se manifesta desde a eleição do árbitro até a escolha das normas a serem seguidas no decorrer do procedimento (Gehlen; Spengler; Spengler Neto, 2021).

O deslocamento das ações judiciais em que a Administração Pública esteja envolvida seria o início de uma oxigenação na busca de uma reforma mais efetiva no sistema jurisdicional, em iniciativa estatal a cancelar um acesso à justiça multifacetado, cujo único mito consista em libertar o pensamento escravizado por uma ordem criptografada pela unicidade, ao contrário da sociedade em que esse dogma insiste em se manter, baseada na pluralidade de elementos, crenças, ideologias, ou seja, dissonante do modelo unitário de justiça.

Uma nova mística, constituinte de novos paradigmas, capacita-se a nascer pelas mãos do Estado. Não sob a pecha do monopólio, mas com a virtude de dar vazão ao crescente número de causas em que a Administração Pública figure em um

dos polos. A par de uma crítica voltada à geração de soluções alternativas de conflitos pelo Judiciário, o incentivo por seu intermédio significa não somente um impulso valoroso em prol de uma simbologia que possa trilhar outros caminhos para resolver divergências, mas uma política pública que desloque o centro de atenção para outro Poder. Desta feita, o Executivo teria o condão de estabelecer outros centros de atenção aos conflitos, sejam eles públicos ou particulares, pessoas físicas ou jurídicas, associações, instituições, escritórios ou agências, todos poderiam se engajar na árdua tarefa de garantir o direito fundamental de acesso à justiça.

3.3 A subutilização do sistema multiportas e os principais entraves na primazia do Poder Judiciário na execução de meios alternativos de resolução de litígios

No decorrer dos tempos, as transformações sociais deflagraram o surgimento de novos direitos, tidos por fundamentais, cuja maturação e sedimentação são uma conquista, que, por mais absurdo que possa parecer aos olhos do mundo ocidental moderno, é recente e tomam um patamar de destaque nas discussões jurídicas em torno de sua defesa e efetivação, fazendo com que o aparato destinado à garantia e defesa desses mesmos direitos evolua proporcionalmente e em constante conexão com os conflitos oriundos das discussões que, porventura, advenham de seu exercício (Wolkmer, 2013).

Defluem desse pensamento, institutos jurídicos de destaque constitucional e de relevância singular no ordenamento brasileiro, responsáveis pelo resguardo dos direitos difusos e coletivos, como a ação popular⁴⁸, a ação civil pública⁴⁹, o mandado

⁴⁸ A ação popular possui destaque no artigo 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal que a define da seguinte forma: “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência” (Brasil, 1988).

⁴⁹ O objeto da ação civil pública consiste na responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados a direitos coletivos, cujo elenco encontra-se na Lei n. 7.437/85 e na Lei n. 7.913/89.

de segurança⁵⁰, o código do consumidor⁵¹ e os juizados especiais cíveis⁵² (Gehlen; Spengler; Spengler Neto, 2021).

Por conseguinte, em se tratando de direitos humanos fundamentais, consubstancia-se a indispensabilidade de um tripé basilar, composto pelo Estado – em representação ao ente detentor do poder –, do sujeito de direitos – perfectibilizado pelo indivíduo – e, inserindo-se no vértice desse arranjo, a Constituição da República, responsável pela positivação dessas prerrogativas. Daí a relevância da contextualização constitucional, em vista de que a ela cabe a organização do poder e o elenco dos direitos fundamentais, sob os quais se erigirá o Estado (Couto; Teixeira, 2013).

Em homenagem ao Documento Pátrio Maior, referende-se a inclusão do próprio acesso à justiça, na qualidade de direito fundamental, corroborando a garantia dos demais direitos, tornando-os impositivos frente àqueles que os profanassem (Roque, 2021), entretanto, ressalve-se a imensa dificuldade do Estado em estabelecer relações sociais que se desconectem da complexa teia interpessoal e rigidez de suas próprias normas (Spengler, 2011).

Convergente com essa perspectiva:

Não é surpreendente, portanto, que o direito ao acesso efetivo à justiça tenha ganhado particular atenção na medida em que as reformas do *welfare state* têm procurado armar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados e, mesmo, cidadãos. De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos fundamentais – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos (Cappelletti; Garth, 1988, p. 11-12).

A Constituição de 1988 estabelece como parâmetro de acesso à justiça a inafastabilidade do controle jurisdicional, compreendida como o dever da autoridade judiciária em analisar e sentenciar as causas a ele carreadas, impossibilitada a alegação de obscuridade ou lacuna na lei, no sentido de rechaçar a demanda. Importa

⁵⁰ Remédio constitucional, previsto nos incisos LXIX e LXX, do artigo 5º da Constituição Federal, destinado à proteção de “direito líquido e certo, não amparado por *‘habeas-corpus’* ou *‘habeas-data’*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público” (Brasil, 1988).

⁵¹ Cf. a Lei n. 8.078/90 (Brasil, 1990).

⁵² Cf. a Lei n. 9.099/95 (Brasil, 1995b).

salientar que a ênfase do texto constitucional ao Poder Judiciário impede uma reflexão mais ampla da obtenção da justiça e cerceia o entendimento de que a verdadeira justiça está presente não só no sistema jurisdicional estatal. Este é apenas um dos caminhos traçados pelo Direito, que pode encontrar guarida no campo extrajudicial. Em alguns momentos, a própria jurisdição estatal se vê impotente em efetivar o acesso à justiça, ilustrado pela prescrição do direito de ação, que inviabiliza ao cidadão o ingresso ao judiciário. Entretanto, o bem da vida a que se pretende resguardar, mantém-se intocado, mas inacessível frente à inexistência de meios jurisdicionais estatais disponíveis à satisfação de seu direito (Oliveira Neto, 2016).

Diante de todas as razões já expostas e considerando a crescente judicialização da vida proporcionada pela simples relação entre os seres em sociedade e considerando, também, que as novas relações sociais e a globalização aceleraram o advento de novos e complexos direitos, os quais demandam ainda mais atenção dos órgãos competentes, é que, de acordo com o já exposto, mais especialmente no que concerne ao Judiciário, há notórios esforços para alavancar procedimentos mais céleres e que tenham por mote absorver o número crescente de demandas. Também é fato que toda resposta do Judiciário corresponde a um aumento do número de processos judiciais⁵³, causando uma morosidade na prestação jurisdicional, o que afeta a credibilidade da instituição.

O que parece ter ocorrido é que, em algum momento da história brasileira, a lógica para o tratamento adequado de conflitos se inverteu. Diga-se isso pelo fato de que os precedentes colonizatórios do Brasil convergiram para um cenário de pluralismo cultural, que impregnou o plano jurídico, seja pelos postulados do Direito português a calcar a normativa brasileira, seja pelo acréscimo advindo de outros povos, a exemplo dos primeiros habitantes do solo tupiniquim, os indígenas, cuja

⁵³ As repostas do Judiciário a que se faz referência têm em vista o aumento de sua estrutura na tentativa de não só dar vazão aos processos sob sua guarda, mas, também, de ampliação do acesso à justiça e absorção das causas que envolvam novos direitos. Nesse sentido, o relatório *Justiça em Números* atesta que, apesar do crescimento do número de processos baixados e julgados, na mesma marcha, evoluíram os casos novos e o estoque processual, conforme afirmado: “O acesso à justiça aumentou em 2022 e registrou 2,9 milhões de casos novos a mais do que em 2021, o maior pico de demanda judicial de toda a série histórica compreendida entre os anos de 2009 a 2022, o que pode denotar o ingresso de ações represadas nos anos de 2020 e 2021 em razão da pandemia. Foram 31,5 milhões processos judiciais ingressados durante o ano. O número de processos baixados também cresceu, em 3 milhões (10%), e o número de casos julgados em 2,9 milhões (10,9%). Ainda assim, o estoque processual cresceu em 1,8 milhão de processos, finalizando o ano de 2022 com o maior número de processos em tramitação da série histórica. São ao todo 81,4 milhões processos em tramitação” (CNJ, 2022, p. 299).

importante colaboração na construção cultural não fora repisada na imposição de leis, mas somente na qualidade de objeto jurídico que deveria e deve gozar de proteção. Em situação semelhante, os negros, ao aportarem no Brasil sob a condição de escravos, não obtiveram a força necessária para concorrer com os portugueses na construção do direito brasileiro em vista da condição servil a que eram expostos (Spengler, 2017).

É sob a escala de valores culturais que se formam as regras societárias. As jurídicas não escapam a essa tônica. Na conjuntura brasileira, predominaram, em razão da força de império e de gestão da coroa portuguesa, as valias normativas do velho mundo, esvaindo-se a multiplicidade cultural que poderia impregnar um formato específico de se acessar e fazer justiça, indo ao encontro do que propugna Chase (2014, p. 68), no sentido de que “precisamos de um meio capaz de pacificar os litígios e satisfazer as necessidades e expectativas de nossa cultura”.

Em adendo à perseguição de uma explicação plausível ao caminho trilhado para a construção do sistema jurídico, até a conformação que hodiernamente vislumbramos e, especialmente, em que medida a expurgação das raízes originária da terra *brasilis* podem ter afastado métodos de solução de conflitos divergentes da jurisdição estatal performatizada pelo Judiciário, Chase (2014, p. 68-69) ainda complementa que o ser humano cria e amplifica profecias em que todos podem crer “mas, ironicamente, esta crença é parcialmente dependente da negação de suas qualidades oraculares. Nossa devoção à racionalidade faz dessa negação um preço necessário para a legitimação de nossos meios de solução de litígios”.

Com o passar dos anos, o condicionamento à resolução de conflitos pelo Judiciário só se elevou de patamar, graças a uma transformação da democracia, em que o juiz exerce um papel de destaque ante à inércia de um Estado que não fazia jus ao papel de concretizador das demandas políticas do cidadão. O ativismo judicial codificou os anseios da sociedade e, mesmo às avessas do que propugna a divisão de competências entre os Poderes, veio a calhar com o esperado pelo imaginário jurídico relativo ao magistrado, apesar desse movimento expressar apenas uma de suas tonalidades, que se mostra bem mais complexo e profundo (Garapon, 2001).

O universo alternativo de formatos de solução de divergências surge na qualidade de adequação aos mais diversos tipos de conflitos, que nem sempre encontram na decisão proveniente do magistrado, baseada na carga compulsória do ordenamento jurídico, a satisfação plena de seus interesses, pois não são raros os

casos em que uma composição diversa do ambiente forense, fulcrada na autonomia da vontade das partes, obtém resultados muito mais positivos para ambas as partes, do que o embate judicial, transformando o choque calcado na aversão em um momento de reflexão acerca da maneira mais equânime de atender ao interesse dos envolvidos.

Em uma avaliação mais romantizada da questão, pode-se afirmar:

El trascurso vital es una permanente elección de caminos con paradas temporales, las encrucijadas, donde miran los comienzos y se miden las consecuencias, más o menos previsibles de cada elección. Ninguna elección garantiza el acierto, entretanto existen las estrategias inicialmente más adecuadas⁵⁴ (Warat, 2000, p. 6).

Parte-se dessa avaliação para uma interpretação mais radical do conflito, que consiste em sobrepujar a alegação proveniente do outro, pouco importando se os argumentos expendidos se configuram como plausíveis ao deslinde da disputa. Faz-se, portanto, do conflito, uma rele oposição de concepções e interesses individuais, em cuja confrontação se encerra em um procedimento contencioso em que os dois polos da relação conflitiva visualizam o lado contrário como um inimigo a ser abatido inapelavelmente (Spengler, 2018).

Ademais, a busca pela efetividade formal presente no processo judicial resolve parcialmente o conflito que, embora tenha obtido uma solução para o bem da vida que se alçou à condição de querela jurídica, mantém latentes as rugas que se formaram anteriormente ao litígio e que podem ter sido potencializadas no decorrer da disputa. Isso impende afirmar que nem sempre as relações interpessoais são vislumbradas como objeto de tratamento pelo juiz. Este é treinado para adequar o fato à norma e todo entorno que não possua um delineamento capaz de ser tratado de forma objetiva pela letra fria da lei é desconsiderado, como se existisse um filtro negativo a separar o que é jurisdicionalizável dentro do contexto fático (Dzielinski; Spengler; Wrasse, 2021).

Quando se converge para a solução de conflitos com contornos diversos do procedimento judicial, é preciso destacar que existem métodos voltados para conciliação de interesses, adoção de medida que determinará quem tem mais poder,

⁵⁴ O percurso da vida é uma escolha permanente de caminhos com paradas temporárias, as encruzilhadas, onde se olham os começos e se medem as consequências mais ou menos previsíveis de cada escolha. Nenhuma escolha garante o sucesso, porém, inicialmente existem as estratégias mais adequadas (Warat, 2000, p. 6, tradução nossa).

ou, assemelhando-se aos critérios adotados pelo Poder Judiciário, optando pela submissão do conflito a um terceiro, que indicará aquele que detém razão. Independentemente da escolha pela conciliação, mediação ou arbitragem, as *Alternative Dispute Resolution*⁵⁵ (ADR), em sua essência, não se consubstanciam em alternativa à resolução do litígio, mas em verdadeira adequação ao que se pretende alcançar ao ocaso da controvérsia. Esse é o genuíno sentido da existência do sistema multiportas, em que para cada disputa haverá uma metodologia distinta a ampará-la (Cunha, 2020).

Em comprovação ao delineamento ímpar dos métodos alternativos, impende registrar que sua marca característica é a divisão em diversas frentes, de modo que a solução desejada pode ser alcançada pela via que se adapta mais adequadamente à situação fática, tratando o conflito como um todo, incluindo questões externas ao objeto litigioso, não se centrando apenas na juridicidade do problema, mas nos sentimentos que envolvem as partes, gerando efeitos positivos à resolução definitiva da questão, pautando e prevenindo futuras rugas ante a pacificação das partes.

Por essas razões é que há uma subdivisão fundamentada em princípios voltados para a autocomposição e para a heterocomposição. Ter em mente os atributos que pautam uma e outra é primordial à escolha da porta que conduzirá da melhor forma a angústia pessoal e patrimonial das partes. De maneira concisa, na autocomposição, as partes são os atores principais na busca da resolução de seus problemas. Diametralmente oposta a esse raciocínio está a heterocomposição, em que há a intervenção de um terceiro no intuito de auxiliar a resolver a disputa (Dornelles; Wrasse, 2015).

O objetivo da autocomposição poderá ser a pacificação do litígio ou a busca de sua solução de forma consensual, por intermédio do auxílio de um terceiro que se posta de forma imparcial à demanda, agindo como facilitador (Oliveira Neto, 2016). Dentro desse contexto, permite-se destacar ao menos três vias autocompositivas: a

⁵⁵ Resolução alternativa de disputa (tradução nossa).

negociação⁵⁶, a conciliação⁵⁷ e a mediação⁵⁸. Todas elas possuem características próprias que diferenciam umas das outras, mas que as assemelham nas técnicas utilizadas, que podem ir desde a pacificação das relações até a extinção da demanda. Consideram-se baseadas em um consenso, no qual não há perdedores e, por esse motivo, estabelecidas em padrões identificados como ganha/ganha.

Já na heterocomposição ressaltam-se técnicas como a arbitragem e a própria jurisdição⁵⁹. Apesar de ambas trabalharem sob a mesma conjuntura, a autonomia a elas atribuída é menor ao compará-las com as formas autocompositivas, uma vez que há uma imposição proveniente do árbitro ou do juiz de Direito, em que não há um consenso entre as partes, pelo menos de forma explícita, que faça com que ambos concluam pela forma mais adequada ou pertinente aos seus interesses. Aqui a relação é estabelecida com o responsável pela decisão e o compromisso deste é para com a interpretação da lei ou pelas regras de equidade apontadas pelos contendores.

No afã de encontrar um caminho à fluência da carga processual sob sua tutela, o Judiciário restou por legitimar os métodos componentes do sistema multiportas, introduzindo-os no mesmo espaço, mas apartados do conjunto decisório afeto ao magistrado. Desfazem-se, por esse motivo, as amarras processuais inerentes ao formato estabelecido para o exercício da função judicial; por outro lado, ela mesma atrai para si a obrigação de criar meios receptivos à tal iniciativa, ou seja, é necessário

⁵⁶ De acordo com o destacado por Eidt (2017, p. 88-89), “negociação é o procedimento mais coerente e natural para o tratamento de conflitos e que consiste na conversa direta entre os envolvidos, a fim de se chegar mais próximo de um denominador comum. Consoante será tratado adiante neste trabalho, trata-se de método que vem sendo empregado para a realização de acordos em ações coletivas (termos de ajustamento de conduta) e, além disso, com grande potencial para resolver conflitos que envolvem os entes públicos por meio da atuação dos Advogados Públicos”.

⁵⁷ A conciliação consiste em auxílio, facilitação ou mesmo incentivo, realizado por um terceiro denominado conciliador ou juiz, a que as partes cheguem voluntariamente a um acordo, mediante concessões mútuas. Difere-se mais especialmente da mediação pelo fato de que o terceiro intervém no procedimento, podendo, inclusive, sugerir propostas para fins de dirigir a discussão, ao contrário, na mediação, o terceiro, imparcial, atua de forma ativa ou passiva, como facilitador do processo de retomada do diálogo entre as partes, antes ou depois de instaurado o conflito; O mediador não tem papel ativo na proposição de acordos, nem na orientação das partes quanto ao conflito, sendo que o objetivo não é o acordo, mas a restauração de laços rompidos (Spengler, 2019).

⁵⁸ Spengler (2016, p. 20) esclarece que “a palavra *mediação* evoca o significado de centro, de meio, de equilíbrio, compondo a ideia de um terceiro elemento que se encontra entre os conflitantes, não sobre, mas entre eles. Por isso, a mediação é vista como um processo em virtude do qual um terceiro (o mediador) ajuda os participantes de uma situação conflitiva a tratá-la, o que se expressa em uma solução aceitável e estruturada de maneira que permita ser possível a continuidade das relações entre as pessoas envolvidas no conflito”.

⁵⁹ Cabível o esclarecimento de que, apesar da arbitragem também possuir natureza jurisdicional, como se verá em capítulo apropriado, a jurisdição de que se trata é a ofertada pelo Estado, por intermédio do Poder Judiciário. Sobre o assunto, *cf.* Scavone Júnior (2020, p.3), Ferreira; Oliveira; Schmidt (2021, p. 23) e Spengler (2018, p. 114-115).

um resguardo estrutural capaz de absorver toda essa gama de novos serviços aderentes às varas cíveis e penais (Griebler; Serrer, 2020).

Entretanto, é patente a verificação de que se mantém uma maior convergência à jurisdição estatal e toda pretensa segurança jurídica que a simbologia fez concretizar no decorrer dos tempos, particularmente como baluarte aos direitos fundamentais e humanos. Isso praticamente consagrou a concepção de que juízo, poder e garantia de direitos andam de mãos dadas e, por esse motivo, a resolução definitiva do conflito deve passar por essa via (Damasceno; Macedo, 2018).

Atualmente, o debate em torno da convergência para métodos alternativos de se buscar a justiça tem se acirrado em razão da realidade judiciária, em que o eminente colapso causado pelo congestionamento processual faz refletir sobre a pulverização do sistema multiportas para além dos átrios forenses, antes que haja o comprometimento da própria prestação jurisdicional (Ferreira; Motta, 2020).

A proposta do trabalho em desenvolvimento arrima-se na força evolutiva das *Alternative Dispute Resolution*, conceito criado por Frank Sander. Essa técnica, experimentada nas cortes americanas no proêmio dos anos 80, previa uma sistemática voltada para a resolução de conflitos e era composta por uma diversidade de portas – incluindo conciliação, mediação, arbitragem e serviços sociais –. Cada divergência seria direcionada e tratada de acordo com sua própria especificidade, uma vez que seria encaminhada por terceiro e este auxiliaria na avaliação da porta que melhor represente o tratamento da relação antagonista. Assenta-se a tese na representatividade do Estado como ente indutor dos desígnios públicos e na arbitragem na qualidade de instituto com maior proximidade do caráter procedimental do Judiciário (Goldberg; Sander; Rogers, 1992).

Urge repensar a concepção de acesso à justiça como algo mais amplo, reconsiderando aspectos que são parte integrante da própria essência dos direitos humanos mais básicos do cidadão. Os procedimentos adotados para solução de litígios, outrora voltados mais essencialmente ao caráter individualista, presente nos séculos XVIII e XIX, têm correlação com as declarações de direitos emitidas nesse período. Não obstante, importa refletir sobre a concepção de efetividade que deve permear o tema. Perfaz-se premente avaliar qual o caminho a ser percorrido para alcançar uma aproximação mais adequada do que se pretende proclamar de acesso à justiça. Para tanto, considerar esse objetivo apenas de forma linear mostra-se insuficiente. A jurisdicionalização, por intermédio de um único ente, eclode como um

alerta à temerosa exclusão das demais esferas de poder, as quais podem funcionar como um agente potencializador de um sistema de múltiplas portas, cada uma delas viabilizando o alcance da justiça. Os obstáculos a serem transpostos não são poucos e nem ao menos frágeis, são procedimentos radicados desde a origem da justiça brasileira e que exigem a criação de vieses sistêmicos a nortear um horizonte voltado para o aparato judiciário (Cappelletti; Garth, 1988).

Atualmente, as reformas efetivadas na legislação brasileira, apesar de propositivas no sentido de aprofundar e disseminar o que se convencionou chamar de meios alternativos de solução de conflitos, aparentemente convergem para um formato auxiliar e/ou secundário do papel jurisdicional estatal exercido pelo Poder Judiciário, mesmo que o escopo das reclamações originárias das inclusões legislativas tenha advindo de protestos canalizados a morosidade do Poder Judiciário (Wolkart, 2020).

Economides (1999, p. 69-70), ao analisar a natureza, o papel e as responsabilidades dos principais formuladores de políticas no seio governamental e daqueles profissionais vinculados ao sistema jurídico e partícipes da estrutura de onde podem provir inovações que possam ampliar o acesso à justiça, manifesta-se de acordo com o seguinte:

Algumas questões preliminares podem ser produtivamente colocadas neste ponto: de quem é o 'acesso à justiça' de que estamos falando? Por que, governo e profissionais, deveriam se incomodar com nosso tema de 'acesso à justiça'? Que consequências (*sic*) podem advir da falta de acesso? Uma resposta imediata a estas perguntas relaciona-se à necessidade de legitimação do governo e das profissões jurídicas, cuja credibilidade, quando não a própria sobrevivência, depende de que a retórica que cerca os direitos e os ideais profissionais seja, em certo ponto, materializada na prática. O acesso à justiça está, portanto, vinculado aos temas de cidadania e constitucionalismo, apoiando e reforçando o Estado de direito [...] a legitimidade política e a legitimidade profissional estariam em jogo se houvesse uma persistente e generalizada negação de acesso a serviços jurídicos, sejam os fornecidos pelo Estado, sejam os prestados por profissionais privados.

É em vista dessa oportunidade que se salienta a teoria a respeito de uma quarta onda – em complementação às três ondas de acesso à justiça propugnadas por Cappelletti e Garth (1988) –, em que as instituições de ensino superior, mais detidamente por meio dos cursos que militam no ensino jurídico, teriam papel essencial na propagação de métodos diversificados de solução de conflitos. Nada mais salutar do que a prática nos bancos escolares para que a difusão de novas

metodologias obtenha não só o conhecimento, mas a aceitação que se deseja alcançar. Relaciona-se imediatamente a isso e de uma forma ainda mais pungente, o acesso dos Operadores do Direito a esses novos moldes da justiça. Educar e habilitar profissionais, a fim de estabelecer um padrão divergente do tradicionalismo que envolve a jurisdição estatal, importa em soltar-se das amarras comportamentais bélicas, que parecem ser decorrência quase que inarredável da boa atuação jurídica e que com esta funde-se, como um pré-requisito da grade curricular e da militância do patrocínio jurídico (Costa; Orsini, 2016).

Um novo sistema de justiça se avizinha, influenciado pelos parâmetros sociais persistentes em inovações e mutações constantes, que convergem imediatamente com as necessidades de uma sociedade consciente da desigualdade social e cujo senso democrático a empurra ao encontro de mecanismos viáveis a garantir os direitos que defluem das exigências complexas que esse contingente populacional persegue. Em linha com o que se expôs anteriormente, a mudança paradigmática impõe que a técnica democrática supere a técnica burocrática e rompa com a dogmática jurídica instalada no ensino jurídico. É preciso fomentar uma transformação das faculdades de Direito para além de seus aforismos e a dialética encarcerada em uma única forma de poder e de conhecimento. O Direito não se encerra em si mesmo, nem pode se postar indiferentemente às questões externas, mormente as vivenciadas pela sociedade. É preciso investir em uma tríplice aliança, formada pelo ensino, pesquisa e extensão adequados à conjuntura de cada sociedade (Souza, 2021).

Nessa mesma toada, Stangherlin (2021, p. 264), discorre:

Um cenário de formação que objetiva a construção de um perfil profissional dinâmico e correlato às premências da sociedade da qual é parte, entende-se, não é algo prontamente ajustável. Requer mudanças graduais a serem inseridas nos currículos e efetivadas por profissionais comprometidos com o ensino qualitativo, razão pela qual, a previsão de componentes que fogem dos padrões segmentados – que alocam o ensino em nichos incomunicáveis – gera expectativas positivas, tendentes a caminhar rumo ao ensino jurídico mais completo, humano e adequado ao contexto atual.

O que se convencionou chamar de quarta onda⁶⁰ do acesso à justiça, calcada em uma justiça dita transnacional, deve ter a educação jurídica por estandarte

⁶⁰ Menção necessária à evolução das ondas de acesso à justiça que, mesmo não refletindo diretamente no objetivo da tese, merecem uma breve conceituação em razão de sua relevância para com a evolução da teoria engendrada por Cappelletti e Garth (1988). Sob esse mote, a quinta onda refere-se ao processo de internacionalização da proteção dos direitos humanos, convergindo para a preservação

precípua, uma vez que se propõe à "harmonização dos sistemas jurídicos internacionais, convergindo as legislações para obterem valores semelhantes fundamentais, para que se possa efetivar o acesso à justiça em âmbito internacional" (Bernardes; Carneiro; Moschen, 2020, p. 38).

Em assim se procedendo, aliam-se condições que, à espeque do tema discorrido, tornariam viáveis a implantação das deduções exaradas na tese ora desenvolvida. Mais detidamente, o impulsionamento de um sistema multiportas que tenha por agente indutor, por exemplo, o Poder Executivo, não se desprega da figura do Estado como promotor de iniciativa tendente ao acesso à justiça, mas, paulatinamente, o próprio Poder Público incentivará a dispersão a outros órgãos, associações e organizações, que serão igualmente responsáveis pelo papel dantes tido por exclusivo do Estado. Eis a oportunidade para uma política pública que congreue as instâncias de poder e a sociedade em prol da prestação da justiça e, principalmente, na abertura de vias persecutórias para tanto.

3.4 O saneamento da jurisdição estatal por intermédio da prestação de um serviço público de acesso à justiça

Na verdade, além de se repensar a função judicial, é premente que a atividade administrativa desenvolvida pelo Estado ofereça soluções tendentes a mitigar o papel exclusivo do Judiciário como única via de confluência à justiça.

Nesse mesmo diapasão, pode-se afirmar que:

[...] a função judicial precisa ser urgentemente repensada, reciclada e contextualizada, colocando-se em pauta prioritária a reavaliação dessa função estatal, que então deixaria de operar como uma oferta primária (como o induz uma leitura literal e apressada do art. 5º, XXXV, dita *garantia de acesso à justiça*), para já então ser compreendida como uma *cláusula de reserva*, a saber: uma oferta residual, para os casos que, ou não se afeiçoam à resolução pelos meios auto e heterocompositivos, em razão de singularidades da matéria ou das pessoas concernentes, ou, pela complexidade da crise jurídica, reclamam cognição judicial ampla e exauriente, inclusive as chamadas ações necessárias (Mancuso, 2020, p. 54).

desse direito fundamental em nível mundial, suplantando eventuais óbices impostos por mecanismos intra-estatais (Ottoboni; Nunes, 2023); por outro lado, a sexta onda projeta a garantia de acesso à justiça de forma igualitária, por intermédio da utilização de novas tecnologias, prospectando atos que outrora eram exclusivamente efetivados em meio físico em razão de sua realização em ambiente digital (Moreira; Santos, 2020); a sétima onda trata sobre a desigualdade de gênero e raça nos sistemas de justiça (Ottoboni; Nunes, 2023).

O alcance desse objetivo permite afirmar que se exige como pilar elementar uma força tarefa baseada na coordenação entre atores governamentais e não-governamentais, com prioridades e programas de ação perfeitamente definidos, a fim de produzir uma agenda governamental que congregue as prerrogativas da Administração e os direitos dos administrados, foco central do Direito Administrativo (Leal, 2006).

Todos sofremos os efeitos de uma má condução dos litígios existentes no setor público de forma direta ou indireta. Conforme se expôs, os órgãos públicos conduzem suas contendas ao Poder Judiciário como forma de obter uma chancela para a impactação positiva ou negativa de seu orçamento, pouco importando déficit ou superávit, pois se desfruta da segurança jurídica proporcionada pelo magistrado. Essa verdadeira banalização do controle⁶¹ dos atos administrativos consiste muito mais em escudo ao administrador do que propriamente em uma forma de vigiar as ações públicas.

Portanto, desde as contendas mais vultuosas, até aquelas que se caracterizam de menor expressão financeira, todas são carreadas ao Poder Judiciário. Isso, além de tornar a Administração Pública o litigante com o maior número de ações judiciais, assoberba ainda mais o Poder Judicante. Por essa razão, há necessidade de inovar uma estrutura que se mostra carente de iniciativas tendentes a resolver suas demandas, seja em razão de sua tradicional e vetusta índole organizacional, seja pelo fato de existirem barreiras a serem transpostas, que, por se constituírem em mecanismo de proteção do interesse público, como se verá em item próprio, influenciam de forma decisiva na implantação de um serviço público que possa servir de instrumento a uma virada da gestão pública.

As causas do verdadeiro esgotamento do Judiciário, cujos precedentes não se encontram muito distantes do tempo presente, podem ser estudadas com espeque nas mudanças da própria sociedade, conforme segue:

Porém, o Poder Judiciário já desenvolveu (e ainda desenvolve) diversas funções, desde a preservação da propriedade privada, o asseguramento dos direitos fundamentais, a garantia das liberdades públicas, até a proteção dos

⁶¹ Utiliza-se a expressão controle, porque o Executivo se abstém de lançar mão da autotutela, propondo aos seus próprios órgãos de controle e das assessorias existentes para assegurar a legitimidade de seus atos. Ao invés disso, e no intuito de se assegurar de eventuais responsabilizações, atribui ao Judiciário a tarefa de selar o destino das demandas administrativas de forma rotineira.

cidadãos contra os abusos estatais. No pós-guerra, em pleno Estado Social, foi instrumento de implementação dos direitos sociais através do reconhecimento de políticas públicas de propósitos compensatórios e distributivistas. Atualmente, vê a sua atividade comprometida e sem solução de continuidade diante de um novo e incerto cenário no qual o Estado perde a sua autonomia decisória, deixando de ser o posto central de poder do qual emanam comportamentos, escolhas e decisões. (Spengler, 2017, p. 108-109).

Todavia, a evolução do Estado Social não foi acompanhada por uma estrutura e/ou por mecanismos que pudessem resguardar o cidadão contra as violações de direitos decorrentes desse contexto contemporâneo. Em raros e episódicos momentos, verificava-se uma interseção entre público e privado, imaginando-se que, dificilmente, esse casamento poderia resultar em algo harmônico sob o ponto de vista da efetividade legislativa. Por consequência, não é aceitável que, por parte do Estado, haja somente uma única via disponível à oportunização da justiça, sem qualquer sincronia com as demandas e contradições da sociedade civil, estanque aos novos direitos e à modernização dos antigos, sujeitos aos percalços de projetos políticos cuja tonalidade ou corpo restam entregues ao alvitre de quem se encontra no comando dos postos mais altos do governo. Nem se pode alijar desse processo os canais potencialmente auxiliares, recônditos na iniciativa privada por conta do monopólio da justiça estatal (Leal, 2006).

O Direito Administrativo não pode mais protelar uma modernização imersa na árdua tarefa de elevar a construção da política pública a um nível de excelência, o que pressupõe o tratamento adequado das urgências e potencialidades do contingente populacional. Associado a essa tarefa, revisitar os mandamentos traçados para o molde estatal evitaria que o filtro dessas mesmas políticas públicas fosse deturpado, prejudicando o ingresso e/ou a efetividade de programas com relevante interesse público.

Atualmente, o processo administrativo é o elo que mais se aproxima da corrente defendida por intermédio da tese ora desenvolvida, pois serve à Administração Pública no sentido de “registro de seus atos, controle da conduta de seus agentes e solução de controvérsias dos administrados” (Meirelles, 2000, p. 628).

Diferentemente do processo judicial, é uma relação que se estabelece *inter partes*, ou seja, em um formato bilateral, no qual um dos lados é representado pelo administrado ou agente e o outro, a Administração Pública, que, apesar de decidir, não atua como terceiro visto a par da controvérsia, mas sim como parte que age em

interesse próprio e de acordo com os limites legais. Veja-se que, na relação estabelecida perante o Poder Judiciário, sempre há provocação de uma das partes – que se intitula autor –, que, em face a uma pretensão divergente à outra parte – denominada réu –, submete o conflito a uma terceira pessoa – o magistrado – que decidirá o litígio adequando a lei ao caso concreto, estabelecendo uma relação jurídica trilateral (Di Pietro, 2022).

Embora a Administração possua um aparato – constituído em uma peça essencial na resolução de uma série de contendas de sua alçada, ou, ao menos que envolvam uma de suas pessoas jurídicas de direito público, seja de que natureza for – não possui o condão de evitar que causas de maior complexidade, ou aquelas em que há um comprometimento financeiro, sejam encaminhadas ao Judiciário.

Como se vê, o motivo parece bem nítido, pois a confiança que se deposita no magistrado, quer pelo conhecimento jurídico que se perfaz em exigência primária ao exercício da profissão, quer pela imparcialidade daquele que recebe os postulantes em juízo, não é vislumbrada no formato processual administrativo. Este nasce juntamente com a disposição dos meios de controle da atividade pública, assim como, por exemplo, a fiscalização hierárquica, a supervisão ministerial, os recursos administrativos, representação, reclamação, pedido de reconsideração e recursos hierárquicos. Aliado a isso, a expressão fantasiosa “coisa julgada administrativa” não possui os efeitos relativos ao trânsito em julgado de uma sentença proveniente do Poder Judiciário, ou seja, não possui os efeitos da coisa julgada, servindo apenas e tão somente para determinar que em âmbito administrativo há uma preclusão de efeitos internos. Carece ao “ato jurisdicional administrativo” o “poder conclusivo da justiça comum” (Meirelles, 1987, p. 577).

É de se concluir, portanto, que, ao principiari determinada causa pela seara pública, via processo administrativo ou pelas demais formas de controle já citadas, deve-se, por prevenção, saber que, em razão de que qualquer decisão proveniente de tais atos, estes não possuem característica de definitividade, podendo ser avaliados pelo Poder Judiciário, respeitados, é claro, os prazos prescricionais referentes a cada matéria e à impossibilidade de interferência no mérito administrativo⁶².

⁶² O Poder Judiciário pode controlar e rever qualquer ato administrativo no que tange à legalidade, pouco importando se discricionário ou vinculado, desde que seja um controle de legalidade. O poder Judiciário pode rever qualquer ato administrativo no Brasil, desde que o controle seja de legalidade,

Além do mais, em agravante à condução indiscriminada de demandas ao Judiciário e vislumbrada a possibilidade de ir ainda mais adiante de uma mudança cultural ou praxe administrativa, é pertinente ressaltar que o Estado, especialmente na qualidade de sujeito passivo, esgota todas as instâncias judiciais possíveis para, somente após a derradeira sentença, conduzir o crédito ao cofre público e o débito a precatório.

A proposta destacada no tema central do presente trabalho objetiva a inserção de método heterocompositivo, a capitanear uma visão diferenciada acerca dos conflitos que envolvem a Administração Pública. Conforme se verá adiante, a arbitragem foi a escolhida para traduzir em termos práticos o enraizamento de suas bases, não como simples adaptação legislação privada, mas na qualidade de instrumento administrativo perfeitamente integrado ao regime jurídico administrativo, sem a necessidade de concessões ou interpretações tão complexas que representassem óbice à efetividade do instituto e cujo sistema representaria uma virada da gestão pública e uma era de saneamento da jurisdição estatal.

Entretanto, deve ser reservada a devida cautela a essa mudança paradigmática a ser encrustada no seio da Administração Pública, em que se privilegia uma pseudo segurança jurídica em detrimento da execução adequada dos instrumentos postos a sua disposição. A busca de seu verdadeiro e mais genuíno objetivo, o interesse público, não depende majoritariamente da configuração estabelecida para os órgãos públicos, mas da criação de uma nova via, capaz de estabelecer uma forma vanguardista de se lidar com os conflitos.

É exatamente nesse sentido que uma tese voltada para o tratamento dos conflitos da Administração Pública, sem a necessidade do encaminhamento ao Poder Judiciário, pode avançar e significar uma nova perspectiva, que impacta não somente na eficiência, agilidade e desburocratização da máquina estatal, mas favorece o fluxo arrecadatário de forma significativa.

Esse instrumento de economia processual, financeira e administrativa, que atende aos desígnios de um setor público voltado para o desenvolvimento de programas conectados às Políticas Públicas, tem previsão na Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, que dispõe sobre a arbitragem e cuja instituição tem como objetivo

não cabendo a ele a revisão do mérito administrativo, que é a liberdade (conveniência mais oportunidade) do ato administrativo (Marinela, 2014). Ainda sobre o assunto, cf. as súmulas 346 (Brasil, 1963) e 473 (Brasil, 1969b) do Supremo Tribunal Federal.

dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, com capítulo específico voltado para a utilização pela Administração Pública direta e indireta (Brasil, 1996a).

Pragmaticamente, a peça orçamentária somente será fictícia ou mera prospecção do administrador, ao ser trabalhada em longo prazo, porque, em espaços temporais mais exíguos, seria possível ter uma noção muito mais precisa do que se arrecadaria e do que se dispenderia com os litígios em que o órgão público fosse parte ativa ou passiva, pois, de acordo com o artigo 23, da Lei 9.307/96, o prazo para proferir a sentença da arbitragem deve ser estipulado pelas partes e, caso não haja estipulação nesse sentido, a apresentação de sentença será no prazo de seis meses. (Brasil, 1996a).

Portanto, como se vê, não é possível prever o resultado oriundo da sentença arbitral, mas esta teria prazo certo e determinado para ser emitida, diferentemente das sentenças a cargo dos Tribunais, que perduram para além de sua razoável duração, sem qualquer limite específico e com um acúmulo incessante de ações judiciais.

Coincidentemente e em consonância com o que já se externou no capítulo anterior, a Administração Pública irrompe como o principal litigante junto ao Poder judiciário, fato que fortalece o objetivo de uma tese voltada para uma nova forma de acesso à justiça, com bases solidificadas no princípio da autonomia da vontade.

Para tanto, na fundação dessa nova perspectiva, deve-se reconhecer que a viabilização de instituto que não nasce com a Administração ou em decorrência de seus poderes e possui postulados calcados em norma civilista deve postular pelo ingresso sob certas circunstâncias e diante dos requisitos dogmáticos do Direito Administrativo. Não se está a dizer que a legislação que introduz a arbitragem na esfera pública é inócua, ao contrário, representa um marco à inserção da heterocomposição em setor imprescindível, mas com índole privada e adaptada por intermédio de trivial ampliação do universo de aplicação.

A história da Administração Pública mostra que a colheita a esmo do que parece ser útil ao interesse público não se coaduna com a trajetória evolutiva de programas que obtiveram êxito em determinada ocasião e espaço. Por esses motivos, o tratamento a ser dispensado à inclusão de qualquer método que vise à expansão ou criação de nichos específicos no ordenamento administrativista não pode se esquivar aos filtros de controle que se impõem aos seus atos. E a melhor maneira de se conjugar tais fatores é via prospecção de política pública, visando à prestação de serviço de acesso à justiça.

Em adendo a esse processo criativo, percebe-se válida a advertência de Schmidt, J. (2018), ao inferir que a política é baseada em um sistema de perde-ganha, pois as respostas aos problemas não têm o condão de beneficiar indiscriminadamente a todos. Isso impende referir que apenas aqueles que estão inseridos no jogo político possuem maior influência e, por essa razão, seriam favorecidos com a tomada de decisão, reproduzindo um *status quo* dentro da comunidade. Nesse diapasão, há um impacto diferenciado na gama de setores sociais em que são mais prementes as chamadas políticas redistributivas calcadas na circulação de recursos, partindo das camadas financeiramente elevadas da sociedade, com destino traçado para aqueles grupos considerados hipossuficientes.

Desse modo, identifica-se a solução de um problema que afeta os três Poderes da República e a comunidade em geral, que surge em repúdio a um problema da realidade social, politicamente inaceitável, coadunando-se com o propugnado por Subirats (2008, p. 33):

Toda política pública apunta a la resolución de un problema público reconocido como tal en la agenda gubernamental. Representa pues la respuesta del sistema político-administrativo a una situación de la realidad social juzgada políticamente como inaceptable⁶³.

No caso em exposição, a delimitação do problema de tese apresentado passa pela proposta de criação de elementos para um modelo administrativo arbitral em âmbito municipal no Brasil, que possa servir como instrumento de emancipação da sociedade e trazer novas luzes a um combalido sistema prestacional de justiça. Para tanto, a recepção do instituto deve ser abraçada por estrutura pensada para esse fim, assim como o tratamento a ser dispensado tem de visar à potencialização das valências da política pública que pretende satisfazer o anseio social, a exemplo da definição analítica e dos elementos constitutivos de políticas públicas, essenciais à perfectibilização da arbitragem como apta a resolver um problema politicamente definido como coletivo.

Cabe ainda enfatizar questão relativa à habilitação e conhecimento técnico daqueles servidores responsáveis pelo arranjo administrativo, que permitirá a análise e o funcionamento adequado, com protocolos, procedimentos e organogramas bem

⁶³ Toda política pública visa à resolução de um problema público reconhecido como tal na agenda governamental. Representa, portanto, a resposta do sistema político-administrativo a uma situação da realidade social julgada politicamente como inaceitável (Subirats, 2008, p. 33, tradução nossa).

definidos, permitindo o fluxo contínuo do trabalho a ser desenvolvido e em cuja base se assentará um serviço público perfeitamente formatado aos ditames administrativos, esquivando-se de vários dos entraves⁶⁴ que poderiam desencadear sua ineficácia e tornando paradoxal e inócuo o autorizativo legal.

O passo inicial seria o cumprimento do ciclo de políticas públicas⁶⁵, essa seria uma espécie de garantia de ingresso mediante etapas reconhecidamente aptas a fortalecer o programa por elas pretendido, como se carimbo de aprovação fosse, permitindo uma análise *par i passo* da implantação de um novo modelo de boas práticas e de renovação da estrutura governamental, fazendo com que seus atores ajam mutuamente para a consecução dessa nova realidade.

Como se vê, aumentam as chances de sucesso ante a convergência com a conjuntura administrativa. Não que signifique uma blindagem a percalços que possam ocorrer durante a execução do que foi meticulosamente planejado. O que se pode assegurar é que o rito de passagem foi seguido à risca e se conectou com os valores mais caros à Administração Pública e, indispensável repisar, não é uma prospecção oriunda de regra cuja engenharia deriva de pilares cívicos, que, por mais que se desfaçam as amarras relativas à dicotomia entre público e privado, prevalecem os sustentáculos de cada disciplina e o entendimento de cada uma delas sobre o processo construtivo de suas próprias regras.

Em adequação à sintonia entre o conjunto administrativo e a política pública a ser recepcionada, depreende-se:

Los actores de las políticas públicas desarrollan un lenguaje específico del sector en que se desarrollan, apoyándose en nociones técnicas propias de ese ámbito. Las personas involucradas en una política pública deben, por tanto, poseer calificaciones profesionales (cada vez más) especializadas. La gestión de recursos humanos del sector público toma cada vez más en cuenta esa necesidad poniendo en marcha programas de formación introductoria y continua en lo que concierne a los conocimientos técnicos⁶⁶ (Subirats, 2008, p. 73).

⁶⁴ Restringe-se apenas à menção dos entraves relativos ao ingresso do instituto da arbitragem na Administração Pública, em primeiro lugar, pelo fato de que ainda há um capítulo específico a vencer o assunto arbitragem, bem como, no capítulo derradeiro, haverá um tópico específico a tratar das antinomias e barreiras à implantação do modelo arbitral na seara pública.

⁶⁵ Sobre o ciclo de políticas públicas *cf.* Capítulo 1, seção 2.4, desta tese.

⁶⁶ Os atores de políticas públicas desenvolvem uma linguagem específica para o setor em que atuam, apoiando-se em noções técnicas próprias desse campo. As pessoas envolvidas em uma política pública devem, portanto, possuir qualificações profissionais (cada vez mais) especializadas. A gestão de recursos humanos do setor público tem cada vez mais em conta essa necessidade, lançando programas de formação introdutória e contínua, no que concerne aos conhecimentos técnicos (Subirats, 2008, p. 73, tradução nossa).

Nessa mesma direção:

A sistematização teórica da abordagem das políticas públicas deve contribuir para a criação de fórmulas de organização e estruturação do Poder Público capazes de melhorar a sua intervenção - tornando-a mais efetiva, racional e compreensível - e acelerar o processo de modernização, de redução da desigualdade e de inclusão social. Busca-se apontar pressupostos teóricos que subsidiem juridicamente tanto a análise como a formulação de políticas públicas, considerando a ação governamental em escala ampla (Bucci, 2013, p. 26).

Para que esse contexto se perfectibilize, é preciso uma visão inovadora sobre o próprio Estado, desfazendo as amarras de um sistema alicerçado em convicções voltadas para um contexto em que a estrutura estatal, nem de perto, possuía as mesmas demandas de hoje em dia. Além do mais, é importante salientar a imprescindibilidade de prospecção dos recursos envolvidos na implantação e processamento da arbitragem, sejam eles humanos, econômicos, cognitivos, interativos, de confiança, cronológicos, etc., e a maneira de gerir esses mesmos expedientes.

Decorre do exposto, que é por intermédio do serviço público a forma com que se exterioriza a política pública e se satisfaz na prática aquela necessidade avaliada pela Administração como um fator a ser atendido em uma determinada conjuntura ou sociedade. É de sua responsabilidade a satisfação de deficiências e imprevistos políticos econômicas, sociais ou culturais da comunidade em que se assentam.

A relevância desse tema se confunde com a finalidade da razão de existência da Administração Pública. Todo seu entorno converge com uma explicação racional na defesa do serviço público. O direito de greve, as regras especiais a respeito dos bens classificados como dominiais e as condições para que exsurja a responsabilidade dos entes públicos são exemplos que se justificam, respectivamente, pela necessidade de continuidade do serviço público, pela exigência de afetação do bem à prestação desse mesmo serviço e pelas minúcias de performance do serviço público (Di Pietro, 2022).

À semelhança da definição de Direito Administrativo, o conceito de serviço público não goza de uma pacificação doutrinária. São variados os critérios utilizados no intuito de estabelecer um significado mais preciso sobre o tema. Entretanto, a depender do ponto de vista, podem ser observadas diferentes nuances em torno das

quais os autores modelam suas designações, que partem de sua origem, ou seja, o serviço prestado por órgão público⁶⁷, ou a sua determinação por meio de características extrínsecas⁶⁸, ou procurando pontuá-las por meio de seu objeto⁶⁹ (Meirelles, 2000).

Na avaliação de Mello (2010, p. 671), serviço público pode ser interpretado como:

[...] atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.

Por certo não se deseja inferir que a escola do serviço público⁷⁰, engendrada por Bordeaux e capitaneada por Leon Duguit e Gaston Jéze, que influenciou alguns doutrinadores na composição conceito de Direito Administrativo⁷¹, seja reprojeta para os serviços públicos sem o elemento que lhe causava severas críticas – especialmente por Maurice Hariou –, o ingrediente político, pois, sem ele, a teoria não se perfilharia dentro de uma lógica realista e nem como verdadeiro fato social. Sob o

⁶⁷ Refere-se ao sentido orgânico ou subjetivo, que considera o serviço público como “um complexo de órgãos, agentes e recursos da Administração Pública, destinados à satisfação das necessidades dos administrados. Equivale, pois, a um organismo ou parte do aparelho estatal com tal precípua finalidade” (Gasparini, 2007, p. 291).

⁶⁸ Identifica-se o sentido formal, aquele “exercido sob regime jurídico de direito público derogatório e exorbitante do direito comum” (Alexandre; Deus, 2018, p. 703). À propósito, “Gaston Jéze foi um dos primeiros doutrinadores a enfatizarem que o serviço público é o prestado em regime jurídico de direito público, mas este nem sempre é empregado total e sistematicamente a todos os aspectos de organização e de funcionamento de serviços públicos, havendo variações no regime jurídico se o serviço é prestado diretamente pelo Estado, por meio de empresas estatais ou mesmo pelas concessionárias de serviços públicos” (Nohara, 2022b, p. 421).

⁶⁹ Pelo conceito material ou objetivo, “serviço público é a atividade em si, prestada pelo Estado e seus agentes”. Vê-se que, por intermédio dessa teoria, exclui-se a relevância da perspectiva daquele que executa a atividade para centrar-se na própria atividade (Carvalho Filho, 2022, p. 283).

⁷⁰ A conceituação de Direito Administrativo passa pelo estudo de escolas e critérios. Utiliza-se a escola do serviço público única e exclusivamente para exemplificar o fato de que não se quer dar uma amplitude exagerada às suas prestações; por outro lado, não se pode ignorar que a Administração Pública, composta por seus entes jurídicos e na qualidade de detentora dos Poderes de Estado, projeta-se como instituição necessária a deflagrar determinados serviços. Exatamente essa discussão que se indicou no presente capítulo, e que se trará nos subseqüentes, em vista do risco da ineficácia das normas relativas à arbitragem na Administração Pública.

⁷¹ A título de esclarecimento, menção seja feita ao fato de que teorias como a da escola legalista ou exegetica, escola do serviço público, critério do Poder Executivo e critério das relações jurídicas, representaram as primeiras teses com a finalidade de se chegar ao conceito de Direito Administrativo, entretanto, ao considerarmos apenas as teorias que foram recepcionadas no Brasil, restringe-se o foco para o critério teleológico, critério residual ou negativo, critério de distinção entre a atividade jurídica e atividade social do Estado e critério da Administração Pública.

escopo dessa teoria, aventava-se que o Direito Administrativo se baseava na noção de serviços prestados à coletividade, ou seja, vislumbraria como objeto de estudo o serviço público. Entretanto, face à chamada crise do serviço público, este abarcava uma atuação do Estado que interferia em atividades diversa àquelas propugnadas por Duguit e Jéze. Tudo que o Estado exercia nessa época representava serviço público. Veja-se que o conceito era tão abrangente que se considerava serviço público a atividade industrial, a atividade comercial do Estado. Tudo que o Estado exercia era serviço público e, conseqüentemente, toda a atuação do Estado era estudada pelo Direito Administrativo (Marinela, 2014).

As primeiras noções acerca de serviço público remontam à modificação da jurisprudência do Conselho de Estado Francês, que preconizava a distinção entre atos de império e atos de gestão⁷² (Nohara, 2022a, p. 427), cisão esta de aplicabilidade prática dificultada, senão impossibilitada, ante a dificuldade de divisão da personalidade do Estado, separando a figura do Rei – que praticaria apenas atos de império –, da entidade estatal – que estaria voltada para a prática de atos de gestão – e de enquadrar como atos de gestão todos aqueles praticados pelo Estado na administração do patrimônio público e na prestação de seus serviços (Alexandre; Deus, 2018).

Com o surgimento de novas demandas sociais, há uma pressão para que o Estado ofereça serviços de necessidade pública que se somem às provisões essenciais e que dependem de uma regulação governamental para evitar abusos do poder econômico (Moreira Neto, 2014). Desse modo, e de acordo com o já salientado no prólogo do capítulo que ora se desenvolve, com relação à relevância na concretização de um direito fundamental do cidadão, por intermédio de uma política pública de acesso à justiça, o problema ou a carência se identifica com o cidadão, e também com o próprio Estado, na medida em que ascende como o principal litigante perante os tribunais. Diretamente, é uma questão que afeta a sociedade como um todo – uma vez que ninguém está totalmente livre de sofrer um revés a ser solucionado judicialmente –, atingindo também o Judiciário, que se vê impotente ante a avalanche processual que persiste em se manter em índices incompatíveis com a celeridade.

⁷² Essa distinção foi idealizada como meio de abrandar a teoria da irresponsabilidade do monarca por prejuízos causados a terceiros. Passou-se a admitir a responsabilidade civil quando decorrente de atos de gestão e afastá-la nos prejuízos resultantes de atos de império.

Em certificação do já declinado, as atividades prospectadas pelo serviço público buscam a satisfação de um direito fundamental, o que não quer dizer que somente por essa via haverá uma garantia tendente a essa concretização, mas há uma relação imediata entre um e outro para que se projete um serviço público; caso contrário, a exemplo da atividade econômica em sentido estrito, não haverá sujeição ao regime de direito público, apesar de seu desenvolvimento se dar com recursos estatais (Justen Filho, 2023).

Por esse motivo, se perfaz imprescindível que a escolha política contemple determinada atividade como algo a ser traduzido por meio de um serviço público, o que depende da concepção que cada nação possui acerca do papel a ser exercido por intermédio de seu Estado e em que medida se viabilizará economicamente e socialmente (Nohara, 2022b).

A padronização de um serviço público de acesso à justiça partiria dos entes estatais para a comunidade, com maiores chances de se instituir com um *modus operandi*, cujo cumprimento já derivaria de iniciativa corroborada por quem tem a responsabilidade de trazer eficácia às medidas que propõe. Em contraponto à regra atrelada a uma legislação que lhe dá supedâneo, mas que pode não atender à necessidade do cidadão nem ao menos corporificar-se através do arcabouço jurídico do Estado, o serviço público nasce como emanção da volitividade estatal em resposta à proteção de um direito fundamental.

4 ARBITRAGEM NO DIREITO BRASILEIRO

De maneira geral, observa-se que as reformas direcionadas aos tribunais regulares centram suas atenções em atividades tendentes a absorver tipos particulares de litígios, dentre as quais se pode destacar aquelas relativas ao que se convencionou chamar de pequenas causas, consumeristas, que envolvem a fazenda pública, etc. Não obstante, uma reforma mais abrangente depende de alternativas que estejam aptas a auxiliar na árdua tarefa de dar contornos diferenciados à solução de conflitos, carreando métodos fulcrados em base teórica sólida e que construam vias de acesso, cujos caminhos não convirjam para um mesmo formato resolutivo (Cappelletti; Garth, 1988).

A Lei n. 9.307/96, responsável pelo tratamento específico das questões voltadas para a arbitragem (Brasil, 1996), selou a relevância do instituto no cenário jurídico, mas manteve o foco voltado para relações eminentemente privadas. Em razão do exposto, não surpreende o fato de que a arbitragem obtenha guarida e ênfase a partir de sua exigibilidade junto ao Poder Judiciário. É perfeitamente inteligível que haja um número mais expressivo de condução de litígios à arbitragem a partir do espaço judicial, haja vista a anteriormente citada cultura brasileira de encaminhamento de divergências à essa esfera. É nela que se identifica o conflito e suas causas.

Concernente com o já pautado, pretende-se trabalhar com o instituto da arbitragem aplicado a um núcleo específico, cuja legislação se discutirá em item próprio, sem embargo, cabível a demonstração, tanto de seu amparo constitucional, quanto seu delineamento doutrinário e, por consequência, sua separação dos demais arranjos de resolução ou pacificação de divergências, o que se fará nos dois primeiros itens do capítulo em desenvolvimento.

Posteriormente, tratar-se-á da arbitragem como potencial mecanismo de transformação da realidade judicial, demonstrando sua aproximação das normas civis vigentes, além de discorrer sobre temas até certo ponto polêmicos ainda nos dias de hoje, no seio da Administração Pública, como, por exemplo, as questões inerentes à arbitralidade subjetiva e, especialmente, à objetiva, buscando desmistificar a impossibilidade de introdução de um regime arbitral que possua aderência junto à esfera pública.

4.1 Arrimo constitucional da arbitragem

Difícilmente será possível determinar com precisão o período em que é deflagrada a arbitragem. Para alguns autores, ela nasce com a humanidade, mas precisar com exatidão a origem desse instituto é uma tarefa próxima do impossível. Na mitologia grega, especificam-se relatos de que até mesmo os Deuses da antiguidade teriam, em algum momento, feito uso da arbitragem, a exemplo do episódio mitológico tratado como *O Julgamento de Páris*. Afastando-se de uma certa abstração presente no caso supracitado, detecta-se, no Império Romano, referências mais concretas no que concerne à arbitragem, envolvendo, inclusive, tanto entidades de direito privado, como de direito público (Pinheiro, 2016, p. 57).

Contudo, ao considerar-se apenas o balizamento documentado acerca da arbitragem, verifica-se que sua primeira referência se fez presente apenas no período que medeia o final do século XII e início do século XIII, em Portugal. À época, prevalecia o caráter privado do sistema arbitral, cuja principal característica consistia na designação de fiadores, que serviam como garantidores das decisões exaradas pelos avenidores ou convenidores⁷³, figuras antevistas por meio de previsões estatutárias municipais. Em caráter externo às estipulações normativas locais, mas com a mesma conotação, havia viabilidade da designação de alvidros⁷⁴. A nomeação dos árbitros, bem como seu número, já se postava ao alvitre das partes, que poderiam opor tanto litígios cíveis quanto criminais, mas sempre se orientando pelo compromisso arbitral anteriormente pactuado (Kumanlal, 2014).

Depreende-se, portanto, que não é recente o desvelamento da arbitragem enquanto instituto vinculado a uma concepção de tratamento de causas jurídicas conflitivas. Mesmo que sutil, em um passado distante, já era possível vislumbrar fragmentos do que se tem atualmente. A convenção das partes na nomeação de terceiro de confiança de ambos e em condições plenas de resolver o litígio, aplicada em diversas oportunidades da história, não perdeu a essência adquirida. Ao revés, constitui-se em um formato caracterizado pela informalidade, julgadores com conhecimento técnico específico do assunto a ser discutido, além da noção jurídica e

⁷³ Segundo Vaz (2020, p. 10), são “juízes com poder atribuído pelas partes, nos estatutos municipais, para procederem à resolução de litígios”.

⁷⁴ Julgavam de acordo com o direito constituído e diferenciavam-se dos alvidros, que obedeciam a um critério de equidade (Kumanlal, 2014).

decisões com caráter vinculatório e moderação de recursos disponíveis (Cappelletti; Garth, 1988).

Pode-se retroceder ainda mais no tempo, pois, em vista do que foi posto, o acesso à justiça de maneira genérica surge em resposta ao conflito. Mesmo em sociedades mais longínquas, o desencadear da adversidade gerava uma resposta da sociedade da época, que geralmente se verificava por intermédio de uma reunião em que a comunidade ou as pessoas encarregadas para tanto definiam aquele que detinha razão. Na própria gênese do conflito, já se identifica a resolução de uma tensão entre lados opostos. É, também, porque não dizer, uma forma de socialização, cuja profundidade faz com que venham à tona os sentimentos menos nobres do ser humano, como a inveja, a ira, o revanchismo. Poderia ser comparado a uma doença sobre a qual o corpo humano – no caso, a sociedade – luta desesperadamente para combatê-la, expurgando seus males e estabilizando o organismo (Simmel, 2013).

Ultrapassado o período bárbaro, o Código de Hamurabi (2006) faz uma das primeiras tentativas de barrar a opressão entre indivíduos, estabelecendo, para tanto, garantias a serem conferidas pelo próprio soberano, que representava uma espécie de instância judicial. Na Grécia Antiga, o julgamento era precedido da composição de uma Assembleia, integrada por todos os cidadãos que exerciam a função hoje afeta aos juízes, sob a influência, mesmo naquela época, de um ideal democrático (Bedin; Spengler, 2013).

Vê-se, na condução do que se pode entender por conflito, em sociedades remotas e de contornos mais adequados de dissipação de conturbações nesses ambientes que, via de regra, tal tarefa restava afeta à(s) pessoa(s) ou autoridade(s) que detivessem representatividade suficientemente necessária a avaliar e decidir a cizânia. Na mitologia grega, contos lendários faziam menção a fragmentos da arbitragem:

[...] na festa de casamento do mortal Peleu e da deusa Tétis foram convidados todos os deuses do Olimpo, com exceção de Éris, a deusa da discórdia. Quando ficou sabendo que não havia sido convidada, Éris ficou furiosa e resolveu vingar-se, semeando a discórdia entre os convidados. No meio do casamento, Éris atirou um pomo de ouro com a inscrição “À mais bela”. Tanto Hera, Atenas e Afrodite reclamaram essa maçã de ouro [...] por se tratar de uma disputa que envolvia a vaidade feminina, e porque Hera era sua esposa, Atenas sua filha e Afrodite sua prima. Então, em vez de decidir, Zeus achou que o melhor e o mais correto seria incumbir essa tarefa a um terceiro, um árbitro (Teixeira, 2016, p. 39-40).

Essa tendência em repetir o simbolismo espelhado pela mitologia, refletido no Judiciário, por mais críticas que possa receber, resta por trazer, embutida na característica do plexo decisional, um impulso maior para que a arbitragem tenha um grau de aceitação mais elevado que as demais formas de resolução de conflitos, razão pela qual, sua verificação no cenário brasileiro é anterior às constituições republicanas.

No cenário brasileiro, a Constituição Imperial de 1824⁷⁵ foi responsável pela estipulação da arbitragem de forma precursora, com proximidade aos ditames dos estatutos municipais portugueses, especialmente no que se refere à aplicabilidade – causas cíveis e penais – e à escolha dos árbitros pelas partes, com o adendo de que as sentenças poderiam ser executadas sem a necessidade de recurso, desde que os litigantes assim o desejassem.

Em 1850, verifica-se o primeiro caso em que o júízo arbitral foi instituído como obrigatoriedade para determinadas causas. À época, o Código Comercial Brasileiro⁷⁶, esposou tal entendimento e, mesmo sobrevivendo por meio do Regulamento 737⁷⁷ do mesmo ano, modificações processuais significativas, estabelecendo a facultatividade para causas não elencadas no *Codex* Consumista, mantiveram intocada a arbitragem obrigatória por ele referendada (Bacellar, 2012).

Com o advento da Constituição Republicana de 1891, não se repetiu a mesma menção que outrora houvera ocorrido sob a égide da Lei Magna anterior. Restringiram-se as possibilidades para abarcar apenas a pacificação de conflitos que porventura viessem a ocorrer entre Estados soberanos, dispositivo que se direcionava muito mais a mitigar a possibilidade de declaração de guerra e celebração de paz, concedida ao governo pelo Congresso Nacional em caso de inexistência ou fracassada a efetivação da arbitragem (Teixeira, 2016).

Em 1916, o Código Civil reservou, no livro destinado ao Direito das Obrigações, onze artigos ao compromisso arbitral. Elementos importantes da composição da arbitragem e de sua essência se encontravam declinados nos artigos 1037 a 1048,

⁷⁵ “Art. 160. Nas cíveis, e nas penas civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Arbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes” (Brasil, 1824).

⁷⁶ “Art. 667 - A apólice de seguro deve ser assinada pelos seguradores, e conter: [...] 11 - Declaração de que as partes se sujeitam à decisão arbitral, quando haja contestação, se elas assim o acordarem” (Brasil, 1850b).

⁷⁷ Na verdade, o regulamento em questão se referia ao Decreto n. 737, de 25 de novembro de 1850, que regulamentava um critério de preferência de aplicação da legislação comercial, quando o Tribunal ou o juiz tivesse que conhecer de negócios relativos à essa seara (Brasil, 1850a).

nos quais já era possível verificar tópicos relativos à arbitrabilidade subjetiva⁷⁸, vias de efetivação da arbitragem⁷⁹ – judicial ou extrajudicial – regras inerentes ao compromisso arbitral⁸⁰ e aos árbitros⁸¹ e concessão à sentença arbitral⁸² de efeitos semelhantes aos da sentença judicial, uma vez que, para ser executada, carecia de homologação, salvo se quem a proferisse, na condição de árbitro, fosse juiz de primeira ou segunda instância (Brasil, 1916).

De forma mais tímida, no que concerne às causas particulares, a Constituição de 1934 referenciou a arbitragem com cunho comercial⁸³, mas apenas a restringe a competência legislativa à União, sem qualquer menção análoga à Norma Constitucional que a precedeu. Entretanto, estipula uma espécie de arbitragem internacional para os casos de declaração de guerra e indenização aos Estados do Amazonas e do Mato Grosso por prejuízos oriundos da incorporação do Acre ao

⁷⁸ “Art. 1.037. As pessoas capazes de contratar poderão, em qualquer tempo, louvar-se, mediante compromisso escrito, em árbitros, que lhes resolvam as pendências judiciais, ou extrajudiciais” (Brasil, 1916).

⁷⁹ “Art. 1.038. O compromisso é judicial ou extrajudicial. O primeiro pode celebrar-se por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, por onde correr a demanda; o segundo, por instrumento público ou particular, assinado pelas partes e duas testemunhas [...]

Art. 1.044. Instituído, judicial ou extrajudicialmente o juízo arbitral, nele correrá o pleito os seus termos, segundo o estabelecido nas leis do processo” (Brasil, 1916).

⁸⁰ “Art. 1.039. O compromisso, além do objeto do litígio a ele submetido, conterá os nomes, sobrenomes e domicílio dos árbitros, bem como os dos substitutos nomeados para os suprir, no caso de falta ou impedimento.

Art. 1.040. O compromisso poderá também declarar: [...]” (Brasil, 1916).

⁸¹ “Art. 1.041. Os árbitros são juizes do fato e direito, não sendo sujeito ou seu julgamento a alçada, ou recurso, exceto se o contrário convencionarem as partes.

Art. 1.042. Se as partes não tiverem nomeado o terceiro arbitro, nem lhe autorizado a nomeação pelos outros (art. 1.040, n. V), a divergência entre os dois árbitros extinguirá o compromisso.

Art. 1.043. Pode ser arbitro, não lhe vedando a lei, quem quer que tenha a confiança das partes” (Brasil, 1916).

⁸² “Art. 1.045. A sentença arbitral só se executará, depois de homologada, salvo se for proferida por juiz de primeira ou segunda instancia, como arbitro nomeado pelas partes” (Brasil, 1916).

⁸³ “Disposições Transitórias - Art 5º - Compete privativamente à União: [...] XIX - legislar sobre: [...] c) normas fundamentais do direito rural, do regime penitenciário, da arbitragem comercial, da assistência social, da assistência judiciária e das estatísticas de interesse coletivo; [...]

§ 3º - A competência federal para legislar sobre as matérias dos números XIV e XIX, letras *c* e *i*, *in fine*, e sobre registros públicos, desapropriações, arbitragem comercial, juntas comerciais e respectivos processos; requisições civis e militares, radiocomunicação, emigração, imigração e caixas econômicas; riquezas do subsolo, mineração, metalurgia, águas, energia hidrelétrica, florestas, caça e pesca, e a sua exploração não exclui a legislação estadual supletiva ou complementar sobre as mesmas matérias. As leis estaduais, nestes casos, poderão, atendendo às peculiaridades locais, suprir as lacunas ou deficiências da legislação federal, sem dispensar as exigências desta” (Brasil, 1934).

território nacional, cujo valor seria fixado por árbitros⁸⁴ e por meio do mesmo instituto seriam dissolvidas as divergências relativas aos limites territoriais entre Estados⁸⁵.

As Constituições de 1937⁸⁶, 1946⁸⁷, 1967⁸⁸ e a Emenda Constitucional n. 01, de 1969⁸⁹, mantiveram-se conservadoras no tocante ao instituto da arbitragem, limitando-se a repisar as disposições concernentes à seara internacional e/ou criando dispositivos sem pragmatismo suficiente a constatar uma evolução do instituto arbitral. A expectativa criada em torno de que, com o advento da Constituição de 1988, haveria o retorno de uma menção mais contundente acerca da arbitragem, acabou por não se confirmar, e a Constituição Cidadã manteve um roteiro quase que repetitivo, ou com inovações inócuas frente às possibilidades vislumbradas. A opção foi por fazer breve menção, em seu artigo 114⁹⁰, parágrafos 1^o⁹¹ e 2^o⁹², prelecionando uma espécie de

⁸⁴ “Art 5º - A União indenizará os Estados do Amazonas e Mato Grosso dos prejuízos que lhes tenham advindo da incorporação do Acre ao território nacional. O valor fixado por árbitros, que terão em conta os benefícios oriundos do convênio e as indenizações pagas à Bolívia, será aplicado, sob a orientação do Governo federal, em proveito daqueles Estados” (Brasil, 1934).

⁸⁵ “Art 13 - Dentro de cinco anos, contados da vigência desta Constituição, deverão os Estados resolver as suas questões de limites, mediante acordo direto ou arbitramento. § 1º - Findo o prazo e não resolvidas as questões, o Presidente da República convidará os Estados interessados a indicarem árbitros, e se estes não chegarem a acordo na escolha do desempassador, cada Estado indicará Ministros da Corte Suprema em número correspondente a maioria absoluta dessa Corte, fazendo-se sorteio dentre os indicados. § 2º - Recusado o arbitramento, o Presidente da República nomeará uma Comissão especial para o estudo e a decisão de cada uma das questões, fixando normas de processo que assegurem aos interessados a produção de provas e alegações” (Brasil, 1934).

⁸⁶ “Art 18 - Independentemente de autorização, os Estados podem legislar, no caso de haver lei federal sobre a matéria, para suprir-lhes as deficiências ou atender às peculiaridades locais, desde que não dispensem ou diminuam as exigências da lei federal, ou, em não havendo lei federal e até que esta regule, sobre os seguintes assuntos: [...] d) organizações públicas, com o fim de conciliação extrajudiciária dos litígios ou sua decisão arbitral; [...]”

Art 184 - Os Estados continuarão na posse dos territórios em que atualmente exercem a sua jurisdição, vedadas entre eles quaisquer reivindicações territoriais.

§ 1º - Ficam extintas, ainda que em andamento ou pendentes de sentença no Supremo Tribunal Federal ou em Juízo Arbitral, as questões de limites entre Estados” (Brasil, 1937).

⁸⁷ “Art 4º - O Brasil só recorrerá à guerra, se não couber ou se malograr o recurso ao arbitramento ou aos meios pacíficos de solução do conflito, regulados por órgão internacional de segurança, de que participe; e em caso nenhum se empenhará em guerra de conquista, direta ou indiretamente, por si ou em aliança com outro Estado” (Brasil, 1946).

⁸⁸ Art 7º - Os conflitos internacionais deverão ser resolvidos por negociações diretas, arbitragem e outros meios pacíficos, com a cooperação dos organismos internacionais de que o Brasil participe (Brasil, 1967a).

⁸⁹ Manteve o artigo 7º, da Constituição de 1967 intocado, razão pela qual efetivamos breve remissão à nota anterior (Brasil, 1969a).

⁹⁰ “Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar” (Brasil, 1988). Saliente-se que o *caput* do artigo, assim redigido teve redação dada pela Emenda Constitucional n. 45/2004, que trata sobre a reforma do Poder Judiciário (Brasil, 2004a).

⁹¹ “§ 1º Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros” (Brasil, 1988).

⁹² “§ 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente” (Brasil, 1988). Da mesma forma que seu *caput*, recebeu alteração pela Emenda Constitucional n. 45/2004 (Brasil, 2004a).

subsidiariedade à negativa de negociação coletiva (Fichtner; Mannheimer; Monteiro, 2019).

Não obstante a importância das Constituições no sentido de respaldar a arbitragem no horizonte brasileiro, as especificações inerentes ao tema e à concretização de seu procedimento, ocorreram de forma mais ampliada a partir do Código Civil de 1916 (Brasil, 1916). Acresce-se a isso, o fato de que a globalização e a adesão cada vez mais profícua do Brasil a tratados e acordos internacionais, especialmente aqueles relacionados com conflitos comerciais, passaram exigir maior atenção do país à arbitragem, em primeiro lugar, pelo fato de já existir dispositivo de resolução de discórdias internas por meio desse mecanismo e, em segundo plano, em razão de que essas mesmas divergências passaram a um estágio internacional, o que suscitou uma necessidade improrrogável de utilização do instituto arbitral de forma mais ampla (Gil, 2020).

Ao revés, não se pode deixar de mencionar a mensagem do preâmbulo da Constituição de 1988⁹³, em que, explicitamente, há o compromisso para com a solução pacífica de controvérsias. O que poderia se indagar, no que pertine ao texto preliminar da Constituição, é o peso que ele exerce sobre uma compreensão que, voltada para uma disposição da Lei Maior, no intuito de ver configurados expedientes que escapem ao método corriqueiro de resolução de divergências, conduza à utilização dos preceitos propugnados pela auto e heterocomposição, mais especialmente a arbitragem.

Aos que questionam as *Alternative Dispute Resolution* (ADR), não sobejaria ao preâmbulo o necessário espírito constitucional a creditar o impulso de tais medidas, pois não conteria normas de valor jurídico autônomo, o que desacreditaria o conteúdo por ele propugnado. Não obstante, é inoidável que essa parcela da Constituição, apesar de desarticulada da base sequencialmente numerada, compreende-se como referência interpretativa dos artigos que a sucedem.

A respeito da argumentação supra, Carvalho (2019, p. 125), afirma que:

⁹³ “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” (Brasil, 1988).

O preâmbulo de uma Constituição pode ser definido como documento de intenções do diploma, e consiste em uma certidão de origem e legitimidade do novo texto e uma proclamação de princípios, demonstrando a ruptura com o ordenamento constitucional anterior e o surgimento de um novo Estado. É de tradição em nosso Direito Constitucional e nele deve constar os antecedentes e enquadramento histórico da Constituição, bem como suas justificativas e seus grandes objetivos e finalidades.

Deste modo, acredita-se que na expressão "*comprometida, na ordem interna...com a solução pacífica das controvérsias*" teria o Poder Constituinte Originário deferido ao particular a possibilidade de se valer, dentro da liberdade contratual, dos meios que melhor lhe convir para solucionar suas diferenças. Nesta esteira, entende-se que a CRFB introduziu as chamadas ADR's (*Alternative Dispute Resolution*) do Direito comparado em *terra brasílis*.

Tema análogo permitiu que o Supremo Tribunal Federal, em sede de ação direta de inconstitucionalidade n. 2.076-5⁹⁴, manifestasse seu posicionamento a respeito das valências do preâmbulo constitucional, concluindo que este se localizaria mais no terreno da política do que no espaço jurídico. O que ocorreria é que esse trecho do Texto Magno teria por missão a exaltação e a valorização de princípios relacionados com o Estado Democrático de Direito, esses, sim, perfilhar-se-iam como regras obrigatórias e inarredáveis a serem observadas (Brasil, 2003).

Detendo-se nessa linha de raciocínio, permite-se buscar no debate do introito constitucional a baliza para os princípios que o seguem, senão para tentar encontrar a origem da arbitragem, ao menos a intenção da Regra Máxima Brasileira em estabelecer-lhe uma chancela ao instituto.

Com a devida permissão, a adesão à teoria de que a arbitragem teria origem no artigo 114, §1º da Constituição (Brasil, 1988), seria, no mínimo, constrangedor, pois claramente se resume ao Direito Trabalhista, com abrangência limitada à previsão de normas para o dissídio coletivo de trabalho, o que importaria em pormenorizá-la a essas relações, dissipando-se uma série de benefícios convergentes à mesma e à demais matérias.

Entende-se que a análise feita pelo Supremo Tribunal Federal restringiu-se, estrategicamente, ao célebre trecho da frase "sob a proteção de Deus" (Brasil, 1988),

⁹⁴ "É claro que uma constituição que consagra princípios democráticos, liberais, não poderia conter preâmbulo que proclamasse princípios diversos [...] O preâmbulo não constitui norma central da Constituição, de reprodução obrigatória na Constituição do Estado-membro. O que acontece é que o preâmbulo contém, de regra, proclamação ou exortação no sentido dos princípios inscritos na carta: princípio do Estado Democrático de Direito, princípio republicano, princípio dos direitos e garantias, etc. Esses princípios, sim, inscritos na Constituição, constituem normas contrais (sic.) de reprodução obrigatória, ou que não pode a Constituição do Estado-membro dispor de forma contrária, dado que, reproduzidos, ou não, na Constituição estadual, incidirão na ordem local" (Brasil, 2003).

do que propriamente a um estudo aprofundado da validação constitucional da arbitragem. Por outro lado, mostrava-se pouca receptividade ou um tangenciamento de pauta, quando o assunto convergisse à arbitragem, não somente a esta, mas à toda metodologia que escapasse ao trato do Judiciário.

O que surpreende é que praticamente dois anos antes da definição da Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 2.076-5, a Suprema Corte já se manifestava a favor da constitucionalidade da regra arbitral, por meio do julgamento da homologação de sentença estrangeira, SE 5.206-7⁹⁵ (Brasil, 2004), corroborando a legalidade de opção dos interessados pela arbitragem e condicionando a inafastabilidade da jurisdição à vontade das partes. Veja-se que, mesmo após a edição da Lei n. 9.307, em setembro de 1996, ainda havia na comunidade jurídica uma certa desconfiança em torno da factibilidade da regra arbitral. Cinco anos após a edição do regramento, ainda pairavam incertezas que, a cada novo julgado, tornavam ainda mais nebulosa a busca

⁹⁵ “1. Sentença estrangeira: laudo arbitral que dirimiu conflito entre duas sociedades comerciais sobre direitos inquestionavelmente disponíveis – a existência e o montante de créditos a título de comissão por representação comercial de empresa brasileira no exterior: compromisso firmado pela requerida que, neste processo, presta anuência ao pedido de homologação: ausência de chancela, na origem, de autoridade judiciária ou órgão público equivalente: homologação negada pelo Presidente do STF, nos termos da jurisprudência da corte, então dominante: agravo regimental a que se dá provimento, por unanimidade, tendo em vista a edição posterior da Lei 9.307, de 23.09.96, que dispõe sobre a arbitragem, para que, homologado o laudo, valha no Brasil como título executivo judicial. 2. Laudo arbitral: homologação: Lei de Arbitragem: controle incidental de constitucionalidade e o papel do STF. A constitucionalidade da primeira das inovações da Lei da Arbitragem – a possibilidade de execução específica de compromisso arbitral – não constitui, na espécie, questão prejudicial da homologação do laudo estrangeiro; a essa interessa apenas, como premissa, a extinção, no direito interno, da homologação judicial do laudo (art.18 e 31), e sua consequente dispensa, na origem, como requisito de reconhecimento, no Brasil, de sentença arbitral estrangeira (art.35). A completa assimilação, no direito interno, da decisão arbitral à decisão judicial, pela nova Lei de Arbitragem, já bastaria, a rigor, para autorizar a homologação no Brasil, do laudo arbitral estrangeiro, independentemente de sua prévia homologação pela Justiça do país de origem. Ainda que não seja essencial à solução do caso concreto, não pode o Tribunal – dado o seu papel de “guarda da Constituição” – se furtar a enfrentar o problema de constitucionalidade suscitado incidentalmente (v.g. MS 20.505, Néri). 3. Lei de Arbitragem: (L. 9.307/96): constitucionalidade, em tese, do juízo arbitral; discussão incidental da constitucionalidade de vários tópicos da nova lei, especialmente acerca da compatibilidade, ou não, entre a execução judicial específica para a solução de futuros conflitos da cláusula compromissória e a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do poder judiciário (C.F. art. 5º, XXXV). Constitucionalidade declarada pelo plenário, considerando o Tribunal, por maioria de votos, que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV, da CF. Votos vencidos, em parte – incluído o do relator – que entendiam inconstitucionais a cláusula compromissória – dada a indeterminação de seu objeto – e a possibilidade de a outra parte, havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, recorrer ao Poder Judiciário para compelir a parte recalcitrante a firmar o compromisso, e, conseqüentemente, declaravam a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 9.307/96 (art.6º, parág. Único; 7º e seus parágrafos e, no art. 41, das novas redações atribuídas ao art. 267, VII e art. 301, inciso IX do C. Pr. Civil; e art. 42), por violação da garantia da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário. Constitucionalidade – aí por decisão unânime, dos dispositivos da Lei de Arbitragem que prescrevem a irrecorribilidade (art.18) e os efeitos de decisão judiciária da sentença arbitral (art.31)” (Brasil, 2004c).

de uma corroboração constitucional, posta em dúvida mesmo quando o tema central não fosse direcionado especificamente à seara arbitral (Facci, 2019).

Torna-se mister notabilizar o conteúdo meritório da Lei de Arbitragem, primeiro, em razão de tornar palpável um instituto afeto a exposições doutrinárias, sem a legitimação de norma que o guindasse ao padrão equânime do arcabouço legislativo brasileiro. Segundo, porque desencadeia uma preocupação tendente à agilização dos procedimentos gerados em torno da solução de conflitos (Carvalho, 2019).

Tanto é verdade, que a Emenda Constitucional n. 45/2004 integra ao Pergaminho Constitucional de 1988 o inciso LXXVIII⁹⁶, ao artigo 5º, prevendo a razoável duração do processo, tanto em plano administrativo, quanto judicial e, complementado pelo item de maior relevância para a anuência e adoção de espaço reservado à arbitragem, a garantia dos meios que assegurem a celeridade de sua tramitação, o que seria nada mais do que o reforço ao próprio preâmbulo constitucional (Dias, 2018).

À primeira vista, o que se podia constatar era que havia uma dificuldade quase que intransponível aos juízes, na interpretação de normas abstratas, ou de cuja dualidade não se pudesse presumir um sentido factível. Somado a isso, as constituições modernas têm se aperfeiçoado continuamente para atender aos novos e complexos direitos e, ao mesmo tempo, cuidar para que eles sejam resguardados, o que faz com que os teóricos da área se empenhem para alcançar uma dogmática que ultrapasse a hermenêutica jurídica tradicional.

Na toada dessas intrincadas discussões jurídicas, considera-se pertinente referir que o controle de constitucionalidade efetivado sobre a arbitragem – assim como os demais assuntos que dependam do conjunto de regras, princípios, valores constitucionais⁹⁷, tratados internacionais⁹⁸ e de dispositivos dos Atos das Disposições

⁹⁶ “Art. 5º [...] LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (Brasil, 1988).

⁹⁷ Nesse sentido, cabe a remissão ao art. 5º, § 2º do Texto Constitucional que versa sobre o tema da seguinte forma “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (Brasil, 1988).

⁹⁸ A Emenda Constitucional n. 45/2004, dentre outras providências significativas para o ordenamento nacional, foi responsável pela inclusão do parágrafo 3º do artigo 5º à Constituição, fazendo com que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, sob certas condicionantes relativas ao local e quórum de votação, passassem a integrar o plexo normativo, na qualidade de emenda constitucional, sendo assim delineado: “§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais” (Brasil, 1988).

Constitucionais Transitórias (ADCT) e de emenda constitucional –, deve tomar em conta o chamado bloco de constitucionalidade⁹⁹, trazendo uma carga não mais apenas dos princípios constitucionais expressamente elencados na Lei Magna, mas devendo considerar todos aqueles que se fazem presente em âmbito externo¹⁰⁰ (Lopes, 2009).

Em visão semelhante e cautelosa a respeito do tema, Motta (2021, p. 837) problematiza a matéria no cenário brasileiro:

No Brasil, o parâmetro para o controle da constitucionalidade abrange as normas constitucionais originárias, as emendas de revisão e constitucionais, as normas do texto constitucional transitório, os tratados internacionais de direitos humanos aprovados com quórum qualificado nos termos do art. 5.º, § 3.º, da CR. Alguns autores também admitem que princípios implícitos constitucionais possam servir de parâmetro para efeito de controle de constitucionalidade. Daí nascer a expressão ‘bloco de constitucionalidade’.

Ocorre que a modulação de aplicação do bloco de constitucionalidade à casos concretos no Brasil – que adota uma versão considerada como intermediária¹⁰¹ – supera, em casos pontuais, o parâmetro da hierarquia normativa como forma de supedâneo ao controle de constitucionalidade, haja vista circunstâncias em que a

⁹⁹ Conforme Lenza (2019, p. 2.455), o conceito de bloco de constitucionalidade, é aquele “por meio do qual o parâmetro é constituído não só pela Constituição escrita e posta, como também pelas leis com valor constitucional formal (emendas à Constituição e, nos termos do art. 5.º, § 3.º (EC n. 45/2004), os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por 3/5 dos votos dos respectivos membros); pelo conjunto de preceitos e princípios decorrentes da Constituição, inclusive implícitos (não escritos) e, ainda, ampliativamente, segundo alguns, pelos princípios integrantes daquilo que a doutrina vem chamando de ‘ordem constitucional global’. Essa última perspectiva, contudo, que abarcaria os valores suprapositivos, não vem sendo aceita como parâmetro de constitucionalidade para o direito brasileiro”.

¹⁰⁰ Ferreira e Limberger (2018, p. 325), alertam sobre a necessidade de valoração do parágrafos 1º e 2º do art. 5º, no sentido de dar vazão ao compromisso do Brasil para com os direitos humanos, e não uma exigência de sua positivação: “Considerando o cenário de hierarquização formal de ordens e as dificuldades vinculativas dos direitos humanos, em particular, dos tratados internacionais de direitos humanos, o desenvolvimento hermenêutico de um bloco de constitucionalidade serviria para materializar o compromisso com os direitos humanos e ampliar o olhar da própria jurisdição constitucional. Não se trata, *prima facie*, de um busca pela ampliação de direito positivo ou positivação de direitos humanos, mas de dar sentido (hermenêutico) e fluxo aos §§ 1º. e 2º. do art. 5º. Constituição brasileira, num exercício de densificação teórico-interpretativa de resistência aos discursos dominantes que se valem dos formalismos reducionistas e das mecanizações ‘interpretativas’ para excetuar os direitos humanos não obstante toda a carga histórica e cultural do Brasil e da própria América Latina. Aliás, registra-se que essa foi, inclusive, a grande preocupação dos textos democráticos contemporâneos, que trouxeram em sua essência a necessidade de rompimento e a vedação de retrocesso àquelas práticas autoritárias através dos direitos humanos (e fundamentais). Logo, a sonegação dessas possibilidades de retrocesso (e de negação da história), talvez seja o maior efeito colateral das metodologias interpretativas tradicionais e do ranço formalista e conceitual do positivismo”.

¹⁰¹ A intermediariedade do bloco de constitucionalidade referida, tem em consideração o comparativo com o parâmetro francês, considerado mais abrangente, uma vez que inclui outros textos normativos dotados de matéria constitucional, independentemente de sua hierarquia normativa (Padilha, 2020).

ausência de regra norteadora faz com que a interpretação se volte para princípios que sequer foram aventados pela norma constitucional ou que, apesar de ausentes, defluam dos valores difundidos pelo preâmbulo constitucional.

Condizente com essa ideia, dois julgados do Supremo Tribunal Federal são capazes de corroborar o que, por base teórica e em formato mais próximo da concepção francesa – berço da tese de bloco de constitucionalidade –, utiliza-se sob um formato mais amplo da performatização instituída no Brasil para a aplicação do bloco de constitucionalidade. A Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.240¹⁰² (Brasil, 2007), aventurou-se em uma conjectura jurídica, a qual se externou pela alcunha de Município putativo. Por intermédio do conceito esposado pelo Tribunal Pleno, que, em virtude de anomalias na criação da cidade baiana de Luís Eduardo Magalhães, por inconstitucionalidade de Lei Estadual posterior à emenda constitucional 15/96¹⁰³, preponderou o princípio da segurança jurídica, no sentido de preservação do município (Padilha, 2020).

¹⁰² “1. O Município foi efetivamente criado e assumiu existência de fato, há mais de seis anos, como ente federativo. 2. Existência de fato do Município, decorrente da decisão política que importou na sua instalação como ente federativo dotado de autonomia. Situação excepcional consolidada, de caráter institucional, político. Hipótese que consubstancia reconhecimento e acolhimento da força normativa dos fatos. 3. Esta Corte não pode limitar-se à prática de mero exercício de subsunção. A situação de exceção, situação consolidada – embora ainda não jurídica – não pode ser desconsiderada. 4. A exceção resulta de omissão do Poder Legislativo, visto que o impedimento de criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios, desde a promulgação da Emenda Constitucional n. 15, em 12 de setembro de 1996, deve-se à ausência de lei complementar federal. 5. Omissão do Congresso Nacional que inviabiliza o que a Constituição autoriza: a criação de Município. A não edição da lei complementar dentro de um prazo razoável consubstancia autêntica violação da ordem constitucional. 6. A criação do Município de Luís Eduardo Magalhães importa, tal como se deu, uma situação excepcional não prevista pelo direito positivo. 7. O estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade. Não é a exceção que se subtrai à norma, mas a norma que, suspendendo-se, dá lugar à exceção – apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção. 8. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Não se afasta do ordenamento; ao fazê-lo, eis que aplica a norma à exceção, desaplicando-a, isto é, retirando-a da exceção. 9. Cumpre verificar o que menos compromete a força normativa futura da Constituição e sua função de estabilização. No aparente conflito de inconstitucionalidades impor-se-ia o reconhecimento da existência válida do Município, a fim de que se afaste a agressão à federação. 10. O princípio da segurança jurídica prospera em benefício da preservação do Município. 11. Princípio da continuidade do Estado. 12. Julgamento no qual foi considerada a decisão desta Corte no MI n. 725, quando determinado que o Congresso Nacional, no prazo de dezoito meses, ao editar a lei complementar federal referida no § 4.º do artigo 18 da Constituição do Brasil, considere, reconhecendo-a, a existência consolidada do Município de Luís Eduardo Magalhães. Declaração de inconstitucionalidade da lei estadual sem pronúncia de sua nulidade. 13. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade, mas não pronunciar a nulidade pelo prazo de 24 meses, da Lei 7.619, de 30 de março de 2000, do Estado da Bahia” (Brasil, 2007).

¹⁰³ Refere-se à alteração efetuada no parágrafo 4º do artigo 18 da Constituição Federal, anteriormente vigente sob o seguinte texto: “§ 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios preservarão a continuidade e a unidade histórico-cultural do ambiente urbano, far-se-ão por lei estadual, obedecidos os requisitos previstos em Lei Complementar estadual, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações diretamente interessadas” (Brasil, 1988) e que,

Transparece do julgado em análise que, face ao ineditismo do tema e à ausência de regra que pudesse conciliar adequadamente um conflito entre legalidade e segurança jurídica, tomou-se por apoio princípios não descritos pela Constituição Republicana de 88, a exemplo do princípio da reserva do possível, continuidade do Estado, da confiança, da força normativa dos fatos e princípio da situação excepcional consolidada.

Veja-se que, o sistema brasileiro se conforma a partir de maleabilidades que se fazem presentes no ineditismo de interrogações jurídicas, que não obtêm correspondência na rígida norma constitucional e que, em determinadas situações, tem de se aproximar da gênese francesa e, ao mesmo tempo, recusar-lhe abrigo no cenário brasileiro.

Com semelhante marcha, vislumbrar o preâmbulo da Constituição unicamente como espaço reservado à política seria diminuí-lo ante a aplicação de um bloco constitucional ainda mais extenso. Por via reversa, assim como ocorre com os princípios engendrados pela jurisprudência pátria, o texto de descerramento é como se fosse uma carta de intenções, entretanto, essa mensagem diz muito mais do que simplesmente reforçar um discurso de exaltação do documento em si, mas de arrimo às disposições de toda a composição da redação que o segue. Por conseguinte, é de se caracterizar como manifesta incúria interpretativa, uma observação isolada sob o inciso XXXV¹⁰⁴, do artigo 5º da Constituição (Brasil, 1988), mesmo diante de reduzida minoria que ainda pugne por esse entendimento.

Ora, supondo-se que a proposta do texto, desde o seu preâmbulo, passando pelo compromisso em dirigir as relações internacionais¹⁰⁵ – baseado no princípio de solução pacífica dos conflitos – conforma-se expressamente com a previsão de dispositivo da constituição, não há sentido em contestar o fato de que o acesso à justiça possui espectro bem mais amplo, ao menos do que os defensores de uma

com as modificações propugnadas pela citada emenda, passou a ter redação conforme segue: “§ 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei” (Brasil, 1988).

¹⁰⁴ “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: [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (Brasil, 1988).

¹⁰⁵ A matéria é tratada em dispositivo constitucional, como base principiológica do Estado Democrático de Direito, a seguir reproduzida: “Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] VII - solução pacífica dos conflitos” (Brasil, 1988).

exclusividade do Judiciário na promoção da justiça querem fazer acreditar. O raciocínio também se presta a corroborar o elã constitucional na estabilização da arbitragem como instrumento para o deslinde de controvérsias, senão por ser uma forma de fazer valer os princípios e regras da Constituição, mas por toda a concatenação entre as bases constitucionais e a legislação decorrente desses fatores.

4.2 Premissas gerais estabelecidas pela Lei n. 9.307/96

Preliminarmente, a distinção de heterocomposição para autocomposição situa-se no fato de que a alcunha a elas conferida separa-se no que se tem por técnicas adversariais e não-adversariais, o que, na verdade, significa dizer que a forma de participação do terceiro na relação conflitiva será suficiente para identificar o método de que se trata. Na heterocomposição, o terceiro, de maneira imparcial, julga a contenda de acordo com o direito ou a equidade, a exemplo do que ocorre na jurisdição estatal, administrativa e arbitral. Por outro lado, a autocomposição se preocupa em postar as partes como os responsáveis pelo deslinde da oposição trazida por ambos, como ocorre na negociação, na conciliação e na mediação. Nesses casos, a depender da opção adotada, o terceiro seria mero espectador ou colaborador, no sentido de auxiliar os dois lados na busca de um consenso (Gil, 2020).

Sobre a relevância da participação do terceiro na seara conflitiva, imprescindível referenciar:

Por conseguinte, o relativo consenso indispensável às mudanças sociais tem por fundamento o Terceiro, cujo papel não consiste somente em ser um tampão que amorteça os choques, os antagonismos e as tensões, senão também servir de intermediário para a comunicação entre os que pretendem ignorar-se ou dirigirem-se, agressivamente, uns contra os outros. Em uma sociedade que não reconhece o Terceiro o conflito se torna permanente ou um dos campos submeteria o outro ao seu jugo a ponto de absorvê-lo, o que produziria uma fusão totalitária como na maior parte das ditaduras revolucionárias modernas [...] Enfim, o Terceiro é a configuração elementar da sociedade pois condiciona o equilíbrio, possibilita as combinações sociais mais diversas, e ao mesmo tempo é um fator de remissão dos conflitos internos [...] O papel desempenhado por essa figura, independentemente de qual é exatamente sua posição (imparcial ou aliado), terá influência no desenvolvimento e desfecho do conflito (Spengler, 2018, p. 46-47).

Toda essa gama de opções disponíveis a alterar a concepção de acesso à justiça, conforme hoje se detecta, não se perfectibiliza em contrariedade às reformas tendentes a reforçar a capacidade de absorção dos tribunais regulares (Cappelletti;

Garth, 1988). O que ocorre, de fato, é que sem medidas contundentes a criar sistemas que independam da movimentação do Judiciário, o peso da responsabilidade por administrar toda e qualquer inovação que pretenda solucionar ou pacificar o conflito cairá sobre seus ombros, perfazendo-se uma via judicial com alternativas e não alternativas a uma via judicial. Esta deve ressignificar sua participação na sociedade como um acesso à justiça, acompanhado de outras variantes de um mesmo sistema de tratamento de contendas, com componentes judiciais, extrajudiciais e até mesmo híbridos a atender o cidadão.

Outro ponto que poderia servir de esteio a uma linha demarcatória entre auto e heterocomposição integra a base de ambas, e pode servir como gráfico modulatório de uma maior ou menor intensidade de participação das partes – ou de intervenção do terceiro – no processo decisório, que se traduz no princípio da autonomia da vontade¹⁰⁶. Imagine-se uma montanha que possa ser fracionada em três partes mais ou menos iguais. A base contemplaria o setor com menos autonomia e poderia ser representada pela jurisdição estatal e arbitragem. O centro da montanha teria uma certa autonomia, que poderia equivaler à conciliação, mas não se compararia a seu cume, onde se situaria o ambiente com a maior amplitude de autonomia possível, nele se localizaria a mediação.

Sob esse diapasão, a heterocomposição correlaciona-se ao modelo jurisdicional, próprio do Poder Judiciário e dos procedimentos contenciosos administrativos, pois sobre eles paira a imposição do juiz, do árbitro ou da comissão em que o consenso se exaure. No caso da arbitragem, há que se observar aspectos anteriores à deflagração do procedimento, como, por exemplo, a escolha dos árbitros e os critérios de direito ou equidade, ou seja, a representação é também de um modelo conflitivo, que tem por consequência e termo, uma sentença emitida por um terceiro (Carmona, 1997).

Na autocomposição, baseada no que se convencionou chamar de sistema ganha-ganha, apesar das características vantajosas e propícias ao diálogo franco entre as partes, como a consensualidade e a possibilidade de negociação, sem a

¹⁰⁶ Veja-se que se está tratando da autonomia da vontade face a seu caráter decisório, que não pode ser confundido com a opção pelo procedimento que conduzirá a lide, caso em que para o assunto a ser tratado no trabalho ora desenvolvido, recairia sobre as cláusulas compromissórias e compromissos arbitrais, tendo em vista o foco voltado para a arbitragem (Gehlen; Spengler, 2021). A propósito, haverá um tópico específico a versar sobre a Lei n. 9.307/96 e, conseqüentemente, a arbitragem no contexto social.

prescrição de ordem a obrigá-las e com boas chances de reestabelecimento, não só do objeto de conflito, mas da relação em desarmonia, perfaz-se um modelo próximo do antagônico ao que se presencia na tutela jurisdicional, o que, naturalmente, faz com que forças de resistência se insurjam na tentativa de encobrir técnicas que possam proporcionar risco, principalmente, à circulação econômica oriunda da demanda e na ausência de um terceiro a decidir a causa (Spengler, 2016).

A arbitragem, que como já foi dito é meio heterocompositivo de resolução de conflitos, obteve novas luzes a partir da edição da Lei n. 9.307 (Brasil, 1996a). A disposição de regras bem mais sedimentadas, inerentes à arbitragem, registrou o marco institucional definitivo da matéria, refletindo em diversas searas que, de forma geral, demandavam a interferência do Judiciário na solução de suas contendas, gerando reflexos não só na revogação de dispositivos não condizentes com os ditames da legislação arbitral, bem como de uma série de normas programáticas deflagradas anteriormente às regras atinentes à arbitragem na Administração Pública, em que as alterações promovidas pela Lei n. 13.129/2015, passaram a integrar o conjunto normativo estipulado pela Lei n. 9.307/96, a teor do que se descreve:

Nesse sentido, 'a Lei Geral de Telecomunicações (Lei n. 9.472/1997) estabelece que o contrato de concessão deverá indicar 'o modo para solução extrajudicial das divergências contratuais' (art. 93, XV). A Lei n. 9.478/1997 (Lei do Petróleo) preconiza que são cláusulas essenciais, nos contratos de concessão do setor de óleo e gás, aquelas que dispõem 'sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional' (art. 43, X). Também, a Lei n. 10.233/2001, que criou a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) esclarece que devem constar, obrigatoriamente, dos contratos de concessão, como cláusulas essenciais, as 'regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, incluindo conciliação e arbitragem' (art. 35, XI)', entre outras que se seguiram. (Ferreira; Oliveira; Schmidt, 2021, p. 27).

Feita menção à arbitragem no setor público, reserva-se a tratativa das demais questões a ela atinentes em item posterior, no qual se tratará, exclusivamente, das inovações carreadas pela Lei n. 13.129/2015. Por ora, delimitam-se premissas gerais ao estudo do referido instituto, a fim de proporcionar uma noção ampla do objeto e de sua intenção enquanto norma jurídica direcionada às causas que lhe são afetas¹⁰⁷.

¹⁰⁷ Cabe ressaltar que a arbitragem é observada e estudada por alguns ramos do Direito, a exemplo do direito internacional, direito civil, processo civil, comercial, constitucional e direito do trabalho. O foco da tese ora desenvolvida é voltada para o direito administrativo e a construção de um modelo voltado especificamente às causas públicas, por intermédio de elementos que possam viabilizar tal iniciativa, entretanto, por várias vezes serão tratadas matérias divergentes daquelas presentes na Administração

Comparando a arbitragem com a jurisdição estatal¹⁰⁸, pode-se verificar, conforme delineado no decorrer do presente trabalho, que ambas possuem alguns pontos que acabam por convergir, seja em determinadas fases do procedimento executado em cada seara, seja pela natureza jurídica conformadora de cada organismo, ou ainda, pela conexão de princípios correlatos, produção de provas, funções dos julgadores, capacidade civil, etc.

Da base pricipiológica tida como basilar no processo levado à termo pelo Poder Judiciário, destacam-se pelo menos dois postulados cuja abrangência remonta às mais homenageadas construções constitucionais a versar sobre as garantias dos litigantes, e que orientam, na mesma medida, o curso dos processos administrativo ou judicial: o contraditório¹⁰⁹, além, é claro, da isonomia ou igualdade¹¹⁰, ditam em caráter obrigatório, a égide sobre a qual transcorrerão os atos a serem praticados. Ambos são princípios já bem sedimentados na esfera cível e que, em razão da própria condição constitucional que lhes dá suporte e de sua obrigatória parametrização pelas legislações que almejem condições jurídico-constitucionais mínimas em seus procedimentos, é mister referendá-los como conseqüências do devido processo legal.

Outrossim, por mais informal que possa se conformar, existem premissas mínimas a evitar que erros grosseiros, a exemplo da não observação dos princípios citados, acarretem a nulidade de todo o procedimento. Parte-se, portanto, da máxima de que as partes devem ser cientificadas de todos os atos referentes ao processo arbitral, em razão de que sua falta prejudicaria a manifestação do interessado e, conseqüentemente, a produção de provas, a talante do que lhe fora alijado de percepção (Carmona, 2014).

Pública, ou seja, será possível vislumbrar no desenvolvimento do trabalho, tangenciamentos nas demais esferas de atuação da arbitragem, tendo em vista sua origem cível e, também, destaques históricos de seu nascimento ou afirmação no Brasil. Para tanto, buscou-se, *verbi gratia*, no direito constitucional, a acessibilidade à justiça pelo sistema arbitral. No direito civil, as bases para os primeiros passos, a evolução por meio do processo civil, a historicidade no direito comercial, etc., mas sempre com o intuito de parametrizar a arbitragem na Administração Pública ou servir-lhe de molde ou crítica construtiva de uma nova realidade em termos públicos.

¹⁰⁸ Quando se fala em jurisdição estatal, se está a referir ao Poder Judiciário. Faz-se necessário o esclarecimento, pois o objetivo do presente trabalho possui escopo voltado para o sistema administrativo arbitral na Administração Pública e, considerando o fato de que ainda nesse item se tratará da arbitragem enquanto forma de jurisdição inserida em um contexto estatal, mas ligada ao Poder Executivo, perfaz-se necessária tal menção.

¹⁰⁹ “Art. 5º [...] LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (Brasil, 1988).

¹¹⁰ “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: [...]” (Brasil, 1988, grifo nosso).

Sob um mesmo enfoque, tendo em vista a conexão que permeia contraditório e igualdade, o desequilíbrio dentro de qualquer procedimento, em especial a arbitragem, que possui como uma de suas marcas registradas a celeridade, pode fazer pender a causa, desigualmente, para uma das partes, prejudicando, inclusive, a produção de provas¹¹¹, tornando-a muito mais forte e robusta a um dos lados do que a outro, viciando o procedimento¹¹².

Decorrência lógica desse contexto é a imparcialidade do árbitro¹¹³, que deverá conduzir o processo sem predileções, tendo por obrigação revelar qualquer causa impeditiva ou de suspeição¹¹⁴ relacionada a uma das partes ou à própria causa, assim como a estas é facultado arguir estes mesmos questionamentos, na primeira

¹¹¹ A prova não encontra um título específico na Lei de Arbitragem, mas é possível verificar a exigência de sua produção quando da recusa do árbitro pela parte, no art. 15, da Lei 9.307: “A parte interessada em arguir (sic.) a recusa do árbitro apresentará, nos termos do art. 20, a respectiva exceção, diretamente ao árbitro ou ao presidente do tribunal arbitral, deduzindo suas razões e apresentando as provas pertinentes” (Brasil, 1996). O elenco de provas de que se pode lançar mão e que serão analisadas pelo árbitro ou pelo tribunal arbitral, também possuem um elenco na citada legislação, que além dessa disposição probatória, estabelece o rito procedimental para sua colheita: “Art. 22. Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício. § 1º O depoimento das partes e das testemunhas será tomado em local, dia e hora previamente comunicados, por escrito, e reduzido a termo, assinado pelo depoente, ou a seu rogo, e pelos árbitros. § 2º Em caso de desatendimento, sem justa causa, da convocação para prestar depoimento pessoal, o árbitro ou o tribunal arbitral levará em consideração o comportamento da parte faltosa, ao proferir sua sentença; se a ausência for de testemunha, nas mesmas circunstâncias, poderá o árbitro ou o presidente do tribunal arbitral requerer à autoridade judiciária que conduza a testemunha renitente, comprovando a existência da convenção de arbitragem. § 3º A revelia da parte não impedirá que seja proferida a sentença arbitral. § 5º Se, durante o procedimento arbitral, um árbitro vier a ser substituído fica a critério do substituto repetir as provas já produzidas” (Brasil, 1996a).

¹¹² Os princípios do contraditório e da igualdade encontram-se previstos na Lei Arbitral, juntamente com imparcialidade e livre convencimento do árbitro, conforme se verifica: “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, 1996a).

¹¹³ Além da menção na nota anterior, é preciso destacar a reiteração do referido princípio nos parágrafos dos artigos abaixo transcritos, o que denota a relevância do postulado sob a perspectiva da Lei de Arbitragem: “Art. 13. [...] § 6º No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição. [...] § 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, 1996a).

¹¹⁴ As causas de impedimento e suspeição dos árbitros podem ser verificadas nos artigos 14, 20 e parágrafo primeiro do artigo 20 da Lei de Arbitragem: “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. [...] Art. 20. A parte que pretender arguir (sic.) 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 arguição 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” (Brasil, 1996a).

oportunidade que tiverem para se manifestarem, após a instituição da arbitragem. Em semelhante sentido de contraditório e igualdade, a imparcialidade é um parâmetro estabelecido pelos direitos e garantias constitucionais básicos e solidificado pela processualística brasileira. É como se fosse um *standard* mínimo a guiar a lisura da jurisdição.

Ao ultrapassar a etapa de impedimento ou suspeição, o árbitro posta-se em plenas condições de apreciar a prova colhida no decorrer do procedimento arbitral. Esse rito de passagem permite à pessoa escolhida para conduzir os desígnios da arbitragem que avalie e valere as provas por seus próprios fundamentos, com amparo na legislação pertinente e nas regras estipuladas pelas partes, conformando assim, o princípio do livre convencimento motivado, expressamente declinado no artigo 21, §2^o¹¹⁵ e 26, inciso II¹¹⁶ (Carmona, 2009).

Implicitamente, mas na mesma tocada de princípios consagrados pelo ordenamento jurídico, a garantia processual¹¹⁷, considerada como elementar ao ensino proporcionado pelos cursos de Direito, posta-se em condição equânime com os demais postulados. Percebe-se que, mesmo ante a sua pacificação e unanimidade no mundo jurídico, no que compete à arbitragem, a menção se faz obrigatória, em razão de que se constitui em um método de resolução de conflitos que escapa ao monitoramento do Estado. Soma-se a isso, o fato de que as partes podem optar por regras de direito e de equidade¹¹⁸, ou lastrear-se em princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio¹¹⁹, o que, aos olhos da segurança jurídica, pode trazer um certo desconforto em razão de maleabilidade não

¹¹⁵ “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, 1996a, grifo nosso).

¹¹⁶ “Art. 26. São requisitos obrigatórios da sentença arbitral: [...] II - os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade (sic.) [...]” (Brasil, 1988).

¹¹⁷ Segundo preleciona Theodoro Júnior (2019, p. 48): “A exemplo da Constituição Italiana, a Carta brasileira foi emendada para explicitar que a garantia do *devido processo legal* (processo justo) deve assegurar ‘a razoável duração do processo’ e os meios que proporcionem ‘a celeridade de sua tramitação’ (CF, art. 5º, inc. LXXVIII, acrescentado pela Emenda Constitucional n. 45, de 30.12.2004). Nesse âmbito de comprometimento com o ‘justo’, com a ‘correção’, com a ‘efetividade’ e com a ‘presteza’ da prestação jurisdicional, o *due processo of law*, realiza, entre outras, a função de um superprincípio, coordenando e delimitando todos os demais princípios que informam tanto o processo como o procedimento. Inspira e torna realizável a *proporcionalidade e razoabilidade* que devem prevalecer na vigência e na harmonização de todos os princípios do direito processual de nosso tempo”.

¹¹⁸ “Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade (sic.), a critério das partes” (Brasil, 1996a).

¹¹⁹ “Art. 2º. [...] § 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio” (Brasil, 1996a).

congênera na via judicial. Entretanto, lembre-se que, por dever de obediência ao arcabouço jurídico brasileiro, deve-se atentar aos bons costumes e à ordem pública¹²⁰.

Agregando-se aos demais princípios, apesar de implícito, mas também um ponto de preocupação mais amiúde do devido processo legal, a autonomia da vontade se posta de forma *sui generis*, considerando-se a composição jurisdicionada. Essa premissa importa em destacar e valorizar a vontade dos componentes da relação que se estabelece como conflitiva, possibilitando-os a liberdade em deliberar acerca do conteúdo, forma e efeitos do ato jurídico, a quem será concedida a faculdade de escolher o(s) árbitro(s), a regra – direito ou equidade –, o local e a opção pelo próprio procedimento arbitral (Carmona, 2009).

Em uma mesma via de raciocínio, é adequado sustentar que:

El principio de la autonomía de la voluntad, como guía de las relaciones contractuales en el derecho interno y pilar de la búsqueda de la seguridad jurídica y la previsibilidad en las relaciones jurídicas, se ha puesto de manifiesto en la mayoría de los cambios legislativos recientes. De la misma manera, el principio ha demostrado ser fundamental para el uso del arbitraje en el Brasil, inicialmente como condición para la existencia del instituto a partir de una elección hecha por las partes contratantes, más tarde como la posibilidad de elección del número de árbitros, normas de derecho o equidad, formas de procedimiento, etc., y finalmente como justificación de las decisiones de los tribunales para salvaguardar lo que ha sido acordado por las partes involucradas¹²¹ (Gehlen; Spengler, 2021, p. 125).

Saliente-se que, a vontade das partes fica restrita às condicionantes relativas à opção pela arbitragem, regras que regerão a ela, ao árbitro, ao local, e à delimitação da controvérsia, não se estendo à sentença, a qual se restringe à responsabilidade do árbitro, considerado como juiz de fato e de direito, não cabendo às partes qualquer digressão ou ingerência no processo de composição desse último ato da arbitragem (Carmona, 1990).

Ainda na qualidade de princípio implícito, gize-se que a não revisão do mérito da sentença arbitral reveste-se como premissa inerente à própria noção

¹²⁰ “Art. 2º. [...] § 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública” (Brasil, 1996a).

¹²¹ “O princípio da autonomia da vontade, como norteador das relações contratuais no direito interno e pilar na busca pela segurança jurídica e previsibilidade nas relações jurídicas, tem se manifestado na maioria das recentes alterações legislativas. Da mesma forma, o princípio tem se mostrado fundamental para a utilização da arbitragem no Brasil, inicialmente como condição para a existência do instituto a partir de uma escolha feita pelas partes contratantes, posteriormente como a possibilidade de escolha do número de árbitros, normas de direito ou equidade, formas de procedimento, etc., e finalmente como justificativa das decisões dos tribunais para salvaguardar o que foi acordado pelas partes envolvidas” (Gehlen; Spengler, 2021, p. 125, tradução nossa).

hodiernamente difundida e encartada, especialmente no Diploma Processual Cível, que consiste em sustentar a arbitragem enquanto procedimento autônomo, sem a necessidade de confirmação ou aprovação do Poder Judiciário para sua eficácia. Redunda dessa argumentação, que não há revisão do mérito da sentença¹²² proveniente da arbitragem, pelo Judiciário. Este tem sua atuação restrita à eventual anulação da decisão, implicando em nova decisão do litígio pelo Tribunal Arbitral. Ressalve-se que não há substituição do mérito do julgamento do árbitro, cabendo apenas ao juiz a anulação da sentença arbitral pelo cometimento de erros no procedimento (Ferreira; Oliveira; Schmidt, 2021).

Como se vê, há uma flexibilidade do procedimento arbitral, que é delimitada por razões que defluem dos princípios anteriormente mencionados. Inclusive, esta é uma das razões que o difere dos mecanismos existentes na seara judicial. A regência pela autonomia da vontade e liberdade para que as partes decidam o formato sob o qual será instaurado o procedimento, subsistem apenas na via arbitral, representados pelos artigos 2º, § 1º, 11, inciso IV, 19, parágrafo único e 21, caput e §§s 1º e 2º, da Lei n. 9.307/96, sem equivalência nos processos cíveis e penais, ou mesmo em Juízos especiais, que utilizam a metodologia sumária (Montoro, 2010).

A arbitragem se introduz no ordenamento jurídico brasileiro, conforme exposto anteriormente, por intermédio da Lei n. 9.307/96 (Brasil, 1996a). A intenção do legislador tem por mote o tratamento questões estritamente relativas a direitos patrimoniais disponíveis. As causas que escapem a esse âmbito de atuação convergirão, inevitavelmente, ao Poder Judiciário. Há que se ter em mente que autonomia da vontade é a mola propulsora do formato engendrado pelo sistema arbitral. Apesar dessa faculdade não fazer supor que há o afastamento da regra constitucional prevista no inciso XXXV, do artigo 5º, da Constituição Federal, que garante a possibilidade de apreciação de lesão ou ameaça a direito, a partir da instituição da arbitragem, por livre e espontânea vontade, as partes se comprometem, via contrato, a solucionar os litígios que porventura dele possam advir (Figueira Júnior, 2019).

Com esopeque no exposto, afirma-se que:

¹²² Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei. [...] § 2º A sentença que julgar procedente o pedido declarará a nulidade da sentença arbitral, nos casos do art. 32, e determinará, se for o caso, que o árbitro ou o tribunal profira nova sentença arbitral (Brasil, 1996).

[...] a Lei de Arbitragem não exclui do Poder Judiciário a lesão a direito das partes, pois, caso a sentença arbitral seja ilegalmente proferida [...] poderá a parte se utilizar de diversos mecanismos para a ela se opor, a saber: propor ação própria de invalidação ou, até mesmo, arguir a ilegalidade em embargos à execução. Sendo assim, o Poder Judiciário sempre poderá ser acionado se houver alguma violação aos direitos das partes, mas se a arbitragem for instaurada e desenvolvida de acordo com o ordenamento jurídico, o mero inconformismo do vencido não é causa para se vulnerar a decisão requerendo a tutela do Poder Judiciário, já que, nesse caso, não há qualquer lesão a direito a ser por ele apreciada (Teixeira, 2016, p. 93-94).

Note-se o porquê de identificar-se, na autonomia da vontade das partes, um elemento basilar da arbitragem, cuja instituição poderá ser exigível por meio de tutela específica junto ao Judiciário. Em razão da adoção da Lei n. 9.307/96, afasta-se de entendimento diverso, anteriormente regulado pelo Código de Processo Civil de 1973, que considerava a cláusula arbitral como mera promessa contratual. Sob esse último entendimento, não bastava cláusula contratual a pactuar a arbitragem. A prescrição legal era de que os envolvidos na relação contratual fizessem termo arbitral específico para solucionar as divergências surgidas desse compromisso (Salles, 2020).

Corroborando o que já se expendeu em torno do que se pode valorar como baixa efetividade da arbitragem, constata-se que, mesmo em período posterior à vigência da Lei que a delimitou, o Supremo Tribunal Federal, ao tratar conflito entre duas sociedades comerciais, homologou sentença arbitral estrangeira¹²³, sob o argumento de que a cláusula compromissória deveria estar atrelada ao plano de validade do negócio jurídico e, para obtenção de validade, bastaria a confirmação da capacidade dos agentes, a licitude do objeto e a forma prescrita ou não defesa em lei. Ainda assim, necessitaria da disponibilidade dos direitos a serem arbitrados. Além do mais, sobrevindo violação à lei, lesão ou ameaça a direito, poderia o Judiciário intervir no sentido de invalidar a sentença arbitral. No mesmo julgado, relata-se o fato de que a Suprema Corte não declarou qualquer inconstitucionalidade que pudesse pôr em dúvida as regras da legislação em apreço (Beraldo, 2014).

Hodiernamente, observa-se que a doutrina posicionada em torno da natureza contratual da arbitragem possui raízes sedimentadas em uma concepção antiprogressista no que concerne a esse debate, mais vinculada a uma moldura

¹²³ STF, Tribunal Pleno, SE n. 5.206/ES, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 12/12/2001, DJ 30/4/2004, p. 29.

anacrônica, desenhada nos moldes da unicidade da jurisdição, por intermédio do Estado, detentor do monopólio de aplicação do direito ao caso concreto. É uma via apartada da jurisdição estatal, mas que possui contornos jurisdicionais que a aproximam do processo decisional verificado na esfera judiciária. Com base no anteriormente exposto, cabe gizar que a decisão arbitral, nos contornos atuais, tem força de sentença judicial transitada em julgado, corroborada de forma expressa pelo Código de Processo Civil, em seu artigo 515, inciso VII, que elevou a sentença arbitral à qualidade de título executivo judicial (Scavone Júnior, 2020).

Nomeadamente, a Lei n. 9.307/96 institui um dos marcos mais significativos em torno do sistema arbitral, certificando a validade e os efeitos do instituto, outrora discutidos fervorosamente pela doutrina brasileira, traduzidos na viabilidade de execução vinculada ao título oriundo de sua sentença. A par da existência de outras formas de solução de conflitos – cada uma com rituais próprios, que as tornam especiais às finalidades que pretendem alcançar –, a arbitragem vem ganhando espaço, ocupando uma posição de destaque dentre as multiportas de acesso à justiça, sem olvidar, é claro, da justiça pragmatizada pelo Poder Judiciário, brocardo constitucional histórico da justiça brasileira e que se posta como celeiro dos demais métodos de solução de controvérsias (Ferreira; Oliveira; Schmidt, 2021).

Reforçando o já posto, a similitude de atribuições de juiz e árbitro, na compreensão de terceiros responsáveis por decidir uma controvérsia, e, desse modo, por fim ao conflito instaurado pelas partes, pode se traduzir em um dos motivos plausíveis a explicitar o engajamento legislativo canalizado para a Lei n. 9.307/96. Paulatinamente, a opção por uma metodologia que envolva um terceiro, detentor da confiança das partes e preparado para avaliar e decidir o litígio de forma idêntica ao Estado-Juiz, será o impulso para uma transfiguração sem precedentes da jurisdição brasileira (Spengler, 2018).

Imprescindível, portanto, delimitar a natureza jurídica da arbitragem e, conseqüentemente, sua posição no sistema jurídico. Adentrar nesse tema equivale a definir a aplicação do modelo constitucional processual, sobre o qual se estendem os princípios processuais, independentemente da convenção das partes, coadunando-se, primordialmente, com a legislação processual cível e uma lei específica a lhe arrimar e para, além disso, pontuar definitivamente a evolução da arbitragem na qualidade de instituto jurídico propício a resolução de controvérsias (Teixeira, 2016).

Sob esse enfoque assevera-se:

A natureza jurídica da arbitragem (contratual ou jurisdicional) é questão que atormenta os estudiosos. De um lado colocam-se, irredutíveis, aqueles que vêem [sic] no instituto apenas seu lado contratual: a arbitragem origina-se de uma convenção, os poderes dos árbitros são apenas aqueles concedidos pelas partes, e o árbitro acaba sendo qualificado quase como um mandatário comum das partes, encarando-se então o laudo como a manifestação comum da vontade destas. Para outros, que partem da idéia [sic] de que a administração da justiça é um serviço público, a jurisdição dos árbitros só deve ser admitida se puder integrar-se a tal serviço; assim, a decisão arbitral é um julgamento, ao qual chega o árbitro através de um procedimento animado pelo contraditório e com a garantia maior da imparcialidade (ou seja, o processo) (Carmona, 2014, p. 5).

Por certo, apressado descartar o aporte de uma teoria baseada na natureza híbrida da arbitragem¹²⁴, que invoca a combinação das teses contratualista e jurisdicional, a princípio, antagônicas. Há que se sopesar que a origem da arbitragem é a convenção arbitral (contratual), o que impediria o seu desenvolvimento à parte do sistema jurídico tradicional, em razão do negócio jurídico em que está assentada, ou seja, o nascimento da arbitragem procede do acordo de vontades expresso na convenção de arbitragem; por outro viés, a sentença arbitral possuiria índole jurisdicional face aos efeitos por ela gerados (Teixeira, 2016).

Divergindo de uma concepção voltada para o caráter jurisdicional da arbitragem, verifica-se que uma parcela da doutrina se apoia no código de processo civil (Brasil, 2015a), mais especificamente no §1º do artigo 3º e no artigo 42, para abalizar tese diversa, alimentando o entendimento de que a regra processual cível teria imposto, peremptoriamente, a unicidade de jurisdição sob o argumento de que esta seria a manifestação do poder estatal e, por essa razão, não admitiria divisões. Além do mais, estaria configurada a partir dos princípios da investidura, da indelegabilidade e do juiz natural, sacramentando a ideia de que a existência de jurisdição diversa seria o mesmo que outorgar a outra esfera, habilitação para o exercício de poder de outrem (Facci, 2019).

Fixar a natureza da arbitragem como contratual ou híbrida, é retroceder à vigência da lei que lhe trouxe à lume, e mais grave, é praticamente olvidar o propósito legislativo do artigo 31, da Lei n. 9.307/96, negando-lhe eficácia (Brasil, 1996a). Assim procedendo, alijar-se-ia a arbitragem a mero substitutivo processual. De forma

¹²⁴ “Estabelece uma conciliação entre as disparidades verificadas nas teorias contratualista e jurisdicional. Para essa teoria, a arbitragem possui origem contratual (convenção arbitral), mas com efeitos jurisdicionais, uma vez que restará adstrita à ordem jurídica legal existente, mesmo que não controlada de forma integral por esse sistema” (Teixeira, 2016, p. 82-83).

cristalina, o dispositivo em tela confere à sentença arbitral condenatória a qualidade de título executivo judicial, produzindo os mesmos efeitos da sentença proferida pelo magistrado. Na verdade, o que pretende estabelecer o § 1º do artigo 3º do Diploma Processual Brasileiro, é exatamente o contrário do que a doutrina defensora da unidade de jurisdição intenta desconstituir. De fato, há uma conexão do *Codex* Processual, tanto com a Lei n. 9.307, quanto, por razões óbvias, com a Constituição, no sentido de que se assentam sobre os mesmos pilares de não exclusão do Poder Judiciário e de utilização de técnicas que possam trazer resultados positivos ao acesso à justiça (Theodoro Júnior, 2019).

4.3 A arbitragem como instrumento de modificação da realidade judicial

O estímulo à aplicação de métodos consensuais e adversariais, consubstanciados em critérios que se voltam especificamente à celeridade, à oralidade, à informalidade, à economia processual e à simplificação de procedimentos, personificados pelos já citados Juizados Especiais, obtêm, como consequência, decisões muito mais ágeis do que aquelas inseridas em um formato considerado convencional. As razões para isso dão-se em virtude da ritualística extensa e obrigatória, além dos recursos e da possibilidade sempre presente da protelação mal intencionada, do que restam por se tornar artifícios apelativos, que operam uma degradação do funcionamento do Judiciário (Bacellar, 2012).

Com efeito, a repercussão positiva de sintetização da própria sistemática do Judiciário já é motivo de regozijo, mas insuficiente a frear o quantitativo litigioso, que apenas migra para instâncias menos atribuladas e que, em pouco tempo, sofrerão os efeitos do mesmo mal que aflige a justiça comum. Tampouco colabora para desfazer o mito da unicidade jurisdicional, uma vez que mantém sob suas rédeas a resolução conflitiva. É preciso ampliar bases e pensar para além de paliativos tradicionalmente repetidos, sem um efeito prático que permita auferir confiabilidade no tratamento célere da demanda.

A inserção de alternativas que diferem da metodologia tradicional do Judiciário, sem dúvida, representou um avanço no tratamento adequado dos conflitos, mas a discussão *interna corporis* sobre a deflagração de uma iniciativa que faça reverberar tais técnicas para o âmbito externo dos átrios forenses não obtém semelhante propagação, sobejando aos estudiosos e doutrinadores, autoridades e,

principalmente, dos militantes no assunto e da comunidade acadêmica, a divulgação e o incentivo para que se reproduza algo semelhante na iniciativa privada e em outros focos de poder.

Não se trata de uma descartabilidade do universo judicial, mas de revigorar um sistema que não se mostra mais condizente a absorção de toda e qualquer complexidade das relações sociais, que se postariam a uma distância considerável da função real do Judiciário. Essa oposição manifesta-se, em primeiro plano, na impossibilidade de seleção das demandas que realmente representam um anseio do cidadão, o que contrasta com aquelas demandas situadas em um terreno infértil, que servem apenas de pano de fundo a intenções políticas nada coerentes com a boa prática que deve nortear suas ações, gerando conflitos sem a obtenção de qualquer solução.

Em acréscimo a essa narrativa, a “tribunalização” ou “judicialização da política” (Spengler, 2011, p. 21) faz com que o Judiciário se torne um gestor de conflitos, pois encontra-se no centro de uma discussão política inserida em um cenário economicamente globalizado e com evidente relativização da soberania. Toda essa conjuntura resta por afastar o capital estrangeiro, que depende da celeridade na resolução de suas pendências. Do contrário, a busca de divisas no Brasil seria medida desprovida de um sentido prático, ao tomar-se em conta a lucratividade a ser auferida e toda a engenharia necessária para a transferência do empreendimento de um país para o outro (Spengler, 2011).

Subestimar a capacidade da arbitragem em aprofundar raízes, na atual conjuntura brasileira, por mais surpreendente que possa parecer, ainda é prática corriqueira. Sem embargo, cresce o número de estudiosos e interessados na área, que, de forma vanguardista, sugerem novas aplicações do instituto nas mais diversas frentes.

Não é raro que parcela da comunidade jurídica se poste de forma antipática ao alastramento da arbitragem, o que se mostra perfeitamente saudável ao entendimento e evolução do instituto. O que devem ser rechaçadas são as manobras astuciosas e a deslealdade jurídica, de uma análise restrita, sobre um âmbito de aplicação isolado das bases sobre as quais se erigem o sistema arbitral.

Natural o debate ético, social e até mesmo econômico sobre a metodologia ora discutida, por via diversa, o que, de pronto, se repudia é depreender a intenção de cada componente do ordenamento jurídico pátrio, a partir de observação e crítica

adstrita a um único tópico ou artigo, sem um olhar periférico sobre a norma analisada e olvidando os demais dispositivos constantes dessa mesma regulação. Para avançar em um debate justo, é preciso verificar a acomodação das novidades legislativas e seu arranjo frente à legislação que as recepciona. E mais: de que forma o restante dos diplomas que versam sobre a mesma matéria se comportam diante dessas inserções.

Exemplificou-se, no tópico anterior, celeuma direcionada à natureza jurídica da arbitragem, mediante discussão travada em torno da interpretação do §1º, do artigo 3º do Código de Processo Civil (Brasil, 1996a). Isoladamente, pode-se moldar o texto à interpretação que se queira fazer. Por essa razão é que se preferiu delinear, em um primeiro momento, o arrimo constitucional da arbitragem, para, somente após esclarecer a costura jurídica do legislador, convergir para os diplomas cíveis, tendo por perspectiva o advento da Lei n. 9.307/96.

Insta mencionar, que as modificações pontuais efetivadas na codificação supramencionada, além da perspectiva alçada pela Lei Arbitral, conectam vários de seus dispositivos. Estrategicamente conformados, salientam os efeitos gerados pela arbitragem e ratificam a influência desse instituto em norma reconhecidamente associadas ao Poder Judiciário.

A relevância da menção à arbitragem, logo no artigo 3º da Norma Processual Civil, é o início de uma programação engendrada em vários tópicos de seu corpo legislativo, que se identifica em capítulos relativos à competência interna¹²⁵, à cooperação internacional¹²⁶, à forma dos atos processuais¹²⁷, à contestação¹²⁸, à audiência de instrução e julgamento¹²⁹, à sentença e coisa julgada¹³⁰ e,

¹²⁵ “Art. 42. As causas cíveis serão processadas e decididas pelo juiz nos limites de sua competência, ressalvado às partes o direito de instituir juízo arbitral, na forma da lei” (Brasil, 2015a).

¹²⁶ “Art. 69. [...] § 1º As cartas de ordem, precatória e arbitral seguirão o regime previsto neste Código” (Brasil, 2015a).

¹²⁷ “Art. 189. Os atos processuais são públicos, todavia tramitam em segredo de justiça os processos: [...] IV - que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo” (Brasil, 2015a).

¹²⁸ “Art. 337. Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar: [...] X - convenção de arbitragem; [...] § 5º Excetuadas a convenção de arbitragem e a incompetência relativa, o juiz conhecerá de ofício das matérias enumeradas neste artigo. § 6º A ausência de alegação da existência de convenção de arbitragem, na forma prevista neste Capítulo, implica aceitação da jurisdição estatal e renúncia ao juízo arbitral” (Brasil, 2015a).

¹²⁹ “Art. 359. Instalada a audiência, o juiz tentará conciliar as partes, independentemente do emprego anterior de outros métodos de solução consensual de conflitos, como a mediação e a arbitragem” (Brasil, 2015a).

¹³⁰ “Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: [...] VII - acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência; [...]” (Brasil, 2015a).

especialmente, com relação ao cumprimento de sentença e a perfectibilização da sentença arbitral como título executivo¹³¹, etc. (Brasil, 2015a).

O Código Civil também abraça a ideia de potencialização da Lei de Arbitragem e de seu congraçamento junto aos dispositivos já fixados na Lei Civilista. Em seu artigo 853¹³², não só reconhece o juízo arbitral como apto a resolver adversidades, mas prevê a legitimidade de cláusula compromissória nos contratos, para atingir esse intento (Brasil, 2002).

Percebe-se que não foi o simples acaso da Lei de Arbitragem que faz surgir uma forma inovadora e jurisdicionada de resolver os conflitos. Há um acolhimento, diante da percepção da relevância e urgência de método que possa servir de caminho concomitante ao Poder Judiciário e que repouse na mais ampla garantia de acesso a uma justiça célere e de qualidade, transmutando a cultura jurídica processual em chaves de ingresso a um formato de solução de controvérsias, impregnado de intenção volitiva a pactuá-lo. Melhor esclarecendo, a segurança gerada pela influência das partes envolvidas, que, mesmo em ambiente público ou privado, trará consigo um sistema digno de desembaraço do litígio e, por que não dizer, o surgimento de uma realidade judicial completamente diferenciada, em vista de seu descongestionamento (Dias, 2018).

A grande vantagem social a ser auferida, atribui-se, também, ao âmbito de instauração do procedimento, que poderá verificar-se tanto em um ambiente público, quanto privado. Essa diversificação auxilia na difusão e na aproximação de um moderno e ágil formato de jurisdição, da sociedade, quer seja pelo fato da confiabilidade do espaço para onde hoje convergem a maioria das lides – o Poder Judiciário – quer pela recepção do ordenamento jurídico brasileiro, no sentido de integrar a arbitragem em legislações que servem de sustentáculo ao Estado Democrático de Direito e à estrutura jurídica.

A instituição da arbitragem repousa em duas possibilidades fáticas, ambas inseridas no artigo 3º da Lei n. 9.307/96. Ao optar por uma das alternativas dispostas na referida Lei Ordinária, as partes manifestam vontade no sentido de resolver os conflitos oriundos de determinado pacto, por meio do método arbitral, seja em razão

¹³¹ “Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: [...] VII - a sentença arbitral; [...]” (Brasil, 2015a).

¹³² Art. 853. Admite-se nos contratos a cláusula compromissória, para resolver divergências mediante juízo arbitral, na forma estabelecida em lei especial (Brasil, 2002).

do aceite de cláusula prevista no próprio instrumento contratual, seja via convenção externa ao contrato (Brasil, 1996a).

Independentemente da escolha, trata-se de uma fase emblemática ao sucesso do procedimento, uma vez que os sujeitos envolvidos, a depender da situação jurídica apresentada, mesmo que anterior a qualquer antagonismo verificado na relação que possuem entre si, resolvem aderir à arbitragem.

Em conexão com o capítulo anterior, a pretensão do legislador de 1996 foi a de engendrar uma fórmula de resolução de conflitos que obtivesse respaldo do Estado e fosse identificada como um organismo com força coercitiva própria, pois a intenção era a de remodelar a realidade judiciária de forma substancial, e que a conjunção ali delineada obtivesse um potencial próximo do que se verifica nas lides conduzidas pelo juiz togado (Carmona, 2014).

Para explicitar e corroborar a intenção legislativa, impende verificar os instrumentos aptos a caucionar o caráter volitivo da arbitragem. Em primeiro plano, a cláusula compromissória emerge como um tipo de negócio jurídico – exatamente nos mesmos padrões de qualquer outro negócio estipulado pelo Código Civil¹³³ – em que as partes se confundem com os contratantes. Nesse campo, portanto, a primeira verificação a ser efetivada é com relação à capacidade dos sujeitos integrantes da relação negocial, o que, no caso da arbitragem, é identificada como arbitrabilidade subjetiva, a qual, por deter a característica específica de renúncia à via estatal, somente é facultada a partes capazes, ou seja, que possam dispor livremente sobre seus direitos e desígnios contratuais, sem a necessidade de interveniência ou representação (Aprigliano, 2012).

Em comparativo com a matéria cível, há um pormenor na arbitragem que a difere e que restringe as regras relativas à adesão a esse sistema: a plena capacidade das partes, ou seja, o exercício da vontade de arbitrar deve ser expresso pelos sujeitos da relação, de forma livre e consciente. Aliado a isso, a constituição de juízo arbitral pressupõe a disponibilidade do direito, restando alijados do procedimento aqueles que tenham apenas poderes de administração e os incapazes (Carmona, 2009).

O artigo 1^o¹³⁴, da Lei n. 9.307/96, enfatiza a necessidade de partes capazes

¹³³ Especialmente no que tange à capacidade para contratar, a exigência integra o inciso I do artigo 104 do Código Civil, a seguir transcrito: “Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; [...]” (Brasil, 2002).

¹³⁴ “Art. 1^o As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis” (Brasil, 1996a).

contratualmente, de acordo com a Lei Civil, como requisito de validade a dirimir conflitos por intermédio da arbitragem. O fato de uma pessoa incapaz, mesmo que representada, demonstre desejo em aderir ao regime arbitral, causa vício insanável à composição pactuada.

A título exemplificativo, Melo (2016, p. 5) fala sobre os atos de disposição praticados pelo menor representado, diante das disposições do sistema legislativo brasileiro:

Atos de disposição do menor ou do incapaz, mesmo que representado, pelo sistema brasileiro, dependem de controle judicial e oitiva do Ministério Público, ainda que o interesse patrimonial lhes seja vantajoso, de modo que não parece existir nem mesmo a disponibilidade do direito necessária para atuação em sede arbitral. Pode-se concluir, portanto, que a representação legal derivada de proteção à incapacidade, derivada do exercício do poder familiar, ainda que na tutela de interesses patrimoniais do menor, diante de tais premissas, mostram-se incompatíveis com o desdobramento e julgamento por parte de um Tribunal Arbitral.

Acentue-se que a interveniência do Ministério Público, à guisa do que ocorre no Processo Cível, não se repete na norma arbitral. O que se verifica na prática, é que, ao Promotor de Justiça, no âmbito dos órgãos da Justiça do Trabalho e em razão da competência auferida ao Ministério Público do Trabalho, é facultada a atuação no exercício da função de árbitro, caso seja solicitado pelas partes, nos casos de dissídio. Em outras esferas jurisdicionais, também é factível a participação do representante do Ministério Público como árbitro, bastando que, para tanto, haja lei autorizativa a nortear tal possibilidade. No caso do Ministério Público do Trabalho, a Lei Complementar n. 75/93, que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União, concede essa aptidão de atuação (Diniz, 2004).

Condizente com uma certa restrição relativa à arbitrabilidade subjetiva, a atuação do juízo arbitral, embora ampla, não possui liberdade de atuação sobre toda e qualquer matéria. Apenas os direitos ou interesses patrimoniais sobejam à disposição da arbitragem, rechaçando-se, de plano, o trato de questões que se refiram ao direito da família (filiação, pátrio poder, casamento, alimentos); direito da sucessão; coisas fora do comércio; obrigações naturais; de direito penal, etc., extrínsecas ao universo de atuação da autonomia da vontade das partes. Todavia, as decorrências patrimoniais dos direitos da personalidade são plenamente arbitráveis. Na prática, nome, honra e imagem estão excluídas do processo arbitral, mas é perfeitamente crível o encaminhamento de, por exemplo, pleito visando à indenização por danos

morais, em razão de violação à honra objetiva de determinada pessoa física ou jurídica, bem como ressarcimento pela violação de um contrato de cessão de uso pela imagem (Fichtner; Mannheimer; Monteiro, 2019).

Ao contrário, a título de ilustração, a alteração do nome civil é reservada ao Poder Judiciário, o que se coaduna com a reserva jurisdicional, remanescendo ainda, sob a competência do juiz estatal, além dos tópicos anteriormente elencados, aspectos essenciais ao regular funcionamento do aparato arbitral, “para compelir a submissão da disputa à adjudicação do caso pelo árbitro e para assegurar, mediante coerção, se necessário, o cumprimento das decisões do árbitro” (Salles, 2020, p. 290). A partir da convenção da arbitragem “a jurisdição estatal exerce um importante papel de referencial simbólico na construção da efetividade da convenção e das decisões arbitrais” (Salles, 2020, p. 298). Em contrapartida, é indispensável manter a arbitragem livre de interferências judiciais, sob pena de impedir seu adequado funcionamento. É o chamado princípio do isolamento do processo arbitral (Salles, 2020).

Não menos polêmica é a discussão sobre a partilha de bens no direito sucessório, em que o atendimento das questões testamentárias (cumprimento de condições estabelecidas pelo testador, atendimento de restrições testamentárias – encargos, cláusulas de incomunicabilidade, impenhorabilidade, etc.) é matéria afeta exclusivamente ao Judiciário, enquanto que a função de decidir conflitos inerentes à divisão dos bens ou à partilha entre os herdeiros poderá ser carreada à arbitragem. (Figueira Júnior, 2019).

Por conta do ocorrido, não é exagerado supor que a introdução da Administração Pública no cenário da arbitragem, apesar de não tão simples como se supõe, é perfeitamente executável perante a experiência de que já se dispõe, além do mais, impõe-se como instrumento valioso de promoção do tratamento de demandas individuais e sociais, perfazendo-se em uma resposta mais célere e eficiente ao que se espera da dissolução conflitiva, correspondendo, portanto, ao anseio da sociedade (Notari, 2016).

Por outro prisma, também atende ao clamor pelo descongestionamento Judiciário e a resposta a uma política pública que possa mitigar o estacionário gargalo judicial. Por derradeiro, além de uma interrupção substancial dos litígios judiciais provenientes de quem se convencionou chamar de litigante habitual, abre-se a oportunidade para que a Administração Pública tome as rédeas de boa parte de suas

contendas. Por essa razão, e diante de todo o contexto apresentado, é que a arbitragem se despe da condição de alternativa à jurisdição estatal para servir de instrumento de modificação da realidade social, cultural e judicial.

4.4 Inovações trazidas pela Lei n. 13.129/2015: o marco regulatório à aplicação da Lei n. 9.307/96 à Administração Pública

Reitere-se que a estrutura estatal voltada para a solução de litígios converge, em sua maior parte, para o Judiciário. Essa tendência histórica, entranhada na cultura brasileira, pressupõe o entendimento de que qualquer iniciativa externa ao ambiente forense, que não possua a chancela de uma sentença proferida por um juiz togado, careceria da coercibilidade e imperatividade estatais, traduzindo a pretensão dos poderes concedidos à Administração Pública, presentes desde o seu nascedouro. (Pinho, 2019).

No mesmo sentido:

[...] identifica-se na expressão 'asseguradas pelo Poder Público', a introdução do distintivo elemento jurídico da coerção – com o sentido de mando, de poder, de supremacia, em suma, de *imperium* – que está na própria essência do Estado, como seu legítimo monopolista nas sociedades juspoliticamente organizadas (Moreira Neto, 2014, p. 5).

Entretanto, inversamente ao que se propaga pelo pensamento corrente, a jurisdição estatal sobrevém aos primeiros fragmentos de métodos heterocompositivos, sobretudo a arbitragem. Ao invés da preocupação em sobrepor a força do Estado para impelir as partes ao acatamento de uma ordem judicial, os envolvidos em determinada contenda buscavam, por livre e espontânea vontade, em um componente de sua própria comunidade e que representasse uma referência no que tange aos aspectos de lisura, probidade, competência, respeito e dignidade, o terceiro a quem seria atribuída a responsabilidade por desfazer o litígio (Carmona, 1990).

Face as suas origens e características, o procedimento arbitral, ao mesmo tempo em que possui potencial para produzir uma ruptura na forma com que a Administração Pública conduz suas divergências, seja como parte autora ou ré, mantém o processo decisional atrelado a um terceiro, denominado árbitro, que será o responsável por emitir a sentença arbitral (Carmona, 2008).

O avanço legislativo propugnado pela Lei n. 13.129 (Brasil, 2015b), alterando a Lei n. 9.307 (Brasil, 1996a) e propiciando a inclusão da Administração Pública na qualidade de ente possuidor das faculdades necessárias à efetivação da arbitragem, sem sombra de dúvidas, representou um avanço na ampliação do acesso à justiça e na prospecção de um novo horizonte ao tratamento de conflitos¹³⁵.

Não obstante, é preciso dar um passo adiante. Não basta a utilização do instrumento arbitral como via secundária de acesso, especialmente quando uma das partes for a Administração Pública. A oportunidade estabelecida pela Lei n. 13.129/2015 converge para essa ideia de deslocalização dos procedimentos voltados à execução da arbitragem. Além da permissibilidade no que tange à adesão dos entes públicos, encartada nos parágrafos 1º¹³⁶ e 2º¹³⁷, do artigo 1º e no artigo 5º¹³⁸, da Lei 9.307/96 (BRASIL, 1996a), reza que às partes é facultado o estabelecimento de opção pertinente ao órgão arbitral institucional, ou instituição especializada, a cujas regras estarão adstritas.

Da análise do referido preceito, aliado ao artigo 21¹³⁹ do mesmo estatuto, permite-se, ainda, inferir que o ente escolhido para executar o procedimento arbitral, caso necessário, não obriga a vinculação à alguma comarca judicial, ou seja, a estipulação da instituição que realizará o trâmite poderá recair sobre pessoa jurídica privada especializada.

Gerar alternativas viáveis, em um setor com um regramento em que vige um critério de subordinação à lei, é o principal desafio. É fundamental que quaisquer instrumentos, desde os mais simples, até os mais complexos, sejam moldados a partir da concepção administrativa. Princípios como o da supremacia do interesse público

¹³⁵ Apesar da tese referir-se ao tratamento dos conflitos na Administração Pública, por intermédio da arbitragem, o capítulo em pauta tem por objetivo traçar as inovações trazidas pela Lei n. 13.129/2015 ao instituto arbitral, razão pela qual, *en passant*, serão tratadas questões gerais da referida lei, cujo reflexo poderá ser verificado no estudo da arbitragem executada na Esfera Executiva.

¹³⁶ “Art. 1º [...] § 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis” (Brasil, 1996a).

¹³⁷ “Art. 1º [...] § 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, 1996a).

¹³⁸ “Art. 5º Reportando-se as partes, na cláusula compromissória, às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras, podendo, igualmente, as partes estabelecer na própria cláusula, ou em outro documento, a forma convencionada para a instituição da arbitragem” (Brasil, 1996a).

¹³⁹ “Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento” (Brasil, 1996a).

sobre o particular e o da indisponibilidade do interesse público ou legalidade não podem ser considerados entraves, mas ferramentas a serem utilizadas na construção de um serviço público de excelência.

A expressão da legislação arbitral ganha ainda mais vulto ao considerar-se o caráter evolutivo do atual Código de Processo Civil. Anteriormente à recente revogação pelo Estatuto processual que lhe precedeu, a Lei n. 5.869, prospectava a instituição de juízo arbitral às causas cíveis. Em capítulo reservado especificamente à matéria, embora diminuto, constavam apenas dois artigos em seu bojo, no capítulo destinado à competência, mais detidamente nos artigos 86¹⁴⁰ e 87¹⁴¹ (Brasil, 1973).

Sob essa ótica, o *Códex Processual Civilista* adota o princípio *Kompetenz-Kompetenz*¹⁴² e traça uma equiparação entre árbitro e juiz, uma vez que deixa de lado expressões como laudo arbitral e decisão arbitral para referir-se à sentença arbitral, em nítida alusão ao caráter autossuficiente do instituto. Como se vê, à arbitragem reconhece-se uma roupagem autônoma, que já defluía visivelmente a partir da lei que a instituiu, inclusive com relação à responsabilidades das partes, em conjunto com o Tribunal Arbitral, por traçar seus próprios ritos ou por eleger uma entidade especializada que possa dirigir a demanda, harmonizando-se com uma capacidade de atualização sem precedentes, pois a tendência de instituições do ramo é que haja uma atualização constante, convergente com as questões jurídicas internacionais. Pioneiramente, o que parecia, aos olhos da doutrina brasileira, um tanto que onírico, passa a ter concretude em vista de uma renovação constante da arbitragem, sem a necessidade de alteração de sua lei de origem (Straube, 2016).

¹⁴⁰ “Art. 86. As causas cíveis serão processadas e decididas, ou simplesmente decididas, pelos órgãos jurisdicionais, nos limites de sua competência, ressalvada às partes a faculdade de instituírem juízo arbitral” (Brasil, 1973).

¹⁴¹ “Art. 87. Determina-se a competência no momento em que a ação é proposta. São irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria ou da hierarquia” (Brasil, 1973).

¹⁴² Tem-se por princípio *Kompetenz-Kompetenz* a atribuição de cada julgador para analisar sua própria competência. No caso da Lei de Arbitragem, a análise em torno da existência, validade e eficácia do compromisso arbitral e da cláusula compromissória, deve ser auferido ao árbitro, afastando-se, por consequência, a análise do Poder Judiciário, voltada para os mesmos requisitos. Em caráter modulatório, Carmona (2009, p. 176) afirma que essa atribuição de poderes resolve apenas parte do problema, “pois, em algumas hipóteses, caberá ao juiz togado lidar com a questão da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem. Isso ocorrerá como já se viu, nos casos do art. 7º da Lei, e também quando o réu, citado para os termos de uma demanda, arguir exceção de compromisso, sem esquecer que, quanto à cláusula arbitral, poderá o juiz, de ofício, reconhecendo sua validade, extinguir o processo, remetendo as partes à via arbitral para solucionar seu litígio”, retirando uma pretensa exclusividade do árbitro, no entorno da discussão de tais celeumas jurídicas.

Influenciada pela receita trazida pelo Diploma Processual Cível e calcadas na base jurídica existente na Lei n. 9.307/96, as alterações trazidas pela Lei n. 13.129/2015¹⁴³ buscaram alastrar o espectro de aplicação da arbitragem. Ocorre que nem mesmo o legislador teria imaginado que a inclusão da Administração Pública nessa operação traria tantas dúvidas e divergências doutrinárias a rodeá-la. Por ora, estabelece-se uma diretriz concentrada na modificação inovatória e não tanto nas discussões centradas em torno do tema, tendo em vista tratar-se do advento da Lei n. 13.129 e não de suas antinomias, o que será objeto de discussão em capítulo apropriado.

Apesar das carências em determinados aspectos práticos da prospecção da legislação arbitral de 2015, mostraram-se de alta relevância os dispositivos por ela trazidos à lume. Para o setor público, representou o passaporte ao aprofundamento de normativas que já se delineavam a partir de leis esparsas que versavam sobre a matéria. Uma oportunidade sem igual a dar azo a importantes avanços, no que respeita a expansão do acesso à justiça por meio da arbitragem.

Importa esclarecer que a arbitragem na órbita pública direta e indireta, a teor do que deflui do §1º¹⁴⁴ do artigo 1º, da Lei 9.307/96, devidamente alterada pela norma que presentemente se analisa, detém concessão da referida regra, para dirimir conflitos patrimoniais disponíveis, com suporte nos mandamentos assentados pela Lei de Arbitragem.

Da imposição legal, tem-se, principalmente, a corroboração do que se disseminava por entre muros na seara pública e a vultuosa colaboração da normativa a todos aqueles que militam na área, seja em razão de ocupação de postos de comando, na qualidade de agente público, ou estudioso da matéria. Isto não quer dizer que o assunto não mereça atenção mais aprofundada, sobretudo na mecanização do

¹⁴³ Em vista do destaque feito pelo presente trabalho à arbitragem na Administração Pública e considerando a justificativa em tratar o tema separadamente, a partir de premissas que inovaram de forma geral a Lei n. 9.307/96 e que não se delinham somente com inspiração na Administração Pública, mas também se debruça sobre outros temas de magnitude à efetividade da norma em comento, cabe salientar que, conforme consta de sua ementa a seguir transcrita, existem outros temas que afetam o processo arbitral e, obviamente o processo a ser executado na Administração Pública: “Altera a Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei n. 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 n. 9.307, de 23 de setembro de 1996” (Brasil, 2015b).

¹⁴⁴ “Art. 1º [...] § 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis” (Brasil, 1996a).

procedimento em meio diverso do privado, entretanto, o que cabe no item em deslinde é trazer à tona as modificações relevantes dessa peça legislativa.

No que tange à Administração Pública, pode-se ressaltar, ainda sob foco específico, que a Lei n. 13.129/2015 mantém a arbitragem centrada em bens públicos disponíveis, nomeando antecipadamente como responsável pelos acordos e transações efetivadas nesse contexto a mesma autoridade ou órgão designado para formalização de convenção de arbitragem¹⁴⁵ (Brasil, 2015b).

Significa dizer que, em termos de arbitrabilidade subjetiva e objetiva, a regra procurou delimitar as condições para que os órgãos públicos possam efetivar a arbitragem. As pessoas jurídicas de direito público (União, Estados, Distrito Federal, Municípios e suas respectivas autarquias) estão aptas a procederem à convenção de arbitragem e, como consequência lógica, resolverem os conflitos nelas consubstanciados, com base no procedimento arbitral. Considerando o universo das causas que se apresentam como propensas à efetivação de convenção arbitral, nos mais diversos temas afetos à Administração Pública, como, por exemplo, nos contratos de fornecimento, obras e prestação de serviços derivados da Lei de Licitações, nos demais contratos administrativos, convênios, contratos de gestão, cessão, concessão e permissão de uso e etc., é de se aventar que grande parte das divergências administrativas poderão ser dirimidas pela arbitragem (Schmidt, 2016).

Em contrapartida, há que se ter o devido cuidado ante a interpretação do significado de patrimônio disponível da Administração. Essa noção se mostra bem mais intrincada do que eventuais dúvidas que possam advir da arbitrabilidade subjetiva, pois, embora se tenha delimitado um conceito atrelado à legislação cível sobre o tema, a indisponibilidade para a gestão pública designa um conjunto de direitos e de bens que não se confundem com a iniciativa privada, mas somam-se a elas. Portanto, além das objeções resultantes da indisponibilidade cível, acresce-se à especificidade pública o que é considerado disponível na Administração, em razão de fatores inerentes à bens ou valores que não são negociáveis pelo poder público. No caso, bens para serem disponíveis carecem de desafetação, já os valores dispendidos pela Administração têm de se mostrar coerentes com o interesse público, que é inegociável. Naturalmente, há influência da intensidade da autonomia da vontade, que

¹⁴⁵ “Art. 1º [...] § 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, 1996a).

transparece como destaque corriqueiro no regime jurídico de direito privado, não irrompendo com o mesmo ímpeto na seara pública (Giovanini; Pereira, 2017).

Ocorre que a manifestação da vontade por parte da Administração Pública é efetivada em dois momentos bem característicos da arbitragem, mas não se perfilham como ato preliminar ou antecipatório ao instituto. Compõem o procedimento propriamente dito e demonstram a intenção de submeter os possíveis litígios oriundos da relação contratual pactuada ao regime arbitral, ou seja, suficientes à que o árbitro assumira sua atribuição e deflagre o processo. São elas: “a cláusula compromissória e o compromisso arbitral” (Carmona, 2014, p. 2), ambas componentes do que a Lei n. 9.307/96 optou por inserir sob capítulo denominado “da convenção de arbitragem e seus efeitos” (Brasil, 1996a).

Segundo Pinho, Rodrigues e Strätz (2020, p. 66-67), nos contratos administrativos, é possível detectar situação em que o poder público se põe em igualdade de condições com o particular e sob essas condições estariam salvaguardadas as hipóteses de arbitragem cabíveis nesse terreno:

Por outro lado, não se pode desconsiderar que, não raras vezes, os entes públicos das diversas esferas celebram negócios jurídicos (contratos, convênios, permissões de uso, etc.) como se particulares fossem, mediante a realização de atos de inequívoca disposição de seu patrimônio. É indubitável que, em tais casos, nos quais a Administração Pública despe-se de suas prerrogativas de império, colocando-se em igualdade de condições com o particular – doutrinariamente conhecidos como contratos da administração –, não há de se falar em impossibilidade do uso da arbitragem. Ao contrário, é exatamente em tais hipóteses que terá plena aplicabilidade a regra disposta no § 1º do art. 1º da Lei de Arbitragem. Por outro lado, tal não ocorrerá nas hipóteses em que a Administração Pública celebrar ajustes que envolvam interesses sobre os quais não possua poderes de disposição, tais como os relativos às suas políticas públicas primárias e os alusivos ao seu poder de polícia.

Pondera-se que a Lei de Arbitragem optou por distinguir, dentro do campo da convenção arbitral, a cláusula compromissória, do compromisso arbitral, respeitando a trajetória legislativa preponderante no cenário brasileiro, mas dissonante de países que preferem a unidade da prática arbitral, a exemplo de Paraguai e Espanha. Isso traz efeitos práticos de cunho sistêmico na arbitragem, mais detidamente na indicação do árbitro, que, no Brasil, é feita de forma direta pelas partes, enquanto para aqueles países para os quais não há uma distinção entre cláusula compromissória e compromisso arbitral, permite-se a nomeação de árbitro por uma câmara de comércio ou tribunal institucional (Carmona, 2014).

Mesmo que cláusula compromissória e o compromisso arbitral mantenham-se igualmente adstritos aos princípios inerentes à arbitragem e ambos importem em renúncia da jurisdição ordinária, a diferença entre tais convenções é marcada mais preponderantemente pelo advento do desencadeamento do conflito, ou, na previsão de solução, por intermédio da arbitragem, na eventualidade de sua ocorrência. No primeiro caso, fala-se em compromisso arbitral; no segundo, de cláusula compromissória (Morais; Spengler, 2012).

Carmona (2014, p. 2) esclarece, sob ponto de vista congruente com o já salientado, que:

Assim, continuamos a ter a cláusula como avença através da qual as partes inserem em determinado contrato a decisão de submeter eventuais e futuras controvérsias à solução de árbitros, enquanto o compromisso arbitral é o negócio jurídico processual através do qual as partes submetem desde logo um litígio – concreto e atual – à solução de árbitros. A distinção primeira, bem se vê, é meramente temporal: a cláusula trata de situação futura e eventual, enquanto o compromisso lida com questão concreta e atual.

Talvez o formato mais restritivo à Administração Pública, constante nas alterações da Lei n. 13.129/2015, seja o relativo aos critérios determinantes ao processamento e julgamento da relação conflitiva pelo juízo arbitral. Assim sendo, a norma estabeleceu em seu artigo 2º, §3º¹⁴⁶, que a condução da arbitragem das pessoas jurídicas de direito público não poderá obedecer a critérios alternativos ao direito, ou seja, de acordo com o que expressa a própria norma, não deverá ser utilizado, nesses casos, o critério de equidade, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade, previsto no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal que, como se sabe, adstringe o legislador a fazer somente o que prevê a lei, afastando, por resultado, qualquer critério que não se identifique com o legal (Oliveira, 2022).

Mais uma vez, é imprescindível frisar o alto grau de relevância das alterações trazidas pela Lei n. 13.129/2015, conjugadas com dispositivos já previstos pela Lei 9.307/96, mas com grande influência sobre a normativa que se inseriu nesse contexto. Via de regra, aventar as benesses dessa inserção normativa volta-se, normalmente, para a Administração Pública, que seria a principal agraciada com a arbitragem. Todavia, muitos dos contratos firmados nesse campo possuem vulto econômico cada

¹⁴⁶ “Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade [sic.], a critério das partes. [...] § 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade” (Brasil, 1996a).

vez maior, e, devido a esse fator, existem chances ainda mais elevadas de conflitos e previsões imperfeitas das contingências e intercorrências futuras, que não podem depender de tempo demasiado longo para o deslinde de questões jurídicas, razão pela qual grandes empreendimentos – nacionais e internacionais – buscam na arbitragem uma resolução mais célere e a garantia de que o lucro a ser auferido não se esvairá em demandas intermináveis (Sena, 2021).

5 A ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Em consonância com o que se discorreu em capítulo anterior, cabe repisar que a conflitividade acompanha a trajetória da humanidade desde as mais priscas eras. Conforme já mencionado, mesmo em períodos mais longínquos da história, as formas de solução de conflitos, apesar de rudimentares, já podiam ser visualizadas. Também pode-se verificar que, com o surgimento do Estado, sobreveio a necessidade de regradar as relações, tanto entre os indivíduos, quanto entre estes e o Poder Público.

Os direitos e garantias avultaram-se, alcançando patamar constitucional. Minorias antes ignoradas uniram-se em prol de causas coletivas, prospectando-se ante à sociedade, postulando a igualdade propugnada pela Lei Maior, fazendo com que as instituições responsáveis pela observação e manutenção de um *status* coerente com a realidade que se apresenta sejam cada vez mais integradas aos anseios populares.

Por outro lado, as consequências advindas de pleitos da sociedade nem sempre encontram receptividade dos demais membros que, em contraponto a um discurso que não se adapta aos conceitos tradicionais da cultura, convicções ou mesmo das crenças existentes em determinado contexto, insurgem-se contra as mais variadas formas de discriminação.

Aliado a isso, têm-se as disputas por espaço, bens e toda tipologia jurídica à disposição do cidadão que, de alguma forma, gere um conflito que, por consequência, poderá suscitar a interveniência do Poder Judiciário.

Grande parte dessas demandas tem correlação imediata com a Administração Pública, entretanto, as medidas tendentes a atacar de forma mais contundente essa seara específica de litígios não correspondem ao crescimento vertiginoso dessas causas.

A proposta do capítulo a seguir delineado passa pela demonstração das principais vantagens de se pensar a arbitragem de forma mais efetiva e ampla na Administração Pública.

Nos itens que se seguem, busca-se, além de lastrear as proposições a serem efetivadas no capítulo de encerramento, demonstrar a insuficiência das alterações efetuadas na Lei n. 9.307/96, que enfatizaram a possibilidade de a Administração Pública utilizar-se da arbitragem para dirimir seus conflitos.

Não obstante, procura-se destacar o processo evolutivo das normas de caráter

público em contraste com as alterações introduzidas pela Lei n. 13.129/2015 à Lei de Arbitragem, para, ao cabo, verificar a (in)compatibilidade da arbitragem administrativa com as peculiaridades do sistema atualmente vigente no Brasil.

5.1 Principais vantagens à expansão da arbitragem na Administração Pública

Muito embora seja compreensível que o procedimento jurisdicionado seja a tônica da heterocomposição, ao alijá-lo do rol de soluções tendentes à modificação da situação fática da seara judicial afasta-se, por consequência, a arbitragem, método que mais se aproxima do formato estabelecido pelo Poder Judiciário e que poderia ser a baliza de transição a novos parâmetros de resolução conflitiva. Em um primeiro momento, lançaria as bases de um sistema que seja independente do Judiciário, mas que não impede a utilização nesse âmbito; segundo, porque traria consigo as demais técnicas de tratamento de litígios, dando visibilidade às multiportas de acesso à justiça.

Ao mesmo tempo, a aplicação da arbitragem na Administração Pública, mais especificamente no Poder Executivo, mitigaria substancialmente as demandas a cargo do Judiciário, tendo em consideração o fato de que se eliminaria grande parte das demandas atribuídas ao litigante com maior número de processos, seja como sujeito ativo, seja no polo passivo dos processos judiciais.

Mesmo diante de objeções e de uma pretensa desconexão para com os construtos erigidos a partir das origens do Direito Administrativo e da Administração Pública, ainda assim subsiste uma série de vantagens em prol da idealização de um aprofundamento da arbitragem, timidamente utilizada e em escala diminuta de crescimento em comparação ao que se almeja.

Geralmente, traçar os benefícios oriundos da arbitragem impende posicioná-la em paralelo com a oferta jurisdicional comum, proporcionada pelo Poder Judiciário. Assim sendo, parte-se de consideração recorrente no transcurso do presente trabalho de auferir ao sistema arbitral um caráter jurisdicional, fazendo com que o trânsito entre um e outro campo jurídico não sofra o rompimento brusco de técnica que privilegia uma decisão efetivada por terceiro, o que muitas vezes é visto como quebra de confiança ante o desfazimento da tríade anteriormente estabelecida e que, no sentir das partes, poderia ensejar uma decisão equivocada em torno do litígio e, principalmente, a ausência de sua definitividade.

Ocorre que, além do amparo dessa semelhança procedimental em prol da arbitragem, o reforço de uma sentença constitutiva de título judicial, proveniente do Código de Processo Civil, enaltece a mais valia do instituto. Isso corrobora de fato e de direito o que já era alardeado por grande parte da comunidade jurídica, praticado por algumas entidades, mas, infelizmente, ainda com número reduzido de adeptos, comparando-se com os índices exorbitantes de entrada e saída de lides observados na justiça convencional.

Essa aproximação ganha ainda mais naturalidade ao imaginar-se a manutenção do desenvolvimento de estratégia de resolução de conflitos em um ambiente totalmente público, desta feita vinculado ao Poder Executivo, mas livre das amarras que impactam negativamente sobre a velocidade com que as lides são tratadas no Judiciário. Este se vê envolto pela exigência da sociedade em ampliar a oferta da justiça, de forma condizente com os efeitos globalizantes, que amplificam e inovam a gama de direitos, os quais já não obtinham correspondência e abrigo em sua totalidade.

No entanto, esse déficit não pode ser atribuído somente ao encapsulamento da resolução de conflitos, restrita à tecnicidade tradicional do Judiciário. A vanguarda de um sistema que possa, ao mesmo tempo, abranger novos direitos e arrefecer de maneira propositiva a carga cumulativa de processos judiciais não se associa imediatamente com a implementação da estrutura existente, mas com a criação de instrumentos e órgãos aptos a prosseguir com a nobre tarefa de tratar o litígio.

A ampliação do sistema arbitral para a Administração Pública traz consigo não só a possibilidade de resolução do conflito externamente ao Judiciário, mas a capacidade de reduzir drasticamente as demandas em que os órgãos públicos figurem na qualidade de polo ativo ou passivo. A certeza dessa assertiva possui como supedâneo o fato de que as pessoas jurídicas e unidades componentes do setor público representam a maior gama de litigantes do sistema jurídico brasileiro, o que faz presumir que uma gestão eficiente dos processos a cargo da justiça brasileira depende da expansão do emprego dos meios adequados de solução de conflitos (Franco, 2021, p. 46-47).

Vê-se, portanto, que uma vantagem inicial da arbitragem na Administração Pública, por mais surpreendente que possa parecer, deflui da característica litigiosa que lhe é inerente e que se associa muito mais a um mecanismo de defesa dos administradores perante os órgãos de controle, do que propriamente uma gênese

propensa a solucionar suas causas perante o Judiciário. Sucede que, a partir dessa convicção, transparece a ideia aos cidadãos em geral de que há uma concepção natural de resolução de divergências perante terceiro, especialmente no momento em que o particular busca a obtenção de direito ou dissipação de contradição ante os setores públicos. Sabe-se que os canais de comunicação e de divulgação de atos administrativos são diversificados e possuem indubitável garantia legislativa¹⁴⁷, mas a resposta adequada ao problema proposto nem sempre corresponde, na prática, ao que se pretende em razão de que não há uma característica contenciosa a abalizá-los; por outro lado, viabilizam uma maior transparência do Poder Público como um todo.

A arbitragem poderia representar, para grande parte dos pleitos oriundos de provocação administrativa, uma resposta muito mais ágil e eficiente em comparação com a justiça comum, com grau elevado de confiabilidade e com vários dos atributos que a fazem obter sucesso em terreno privado.

Além do mais, a flexibilidade¹⁴⁸ procedimental – derivada da base principiológica arbitral – concorre para a desburocratização de todo o ciclo processual, que traduz o trâmite cabível e necessário ao seu regular andamento e ao atingimento da finalidade precípua da jurisdição, consistente em decidir o litígio de acordo com o Direito, obedecendo a prazo máximo previamente engendrado, o que em termos judiciais se perfectibiliza como impraticável se considerarmos o até então delineado.

No campo da arbitragem, a decisão do litígio pode ficar atrelada a prazo

¹⁴⁷ Exemplo dessa proteção legislativa, que amplia o mecanismo de controle dos atos administrativos, aproximando o cidadão da conduta da Administração Pública e do processo político, encontra-se na chamada Lei de Acesso à Informação, n. 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 n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei n. 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei n. 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências – (Brasil, 2011), trazendo para o campo de uma legislação específica a proposta genérica constitucional, trazida pelo inciso XXXIII, do artigo 5º – “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); inciso II do § 3º do artigo 37 – “Art. 37 [...] § 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: [...] II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII [...] - e pelo § 2º do artigo 216 - Art. 216 [...] § 2º Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem” – (Brasil, 1988).

¹⁴⁸ A flexibilidade do procedimento arbitral foi enfrentada no tópico relativo a premissas gerais estabelecidas pela Lei n. 9.307/96 (3.2), quando do tratamento dos princípios que servem de arrimo à arbitragem e ao seu andamento.

estipulado pelas partes no compromisso arbitral¹⁴⁹ e, caso essa estipulação não seja declinada no citado instrumento, o prazo para a apresentação da sentença pelo árbitro será de seis meses, que começará a fluir a partir da instauração do procedimento ou de uma eventual necessidade de substituição do árbitro nomeado para tanto¹⁵⁰ (Brasil, 1996a).

A especialidade do litígio administrativo é outro ponto a favor da instituição da arbitragem. Muitas vezes, seu conteúdo escapa às causas tradicionalmente tratadas pelo juiz de Direito e possuem especificidades calcadas no regime público, cujos princípios e mecanismos voltados à constituição de um aparato protetivo da Administração Pública exigem do julgador conhecimento e raciocínio relacionados à matéria e que, em grande parte das causas analisadas, não obtêm receptividade nas regras de direito privado (Oliveira, 2022).

Associa-se imediatamente à mitigação do problema da especialidade da contenda, o fato de que o árbitro a ser escolhido pelas partes pode ser selecionado a partir de habilidades e conhecimentos específicos em relação ao tema sob divergência. Mesmo na Administração Pública, resta a possibilidade sempre presente de optar pela arbitragem institucional¹⁵¹ ou *ad hoc*¹⁵², entretanto, assevere-se que,

¹⁴⁹ “Art. 11. Poderá, ainda, o compromisso arbitral conter: [...] III - o prazo para apresentação da sentença arbitral [...]” (Brasil, 1996a).

¹⁵⁰ “Art. 23. A sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Nada tendo sido convencionado, o prazo para a apresentação da sentença é de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro” (Brasil, 1996a).

¹⁵¹ Constitui-se em uma das formas de se operacionalizar a arbitragem e possui íntima relação com a determinabilidade do que se conhece vulgarmente por cláusulas cheias e vazias. De acordo com Lima (2008, p. 83): “Assim, nas arbitragens institucionais as cláusulas arbitrais serão consideradas suficientemente cheias, caso haja mera indicação de instituição de arbitragem que tenha relação de árbitros e regulamento processual próprio. Conseqüentemente (sic.), a cláusula arbitral apresentar-se-á como ato jurídico existente, válido, eficaz e dotado de instrumentabilidade. Não havendo sequer a indicação de instituição de arbitragem, a cláusula arbitral será tida por vazia, apresentando-se, também, como ato jurídico existente, válido e eficaz. Porém, dependerá de instrumentalização *a posteriori*, através de compromisso arbitral regulamentar”. Ainda nesse sentido, Lima (2008) esclarece que uma cláusula, para ser considerada “cheia” deve conter os requisitos necessários a regular constituição e andamento da arbitragem, que deverão ser declinados pelas partes, contendo o tipo da arbitragem, árbitros, direito processual aplicado à arbitragem, direito material aplicável ao caso e local da arbitragem.

¹⁵² Também é tipologia de arbitragem e, da mesma forma que a figura anterior, mostra-se tendente a prospectar os moldes inerentes à cláusula cheia ou vazia, não obstante, diferencia-se essencialmente da arbitragem institucional pelo fato de que a indicação do árbitro se configura como requisito essencial ao prosseguimento, caso em que a cláusula será considerada cheia, em razão do preenchimento dessa exigência. Cabe salientar que, mesmo ante a ausência de regras processuais e materiais aplicáveis e menção ao local que deverá ser efetivada, a indicação do árbitro se mostra suficiente à consideração de cláusula cheia, tendo em vista que lhe é facultado suprir as demais lacunas. Ao contrário, inexistindo a opção pelo árbitro, a cláusula arbitral será considerada como vazia (Lima, 2008), pelo fato de possuir em seu conteúdo apenas a celebração do compromisso de forma genérica, sem os requisitos norteadores e essenciais, a exemplo de câmaras arbitrais e árbitros.

nesse último caso, os custos da arbitragem serão consideravelmente reduzidos; por outro lado, tocará aos árbitros tudo o que se relaciona à questão estrutural, inconveniente que seria eliminado por meio da sustentabilidade de órgão próprio a gerenciar tais questões¹⁵³ (Carmona, 2016, p. 9).

Sob um ponto de vista voltado para a arbitragem institucional, é cabível ainda a instauração de procedimento tendente à contratação de câmaras de arbitragem¹⁵⁴ por intermédio de procedimento licitatório específico¹⁵⁵, que também se perfilharia como um componente relevante na elevação do nível de tratamento de conflitos no Poder Público via arbitragem, implementando o sistema organizacional desse instituto a partir de uma sistemática procedimental que estaria disponível de forma permanente, sempre que surgisse conflito passível de ser avaliado nesses termos.

Essa deverá ser uma tendência observada na Administração Pública, no momento de um aprofundamento da arbitragem e de um enraizamento dessas bases, uma vez que são raros os casos de entidades criadas com o fito específico de administrar procedimentos arbitrais. Portanto, na maioria das vezes, as câmaras ou centros de arbitragem são sedimentados a partir de instituições, cuja criação obedece à finalidade completamente diversa, a exemplo: Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CCBC), Câmara Americana de Comércio (AMCHAM), Comissão de Assuntos Econômicos (CAE), as Federações de Indústrias ou Associações Comerciais, por meio da Câmara de Mediação e Arbitragem (CMA), Câmara de Mediação e Arbitragem da Associação Comercial do Paraná (ARBITAC) e as Fundações (Câmara FGV). Em adendo, também pode-se citar como órgão componente da bolsa de valores, a Câmara de Arbitragem do Mercado (CAM). O fenômeno até então constatado deve-se ao fato de que o Estado não possui técnica e experiência suficientes para atuar com espeque nos ditames da arbitragem *ad hoc* e em face do que tradicionalmente se verifica no padrão histórico de aplicação do instituto arbitral no Brasil, em que a opção pela institucionalidade da arbitragem foi naturalmente incorporada (Carmona,

¹⁵³ O enfrentamento da criação de um sistema de gerenciamento de questões relativas à arbitragem na Administração Pública será objeto de estudo no capítulo derradeiro da tese, razão pela qual posterga-se a análise para evitar a repetição de ideias e o tratamento adequado da questão.

¹⁵⁴ O estudo mais detido acerca da proposição de formas de contratação de câmaras de arbitragem e de árbitros será objeto do capítulo final da tese, mais especificamente o item 5.2, para o qual remete a nota ora proposta.

¹⁵⁵ A Advocacia Geral da União possui, em caráter permanente, um credenciamento público de câmaras arbitrais, todas especializadas em temas relativos ao Direito Público, em que é possível o ingresso de novas câmaras, desde que obedecidas as condições determinadas em instrumento próprio, ficando à disposição do órgão supracitado para, caso solicitado, intervir em eventuais conflitos (Brasil, 2022b).

2016, p. 9).

Em adendo ao exposto, o estímulo à arbitragem em âmbito administrativo impulsionará ainda mais o aumento do número de árbitros especializados em causas relacionadas ao setor público, obtendo, por consequência, além de um corpo técnico devidamente habilitado, o reforço à tão desejada e adequada estrutura. Toda essa conjuntura intensificará a qualidade e celeridade do procedimento (Saraiva, 2019).

Decorre dessa ideia o fato de que empresas que vierem a contratar com a Administração terão a segurança de não se envolverem em imbróglios jurídicos sem prazo determinado para seu encerramento, suscetíveis a se estender por prazos longínquos, a ponto, inclusive, de inviabilizar o investimento em parcerias e demais contratações com o Poder Público (Saraiva, 2019).

A par das considerações anteriormente expendidas, com relação às benesses temporais oriundas da Lei n. 9.307 e em sintonia com o aspecto econômico – objeto de avaliação das empresas que pretendam empreender em projetos disponibilizados pela Administração Pública – invoca-se, de forma enfática, a confirmação de uma tendência já esposada há bom tempo pela jurisprudência brasileira, no sentido de que a sentença não se sujeita à homologação do Poder Judiciário. (BRASIL, 1996a).

Contempla-se, ainda, disposição de que a decisão proveniente do órgão arbitral ou árbitro, não remanescerá ao alvitre de qualquer tipo de recurso. Tais estipulações associam-se a um escopo garantidor da celeridade de solução da demanda, assegurando ao potencial investidor que a aferição de lucro presumivelmente aventada e compatibilizada ao investimento realizado não seja diluída no pagamento de custas, honorários e paralisação dos serviços.

Obviamente, não se quer induzir a pensar que não há custas envolvidas em uma arbitragem, especialmente nas que se inserem sobre contratos de grande vulto. O que se deseja salientar é o contraste em um confronto com o trâmite das lides a cargo do Poder Judiciário e que são sintetizadas a partir de pontos de vista da empresa contratada ou parceira e do setor público, principal interessado em conformar uma via de atração de empreendimentos auspiciosos à sociedade. Para tanto, descrevem-se em um paralelo às demandas judiciais, as principais divergências que poderiam concretizar um ambiente mais salutar e próximo do previsível a ambas as partes componentes de pactos públicos: a) valores, que porventura sejam indenizáveis, serão previsíveis a teor do que a Lei de Arbitragem tem por prazo máximo para a apresentação da sentença; b) em consequência do item anterior, há

redução drástica dos juros de mora, correção monetária e custas judiciais; c) ainda nesse sentido, o cálculo a ser executado – tanto para desembolso da indenização, quanto para sua percepção – tende a ser efetivado com margem de erro mínima, pois é possível considerar que todas as atualizações e custas inerentes ao procedimento poderão ser prospectadas em sua plenitude e à razão do tempo delimitado pela Lei n. 9.307, em seu artigo 23 (Brasil, 1996a); d) o planejamento estipulado para a concretização da obra, serviço ou meta oriunda de parceria será alterado de forma muito menos traumática, em razão de que seria viável a suspensão do objeto e, posteriormente, efetuarem-se emendas ao plano de trabalho inicialmente proposto; e) ou, ainda, prosseguimento dos itens não componentes do litígio e sob os quais não pese qualquer divergência ou conexão com item controvertido, já absorvido pelo procedimento arbitral; f) inexistente a possibilidade de recurso protelatório do procedimento, uma vez que as intercorrências advindas, como os casos de nulidade¹⁵⁶ e tutelas cautelares de urgência¹⁵⁷, possuem previsão específica na Lei de Arbitragem; g) somente os casos envolvendo direitos patrimoniais indisponíveis da Administração Pública seriam conduzidos ao Judiciário e a análise acerca da plausibilidade de arbitrar obedeceria a procedimento simples, pelos órgãos e unidades componentes da Administração interessada, ou seja, em exíguo espaço de tempo e diante de protocolos implantados pela própria Administração: a Procuradoria, por exemplo, dos Municípios¹⁵⁸, emitiria recomendação no sentido do encaminhamento à arbitragem ou o ingresso da ação judicial cabível.

Conforme explanado, as vantagens econômico-financeiras da arbitragem

¹⁵⁶ “Art. 32. É nula a sentença arbitral se: I - for nula a convenção de arbitragem; II - emanou de quem não podia ser árbitro; III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei; IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; ~~V - não decidir todo o litígio submetido à arbitragem;~~ VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e

VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei” (Brasil, 1996a).

¹⁵⁷ “Art. 22-A. Antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência.

Parágrafo único. Cessa a eficácia da medida cautelar ou de urgência se a parte interessada não requerer a instituição da arbitragem no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data de efetivação da respectiva decisão.

Art. 22-B. Instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário.

Parágrafo único. Estando já instituída a arbitragem, a medida cautelar ou de urgência será requerida diretamente aos árbitros” (Brasil, 1996a).

¹⁵⁸ Nesse caso, não haveria impedimento, mesmo aos pequenos municípios, em razão de uma demanda diminuta de discussões jurídicas que carecesse da interveniência de um terceiro. Como se verá adiante, as contratações de câmaras ou árbitros ficarão adstritas à credenciamento prévio, além do mais, aqueles que não possuírem estrutura própria a abarcar o sistema arbitral poderão de forma esporádica auxiliarem-se das câmaras credenciadas.

residiriam no fato de que as discussões contratuais que necessitem de resolução por terceiro, e que se centrassem em torno de debate monetário da relação outrora estabelecida, poderiam compor os custos inerentes às perdas imprevisíveis, mas factíveis de ocorrência no universo de pactos com os mais diversos tipos de gestão pública, evitando uma redução drástica da margem de lucro das empresas¹⁵⁹.

Da mesma forma, o Poder Público pode projetar novos programas a serem implantados, ou ao menos evitar o desperdício em procedimentos judiciais morosos e que impactam sobremaneira o orçamento público, na medida em que as custas e a movimentação da máquina administrativa oneram constantemente o procedimento e, apesar dessa última condição não colaborar para o aumento do valor inicial em discussão, alimenta o crescimento da burocratização, no sentido mais pejorativo da expressão.

Em sustentáculo a uma projeção de dotações orçamentárias mais fidedignas, no tocante às causas atualmente carregadas ao Poder Judiciário, Rost (2018, p. 73-74) alerta:

Nesse sentido, os princípios da eficiência e da economicidade nas contratações públicas passaram, portanto, a ser pressupostos indispensáveis. Tem se verificado uma maior preocupação da Administração Pública com os processos, visando a otimização dos recursos e resultados com maior agilidade e qualidade.

Ambos os princípios supracitados são considerados na relação do direito com a economia, a qual orienta que ao estabelecer padrões de conduta, o direito deve considerar os impactos econômicos decorrentes das normas jurídicas, os efeitos sobre a distribuição e a alocação dos recursos e os incentivos que influenciam o comportamento dos agentes.

É imprescindível, portanto, que essa relação do direito com a economia seja observada no âmbito das contratações administrativas, especialmente por exercerem (*sic.*) função social na medida em regulam a aplicação dos recursos públicos; promovem o desenvolvimento social sustentável; e impactam diretamente nas políticas públicas de preservação da ordem econômica.

Diante de tais considerações, os reflexos positivos da implantação permanente, ordenada e sistemática da arbitragem no espaço público poderão ser verificados no triplo vértice componente dessa relação – Estado/Contratado-Parceiro/Sociedade –

¹⁵⁹ Nos casos de obras, pode-se citar como exemplo o que se convencionou chamar no Brasil de Benefícios e Despesas Indiretas (BDI), derivado do inglês *Budget Difference Income*, e que é um formato de cálculo adicionado aos custos diretos e que compõe a precificação final do objeto. Um dos itens elencados para se chegar ao resultado final de sua equação é estipulado pela Margem de Incerteza (MI), que representa os custos derivados de imprevistos que não integram a cobertura executada por seguradoras (BDI, 2020).

pois o encaminhamento de uma política pública adequada à solução de conflitos, sua inserção e tratamento nessa qualidade quebraria a resistência de uma legislação proposta a partir de um cenário privado, além do que, facilitaria a comunicação entre a política e o direito, conjugando a pretensão da política pública aos anseios da sociedade.

5.2 Insuficiência das alterações estabelecidas pela Lei n. 13.129/2015 à Lei de Arbitragem: a necessidade de uma legislação específica voltada à Administração Pública

Tomando por norte o recorte específico da Lei n. 13.129/2015, denota-se que o intuito do legislador foi o de inserir a Administração Pública na circunstância normativa da Lei n. 9.307, obtendo, por decorrência lógica, os benefícios que já emanavam de sua aplicação na área privada. Entretanto, a prospecção do desencadeamento de ações positivas no cenário público confirmou-se apenas de forma parcial, tendo em vista que a disseminação da arbitragem restou sobrestada pelos mecanismos protetivos do próprio Poder Público, sem olvidar que os dispositivos específicos que contemplam a Administração Pública limitam-se a estabelecer requisitos de permissibilidade de utilização da arbitragem e de vedação ao critério de arbitragem por equidade que, embora importantes, ilustram uma abordagem paliativa a respeito da questão, a qual mereceria, senão um capítulo, uma legislação à parte.

A par da aproximação entre os espaços público e privado e as permeabilidades atualmente existentes na muralha fictícia entre os dois ramos, ainda sobejam obstáculos a serem ultrapassados para a dissipação definitiva de limites a separá-las. A talante da tese em desenvolvimento, trabalha-se sob a perspectiva de que a dicotomia supra referida, tende a ser mitigada pelas relações que se estabelecem, em razão de que o Estado não possui estrutura suficiente a prover toda e qualquer necessidade pública. Para tanto, a colaboração da sociedade se perfaz como inarredável à continuidade dos serviços postos à disposição do cidadão.

Observa-se que essa tendência possui correlação imediata com a própria história do direito público e do direito privado enquanto fases delimitativas da evolução do sistema jurídico, que de tempos em tempos priorizava ou a oposição Estado x Sociedade Civil – promovendo uma notabilidade da sociedade civil, face à inclinação a uma diminuição do Estado –, ou, como se verifica no prelúdio do século XX,

considerando-se o declínio das instituições clássicas do direito privado, o foco voltado, novamente, para uma publicização do Direito (Reis; Ziemann, 2017, p. 106).

Em resposta a esse contexto, há uma série de atos legislativos que reforçam a premência da parceria público-privada¹⁶⁰. Em contrapartida, essa colaboração, efetuada sob o resguardo das relações públicas, difere sobremaneira da política de arbitragem proposta pela Lei n. 9.307. Diante do que vem se discorrendo sobre os postulados que erigiram, tanto em relação à Administração Pública quanto ao Direito Administrativo, percebe-se que, por mais pujante que possa se consubstanciar a aplicação das regras arbitrais ao setor público, ainda não se verificaram adequações necessárias à profusão e um desenvolvimento mais vertiginoso em vista da invencibilidade de determinados pontos. Em terrenos tão distintos, é cabível a ponderação em torno da eficácia da arbitragem na Administração Pública, nos termos dispostos na legislação que trata sobre o tema e que tem por primazia conceitos gerados externamente ao setor público. Isso sem aventar eventuais empecilhos a sua introdução, que poderiam obter solução com base em conceitos presentes em sua própria estrutura.

Por óbvio, a Administração Pública difere do particular, entretanto, procede de forma idêntica quando o assunto é extinguir seus conflitos, optando pela judicialização como forma de cancelar a resolução de contendas que, com o devido tratamento, poderiam ser exauridas por meio de metodologias que priorizassem a heterocomposição, produzindo um círculo virtuoso que se formaria a partir do entendimento por parte da Administração e dos próprios cidadãos de que os custos financeiros e psicológicos envolvidos em uma desgastante demanda judicial poderiam ser perfeitamente evitados.

Nesse terreno, é premissa básica uma visão mais globalizada da significação do litígio, a partir de sua proposição perante o Poder Judiciário, o que, ao menos aparentemente, vem cedendo espaços à utilização de instrumento heterocompositivo

¹⁶⁰ A título exemplificativo, e com espeque na legislação nacional a respeito da matéria, *cf.* a Lei n. 13.019, de 31 de julho de 2014, que “estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação; define diretrizes para a política de fomento, de colaboração e de cooperação com organizações da sociedade civil; e altera as Leis n. 8.429, de 2 de junho de 1992, e 9.790, de 23 de março de 1999” (Brasil, 2014) e a Lei n. 13.334 de 13 de setembro de 2016, que “Cria o Programa de Parcerias de Investimentos - PPI; altera a Lei n. 10.683, de 28 de maio de 2003, e dá outras providências” (Brasil, 2016).

divergente, mas não oposto¹⁶¹ à técnica cuja interferência de terceiro se perfilha como um dos elementos essenciais (Etges; Spengler, 2021, p. 229).

Coerente com essa ideia, a utilização corrente da arbitragem deveria ser algo espontâneo, entretanto, não foram infrequentes as reticências opostas sobre o modelo que se apresentava. Com ainda mais ênfase e ante obstáculos que persistem em conter a introdução do instituto no ramo público, as alterações promovidas na Lei n. 9.307/96, em razão do advento da Lei n. 13.129/2015, impulsionaram de forma definitiva a arbitragem na Administração Pública. Em um viés coincidente com essa ideia, mas vanguardista no sentido de antecipar-se à própria legislação que adjudicou ao setor público a oportunidade de utilizar a arbitragem para dirimir suas contendas, já havia uma série de ações tendentes a dar visibilidade ao instituto, entretanto, vale reafirmar, diante de um cenário em que não se vislumbrava uma legislação que a reforçasse, seria natural uma certa timidez na forma que se entremeavam na via pública, além da desconfiança daqueles particulares que litigassem em seu desfavor (Accioly, 2019).

A ausência de respostas ao problema apontado é uma das causas da chamada crise do Estado, debatida na presente tese, e avaliada, sob esse ângulo específico, por Spengler (2011, p. 25) da seguinte forma:

Assim, a crise do Estado, cujos reflexos atingem o Judiciário, evidencia a falta de respostas plausíveis, por parte das instituições estatais, frente às expectativas geradas não só pela criação de novos direitos, mas também perante a realidade econômica e social na qual os conflitos estão inseridos. A exigência de uma ação estatal prolongada no tempo, que se oriente pelo presente e pelo futuro, diversa daquela até então realizada (cujo viés principal era o passado), promove a indeterminação e a indefinição geradoras da incerteza, aproximando o tempo do Estado ao tempo do mercado.

Portanto, antes mesmo de defender uma norma restrita às características públicas, é preciso voltar o olhar para questões internas da tipologia administrativa e conter as mazelas de uma cultura judicializante que teima em enraizar-se cada vez mais no setor público. Consequentemente, a arbitragem pode representar uma nova era no concernente ao tratamento de conflitos, ainda assim, não faz qualquer sentido

¹⁶¹ O entendimento que se quer traduzir por intermédio do termo “não oposto” é no sentido de que apesar de o Poder Judiciário ser detentor de um *status* considerado como cláusula pétrea no que tange à sua inafastabilidade, tema debatido e esclarecido no decorrer da presente tese, aproxima-se da arbitragem, por ambos serem alvos de um procedimento jurisdicionado. Por outro lado, não idênticos, tendo em vista as limitações estabelecidas à arbitragem e sua característica de não executibilidade – a cargo do Judiciário –, também declinadas anteriormente.

acreditar que somente a legislação tem de se adequar ao Poder Público. É premissa básica que incubar metodologia vanguardista, presume, em idêntico viés, que os servidores e a estrutura sejam receptivos e estejam aptos a suportar as inovações e benefícios advindos do sistema arbitral.

Há que se pensar, inclusive, em um processo que já avança em boa toada pelo Poder Judiciário e tende a persuadir as demais esferas: o acompanhamento da constante evolução tecnológica em torno da operacionalização de serviços e processos. Sob um recorte mais restrito, restaram acelerados no concernente às audiências *on-line* e processos eletrônicos, em razão da sucedência da pandemia imposta pelo vírus Covid-19, que assolou o mundo e que, análogo às demais mazelas da humanidade, deixou uma nova consciência sobre como e porque se deve mudar o estilo de vida. Em função dessa atual perspectiva, é de se desejar que um movimento mais contundente das instituições públicas seja capaz de acompanhar essa tendência.

Em adendo a esse pensamento, é compatível a afirmação a seguir esposada:

Tudo indica que a propagação digital, já em curso e amplificada pelo isolamento (trabalho de casa, videoconferências, Skype, *e-mails*, redes sociais), vai perdurar. Os dispositivos digitais são ao mesmo tempo instrumentos de liberdade e instrumentos de servidão. A internet permite a livre expressão, que vai da criatividade ao delírio nas redes sociais. Oferece a qualquer indivíduo hábil a possibilidade de decifrar códigos protetores de segredos políticos e militares e de alertar os cidadãos, ao mesmo tempo que dá enorme poder de vigilância sobre as pessoas, violando o sigilo e a sacralidade da privacidade.

Os dispositivos digitais, a internet, a inteligência artificial são meios que tendem a transformar-se em fins ou a estar a serviço de poderes controladores e não controlados. As mentes tecnocratas e trans humanistas supõem que eles deveriam estabelecer a harmonia de uma megamáquina social que tratasse de todos os problemas. Precisamos saber que cada técnica expõe ao risco de nos desapossar das questões éticas, sociais e políticas inerentes ao nosso pensamento (Morin, 2021, p. 48).

No entanto, a repentina aceleração das comunicações virtuais e a conversão para atos processuais digitalizados não foi tão impactante quanto os reflexos oriundos do aparato tecnológico dada a disposição dos setores públicos. Estes superam a introdução, mesmo que apressada, dos instrumentos tecnológicos que auxiliaram no distanciamento social imposto pela Covid-19. Tocar nesse assunto significa incluir em um mesmo pacote informatizado toda a sorte de *softwares*, *hardwares* que, caso

desejado, podem ser desenvolvidos especificamente para o procedimento existente ou a ser implantado.

O próprio sistema de comunicação pode conceber algumas variantes, pois promove uma interação global em que se incluem as possibilidades de um sistema educacional e profissional voltado para a área em que se pretende empreender, demandando redução de custos e com chances de obtenção de experiências e conhecimentos que se encontram disponíveis em larga escala no cenário nacional e internacional.

Por outro lado, apesar da adequação de tais mecanismos à almejada sustentabilidade, ainda persiste uma análise do acesso à justiça virtual sob ponto de vista do Direito Eletrônico. O objetivo de ampliar o acesso à justiça por meio do advento da informatização traz consigo o temor pela segurança das informações registradas nesse meio. Talvez por esse motivo tenha se notado mais nitidamente a utilização da tecnologia no período pandêmico, que, desta feita, tinha uma proposta mais voltada para evitar a paralisação dos serviços judiciários do que propriamente a instauração de uma nova conjuntura no que pertine à utilização do papel e a disseminação de uma forma mais ágil e célere de acessar o sistema de justiça (Pinho; Spengler, 2018).

Para aportar em um debate pertinente a uma ampliação do acesso à justiça por intermédio das ferramentas legadas pela constante expansão de sistemas informatizados, é premissa básica uma conexão para com a evolução propugnada pelas ondas de acesso à justiça e ao Projeto Florença, pois é a partir de tais estudos que se verifica, de forma teórico-prática, um verdadeiro movimento de acesso à justiça, que serviu de parâmetro para ações posteriores que tivessem como meta o estabelecimento de reformas nesse terreno.

Partindo dessas orientações, e na tocada do caráter progressista das ondas de acesso à justiça, a sexta proposta se relaciona com iniciativas promissoras e novas tecnologias no intuito do implemento do acesso à justiça. Pode-se afirmar que o Estado Brasileiro possui índices que o colocam em posição privilegiada quando o assunto é a introdução de metodologias que utilizam recursos informatizados, contando com juízos 100% digitais e “com os recém-instalados núcleos de Justiça 4.0, que não têm base física e possuem jurisdição em todo o Estado para decidir questões relacionadas à propriedade industrial, direitos autorais e nome comercial, entre outras” (Malone; Nunes, 2023, p. 12).

A proposição de políticas públicas voltadas para a criação de um sistema que privilegia a inovação compõe-se de uma série de complexidades, haja vista a necessidade de uma ação coordenada a nortear o desempenho do país nesse sentido. Em especial, a interação entre governo e entidades capazes de dar sustentabilidade a um projeto de longo prazo perfaz-se imprescindível ao sucesso de qualquer iniciativa envolvendo o tema sob análise. (Bucci; Coutinho, 2017).

Portanto, vê-se que o papel do Estado e da sociedade civil, por intermédio das organizações ligadas ao mercado, autoridades locais, partidos políticos, etc., é essencial no sentido de garantir aos indivíduos a máxima expressão de liberdade e eliminação da desigualdade, permitindo a todos a escolha do modo de vida. Exatamente nessa direção é que a moderna Administração Pública exige a observância dos preceitos democráticos, garantia dos direitos fundamentais e ampliação dos atores sociais em seus processos decisórios, utilizando-se dos serviços públicos a serem postos à disposição do cidadão para alcançar tal desiderato. Essa tônica voltada, nas últimas décadas, para uma indução a que os particulares atuem em conjunto com a Administração Pública vem ao encontro de uma Administração Desenvolvimentista, perceptível em um Estado Pós-Social e, mais particularmente no Brasil, após a reforma de 1998, que propugnou uma maior eficiência na gestão da *res publicae* e na prestação de serviços públicos, cuja motivação consistiu em aplacar uma crise de excesso de demandas sociais e a impossibilidade de atendê-las (Schier, 2019).

O arcabouço jurídico que abaliza a arbitragem encontra-se sob o escopo da Lei n. 9.307/96. O objetivo visado pela legislação é o de dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Sob esse mote, também estende à Administração Pública a possibilidade de utilização dos postulados da norma arbitral, desde que a arbitragem seja sempre de direito e respeite o princípio da publicidade. Uma das principais características da norma em questão reside no fato de que é gerada à luz de uma perspectiva cível, cujo alcance é ampliado para o setor público. O reflexo dessa influência, reside nas demais regras inerentes à seara pública, idênticas às estipuladas para a área privada. Questões como publicidade e aplicação de princípios já bem sedimentados em termos de Direito Administrativo geram antinomias jurídicas, nem sempre bem-vindas à aplicação eficaz dos procedimentos carreados pelo regramento arbitral (Accioly, 2019).

Especialmente no concernente ao Direito Administrativo, a relação que se

estabelece com o complexo de atos normativos difere dos demais conteúdos do Direito, razão pela qual todas as ações que desejam ser vistas sob o enfoque público ou, como no caso da arbitragem, pleiteiem seu reconhecimento como um dispositivo plenamente confiável ante os olhos da Administração e, principalmente, do cidadão, devem ser tomados não só a partir de uma ideia estrutural, mas, também, de funcionalidade perante a causa que lhes der ensejo, o que se harmoniza com o expandido abaixo:

Bobbio enfatiza a insuficiência de uma análise apenas estrutural do direito, mas se nega a rejeitá-la em favor de uma análise puramente funcional. Assume que o direito é uma técnica de organização social que serve a variados fins, como já concebia Kelsen (2000c, p. 21-41). Quando se reconhece que o direito pode desempenhar funcionalidades diversas (repressão, prevenção, indução, promoção), esse entendimento apenas é reforçado. O que se desfaz é a crença de que o direito atua apenas pela ameaça de punição, pois, ao lado do poder coativo, o Estado pode atuar de modo juridicamente relevante pelo poder econômico, estimulando e premiando condutas. O modo de colocar em movimento a máquina jurídica não invalida a visão estrutural do ordenamento jurídico; apenas a complementa por sua outra face: a análise funcional (Bobbio, 2007, p. 77-78). Quanto à estrutura, diz Bobbio (2007, p. 209), Kelsen 'permanece perfeitamente de pé, mesmo depois dos desenvolvimentos mais recentes da análise funcional' (Amato, 2017, p. 393-394).

A essência a ser buscada, portanto, pelas normas que compõem e regem o desempenho dos procedimentos da Administração Pública e os serviços postos à disposição da população é de uma adequação mínima, mas perfeitamente concatenada com a conformação estrutural e que, evidentemente, seja compatível com os órgãos e as funcionalidades que a partir deles se identificam.

A deflagração do procedimento em âmbito administrativo depende da existência da baliza legal, que, além de respeitar as determinações da Lei n. 9.307/96, deverá especificar as condições da instauração da arbitragem em relação ao ente que a propôs. Para esse arranjo não ser apenas uma quimera legislativa, impende, aos setores responsáveis pela implantação da arbitragem, a proposição de um modelo eficaz de tratamento dos conflitos capaz de traduzir a vontade expressa na legislação nacional e tenha capacidade de, concomitantemente, conectar-se com o Direito Administrativo e, ao mesmo tempo, trazer novas luzes para a doutrina referente à matéria, haja vista os diligentes esforços no sentido de preservar a incolumidade dos bens, receitas e despesas públicas. Não é à toa que se propõe uma análise consubstanciada na acurada observação de itens componentes de disciplinas

externas ao Direito, como a Contabilidade e a Administração, pois é em torno da tríade presente em orçamentos públicos que gravita a legislação tendente à contenção dos atos administrativos de gestores inconsequentes, preocupados com a satisfação de interesses pessoais e partidários (Saraiva, 2019).

Para alcançar esse desiderato, a cultura de litigância junto ao Poder Judiciário, como forma de provisionar a ação dos agentes públicos, deve ser revisitada sob pena do descrédito de qualquer medida que tenha por mote a pacificação das contendas administrativas. Não obstante, é imprescindível que aspectos da lei a ser introduzida sejam contrastados com normas provenientes da União, cuja submissão se revista de cunho obrigatório para os demais entes da federação. Apartar-se de tais detalhes equivale à incerteza da eficácia normativa, que depende de meios para alcançar seus fins e não apenas de fins que justifiquem os meios (Facci, 2019).

Muito embora a mensagem trazida por essa nova forma de tratamento de conflitos, em caráter preliminar, objetive a diminuição de lides judiciais, isso somente ocorrerá se os meios postos à disposição da Administração direta e indireta sejam recepcionados de maneira a obter a receptividade do conjunto normativo e principiológico presente no Direito Público. Por outro lado, há também a necessidade de uma maior maleabilidade desses mesmos postulados, uma vez que os benefícios oriundos da arbitragem propugnam a existência de uma via célere de acesso à justiça e encerramento do litígio (Spengler; Wrasse, 2017)

Ocorre que, diante da inexistência de parâmetros bem definidos acerca do que se considera efetivamente renúncia ao interesse público, acerba-se, cada vez mais, a questão da eliminação do conflito, justamente a razão de ser da arbitragem. Para exemplificar, o parágrafo segundo do artigo 1º, da Lei n. 9.307/96, estabelece que “a autoridade ou órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações” (Alexandre; Deus, 2018, p. 174). Entretanto, para que se efetive o acordo ou a transação, não basta a disponibilidade do direito patrimonial encartado no litígio, é preciso que haja prévia autorização legislativa nesse sentido, ou seja, o árbitro nomeado pelas partes, conforme artigo 13 da Lei de Arbitragem, estará ao alvitre da norma, assim como os responsáveis pela celebração da convenção de arbitragem também não escaparão à obediência do primado legal, o que significa dizer que toda e qualquer concessão, benefício ou acordo que a Administração Pública possa propor, deverá estar sob o abrigo de uma regra, devidamente aprovada pelo poder Legislativo.

Assim como esta, existem outras questões que podem afetar a intenção do legislador, desvirtuando a essência da norma e tornando-a ineficaz em sua finalidade precípua. Por essa razão, os meios se mostram extremamente relevantes na adoção e na condução da arbitragem. Diferentemente do pensamento corrente, não basta que as leis possibilitem a obtenção de um direito, espera-se que ela tenha o condão de também propiciar os meios necessários à sua aquisição. Consequentemente, ao inserir-se a arbitragem na esfera privada, não se pode inferir que os mesmos resultados sejam obtidos no campo público, pois o espectro de observância do arcabouço normativo difere diametralmente, a começar pela própria conotação de princípio da legalidade, conformado na seara pública sob um critério de subordinação à lei, em que ao gestor somente é permitido agir em consonância com a prescrição normativa. Portanto, pode-se afirmar que a operação da arbitragem em uma atmosfera de direito privado tende a oferecer maiores chances de sucesso, uma vez que não está adstrita às amarras do sistema de freios e contrapesos, obedecendo a um critério de não contradição à lei, no que pertine ao cumprimento da legalidade. (Spengler; Wrasse, 2017).

Ainda é facultado à Administração aderir à arbitragem por intermédio de cláusula compromissória e compromisso arbitral. Para tanto, é indispensável, no primeiro caso, uma convenção de acato à arbitragem acerca de litígios incidentes sobre determinado contrato, sendo possibilitada a inclusão de cláusula que verse sobre o tema ou a elaboração de um documento apartado, com expressa referência ao instrumento contratual a que se refere. Sopesando-se as espécies de contratos administrativos, verifica-se que podem ser oriundos de processos licitatórios, tendentes ao fornecimento e/ou prestação de serviço – contratações de pessoal, obras e compras – e por tempo determinado para atendimento de excepcional interesse público, efetivadas com fulcro no artigo 37, inciso IX, da Constituição Federal (Brasil, 1988), por meio de processo seletivo simplificado, mantendo, é claro, a igualdade de condições competitivas. Não se pode olvidar que a cláusula compromissória pode estar atrelada, ainda, aos convênios efetivados entre Entidades de Direito Privado e Administração, ou entre esta e outra Entidade de Direito Público, de acordo com os ditames da Lei n. 8.666/93 ou parcerias entre a Administração Pública e Organizações da Sociedade Civil, em que se pretende a execução de atividades ou de projetos de interesse público, cujas exigências procedimentais encontram-se elencadas na Lei n. 13.019/2014 (Di Pietro, 2020).

Como se vê, as possibilidades de contratação por parte do setor público, além de restritas, perfilham-se vinculadas às legislações referentes a cada matéria. Essa natureza, típica dos atos administrativos, não permite concessões ou acordos que envolvam qualquer tipo de bem público, a não ser que lei geral ou específica autorize o agente a fazê-lo e, mesmo assim, deverá observar a característica da disponibilidade, que permeia o patrimônio administrativo (Carvalho, 2019).

Em sentido diametralmente oposto está a Lei n. 9.307/96, propondo acesso à justiça de forma célere, baseado no diálogo entre as partes e em dois princípios, que se constituem como medulares na gênese da arbitragem: autonomia da vontade e boa-fé. Quanto ao segundo, verifica-se, de pronto, que há uma correspondência, de início, afeto à Administração Pública, prevista no artigo 37, *caput*, nomeado como moralidade, que abarca, dentre outros sinônimos, correção de atitudes, probidade e boa-fé. Não obstante, a autonomia da vontade estaria para a arbitragem, tanto quanto o coração para o corpo humano, inicialmente, porque depende das partes a preexistência de um convênio arbitral, que só nascerá se os sujeitos envolvidos, livre e conscientemente, renunciarem à jurisdição estatal em prol da jurisdição arbitral. Incluem-se em um rol subsequente, a indicação das regras que desejam aplicar ao caso concreto e a escolha de arbitragem institucional ou *ad hoc*, por exemplo. (Beraldo, 2014).

Por outro lado, a autonomia da vontade, na seara administrativa, não pode ser concebida a partir da liberdade de ação, face à ausência de proibição legal, mas deverá ser exercida mediante autorização legislativa, que norteará as ações dos agentes designados à prática de determinado ato administrativo. Portanto, é presumível que, invariavelmente, o sistema de freios e contrapesos poderá tolher aquelas iniciativas que tendam a se adaptar ao procedimento da Lei de Arbitragem. Dessa forma, o patrimônio disponível, assim consignado pela Administração, além de sua caracterização como tal, também deverá guardar consonância com a finalidade a que se destina, ou seja, venda, cessão, autorização de uso, doação, dação em pagamento, etc. (Meirelles, 2000).

5.3 A evolução das normas de caráter público face às alterações introduzidas pela Lei n. 13.129/2015

É possível eleger a arbitragem como instituto hábil a proporcionar um aumento

substancial da eficiência na administração das receitas, sem falar no estancamento de uma despesa que se destina ao cumprimento de instrumentos de controle da Administração Pública, subjugando o Executivo ao cumprimento de um papel meramente protocolar, isento de criatividade, como se não houvesse alternativa passível de indicar providências a seus próprios dilemas.

Em verdade, aos servidores e contribuintes, transparece a ideia de que sem uma sentença oriunda da esfera judiciária, não há alternativa disponível a corroborar contendas administrativas, sejam elas financeiramente relevantes ou não, o que, de fato, não transparece a realidade.

Por outro lado, é preciso referenciar que a base principiológica do Direito Administrativo é voltada para o resguardo do interesse público e se consagra por intermédio da prática de atos administrativos tendentes à realização dos fins almejados pelo Estado e que, por si só, já se caracteriza como razão hábil e suficiente a justificar a cautela do gestor no trato da coisa pública.

Muito embora a mídia descreva uma profusão de casos de corrupção, negociatas e contratos fraudulentos nas estruturas estatais, os preceitos administrativos são compostos de regras e princípios rígidos que, além de dar sustentáculo a uma atuação em conformidade com as diretrizes constitucionais, integram o sistema de freios e contrapesos, evidenciando aqueles atos eivados de vício, proporcionando adequada fiscalização à sua execução.

Ao contrário, obscurecidas pela discreta divulgação de uma série de benefícios advindos da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, que dispõe sobre a arbitragem, encontram-se valiosas diretrizes que poderiam sobrepular o incessante crescimento de demandas judiciais, principalmente se inseridas nesse contexto da Administração Pública, ocupante do primeiro posto, quando o assunto pertence à litigância no ambiente forense. Não raro, os consectários provenientes da observância dos princípios informativos do Direito Administrativo atingem de forma incisiva qualquer legislação que tenha por objeto a inserção de regra voltada para a esfera pública, haja vista o fato de que as lides versam sobre temas sensíveis e que afetam não só os gestores, mas também os contribuintes, uma vez que o direito a ser discutido, invariavelmente, envolve questões que influem na receita ou na despesa pública.

Por conseguinte, há uma perda significativa de eficácia nos atos administrativos e que, surpreendentemente, não está atrelada somente à saída de recursos financeiros do erário, mas também influi sobremaneira no ingresso monetário, pelos

seguintes motivos: a tradição de esgotamento das instâncias judiciais pelo Poder Público, com o transcurso do tempo, encarece a própria demanda e faz com que o custo para perceber aquilo que é devido se dilui, e passa a representar uma despesa para cobrar quantia menor do se dispendeu; sob uma outra perspectiva, ao integrar o polo passivo dessas mesmas ações, o prejuízo se avoluma ainda mais, em razão de correção monetária e juros incidentes sobre o que se deve.

Hodiernamente, não é raro observar na doutrina jurídica títulos voltados para o estudo da tão almejada sustentabilidade no setor público. O que para alguns pode soar como uma quimera administrativa, para os estudiosos da arbitragem o tema tem potencial para, naturalmente, ensejar uma guinada vertiginosa na condução dos negócios públicos.

Percebe-se, no transcurso da presente tese, que a legislação pública interna, mais timidamente, e regras esparsas – estas mais voluntariosas e pulverizadas por vários setores –, mesmo ante a ausência de regras estruturais específicas, já faziam menção à possibilidade de arbitrar conflitos. Anteriormente à Lei n. 9.307, a normativa estabelecida ao processamento da arbitragem derivava das câmaras que absorviam matérias dessa natureza ou, no caso, órgãos mais adaptados à solução de conflitos por esse formato, havia dispositivo a nortear, ou ao menos autorizar, a dissipação de divergências pela via arbitral.

À guisa da incipiência do instituto que se avizinhava à Administração Pública, mesmo sem um balizamento que lhe desse concretude, em especial em ramo de tamanha vinculação com o princípio da legalidade, houve quem ousasse instaurar mecanismos de dissipação de divergências que privilegiassem a arbitragem, conforme se verifica:

Embora agora expressamente prevista em lei, a utilização da arbitragem pela Administração Pública já possuía previsão em diplomas legais específicos – nas Leis 8.987/95, 9.748/97, 10.233/01 e 11.079/04 – que regulamentam o regime de concessões e permissões, bem como a licitação e contratação de parceria público-privada pela Administração. Portanto, observa-se que a arbitragem administrativa já era aceita no âmbito dos contratos da Administração (Carvalho, 2019, p. 137).

A colaboração jurisprudencial possui papel imprescindível na complexa toada evolutiva da arbitragem pública, pois é por meio dela que se erigiram e se erigem os conceitos medulares vinculados ao instituto. Ingressar nessas especificidades do Direito Público presume o enfrentamento de um forte sistema de proteção criado com

foco no interesse público e que resta, em via reversa, por atingir os demais dogmas construídos pelo Direito Administrativo, inclusive os mecanismos que se direcionam a punição dos que, contrariamente aos direitos estatuídos pelos regimes jurídicos e princípios a ele inerentes, de forma indevida, auferem benesses viciadas pela improbidade (Estefam, 2019, p. 21).

O emblemático Caso Lage foi a fagulha necessária a indicar o nascimento de uma posição pró arbitragem, emanada pelo órgão máximo da Justiça brasileira. O Supremo Tribunal Federal, por intermédio do agravo de instrumento n. 52.181¹⁶², de 14 de novembro de 1973, manifestou-se acerca da oponibilidade de direitos patrimoniais face ao Estado e, mais especificamente, a transferência de valores decorrentes desses direitos pela via arbitral. Em breve esclarecimento, compete salientar que o pleito versava sobre direito à percepção de indenização por parte de empresas componentes da Organização Lage, inerente ao torpedeamento de navios, durante a Segunda Guerra Mundial, que integravam o acervo incorporado ao Patrimônio Nacional (Tácito, 1997).

À época, o espólio de Renaud Lage ofertara impugnações a Decretos-Leis que versavam sobre o citado conflito, e cuja discussão fora absorvida pelo Decreto-Lei n. 9.521 de 1946, que abarcou, dentre diversas matérias, a estipulação de arbitragem para julgar mediante única instância, e sem previsão de recurso, as impugnações proferidas aos atos regulamentares anteriores. O laudo decorrente da decisão arbitral fora contestado pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, sob o argumento da inconstitucionalidade da lei autorizativa da arbitragem, fato que rendeu aprovação do governo. Por seu turno, o Supremo Tribunal Federal, em decisão plenária unânime, sob relatoria do Ministro Bilac Pinto, certificou a constitucionalidade do juízo arbitral e sua consequente admissibilidade, mesmo em causas contra a Fazenda Pública, em razão de que assim não procedendo, restringir-se-ia a autonomia contratual do Estado, que pode privilegiar a arbitragem, desde que em suas relações de direito privado para resolver conflitos em que se posta de forma equânime ao particular

¹⁶² “Incorporação, bens e direitos das empresas Organização Lage e do Espólio de Henrique Lage. Juízo arbitral. Cláusula de irrecorribilidade. Juros da mora. Correção monetária. 1. **Legalidade do juízo arbitral, que o nosso direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a fazenda.** Precedente do Supremo Tribunal Federal. 2. Legitimidade da cláusula de irrecorribilidade de sentença arbitral, que não ofende a norma constitucional. 3. Juros de mora concedidos, pelo acórdão agravado, na forma da lei, ou seja, a partir da propositura da ação. Razoável interpretação da situação dos autos e da lei n. 4.414, de 1964. 4. Correção monetária concedida, pelo Tribunal a quo, a partir da publicação da lei n. 4.686, de 21.6.65. Decisão correta. 5. Agravo de instrumento a que se negou provimento” (Brasil, 1974, grifo nosso).

(Figueira Júnior, 2019).

Ainda em sede jurisprudencial, vale destacar o caso AES Uruguaiana¹⁶³, em que o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a validade de convenção de arbitragem relativa a contrato de compra e venda de energia elétrica, efetivado entre a Companhia Estadual de Energia Elétrica do Rio Grande do Sul – sociedade de economia mista – e a empresa privada anteriormente citada, com julgamento datado do ano de 2005 e o caso Compagás¹⁶⁴, envolvendo a Companhia Paranaense de Gás Natural e o Consórcio Carioca Passarelli, que obteve julgamento no ano de 2011, ratificando a validade de convenção arbitral, cuja constitucionalidade fora discutida por intermédio da referida Companhia, à época impetrante de ação declaratória de nulidade, também perante o Superior Tribunal de Justiça (Mello, 2015).

Em sede de construção legislativa, é indeclinável o parâmetro pioneiro da Lei

¹⁶³ “PROCESSO CIVIL. JUÍZO ARBITRAL. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ART. 267, VII, DO CPC. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. DIREITOS DISPONÍVEIS. 1. Cláusula compromissória é o ato por meio do qual as partes contratantes formalizam seu desejo de submeter à arbitragem eventuais divergências ou litígios passíveis de ocorrer ao longo da execução da avença. Efetuado o ajuste, que só pode ocorrer em hipóteses envolvendo direitos disponíveis, ficam os contratantes vinculados à solução extrajudicial da pendência. 2. A eleição da cláusula compromissória é causa de extinção do processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, inciso VII, do Código de Processo Civil. 3. São válidos e eficazes os contratos firmados pelas sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços (CF, art. 173, § 1º) que estipulem cláusula compromissória submetendo à arbitragem eventuais litígios decorrentes do ajuste. 4. Recurso especial provido” (Brasil, 2006).

¹⁶⁴ “PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. LICITAÇÃO. ARBITRAGEM. VINCULAÇÃO AO EDITAL. CLÁUSULA DE FORO. COMPROMISSO ARBITRAL. EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO DO CONTRATO. POSSIBILIDADE. 1. A fundamentação deficiente quanto à alegada violação de dispositivo legal impede o conhecimento do recurso. Incidência da Súmula 284/STF. 2. O reexame de fatos e provas em recurso especial é inadmissível. 3. A ausência de decisão sobre os dispositivos legais supostamente violados, não obstante a interposição de embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial. Incidência da Súmula 211/STJ. 4. Não merece ser conhecido o recurso especial que deixa de impugnar fundamento suficiente, por si só, para manter a conclusão do julgado. Inteligência da Súmula 283 do STF. 5. Tanto a doutrina como a jurisprudência já sinalizaram no sentido de que não existe óbice legal na estipulação da arbitragem pelo poder público, notadamente pelas sociedades de economia mista, admitindo como válidas as cláusulas compromissórias previstas em editais convocatórios de licitação e contratos. 6. O fato de não haver previsão da arbitragem no edital de licitação ou no contrato celebrado entre as partes não invalida o compromisso arbitral firmado posteriormente. 7. A previsão do juízo arbitral, em vez do foro da sede da administração (jurisdição estatal), para a solução de determinada controvérsia, não vulnera o conteúdo ou as regras do certame. 8. A cláusula de eleição de foro não é incompatível com o juízo arbitral, pois o âmbito de abrangência pode ser distinto, havendo necessidade de atuação do Poder Judiciário, por exemplo, para a concessão de medidas de urgência; execução da sentença arbitral; instituição da arbitragem quando uma das partes não a aceita de forma amigável. 9. A controvérsia estabelecida entre as partes - manutenção do equilíbrio econômico financeiro do contrato - é de caráter eminentemente patrimonial e disponível, tanto assim que as partes poderiam tê-la solucionado diretamente, sem intervenção tanto da jurisdição estatal, como do juízo arbitral. 10. A submissão da controvérsia ao juízo arbitral foi um ato voluntário da concessionária. Nesse contexto, sua atitude posterior, visando à impugnação desse ato, beira às raias da má-fé, além de ser prejudicial ao próprio interesse público de ver resolvido o litígio de maneira mais célere. 11. Firmado o compromisso, é o Tribunal arbitral que deve solucionar a controvérsia. 12. Recurso especial não provido” (Brasil, 2012).

n. 5.662/1971¹⁶⁵ (art. 5º, parágrafo único)¹⁶⁶, da Lei n. 8.987/1995¹⁶⁷ (art. 23-A)¹⁶⁸, art. 93, XV¹⁶⁹, da Lei n. 9.472/1997¹⁷⁰, da Lei n. 9.478/1997¹⁷¹ (art. 43, X)¹⁷², da Lei n. 10.233/2001¹⁷³ (art. 35, XVI)¹⁷⁴ e da Lei n. 11.079/2004¹⁷⁵ (art. 11, III)¹⁷⁶, que, de forma progressista, e algumas delas ante a ausência de um balizamento normativo específico que pudesse dar maiores contornos e segurança aos procedimentos a serem adotados, já vislumbravam as vantagens em solucionar seus conflitos pela arbitragem. Inexistente para alguns, incipiente para outros, o fato é que o denodo de determinados órgãos públicos em traçar metodologia diferenciada à resolução de

¹⁶⁵ “Enquadra o Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico (BNDE) na categoria de empresa pública, e dá outras providências” (Brasil, 1971).

¹⁶⁶ “Art. 5º A empresa (*sic*) pública Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico (BNDE) poderá efetuar tôdas (*sic*) as operações bancárias necessárias à realização do desenvolvimento da economia nacional, nos setores e com as limitações consignadas no seu Orçamento de Investimentos, observado o disposto no artigo 189 do Decreto-lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967. Parágrafo único. As operações referidas neste artigo poderão formalizar-se no exterior, quando necessário, para o que fica a empresa pública Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES autorizada a constituir subsidiárias no exterior e a aceitar as cláusulas usuais em contratos internacionais, entre elas a de arbitramento” (Brasil, 1971).

¹⁶⁷ “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, 1995a).

¹⁶⁸ “Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996” (Brasil, 1995a).

¹⁶⁹ “Art. 93. O contrato de concessão indicará: [...] XV - o foro e o modo para solução extrajudicial das divergências contratuais” (Brasil, 1997a).

¹⁷⁰ “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 n. 8, de 1995” (Brasil, 1997a).

¹⁷¹ “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, 1997b).

¹⁷² “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, 1997b).

¹⁷³ “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).

¹⁷⁴ “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; [...]” (Brasil, 2001).

¹⁷⁵ “Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública” (Brasil, 2004b).

¹⁷⁶ “Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever: [...] III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato” (Brasil, 2004b).

seus conflitos indica, por intermédio de legislação esparsa, uma tendência evolutiva no tratamento das questões públicas no Brasil.

Uma amostragem mais próxima do que se pretende alcançar, em termos de expansão da arbitragem, pode ser visualizada na transposição das regras licitatórias, anteriormente regidas pela Lei n. 8.666/1993¹⁷⁷ e que previa em seu artigo 54¹⁷⁸, em apertada síntese, uma aplicação supletiva da arbitragem – o que, pelo menos, não impedia sua consecução –. A insuficiência do disposto na regra licitatória poderia ser detectada com perfeita nitidez, pois não raro, o §2º de seu artigo 55¹⁷⁹ era utilizado como suporte ao impedimento da arbitragem na Administração Pública, vez que excepcionaria a arbitragem a determinados contratos com entidades financeiras internacionais. Com a vigência da Lei n. 14.133/2021¹⁸⁰, além da absorção da lei que lhe precedeu e das regras esparsas relativas ao pregão, fez constar disposição expressa acerca da matéria, reservando capítulo concernente aos meios alternativos de resolução de controvérsias, na esteira da Lei n. 13.129/2015 (Ferreira; Oliveira; Schmidt, 2021).

A impulsão, *verbi gratia*, de um sistema multiportas também significou um acréscimo aos métodos de solução de conflitos. Idealizado pelo Poder Judiciário e estruturado via resolução n. 125/2010¹⁸¹ do Conselho Nacional de Justiça, já era nítida a busca por uma visão mais ampla de lidar e arrefecer a hiperlitigiosidade e uma consequente e necessária guinada na esquematização judicial, preconizando uma aproximação do Estado a vias diversificadas de acesso à justiça (Fagúndez; Goulart, 2016).

A tarefa relegada à legislação periférica da Administração Pública só reforçou um salutar debate sobre a viabilidade da aplicação do instituto nesses domínios. O que de fato parecia se solidificar à época de entrada em vigência da Lei n. 9.307/96,

¹⁷⁷ “Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências” (Brasil, 1993).

¹⁷⁸ “Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado” (Brasil, 1993).

¹⁷⁹ “Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam: [...] § 2º Nos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar necessariamente cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no § 6º do art. 32 desta Lei” (Brasil, 1993).

¹⁸⁰ Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Brasil, 2021).

¹⁸¹ “Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências” (Brasil, 2010).

era o presságio de uma influência mais expansiva da arbitragem sob todos os ramos do Direito, entretanto, a composição privatista da norma que nascia sem uma menção mais detida ao Poder Público, restou por fortificar uma noção mais afeta à seara em que ocorrera sua gênese. Esse fator não impediu que houvesse prosseguimento dos estudos em torno da matéria e que legislações vinculadas à diversos órgãos públicos obtivessem espaço, pois já se vislumbravam vantagens e conveniências jurídico-econômicas na adoção da metodologia arbitral.

Com o advento da Lei n. 13.129/2015, consolida-se uma versão legislativa expressa a abalzar a arbitragem no âmbito da Administração Pública, ampliando o campo de atuação da Lei n. 9.307/96, até então resumido às relações privatistas. Talvez o grande pecado da lei modificadora seja a escassez de maiores detalhamentos sobre a inserção do procedimento já contido na norma anterior e que, em razão da inclusão da Administração Pública, foram simplesmente transportados para tal ambiente. Ocorre que a naturalidade com que fora introduzida a arbitragem pública não é codificada pela matriz na qual se desenvolvem os princípios, sistemas e órgãos, o que, na maioria das vezes, obtém como consequência a defrontação com os filtros de controle estipulados pela via publicista. Para se ter noção, no que concerne ao tema, foram incluídos os parágrafos 1º e 2º ao artigo 1º e o parágrafo terceiro ao artigo 2º da norma arbitral. Basicamente, o conteúdo acrescentado, além de permitir a utilização da arbitragem pela administração pública direta e indireta, delimita que toda e qualquer discussão a ser dirimida deva versar sobre direitos patrimoniais disponíveis, pautada por regras de direito e respeitado o princípio da publicidade (Richter; Silva; Timm, 2018).

Consequentemente, é de se inferir que a Lei de Arbitragem se constitui em um somatório de grande valia às demais legislações que, de forma antecipada, prescreviam um indício da compatibilidade desse formato de acesso à justiça com o ambiente público, o que restou por conceder maior confiabilidade ao sistema, reforçando de forma inabalável a multiplicidade de portas resolutivas de conflitos. Soma-se ao complexo normativo sedimentador da arbitragem, o Atual Código de Processo Civil – e que apesar de não possuir um caráter de especificidade em relação ao tema, pela sua magnitude em contraste com o ordenamento jurídico pátrio e pelo fato de não somente mencionar, mas de integrar de forma esquematizada, congregando tópicos da Lei 9.307, aos capítulos correspondentes na norma processual cível – elevou a arbitragem a um outro patamar (Carmona, 2016).

As agências reguladoras, em razão do regime jurídico próprio e de sua qualificação como entidade componente da Administração Indireta – considerando que cada uma possui um estatuto que as identifica na qualidade de pessoa jurídica de direito público – e por serem consideradas como entes dotados de uma autonomia econômico-financeira significativa e cujas decisões independam de referendo ou revisão de autoridade da Administração Direta, poderiam, com um grau mais avançado de razoabilidade, maturar decisões alusivas aos diversos interesses sociais atualmente vislumbrados, o que pode ser atribuído ao seu caráter de descentralização frente ao modelo hierárquico centralizado da Administração Pública (Silveira, 2018).

Em sentido amplo, Di Pietro (2023, p. 629) define agência reguladora no seguinte sentido:

Agência reguladora, em sentido amplo, seria, no direito brasileiro, qualquer órgão da Administração Direta ou entidade da Administração Indireta com função de regular a matéria específica que lhe está afeta. A Lei n. 13.848, de 25-6-19, que, entre outras medidas, dispõe sobre a gestão, a organização e o controle social das agências reguladoras, não dá um conceito dessa espécie de autarquia, porque se limita a dar o elenco das entidades que têm a natureza de agência reguladora. E, evidentemente, o elenco só abrange as agências reguladoras existentes na esfera federal, não excluindo a possibilidade de outros entes federativos instituírem entidades com a mesma natureza, segundo suas próprias leis. Tratando-se de entidades com natureza autárquica e, portanto, tendo personalidade de direito público, cada ente federativo tem competência própria para a sua instituição e regulamentação.

Todavia, mesmo diante da profusão de direitos, envolvendo temas cada vez mais complexos e cujas soluções demandam uma análise de múltiplas disciplinas jurídicas vinculadas a ramos diversos do Direito, exige-se parcimônia no trato da arbitragem administrativa, como se convencionou chamar a arbitragem deflagrada no espaço público. Ultrapassadas as avaliações acerca da arbitrabilidade subjetiva e objetiva, é imprescindível alertar para o fato de que a legislação arbitral se projeta proeminentemente sobre o Direito Privado e que as contendas a serem solucionadas via arbitragem podem convergir tanto para o Direito Privado, quanto para o Direito Público, contudo, tal realidade não possui o condão de fazer com que litígios observados à feição publicista sejam transmutados em divergências privadas. É exatamente sob essa perspectiva que a arbitragem desenvolvida junto à seara pública deve ser conduzida, ou seja, por regras e princípios próprios verificados nesse terreno e que constituem o substrato jurídico legal e necessário à consecução dos objetivos da Administração, cujos parâmetros interpretativos e suas consequências,

hodiernamente encontram-se calcados na alcunhada Lei de Segurança para Inovação Pública – Lei Federal n. 13.655/18¹⁸² –, que, por seu turno, ao alterar a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro¹⁸³ (LINDB), resta por influenciar sobremaneira as arbitragens a cargo do Poder Público¹⁸⁴ (Oliveira, 2018).

O que se quer dizer é que, em razão desse desprendimento de determinados órgãos na condução autônoma de sua administração, pode-se estabelecer, ao menos em parte, uma explicação lógica da pré-existência de contendas arbitráveis anteriores à Lei 9.307/96 e a profusão de estatutos que fazem referência à solução de conflitos calcada nesse expediente. As edições de regulamentos pelas agências, como de estilo, devem pautar-se pelas limitações constitucionais e demais regras que as orientem. Entretanto, o caráter técnico, geral, abstrato e amplo das normativas que permeiam as agências traduzem-se em um terreno fértil à expansão da arbitragem no Brasil, nas mais diversas áreas, *verbi gratia* da Lei n. 9.472/1997¹⁸⁵, que, em seu artigo 19, inciso XVI¹⁸⁶, em prol do desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, firma interpretação e resolução de casos omissos por deliberação administrativa; do artigo

¹⁸² Inclui no Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público (Brasil, 2018).

¹⁸³ O Decreto-Lei n. 4.657 de 4 de setembro de 1942, institui a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Brasil, 1942).

¹⁸⁴ Dentro desse contexto e a título exemplificativo, cabe citar: “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.” (Brasil, 2018).

¹⁸⁵ 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 n. 8, de 1995 (Brasil, 1997a).

¹⁸⁶ “Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente: [...] XVI - deliberar na esfera administrativa quanto à interpretação da legislação de telecomunicações e sobre os casos omissos; [...]” (Brasil, 1997a).

20¹⁸⁷ da Lei n. 9.478/1997¹⁸⁸, cujo dispositivo remete para o regimento interno da Agência Nacional do Petróleo à adoção de procedimento de resolução de conflitos entre agentes econômicos e agentes econômicos/usuários e consumidores; cite-se, também, a Lei n. 9.427/1996¹⁸⁹, que determina a competência da Agência Nacional de Energia Elétrica para dissipar as divergências entre as partes especificadas no artigo 3º, inciso V¹⁹⁰, da referida norma; por fim, a arbitragem pode ser verificada como formato de solução de conflitos a cargo da Agência Nacional de Transportes Aquaviários e da Agência Nacional de Transportes Terrestres, envolvendo os casos declinados no artigo 20, inciso II, alínea “b”¹⁹¹, da Lei n. 10.233/2001¹⁹² (Guerra, 2019).

Consoante à evolução da arbitragem pública¹⁹³, observa-se, na mesma esteira, que a casuística dos Tribunais de Contas, em especial o da União, posta-se de forma condizente com o crescimento dos casos envolvendo resolução por meio da via arbitral, o que significa mais um ingrediente a corroborar o fato de que o tratamento da matéria, além de merecer o devido aprofundamento, demonstra a preocupação dos mecanismos de controle em dar efetividade ao instituto. Não obstante, é de percepção meridiana que as Cortes de Contas terão um papel muito mais decisivo

¹⁸⁷ “Art. 20. O regimento interno da ANP disporá sobre os procedimentos a serem adotados para a solução de conflitos entre agentes econômicos, e entre estes e usuários e consumidores, com ênfase na conciliação e no arbitramento” (Brasil, 1997b).

¹⁸⁸ 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, 1997b).

¹⁸⁹ Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências (Brasil, 1996b).

¹⁹⁰ “Art. 3º Além das atribuições previstas nos incisos II, III, V, VI, VII, X, XI e XII do art. 29 e no art. 30 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, de outras incumbências expressamente previstas em lei e observado o disposto no § 1º, compete à ANEEL: (Vide Decreto n. 6.802, de 2009). [...] V - dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores” (Brasil, 1996b).

¹⁹¹ “Art. 20. São objetivos das Agências Nacionais de Regulação dos Transportes Terrestre e Aquaviário: [...] II – regular ou supervisionar, em suas respectivas esferas e atribuições, as atividades de prestação de serviços e de exploração da infra-estrutura de transportes, exercidas por terceiros, com vistas a: [...] b) harmonizar, preservado o interesse público, os objetivos dos usuários, das empresas concessionárias, permissionárias, autorizadas e arrendatárias, e de entidades delegadas, arbitrando conflitos de interesses e impedindo situações que configurem competição imperfeita, práticas anticompetitivas ou formação de estruturas cartelizadas que constituam infração da ordem econômica” (Brasil, 2001).

¹⁹² 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).

¹⁹³ Ainda sobre o tema, cf. Fuckner (2022), em que se avalia a arbitragem no controle de estruturas como uma forma de reforço nas fiscalizações efetuadas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), e Czelusniak (2009), acerca da jurisprudência dos tribunais de justiça dos Estados de Minas Gerais, Paraná e Rio de Janeiro, em torno da legalidade da arbitragem em contratos celebrados pelo Estado.

daquele verificado nos órgãos de controle e fiscalização da atividade administrativa.

Em estudo efetuado por Parada (2016), verifica-se, de maneira indelével, o caráter evolucionista da arbitragem no ambiente do Tribunal de Contas da União, traçando um esboço histórico em torno das decisões efetivadas pela Corte, atinentes a sua admissibilidade à resolução dos conflitos na Administração Pública Federal, cujo marco inicial se estabelece a partir do ano de 1993 e se estende até um ano após a edição da Lei n. 13.129/2015. A primeira decisão, diga-se de passagem, anterior à Lei n. 9.307/96, derivada de processo de consulta, proveniente do Ministro de Estado de Minas e Energia, recebeu pareceres unanimemente contrários à adoção da arbitragem para solucionar conflitos contratuais entre a sociedade de economia mista Companhia Hidroelétrica do São Francisco (Chesf) e fornecedores de mão-de-obra, sob o argumento da ausência de lei específica a versar sobre a matéria. Em caso posterior – acórdão 587/2003 –, envolvendo verificação de edital de licitação, sob a égide da Lei n. 8.666/93, com previsão explícita de arbitragem entre o promotor do procedimento – Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – e a empresa que futuramente seria consagrada como vencedora do certame, houve uma certa mitigação à contrariedade anteriormente estabelecida pelo Plenário da Corte de Contas, que, desta feita, alegou ser inquestionável natureza pública da relação que se estabeleceria, fator que poderia ensejar, caso a necessidade da arbitragem se impusesse, ofensa ao princípio da indisponibilidade do interesse público envolvido.

Significa dizer que o tribunal evolui, a partir da negativa total e absoluta, para a exigência de critérios com base nos quais a arbitragem poderia configurar-se como opção viável – interpretação remanescente, mesmo após a edição da Lei de Arbitragem – insistindo no fato de que seria necessária a especificidade legislativa a deflagrar a arbitragem em matéria administrativa, fator que por via diversa, resta por corroborar uma das assertivas enfrentadas na presente tese, de que a norma privatista não sofrera o crivo público e, por esta razão, enfrentaria os obstáculos impostos pelos mecanismos de segurança, controle e fiscalização públicos.

Em um terceiro momento, no ano de 2016, já sob a égide da Lei n. 13.129/2015, que alterou a Lei n. 9.307/96, fazendo repousar novas luzes sobre a arbitragem na Administração Pública, a apreciação, pelo Plenário, do acórdão 1.720/2016, em que se discutia a legislação a ser aplicável à aquisição da refinaria *Pasadena Refining System* pela Petrobrás América, subsidiária da Petróleo Brasileiro S.A., não pontuou quaisquer questões relativa a omissões, obscuridades ou contradições. Ao contrário,

houve reforço do brocardo da autonomia da vontade em razão da Lei de Arbitragem, do advento do Atual Código de Processo Civil e da previsão de cláusulas contratuais, no sentido de que a lei a conduzir os desígnios da arbitragem internacional, provocada pela discussão em comento, seria a dos Estados Unidos e Houston, no Texas, locais de realização do procedimento (Parada, 2016).

Veja-se que, apesar do assunto não suscitar de forma categórica, a aplicação da Lei n. 13.129/2015 identifica progresso no trato da arbitragem aplicada aos contratos administrativos. Entretanto, também não é difícil perceber que um certo resguardo permanece como resquício da atuação protetiva do interesse público e das oposições com relação à sua indisponibilidade.

Seja como for, preserva-se com força desproporcional o patrimônio público e o interesse da administração, mesmo que para isso se dispersem as vantagens a serem auferidas pela arbitragem. Convergente com o alerta da tese ora proposta, a carência de legislação específica, aliada à procedência privatista da Lei de Arbitragem, perfilha-se em argumentos consistentes em afirmar o receio do setor público, mesmo diante de toda a sorte de julgados, em conformar regra pública a partir de norma privada. É como se a Administração Pública fizesse valer regra alienígena, que, gozando de capacidade de utilização, tenha de ser inserida em universo cuja atmosfera tende a rejeitá-la.

Em viés diverso, a arbitragem, no recinto publicista, deveria significar a oportunidade de estabilização das relações jurídico-administrativas, no ensejo de tratar pontos preponderantes, mas até hoje discordantes, na ainda longínqua concretização da eficaz associação entre o sistema arbitral e a Administração Pública como cláusula arbitral vazia, conteúdo arbitrável e disponível e patrimonialidade e disponibilidade inseridas no contexto administrativo (Valle, 2018).

5.4 A (in)compatibilidade da arbitragem administrativa com o sistema atualmente vigente no Brasil

De acordo com o até então discorrido, efetivada e ultrapassada a discussão acerca da viabilidade constitucional da solução de conflitos pela via arbitral, inicia-se uma prospecção do futuro panorama das entidades que integrarão o sistema arbitral administrativo, delineado em capítulo próprio.

Não é difícil perceber que, com o passar dos anos, os indivíduos deixaram de

exercer um papel voltado para a conciliação com seus semelhantes, razão pela qual o juiz de Direito passou a ser visto como figura principal na tarefa de diluir todo e qualquer embate, mesmo aqueles cujo objeto da contenda se caracterizasse como de menor complexidade. A segurança de uma decisão definitiva, que sepulta o assunto e garante o direito, aparenta ser a via mais adequada, considerando a visão ultrapassada de que uma composição extrajudicial toma tempo e não resolve de forma permanente o problema.

Na verdade, a incapacidade judicial de dar vazão célere às demandas não converge para um único motivo. Há uma série de críticas que se estabelecem em torno da massificação de conflitos repetitivos, dentre os quais, pode-se citar:

- a) a falta de vontade política de parcela dos membros da magistratura, da advocacia e do legislativo na concreção de esforços para mudar esse cenário;
- b) o baixo nível de eficiência dos métodos de gestão de processos judiciais e de gerenciamento de casos nos fóruns e tribunais;
- c) a insuficiência do número de juizes e de serventuários para atender às demandas da população;
- d) a disponibilidade limitada de recursos humanos, bens materiais e instalações físicas nos órgãos judiciários;
- e) o prolongamento dos “tempos mortos” dos processos judiciais nos cartórios e secretarias judiciárias, principalmente no caso de autos físicos;
- f) a dificuldade de uniformização dos avanços tecnológicos, a fim de abranger todos os órgãos e sistemas informáticos envolvidos na prestação jurisdicional estatal;
- g) a insistência no tratamento dos litígios sob o enfoque da litigiosidade repetitiva e a inexistência de ampla repercussão prática da tutela coletiva;
- h) a perpetuação de uma cultura jurídica de judicialização excessiva das controvérsias e de valorização da sentença judicial adjudicatória como o método primário de resolução de disputas;
- i) o emprego ainda pouco disseminado dos meios autocompositivos e extrajudiciais de solução de conflitos;
- j) a prática comumente verificada de uma atuação processual “demandista” e “recorrista”, especialmente por parte de determinados litigantes habituais; e
- k) a convivência de alguns litigantes com a morosidade processual, tendo em vista a utilização em larga escala da técnica atuarial de “rolagem de dívidas” contando com a demora excessiva na tramitação e na conclusão dos processos judiciais (Franco, 2021, p. 45-46).

Verifica-se, diante das suposições de Franco (2021), que um dos problemas apontados ao insucesso do Judiciário em absorver a gama de litígios – que cresce de forma proporcional ao aumento das demandas delegadas à sua tutela – converge para uma iniciativa tímida para com os métodos autocompositivos, mas, curiosamente, não há menção à heterocomposição.

Via de regra, o direito de ação identificado no Poder Judiciário converge para o fato de que o cidadão coloca à apreciação do Estado-Juiz uma contenda jurídica. A

ele são disponibilizados os caminhos e remédios adequados para dissipar o problema em pauta, ou seja, o que na verdade as partes fazem é substituir suas vontades pela do magistrado, o qual, na qualidade de autoridade judicial, emana decisão identificada com a atuação do Judiciário. A construção desse Poder é direcionada para a composição do conflito, para posterior veredito. Mesmo nesse contexto, há o oferecimento de variados instrumentos para a solução de divergências, as quais ficarão adstritas à espécie de procedimento por intermédio do qual se desenvolverá o processo (Dellore; Tartuce, 2021).

Inspirado nas modernas e/ou atualizadas legislações que arrimaram a solução de conflitos, o Judiciário encampa a utilização de técnicas autocompositivas ao contencioso estatal. Em uma linha tendente à pacificação dos confrontos, a mediação obteve um espaço onde somente a conciliação vigorava, entretanto, sob esse último instituto, há o fito sempre presente de objetivação do acordo, via de regra efetivada pelo juiz de Direito, mas com possibilidade de realização por terceiro conciliador. Conseqüentemente, a tendência, consciente ou inconsciente do julgador, é de encerrar a pendência naquele momento, evitando uma série de atos processuais que deixariam ainda mais estreito o já obstruído gargalo Judiciário. Por outro lado, a vantagem da mediação consiste na ausência de qualquer indução à formulação do acordo, tendo em vista que a intenção consiste em restaurar os laços rompidos, independentemente do tempo dispendido e de obter como consequência a extinção do litígio (Spengler, 2019, p. 59-61).

Não obstante, o método que mais se aproxima da justiça estatizada é a arbitragem, pois sua essência converge para o julgamento formulado por um terceiro, que assumirá um papel análogo ao do juiz, com a tarefa de eliminar o conflito carregado pelas partes. Premente é a fixação de bases jurídicas e administrativas elementares que tenham por supedâneo a introdução de um sistema arbitral propenso a absorver princípios e normas específicas do Direito Administrativo, expurgando-se os meios-termos da Lei n. 9.307/96, criada para servir a seara das relações privatistas. Não se pretende, com esse espeque, menosprezar as relevantes alterações trazidas pela Lei n. 13.129/2015; na verdade, esse foi o passo inicial para que propiciasse a discussão esopada na tese que ora se evidencia.

No entanto, é premente que se avaliem as dificuldades de transpor regras de caráter eminentemente privado à Administração Pública. São inúmeros os percalços a serem ultrapassados na persecução da introdução efetiva de elementos que possam

delinear um modelo administrativo arbitral que se harmonize com os ditames de uma área tão específica quanto a das entidades vinculadas ao setor público.

A caracterização dessas discrepâncias pode atrelar-se à formação do Direito Administrativo que, na qualidade de timoneiro da atividade administrativa, independentemente do Poder onde se encontre, consubstancia um conjunto normativo tendente à proteção do interesse público. Isso implica afirmar que existem prerrogativas exclusivas que devem ser observadas pelas demais diretrizes ingressantes nesse complexo legal. Via de regra, a acareação entre a lei que irá se integrar ao cenário administrativo é previamente feita em razão do axioma da supremacia do interesse público (Pires, 2013, p. 2).

Destaca-se, no que pertine ao princípio da supremacia do interesse público sobre o particular:

Esse princípio também pode ser identificado em quase todos os institutos do Direito Administrativo, iniciando com as prerrogativas do regime público de algumas pessoas jurídicas, como é o caso das autarquias que apresentam privilégios tributários e processuais, proteção especial quanto aos seus bens e o regime de precatório para pagamento de seus débitos judiciais, além de outros (Marinela, 2014, p. 27).

O raciocínio inverso foi utilizado na Lei n. 9.307/96. Conforme já referido, as bases propulsoras da legislação em comento convergem para uma aplicação de seus postulados em âmbito privado e que, posteriormente, recepciona a Administração Pública e possibilita, ante os termos declinados em seu bojo, que esta utilize a arbitragem para solucionar seus conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Já seria suficiente para deflagrar intensa discussão o termo “direitos patrimoniais disponíveis”, que deve considerar, para a correta aplicação no plano público, tanto as diretrizes deste quanto os aspectos presentes na norma cível, ou seja, há um rigor muito mais profundo no setor público quando o assunto é o ingresso de novos institutos. De igual modo, mera disposição legal sobre tema já consolidado seria considerável à manifestação do controle administrativo. (Alexandre; Deus, 2018).

Prova disso é que, para as questões mais simples, persiste, no setor público, a ideia de que a maioria ampla dos atos administrativos sejam validados por alguma espécie de fiscalização, quer seja proveniente do Poder Legislativo, quer se perfilhe em legislação pré-existente. Daí a necessidade imediata de correlação com o fato administrativo, que desencadeia um movimento na ação administrativa similar ao fato

jurídico, mas com mais amplitude, em razão de que este não engloba fatos simples, os quais são abarcados pelos fatos administrativos. A arbitragem pode ser considerada o novo fato administrativo, alavancando ações administrativas predispostas a reforçar a base principiológica presente na área pública, beneficiando os demais poderes e a si própria (Carvalho Filho, 2022).

Uma proposta engendrada sob essa perspectiva restaria plenamente capacitada a injetar na sociedade uma cultura divergente, mas com evidências nas qualidades intrínsecas de nossa sociedade, que é identificada, exatamente, nas formas de resolução de litígios, no caso em debate, a arbitragem. A cultura identificaria a arbitragem por meio de “significados, conceitos e esquemas interpretativos que são ensejados, construídos ou ativados através da participação em instituições sociais normativas e práticas rotineiras” (Chase, 2014, p. 27).

A renúncia de receita, *verbi gratia*, é ideal a demonstração de que o excesso de cuidado do gestor público em não criar programas de saneamento da dívida ou receita pública, que tenham por mote isenções, anistias ou remissões, dificulta o trato de um percentual muito elevado dos litígios, uma vez que, via de regra, as contendas administrativas, direta ou indiretamente, envolvem algum tipo de ingresso ou dispêndio de valores, os quais podem ser auferidos de maneira simplificada pelos órgãos de controle. Entretanto, o mesmo conjunto legislativo responsável pela estipulação da renúncia de receita prevê incentivos fiscais e políticas públicas de solução de litígios, que podem fazer com que as entidades públicas incrementem suas receitas (Harada, 2021).

Por essas e outras questões é que há o indicativo de que uma regra específica, voltada exclusivamente para a Administração Pública, tem potencial para inaugurar uma nova e auspiciosa perspectiva no setor público, desde que implantado a partir do complexo normativo já consolidado. Reitera-se, por reputar-se inestimável, o valor da inclusão feita pela Lei n. 13.129/2015, mas é crucial a geração de metodologias que possibilitem a modernização do Direito Administrativo. O começo disso é a introdução de técnicas condizentes com a carência de políticas públicas que possuam aderência em nível nacional. Por outro lado, devem guardar consonância com os anseios da comunidade e da própria administração, rompendo, paulatinamente com as amarras de um serviço público que se notabilizou pela burocratização de suas atividades (Facci, 2019).

A teor do exposto e retrocedendo no tempo, de grande valia é o ensinamento trazido pela obra *O Espírito das Leis*, em seu Livro Quinto, capítulo I:

Acabamos de ver que as Leis da Educação devem ser relativas ao princípio de cada governo. Aquelas que o legislador dá a toda a sociedade também devem relacionar-se com ele. Esta relação das leis com este princípio estica todas as molas do governo, e o princípio recebe disto, por sua vez, uma nova força. É assim que, nos movimentos físicos, a ação será sempre seguida de uma reação (Montesquieu, 2000, p. 53).

Não se quer, com essa passagem, indicar um pensamento retrógrado ou alinhado à tendência que, há muito, caracteriza a função estatal administrativa. Ao contrário. O que se pretende é propiciar uma maneira menos traumática de introduzir uma moderna e inovadora forma de tratar assuntos de interesse da coletividade e do próprio Estado, especialmente no aspecto inerente à celeridade ao ser traçado um comparativo com a via judicial (Accioly, 2019).

Nem mesmo a burocratização estatal tem se mantido estanque. No prelúdio da emenda constitucional 19/98, imediatamente pode-se notar o propósito na modificação da tendência da Constituição Federal em retroceder o processo burocrático até então predominante, que consiste em desmistificar os preceitos que sustentavam a autonomia do Executivo (Nohara, 2012, p. 120-121).

Apesar de uma evidente contradição na adoção de um sistema de jurisdição una, em um Estado caracterizado pela existência de um regime jurídico administrativo, e embora o presente trabalho debata acerca de um pretense equívoco da não implantação do contencioso administrativo, nem mesmo razoável se perfaz pugnar pela legitimação desse modelo no panorama brasileiro, haja vista que uma criação nesse sentido abalaria a estrutura desenhada especificamente para cada Poder, carreando ao Executivo, função precípua do Poder Judiciário, que a teor do inciso XXXV, do artigo 5º, da CF/88, não pode ser excluído de qualquer lesão ou ameaça a direito. A esse talante, poderia se estar interferindo na separação de poderes para a qual a Constituição reserva a designação de cláusula pétrea, no art. 60, §4º. (Bucci, 2002).

Por outro lado, é merecedor de críticas o fato de ser notória a influência do Direito Administrativo Francês no Brasil, especialmente no que pertine à existência de um regime jurídico especial para os atos e condutas da Administração Pública, regime próprio de servidores públicos e organização administrativa. Com arrimo nessas

razões, não se perfaz factível que determinados aspectos, dirigentes do sistema francês, não tenham sido incorporados pelo Brasil, principalmente o contencioso administrativo que, por absoluta propriedade constitucional, harmonizaria-se com as bases esculpidas em torno de princípio inquebrantável derivado da separação de poderes (Bucci, 2002).

Destaque-se que a pauta estabelecida para o trabalho em apreço passa, inexoravelmente, pelo fato de que não há instituto congênere, dentro do escopo do Direito Administrativo, que possa adaptar ou recepcionar solução imediata às carências¹⁹⁴ para a efetivação de uma forma mais amplificada da arbitragem na Administração Pública. Contudo, existem composições contenciosas administrativas, que podem auxiliar a desbravar o terreno instável que circunda o tema e cujo procedimento possui, em determinadas fases, uma proximidade de algumas das características do rito estabelecido para a arbitragem.

Muito embora as decisões administrativas possam advir de processos de mero expediente, e que estes façam referência pura e simples ao andamento de documentos no setor público – pouco importando que o conteúdo seja de interesse de servidor, do administrador ou da administração –, importa frisar, por essas razões, que nem sempre o processo administrativo atrai para si a composição de controvérsia, uma vez que este é o gênero responsável por designar algumas espécies a ele interligadas (Di Pietro, 2023).

Em termos generalistas, processo administrativo consiste em uma atividade desenvolvida pela Administração Pública para:

[...] registro de seus atos, controle da conduta de seus agentes e solução de controvérsias dos administrados, utilizando-se de diversificados *procedimentos*, que recebem a denominação comum de *processo administrativo*. Impõe-se, por isso, distinguir e esclarecer, inicialmente, esses dois conceitos para, após, apreciarmos o processo administrativo, suas espécies, seus princípios, suas fases e modalidades, com especial destaque para o processo disciplinar e o processo tributário ou fiscal (Meirelles, 2000, p. 628).

Constata-se que, em virtude da necessidade de um maior aperfeiçoamento no que compete aos processos punitivos ou fiscais, estes destacam-se sobre os demais em razão da necessidade de aproximação de postulados constitucionais-judiciais

¹⁹⁴ O trato das antinomias e obstáculos à composição de um sistema arbitral na Administração Pública será verificado no capítulo derradeiro, que possui um item específico a notabilizar a questão.

imprescindíveis ao andamento regular de qualquer ação, a exemplo do devido processo legal e da garantia de defesa, sujeitando-se, sempre que pleiteado e dentro dos prazos prescricionais¹⁹⁵ atinentes a cada penalidade, à análise judicial de legalidade. Isso não quer dizer, todavia, que a existência de um procedimento tendente a levar à cabo a aplicação de sanção disciplinar¹⁹⁶ esteja apto a abalizar uma forma contenciosa arbitral, até mesmo porque o desiderato pretendido por esse instituto aperfeiçoa-se mediante uma punição administrativa coerente com a infração cometida pelo servidor-acusado. Além do mais, não há uma composição predisposta a estabelecer uma relação sob a interveniência de um terceiro que decidirá o conflito em favor de uma das partes, pois, nesse caso, a própria Administração é responsável por essa tarefa, o que torna o processo um tanto que esdrúxulo se comparado com a ritualística judiciária.

De fato, o que se quer demonstrar é que apesar de não haver aderência suficiente para atrair para si a projeção de um sistema voltado à recepção da arbitragem – mesmo porque a decisão administrativa não irá se imiscuir nas questões patrimoniais derivadas de discussões oriundas, por exemplo, de cláusulas contratuais pactuadas entre particulares e Administração Pública –, cuja jurisdicionalidade já seria suficiente a destoá-lo dos demais padrões administrativos, os instrumentos existentes são suficientemente adequados ao fomento da viabilização da arbitragem. Por outro lado, a adequação da estrutura administrativa serviria de sustentáculo à perfectibilização da arbitragem pela câmara eleita. Tais providências, aliadas às características jurisdicionais afetas ao processo arbitral – como, por exemplo, a relevância dos efeitos produzidos pela sentença arbitral, guindados pelo artigo 31¹⁹⁷ da Lei n. 9.307/96, a equivalentes àqueles gerados pela sentença do magistrado togado, passando a constituir título executivo – demonstrariam as disparidades em relação ao processo administrativo.

Por conseguinte, é cabível a afirmação de que há dificuldades na adequada difusão da arbitragem na seara pública e que atualmente não há instrumento jurídico cuja essência possa identificar-se perfeitamente com uma solução de conflitos convergente com essa ideia, mormente pela tendência da Administração, entenda-se

¹⁹⁵ Cf. Costa (2004, p. 245).

¹⁹⁶ Cf. Gasparini (2007, p. 959).

¹⁹⁷ “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, 1996a).

Poder Executivo, em restringir-se, na grande maioria dos casos, à prática de suas funções típicas, tendendo a rechaçar mecanismos atípicos com efeitos externos e que possam erroneamente suscitar uma invasão da competência sobre as demais esferas de Poder.

O que se constata é que as ferramentas existentes no Executivo, que representam versões atípicas de solução de conflitos, baseiam-se em propostas de caráter punitivo, quer em desfavor de servidor, quer em face de prestador de serviços ou fornecedor de bens que infrinja o contrato administrativo¹⁹⁸, ou seja, converge para procedimentos que envolvem muito mais mérito administrativo, ao menos no que tange à aplicação da penalidade aplicável, – mesmo que se sigam preceitos mínimos, espelhados no processo judicial –. Alia-se à essa constatação o fato de que a natureza jurídica da arbitragem se perfilha como jurisdicional, ao contrário dos processos administrativos acima citados. É necessário perquirir, ainda, que o efeito das sanções e penalidades administrativas¹⁹⁹ se circunscrevem à essa seara, não se imiscuindo

¹⁹⁸ No que pertine às penalidades e sanções impostas aos contratados pela Administração, remissão obrigatória deve ser feita ao artigo 87 da Lei n. 8.666/93, que dispõe da seguinte forma sobre o tema: “Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: I - advertência; II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato; III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos; IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior” (Brasil, 1993). Com esse mesmo mote, a Nova Lei de Licitações repisa o dispositivo em seu artigo 156: “Art. 156. Serão aplicadas ao responsável pelas infrações administrativas previstas nesta Lei as seguintes sanções: I - advertência; II - multa; III - impedimento de licitar e contratar; IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar” (Brasil, 2021).

¹⁹⁹ As espécies de sanções e penalidades administrativas podem variar de acordo com o regime jurídico da entidade a que se encontra vinculado o servidor. Para que se tenha uma noção mais aproximada do que se pode verificar em termos sancionatórios no âmbito administrativo, vale mencionar o apanhado genérico com relação ao tema em Costa (2004, p. 220-221): “a) *advertência* – É a sanção disciplinar mais branda do nosso Direito, a qual, constituindo uma admoestação apenas verbal, não chega sequer a sujar a folha de assentamentos individuais do funcionário transgressor. b) *repreensão* – [...] configurando censura mais enérgica à conduta do transgressor, sendo feita por escrito e devendo ser publicada em boletim interno, deverá constar dos assentamentos do servidor. c) *Suspensão* – É o afastamento do cargo imposto ao funcionário faltoso, por certo período de tempo (não podendo ultrapassar 90 dias), com perda do vencimento correspondente aos dias do afastamento, e outros prejuízos que se refletem na contagem do tempo de serviço do apenado. d) *Multa* – Esta sanção é de natureza pecuniária e se constitui na obrigação imposta ao funcionário de pagar ao Estado uma certa quantia em dinheiro [...] d) *Destituição do cargo em comissão* – É a perda do cargo comissionado imposta a quem exerça função de confiança, por falta de exaço no cumprimento dos respectivos deveres. Tal reprimenda disciplinar é imposta nos casos que sujeitam o infrator às penalidades de suspensão e demissão, quando não se trate de função exercida por ocupante de cargo efetivo [...] *Cassação de disponibilidade* – É a sanção aplicável ao servidor que deixa de assumir no prazo legal a função em que for aproveitado, ou que tenha transgredido alguma norma a que fica sujeito, mesmo na inatividade. *Cassação de aposentadoria* – É a pena disciplinar imposta aos servidores inativos que haja, na atividade, cometido transgressões puníveis com demissão. *Prisão* – [...] a pena corretiva mais

nos efeitos civis e penais decorrentes do fato verificado sob seus domínios. Em contrapartida, resta positiva a existência de procedimento contencioso na Administração Pública, que pode significar, ao menos, um alicerce para que repousem os postulados arbitrais e, a partir da estrutura planejada para apuração de fatos administrativos, assentar as premissas inovadoras da arbitragem.

Gize-se que não se quer postular por uma adaptação do processo disciplinar, mas do aproveitamento da organização administrativa que o circunda e que pode facilitar o ingresso da estrutura do sistema arbitral, inclusive sob um formato harmônico com o arcabouço administrativo e simpático para com os dispositivos e instituições de controle.

drástica [...] De acordo com a Constituição Federal de 1988, somente é admissível prisão disciplinar para servidor militar [...] *Demissão* – [...] consiste a demissão na exclusão forçada do servidor do cargo público que ocupava. É a mais rigorosa das sanções disciplinares. Daí por que somente é aplicada no caso de faltas dotadas de elevado teor de gravidade [...].”

6 ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: A PROPOSIÇÃO DE ELEMENTOS PARA UM MODELO ADMINISTRATIVO ARBITRAL DOS LITÍGIOS ESTATAIS A PARTIR DA ADOÇÃO DOS PARÂMETROS INSTITUÍDOS PELA LEI N. 13.448/2017 E PELO DECRETO N. 10.025/2019

No universo jurídico, a pauta, atualmente, gira em torno do assoberbamento do Judiciário. O encaminhamento de pleitos cresce desenfreadamente e, cada vez mais, necessita-se de outras alternativas hábeis à solução de conflitos, contemplando, das mais diversas formas, o acesso à justiça.

Com esse mote, a legislação condizente ao campo da heterocomposição e autocomposição obteve um espaço importante no cenário judicial e extrajudicial, entretanto, o mesmo êxito não foi repetido no trato dos litígios envolvendo a Administração Pública.

A arbitragem é um dos formatos pelos quais se externaliza a heterocomposição e se engendra um conjunto de medidas, previstas na Lei n. 9.307/96, tendentes a arrefecer o aumento significativo de demandas judiciais no âmbito do Poder Judiciário ou fora dele e, principalmente, proporcionar mais um meio hábil à resolução de controvérsias, de forma ágil e célere.

Em 2015, a Lei n. 13.129 incluiu a possibilidade de a Administração Pública utilizar-se do instrumento da arbitragem (Brasil, 2015b). Não obstante, as demais regras condizentes ao instituto sofreram alterações pontuais, mas sempre sob o escopo de uma orientação cível, perfeitamente compreensível, pelo fato de que a normativa em questão é uma iniciativa nascida nesta seara e, inevitavelmente, há tendência de permeabilidade em toda e qualquer questão que seja oriunda de outro ramo do Direito, com mais contundência ainda, por tratar-se de espécie próxima do antagonismo.

No decorrer do trabalho, por reiteradas vezes, alertou-se sobre as dificuldades enfrentadas na aplicação de norma cuja gênese se perfaz como essencialmente civilista, transmutada para atender aos desígnios do setor público, mas sem o espírito que lhe é peculiar. Entretanto, essa menção introduzida pela Lei n. 13.129/2015 foi de suma importância para a legislação administrativa, pois permitiu, a partir de então, em homenagem ao princípio da legalidade, que se pudesse pensar em uma forma alternativa de resolução de litígios. Por outro lado, não foi reservado, nem ao menos, um capítulo específico às arbitragens arquitetadas sob o escopo das regras

publicistas, criando um vácuo a ser preenchido pelas legislações locais que dispusessem sobre o tema.

O capítulo em testilha busca demonstrar que os mecanismos criados pela Lei n. 13.448/2017²⁰⁰ e pelo Decreto n. 10.025/2019²⁰¹ podem significar uma mudança no paradigma atualmente vislumbrado, pois designa, com rara felicidade, termos adequados à Administração Pública e seu arcabouço legislativo, introduzindo medidas tendentes à resolução conflitos por intermédio de regras traduzidas para o complexo holograma administrativo, nem sempre visto por todos os ângulos de sua específica interface.

6.1 Antinomias jurídicas e principais obstáculos à implantação de um modelo administrativo arbitral na Administração Pública

A atuação do juízo arbitral, embora ampla, não possui liberdade de atuação sobre toda e qualquer matéria. Encontra limites nos bens que possuam conteúdo voltado para direitos que afetem diretamente a personalidade. A Lei n. 9.307/96 restringe a utilização da arbitragem àqueles conflitos relativos a direitos disponíveis, entre pessoas capazes de contratar (Brasil, 1996a). Entretanto, o exato limiar sobre a incidência das regras arbitrais ainda carece de maior aprofundamento quando a pauta é inserida no contexto da Administração Pública, especialmente no tocante ao trato de seu patrimônio, tema de acurado debate e de parcos esforços relacionados à utilização de bens públicos em transações, mediações ou arbitragens efetivadas nesse terreno. Para a Ciência Jurídica, os direitos patrimoniais subdividem-se em disponíveis e não disponíveis. Essa disponibilidade correlaciona-se, imediatamente, com a sua possibilidade de alienação, o que remete àqueles direitos passíveis de

²⁰⁰ Optou-se por estabelecer um parâmetro baseado na citada legislação, tendo em vista o fato de que ela preenche várias das lacunas observadas, analisadas e de saneamento projetados nos capítulos precedentes. Também em idêntico mote da tese, sua edição a partir de um ambiente público, denota uma noção muito mais aproximada dos dispositivos relevantes a esse setor e que podem – e em alguns momentos devem – influenciar regras congêneres, dentro do mesmo contexto jurídico. Em adendo ao declinado, merece ênfase o objeto sobre o qual se debruçou a normativa, que, ao tratar sobre problema que não se constata como de forma exclusiva de um nível público específico, prevendo tratamento de inerente à aplicabilidade de uma legislação nacionalmente aplicável, a Lei de Licitações.

²⁰¹ Pelas mesmas razões, mas detendo-se mais pormenorizadamente – característica própria dos decretos – na álea procedimental e prática da arbitragem a ser executada em campo administrativo-público, há uma harmonização com o que se prega no decorrer da tese em desenvolvimento, ou seja, com pequenos ajustes, é perfeitamente factível projetar uma transposição da regra já existente e adequada ao espaço de deflagração.

transação, como os vislumbrados nas relações de direito obrigacional, originária nos contratos, nos atos ilícitos e nas declarações unilaterais de vontade (Scavone Junior, 2020).

Ao revés, os direitos não patrimoniais afetam diretamente a personalidade, não possuindo conteúdo econômico direto e imediato, ou seja, o sentido econômico é absolutamente secundário, aflorando somente após a sua transgressão. A personalidade não é exatamente um direito, mas é sobre ela que se arrimam os demais direitos. Nesse sentido, os direitos personalíssimos incidem sobre bens imateriais ou incorpóreos e a existência desses direitos tem vinculação direta com a personalidade, conforme prelecionam as escolas de Direito Natural. Possuem previsão constitucional expressada pelo artigo 5º, que enumera, em um formato longo, mas não exaustivo, direitos e garantias individuais²⁰², tendo por escopo a existência e a convivência dos seres humanos. Na toada do Estado pós-moderno, o Código Civil de 2002 conta, de forma inédita, com capítulo reservado aos direitos da personalidade, refletindo a mudança comportamental e de compreensão dos postulados jurídicos, carreados, especialmente, ao ocaso da Segunda Grande Guerra (Venosa, 2020).

Vê-se que, independentemente do envolvimento da Administração Pública em questão conduzida à arbitragem, se deve ter em consideração que os direitos incidentes sobre a personalidade, estado civil das pessoas e, em regra, as contendas atinentes às relações familiares de natureza pessoal, escapam a arbitrabilidade objetiva, por não se inserirem no viés patrimonial.

Portanto, é de se inferir que o legislador não se resignou em limitar a arbitragem às demandas patrimoniais. Ampliou ainda mais esse cerceamento, acrescentando o instituto da disponibilidade jurídica como limitação ao objeto da pauta arbitral, considerando-se a natureza de certas matérias ou a característica das partes envolvidas na lide. Ao passo em que parece não haver dúvidas acerca da temática a ser abarcada pela arbitragem, há que se ter esmero, principalmente, na avaliação do que é disponível juridicamente, em razão das peculiaridades acima apontadas. Não basta simplesmente excluir todos os conflitos familiares, direito sucessório, partilha de

²⁰² “Além de expressarem uma limitação imposta pela soberania popular aos Poderes Estatais e caracterizarem, em sua mais ampla acepção, um desdobramento do Estado Democrático de Direito, constituem-se em Direitos indispensáveis a uma vida digna, com a liberdade e igualdade congêneres à sociedade atual” (Padilha, 2020, p. 235).

bens, direitos metaindividuais, da personalidade e tributários, pois deles podem derivar lides de caráter patrimonial disponível, ensejando, nesses casos, a possibilidade da jurisdição arbitral. Nada impede, por consequência, que contendas decorrentes das relações familiares, assim como a partilha dos bens de um casal, seja feita via arbitragem, uma vez que possuem conteúdo eminentemente patrimonial disponível, desde que o casamento ou união estável esteja dissolvida e que não haja cumulação com alimentos, guarda de filhos, direito à visitação, etc. Por outro lado, a identificação do conteúdo patrimonial disponível, ensejada por certos direitos, merece a devida menção, como é o caso dos direitos metaindividuais, em que a indisponibilidade desponta ante a sua indivisibilidade ou indeterminabilidade, marcadas pelos direitos difusos e coletivos, determinando a arbitragem, por consequência lógica, aos direitos individuais homogêneos em que há identificação do titular e direitos divisíveis e cindíveis. Veja-se que, mesmo na área privada, é travado um intenso debate em torno das matérias que podem ser avaliadas pela arbitragem. Na seara pública, as dificuldades são ainda mais exacerbadas (Figueira Júnior, 2019).

Muito embora o advento da Lei n. 13.129/2015 tenha sedimentado a instituição da arbitragem na Administração Pública, não é somente o entendimento da doutrina civilista em torno do que é ou não disponível patrimonialmente que causa celeuma nesse delicado âmbito de atuação. É fundamental considerar as fontes do Direito Administrativo no que pertine aos bens públicos, pois é por meio delas que se define a espécie patrimonial e sob que condições estarão ao alvitre do Poder Público, com vistas à alienação ou uso por particulares (Moreira Neto, 2014).

Nesse diapasão, Aragão (2013, p. 29) afirma:

As fontes do Direito Administrativo são as mesmas enumeradas classicamente pela Teoria Geral do Direito, apenas com algumas peculiaridades. Por exemplo, quantitativamente, conforme maior for o grau hierárquico, menor costuma ser o número das normas da sua espécie. Assim, por exemplo, os regulamentos são mais numerosos que as leis, as quais, por sua vez, são em maior número que os dispositivos constitucionais relativos à matéria. Outra especificidade, agora qualitativa, é a mobilidade e a adaptabilidade do conteúdo das normas de Direito Administrativo, o que as torna especialmente próprias a regular uma realidade em constante evolução e casos concretos variados. É dessa perspectiva – fontes clássicas, mas com algumas peculiaridades – que abordaremos as principais formas por meio das quais o Direito Administrativo se expressa normativamente no Ordenamento Jurídico brasileiro.

É o que ocorre, *verbi gratia*, com os conflitos de natureza tributária, matéria

sobre a qual não há qualquer consenso doutrinário a respeito da necessidade – ou não – de lei ou ato normativo específico a regular sua discussão na esfera arbitral. Face a essa divergência, vige uma insegurança muito grande, tanto da parte do contribuinte quanto do fisco, fulcrada na incerteza da sentença emitida pelo árbitro, que poderá sofrer o crivo do Poder Judiciário no sentido de sua anulação. Por essa razão, desde as causas mais simples até as mais complexas, são encaminhadas ao ambiente forense. Considerando que essas contendas representam um percentual significativo do montante das ações judiciais impetradas pela Administração Pública, cuja discussão pode se estender por vários anos, colabora-se de forma decisiva para que o sistema atinja o colapso em termos de ineficiência das resoluções de controvérsias. No mesmo passo, a apatia do setor público em criar propostas decisivas à inserção da arbitragem nos conflitos que envolvam matéria tributária tem se consubstanciado em evidente prejuízo ao erário, que suportará os custos oriundos da incerteza da duração da demanda, a qual, mesmo bem sucedida, trará, inevitavelmente, o preço do tempo dispendido pela movimentação da máquina pública. Uma sugestão seria a desjudicialização das demandas executivas (fiscal e comum), aliando-as a um sistema eficaz de arbitragem, efetivados extrajudicialmente – conforme já ocorre com a usucapião, o inventário, a separação e o divórcio – que esteja em consonância com o regime jurídico administrativo e os demais postulados referentes à organização estatal (Figueira Júnior, 2019).

A par do já discorrido, é preciso considerar que a disponibilidade patrimonial não se mostra suficiente ao pleno entendimento dos direitos a serem arbitrados quando uma das partes for a Administração Pública. Nesse campo, a expressão “disponível” tem seu sentido ampliado em razão do aparato protetivo que norteia o patrimônio público. Logo, além de merecer a proteção relativa à sua personalidade, à natureza de certas matérias ou à característica das partes envolvidas na lide, as pessoas jurídicas de direito público não possuem a mesma liberdade do particular, no que tange ao trato daquilo que lhe pertence, reduzindo drasticamente os bens que se encontram ao seu alvitre em razão da designação específica que a maior parte deles possui (Scavone Junior, 2018, p. 16).

Na acepção jurídico-administrativa, bens públicos são todos os bens que pertencem à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias e fundações de Direito Público. Considerando uma corrente mais moderna do Direito Administrativo brasileiro, é possível incluir nesse rol, bens que, embora pertencentes

a particulares ou demais pessoas não enumeradas anteriormente, estejam afetados à prestação de um serviço público (Mello, 2010).

Entretanto, o patrimônio público engloba todos os bens de interesse do poder público e da população, sendo conceituados, classificados e destinados legalmente, com o fito de bem administrar, utilizar e até mesmo alienar, o que, em essência, significa dizer que: “*Bens públicos*, em sentido amplo, são todas as coisas, corpóreas ou incorpóreas, imóveis, móveis e semoventes, créditos, direitos e ações, que pertençam, a qualquer título, às entidades estatais, autárquicas, fundacionais e empresas governamentais” (Meirelles, 2000, p. 468-469).

Ampliando ainda mais esse espectro, a doutrina traz à lume a expressão domínio eminente, no intuito de submeter à vontade do Estado todos os bens integrantes de seu território, sejam eles públicos, privados ou aqueles não vinculados ao regime normal de propriedade (espaço aéreo, águas, etc.). Isso não quer dizer, absolutamente, que o Estado seja proprietário de todo e qualquer patrimônio. Na verdade, esse verdadeiro poder exercido sobre todos os bens, desempenha uma função estritamente política e não patrimonial, o que significa dizer que há apenas uma disponibilidade potencial, em favor do Poder Soberano, permitindo, por exemplo, a intervenção ou a transferência ao Estado da propriedade privada mediante certas condicionantes e por intermédio dos institutos da limitação administrativa e da desapropriação, respectivamente. Por conseguinte, os bens sobre os quais recairá o objeto de estudo da presente tese são aqueles englobados pelo domínio público, ou seja, os que estão sob a administração e regulamentação do Estado (Carvalho Filho, 2020).

Na esteira do acima afirmado, a interpretação voltada às peculiaridades trazidas pelos bens públicos padece de imensas dificuldades, ora por seu conteúdo, ora pela diversidade legislativa existente no âmbito do Direito Administrativo. Outro ponto a ser salientado é o fato de que todas essas variantes encontram-se em legislações esparsas, não consolidadas, e cada uma delas referindo-se à forma de aquisição, alteração, conservação e extinção de relação jurídica com os bens. Diferentemente dos demais ramos codificados do Direito, o Administrativo exige do profissional que com ele labora, um cuidado minucioso no trato dos dispositivos a serem aplicados a determinado caso concreto (Pestana, 2014).

Muito embora não haja pacificidade em torno do debate do tema “bens públicos”, o certo é que ele não se encerra nos pontos já declinados. De maneira

oposta, parece aprofundar-se proporcionalmente ao crescimento do Estado, da comunidade e da busca incessante dos mais variados movimentos sociais pela igualdade de direitos. No limiar de uma nova realidade, a disponibilidade patrimonial ainda pende de uma modernização dos institutos mais expressivos do Direito Administrativo. Um obstáculo outrora repetido pela doutrina tem sua face voltada para o fato de que todo e qualquer interesse público restaria indisponível, em razão de sua supremacia sobre os interesses particulares. Ainda hoje, essas premissas são consideradas basilares no estudo do Direito Administrativo, postulados que conformam a gênese dos demais princípios informadores da matéria administrativa (Pinho; Rodrigues; Strätz, 2020).

Todavia, configuraria manifesta incúria administrativa a dicotomia entre interesse público primário e secundário alardeada no passado pela doutrina. Atualmente, o que se verifica é que os fins almejados pelo Estado, pela Administração Pública e, conseqüentemente, pela Fazenda Pública, devem, ao cabo, objetivar a segurança dos interesses coletivos, sociais e individuais indisponíveis, ou seja, o que o Estado deseja enquanto pessoa jurídica deve, antes de tudo, visar aos anseios do povo. Por conseguinte, depreende-se que o interesse público sempre será indisponível e é nessa acepção que deve ser compreendido o princípio da indisponibilidade do interesse público, que não se confunde com a ideia de direitos patrimoniais indisponíveis (Estefam, 2019).

Nessa esteira, salienta-se que:

[...] o princípio da indisponibilidade do interesse público não se confunde com a ideia de direitos patrimoniais indisponíveis; o interesse público é sempre indisponível; os direitos patrimoniais podem ser disponíveis ou indisponíveis; [...] O interesse público é sempre indisponível pela Administração Pública, porque ele é de titularidade da coletividade e não do poder público. A Administração Pública apenas o administra, protege e tem o dever de dar-lhe efetividade. Mas não pode dele dispor livremente porque não lhe pertence. [...] Portanto, é correto afirmar que o interesse público é indisponível. Mas isto não significa que todos os direitos patrimoniais, no âmbito do direito público, sejam indisponíveis. Por vezes, a disponibilidade de um patrimônio público pode ser de mais interesse da coletividade do que a sua preservação (Di Pietro, 2020, p. 1086).

O Código Civil, nos artigos 98 a 103, ao tratar sobre bens públicos, indica as categorias disponíveis à alienação e aqueles que, mantendo determinada qualificação, integrariam o patrimônio indisponível da Administração (Brasil, 2002). A classificação declinada pelo artigo 99, especifica três espécies de bens públicos:

[...] os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças; [...] os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias; [...] os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades (Brasil, 2002).

A classificação esposada pelo Ordenamento Civil Pátrio tem em consideração sua afetação à determinada destinação pública. Os bens de uso comum do povo ou do domínio público são aqueles de livre fruição pela comunidade em geral, sem necessidade de autorização específica pela Administração, a exemplo dos mares, rios, praças e estradas. São também chamados de bens do patrimônio indisponível e, enquanto perdurar essa condição, não poderão ser objeto de alienação (Nohara, 2020).

Semelhante é a situação dos bens de uso especial ou do patrimônio administrativo no que tange à impossibilidade de alienação. A diferença reside no fato de que essa categoria é composta por aqueles bens concernentes à execução da atividade administrativa, como prédios das repartições, escolas, veículos oficiais, etc. (Marinela, 2014).

Por outro lado, especial atenção merecem os bens dominiais ou dominicais, ou, ainda, do patrimônio disponível. Apesar dos bens públicos gozarem de características relativas à inalienabilidade, impenhorabilidade e imprescritibilidade, a espécie ora tratada perde a primeira característica em virtude de não terem uma destinação pública específica, permitindo sua consideração como objeto de uso pessoal ou real por parte da Administração, tolerando a transferência de propriedade, por intermédio de venda, permuta, doação, dação em pagamento, etc. Ainda assim, nada impede que bens considerados de uso comum do povo e especiais venham a integrar o conjunto de bens dominiais, desde que desafetados. Significa dizer que se um prédio, que abriga determinada atividade administrativa, for desocupado e se mantiver sem uma destinação específica, estará apto a ser desafetado e, conseqüentemente, alienado (Pires, 2013).

Veja-se que as condições elencadas no item em desenvolvimento vão além das possibilidades trazidas pela normativa cível e do critério patrimonial, pois, como se verifica, o patrimônio administrativo, geralmente, encontra-se indisponível. Mesmo assim, a arbitragem pode incidir sobre os serviços comerciais e industriais do Estado

(atividade econômica em sentido estrito); nos atos negociais (em que a Administração se iguala ao particular) e nos contratos de direito privado (Di Pietro, 2020).

Ainda no campo dos impasses que possam estabelecer empecilhos à plena efetividade da arbitragem no setor público e a transição adequada da norma cível para a publicista, tem-se o dever de imparcialidade e neutralidade dos árbitros, que, em situação análoga à do magistrado, baseiam-se na independência da função exercida, para, a partir desse postulado, agirem sem qualquer interferência que possa fazê-lo tender favoravelmente a uma ou outra parte. Em termos genéricos, a arbitragem possui como uma de suas principais e mais marcantes características o direito das partes em escolherem e, conseqüentemente, remunerarem os árbitros que definirão o destino da causa a eles conferida – e em alguns momentos até mesmo a designação da norma aplicável – e embora persista essa faculdade para a Administração Pública, em seus domínios, a dúvida acerca da isenção do árbitro sobrepuja a das contendas instaladas sob a órbita particular, uma vez que subsistirá, recorrentemente, o interesse econômico dos escolhidos na intensificação de suas atividades (Accioly, 2019).

Pode ocorrer que os opositores elejam, cada qual, um árbitro. Isso não significa que os escolhidos favorecerão os interesses de quem os preferiu, ao contrário. Permanecem os mesmos deveres anteriormente postos, seja quantos e quem forem os árbitros escolhidos. Posto isso, cabe considerar que a indicação do árbitro é um ato jurídico consistente em manifestação unilateral de vontade e a avaliação das pretensas qualidades, conhecimentos e habilidades que supostamente serão mais adequadas à solução do litígio, ficam ao alvitre subjetivo da parte, o que não ocorre quando a eleição recai sobre um único julgador. Nesse último caso, a escolha tem por premissa a consensualidade, não impedindo que eventuais exceções em torno do profissional escolhido sejam apresentadas ao próprio árbitro ou ao Tribunal Arbitral, desde que observadas as exigências do §2º do artigo 14²⁰³ da Lei n. 9.307/96, além do que, quando a cláusula compromissória e o compromisso arbitral não dispuserem à respeito da nomeação do(s) árbitro(s), caberá, respectivamente ao juiz²⁰⁴ ou à

²⁰³ “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 juizes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil [...] § 2º O árbitro somente poderá ser recusado por motivo ocorrido após sua nomeação. Poderá, entretanto, ser recusado por motivo anterior à sua nomeação, quando: a) não for nomeado, diretamente, pela parte; ou

b) o motivo para a recusa do árbitro for conhecido posteriormente à sua nomeação” (Brasil, 1996a).

²⁰⁴ Essa hipótese encontra-se atrelada à eventual falta de disposição, na cláusula compromissória, acerca da nomeação de árbitro, caso em que, conforme especificidade delineada no artigo 7º da Lei n.

entidade arbitral²⁰⁵ proceder à indicação (Justen Filho, 2016).

O fato de a nomeação constituir-se em uma decisão que pode desagradar ambas as partes, não importa concluir que não possam gerar alternativas passíveis de aceitação, viabilizando-se variações perfeitamente aceitáveis, a exemplo de:

Uma possível medida para aumentar a neutralidade seria, em vez da indicação direta dos coárbitros pelas partes, a adoção do sistema de troca de listas de potenciais nomes, em ordem de preferência, em que todos os membros do painel seriam escolhidos dentre os profissionais cujos nomes coincidissent ou que fossem melhor posicionados na ordem. Outro possível método seria o “Vetuille”, no qual cada parte apresenta três árbitros potenciais e cada contraparte seleciona um deles, ficando esses dois coárbitros responsáveis pela nomeação do presidente, após consulta às partes. No limite, poderia se considerar a possibilidade da entidade administradora nomear todos os árbitros, o que não reputamos tão saudável, por concentrar poderes na instituição.

O escrutínio sobre o nome em eventual impugnação deve ser especialmente rígido, para salvaguardar a tão prezada legitimidade do procedimento, quando envolve ente estatal. Isso não significa, contudo, que qualquer impugnação pelo ente público deva ser deferida. Há de se atentar, ainda, para os possíveis problemas da nomeação de advogado público, se estiver vinculado a ente estatal que pode ter conflito semelhante (Muniz; Silva, 2018, p. 163).

Consoante com a indicação de critérios que se perfectibilizem como isonômicos, técnicos e transparentes²⁰⁶, a Portaria Normativa AGU n. 42 traça uma série de requisitos²⁰⁷, subjetivos e objetivos, baseados em aspectos – plena capacidade civil, confiança das partes, conhecimento compatível com a natureza do cargo e do litígio, ausência de impedimento, suspeição e conflito de interesses, não ocupar cargos das carreiras jurídicas da Advocacia-Geral da União, Procuradoria-

9.307/96, o juiz será o responsável por esse mister: “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 [...] § 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 [...]” (Brasil, 1996a).

²⁰⁵ É possível que o compromisso arbitral, ao invés de indicar o árbitro responsável pela condução do processo arbitral, apenas decline a entidade creditada para tanto, caso em que esta, a partir da delegação das partes, oferecerá árbitro apto, conforme prevê o artigo 10 da Lei n. 9.307/96: “Art. 10. Constará, obrigatoriamente, do compromisso arbitral: [...] II - o nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros; [...]” (Brasil, 1996a).

²⁰⁶ Os critérios elencados são exigências do artigo 154 da Lei n. 14.133/2021 – a nova Lei de Licitações –, que norteiam o processo de escolha dos árbitros, dos colegiados arbitrais e dos comitês de resolução de disputas, conforme segue: “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, 2021).

²⁰⁷ Segundo a Portaria 42/2022, tais requisitos consistem em trazer maior segurança jurídica às relações estabelecidas e possuem previsão no artigo 2º do regulamento em questão (Brasil, 2022a).

Geral Federal e Procuradoria-Geral do Banco Central, formação profissional, área de especialidade, nacionalidade, idioma, disponibilidade, experiências pretéritas como árbitro, número de indicação para atuar como árbitro pela União e perfil do indicado como árbitro pela contraparte – necessários à contratação de árbitros, considerando, ainda, aqueles derivados de legislação específica (Brasil, 2022a).

As reticências postas à arbitragem na Administração Pública, analisadas diante do cenário econômico, ou seja, ponderando-se o custo-benefício auferido na adoção de sua prática, causam certa surpresa se cotejadas em paralelo com o conjunto de desvantagens que, sob a perspectiva financeira, pesam sobre o instituto, quando de sua observação na órbita privada. Nesse aspecto, as minúcias da arbitragem entre particulares permitem inferir que o custeio das câmaras e/ou dos árbitros pode fazer com que aqueles menos favorecidos optem pelo benefício da assistência judiciária ou usufruam do serviço prestado pela Defensoria Pública, no intuito de acessar o Poder Judiciário. No caso do setor público, apesar de se discutir no intuito de fazer com que a arbitragem seja algo pecuniariamente mais atrativo, não há refúgio a abrigar os hipossuficientes²⁰⁸ (Soares, 2016).

Por outro lado, as celeumas advindas de contratações administrativas, via de regra, envolvem, de um lado, o Poder Público, de outro, um particular ou uma empresa devidamente apta a prestar serviços ou fornecer bens, cujos parâmetros financeiros não podem ser listados como aquisições irrisórias, o que significa dizer que se estabelece uma relação em que ambos possuem condições de suportar os custos condizentes à demanda a ser avaliada em sede arbitral²⁰⁹, restando deveras onerosas

²⁰⁸ Felizmente, há avanços significativos, mesmo que o sistema arbitral na Administração Pública evolua a passos tímidos no que se refere à sua implantação e propagação. Exemplo disso é a arbitragem expedita, assim considerada por congregar o que já se institui em termos arbitrais, com um rito notadamente sumário se em confrontação ao mecanismo tradicionalmente conhecido e tratado pela Lei n. 9.307/96, fator que pode significar o impulso para se reduzir os custos da jurisdição privada. A Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial (CAMARB, 2019) possui regulamento exclusivamente voltado para a arbitragem expedita, incluindo a previsão de capítulo destinado a procedimentos envolvendo a Administração Pública.

²⁰⁹ A respeito dos honorários dos árbitros e das despesas administrativas, é essencial referir que a Câmara de Comércio Internacional adota tabela programática, composta por três verbas/despesas, que se referem a honorários dos árbitros, despesas dos árbitros e despesas administrativas da corte, cujo percentual reflete sobre o valor total do litígio e que varia de forma inversamente proporcional a este, conforme demonstram Jobim e Timm (2007, p. 91): “Os honorários dos árbitros e as despesas administrativas da Corte estão regulados por ‘tabelas’ baseadas na totalidade do valor envolvido no litígio. Somamos como custos do árbitro despesas com viagens e deslocamento. Custos como verba honorária de advogados ou peritos não são fixados pela Corte, de mesmo modo que operamos no Judiciário. No que atine às tabelas referente aos honorários dos árbitros, verificamos, no âmbito da CCI que as mesmas são decrescentes, isto é, num litígio que envolva 20 milhões de dólares, com 3 (três) árbitros, o custo da arbitragem será aproximadamente de 1,76% desse valor. De outra banda, para um litígio de 5 (cinco) milhões de dólares, com árbitro único, o custo da arbitragem será aproximadamente

apenas aquelas divergências em que os valores envolvidos importam em despesas que superam a expectativa letárgica de causa análoga levada ao Judiciário. Mesmo assim, há que se efetivar o cotejo do custo-benefício entre arbitragem e Judiciário, uma vez que, até o aporte na decisão final, devem ser contabilizados, além dos atos necessários ao deslinde da causa, o tempo em que se concluem²¹⁰, os recursos e eventuais despesas previstas para tanto, além do somatório de correção monetária e juros incidentes sobre a controvérsia.

Uma outra barreira posta por aqueles que se posicionam de forma contrária à utilização da arbitragem na Administração Pública é o pseudo conflito entre o sigilo do procedimento arbitral, proibitivo quando uma das partes componentes da relação seja o Estado e o princípio da publicidade. O *caput* do artigo 37²¹¹ do Texto Constitucional, elenca como um dos axiomas a serem perseguidos pelos entes públicos, a publicidade de seus atos (Brasil, 1988).

A teor do que expõe Meirelles (2000), o sigilo aos atos administrativos só se impõe ante situações que envolvam a segurança nacional, investigações policiais ou interesse superior da Administração a ser preservado em processo que será antecipada e manifestamente taxado como sigiloso.

No sentir de Di Pietro (2023), não é plausível que se imponha o sigilo sobre os atos processuais da Administração Pública, pois esta tem por base a tutela do interesse público, único e suficiente motivo a ensejar uma restrição à divulgação de suas ações. Em harmonia com essa evidência, e em prol do resguardo da intimidade, na qualidade de direito individual, o direito positivo impõe o dever de sigilo à conduta de certos órgãos, instituições e profissionais que, face às atribuições que lhe são conferidas, obtêm acesso a dados e informações de outrem. Ainda no tocante ao tema, é imprescindível agregar ao exposto, as previsões estatuídas pela Lei de Acesso à Informação, importante instrumento modulador dos preceitos constitucionais contidos no prefalado artigo 37 da Constituição. Em seu conteúdo, mais

2% desse valor. Verificamos que para um litígio de 800.000 dólares, com árbitro único, o custo da arbitragem será aproximadamente 5,5% desse valor. Se verificarmos o Tribunal arbitral de São Paulo, verificaremos que estas custas igualmente ficarão na faixa de 2 a 6% do valor da causa, conforme o Regulamento Interno do Tribunal Arbitral de São Paulo”.

²¹⁰ Ainda segundo Jobim; Timm (2007, p. 92), a questão temporal no Tribunal Arbitral de São Paulo pode ser resumida da seguinte forma: “No que atine ao tempo, verificamos que a arbitragem no Tribunal Arbitral de São Paulo pode ser dar no tempo médio de 28 dias, contados a partir da entrada do processo”.

²¹¹ “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 e, também, ao seguinte: [...]” (Brasil, 1988).

especificamente no artigo 31²¹², encontram-se premissas relevantes acerca do tratamento de informações pessoais no âmbito de órgãos públicos, reforçando a restrição de acesso a seus agentes e às pessoas a que se referirem.

A inserção do §3º²¹³, ao artigo 2º da Lei de Arbitragem – diga-se, *en passant*, promovida pela Lei n. 13.129/2015 –, responde apenas à parte do debate em torno da confidencialidade²¹⁴ dos litígios em que a Administração Pública constitua-se em um dos polos da arbitragem, pois é a partir do parágrafo já mencionado que se prevê o respeito à publicidade, mas assim como no caso da expressão direitos patrimoniais disponíveis, é preciso aprofundamento tendente a demonstrar sob que bases se assentará tal princípio e em que grau de intensidade se considerará satisfatório aos órgãos de controle. Nesse sentido, supera-se antinomia anterior à edição da Lei n. 13.129, em que a regra, por ser direcionada às relações entre particulares, previa a possibilidade de adoção de discricção²¹⁵ no procedimento arbitral (Soares, 2016).

²¹² “Art. 31. O tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais. § 1º As informações pessoais, a que se refere este artigo, relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem: I - terão seu acesso restrito, independentemente de classificação de sigilo e pelo prazo máximo de 100 (cem) anos a contar da sua data de produção, a agentes públicos legalmente autorizados e à pessoa a que elas se referirem; e II - poderão ter autorizada sua divulgação ou acesso por terceiros diante de previsão legal ou consentimento expresso da pessoa a que elas se referirem. § 2º Aquele que obtiver acesso às informações de que trata este artigo será responsabilizado por seu uso indevido. § 3º O consentimento referido no inciso II do § 1º não será exigido quando as informações forem necessárias: I - à prevenção e diagnóstico médico, quando a pessoa estiver física ou legalmente incapaz, e para utilização única e exclusivamente para o tratamento médico; II - à realização de estatísticas e pesquisas científicas de evidente interesse público ou geral, previstos em lei, sendo vedada a identificação da pessoa a que as informações se referirem; III - ao cumprimento de ordem judicial; IV - à defesa de direitos humanos; ou V - à proteção do interesse público e geral preponderante. § 4º A restrição de acesso à informação relativa à vida privada, honra e imagem de pessoa não poderá ser invocada com o intuito de prejudicar processo de apuração de irregularidades em que o titular das informações estiver envolvido, bem como em ações voltadas para a recuperação de fatos históricos de maior relevância. § 5º Regulamento disporá sobre os procedimentos para tratamento de informação pessoal” (Brasil, 2011).

²¹³ “Art. 2º [...] § 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade” (BRASIL, 1996a).

²¹⁴ Gize-se que a confidencialidade não é designada como um princípio da arbitragem. Por essa razão, sua obrigatoriedade fica atrelada à disposição convencional e/ou do regulamento da entidade responsável por conduzir a arbitragem, que poderão estabelecer tal imposição tanto aos componentes dos polos ativo e passivo, quanto do próprio árbitro (Teixeira, 2016). Em adendo ao exposto e face à terminologia utilizada pela arbitragem, torna-se necessária a distinção entre a confidencialidade e demais termos e expressões que possuem idêntica ou assemelhada sinonímia na língua portuguesa, mas que se distanciam quando referenciadas dentro do contexto arbitral. A privacidade, por exemplo, difere-se da confidencialidade por se postar como um direito das partes em relação a terceiros não integrantes da arbitragem, evitando que estes obtenham acesso aos atos do processo arbitral (Fichtner; Mannheimer; Monteiro, 2019).

²¹⁵ Ao utilizar-se a expressão “sigilo”, é imprescindível mencionar que seu conceito, além de diferir das definições de confidencialidade e de privacidade, tampouco se aproxima do que se infere acerca do “segredo”, que é uma característica imanente de documentação integrante do processo arbitral, em razão de lei ou princípio jurídico que assim o fixe e que o torne refratário ao conhecimento de terceiros ou da contraparte, como se verifica nos segredos de Estado. Já o sigilo configura-se a partir da

Por certo, o princípio da publicidade impregna toda a atuação estatal, indo desde a divulgação oficial de atos até a atuação dos agentes na execução de tarefas inerentes ao seu cargo, atingindo, dessa forma:

[...] os atos concluídos e em formação, os processos em andamento, os pareceres dos órgãos técnicos e jurídicos, os despachos intermediários e finais, as atas de julgamento das licitações e os contratos com quaisquer interessados, bem como os comprovantes de despesas e as prestações de contas submetidas aos órgãos competentes (Meirelles, 2000, p. 99).

Interessa aos opositores trazer dúvida a elementos pontuais da Lei de Arbitragem. Perquirições que, muitas vezes, sequer apontam na direção da verdadeira tônica que poderia gerar controvérsia passível de discussão em vertente pública. Mesmo antes das reformas trazidas pela lei de 2015, já se mostrava assente na doutrina o fato de que a confidencialidade ou sigilo não eram – e permanecem não sendo – requisito de cumprimento obrigatório ao procedimento de arbitragem. Ao contrário. O único momento em que se pode interpretar como uma aproximação forçosa à imposição de sigilo ocorre por conta de um dever funcional direcionado aos árbitros, originário do artigo 13, §6^o²¹⁶, da Lei n. 9.307/96 (Chamorro, 2021).

O que se percebe, é que o sigilo representa muito mais uma vantagem do que propriamente uma exigência ou característica ínsita desse meio de resolução de conflitos. E não poderia ser de outra forma, uma vez que a arbitragem se baseia no princípio da autonomia da vontade das partes, consistindo em manifesta incongruência, exigências pautadas em feitos que não aqueles em sintonia com o delineamento jurídico do instituto em voga (Coelho, 2014).

Por conclusão, infere-se que é permitido às partes – Administração Pública e Pessoa Jurídica de Direito Privado – restringir a publicidade. Ocorre que os casos de confidencialidade restarão na sua totalidade adstritos, no que compete a informações relativas à intimidade da Pessoa Jurídica de Direito Privado, a exemplo de dados

alegação de uma das partes em torno de prova documental ou atos processuais, contendo dados sensíveis, cuja decisão ficará a cargo do tribunal arbitral ou do árbitro e, a partir de então, as informações declaradas sigilosas, restarão inviabilizadas ao conhecimento de terceiros ou da contraparte, *verbi gratia* dos “contratos contendo informações críticas sobre preços de produtos em mercado sensível. Não havendo pertinência entre o julgamento do mérito da arbitragem e as cláusulas de preço, devem os árbitros ordenar a apresentação do instrumento contratual com as referidas cláusulas apagadas ou tachadas” (Fichtner; Mannheimer; Monteiro, 2019, p. 598).

²¹⁶ “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, 1996a).

inerentes à condição financeira do particular contratado, subsistindo o dever de divulgação dos demais atos inseridos no procedimento arbitral e que se identifiquem com o órgão público que o integra (Soares, 2016).

6.2 Proposição de elementos para um modelo administrativo arbitral a partir da organização de câmaras de arbitragem e preparação do árbitro, voltadas para a Administração Pública

Na atualidade, tribunais arbitrais e árbitros recebem tratamento de destaque na Lei de Arbitragem. Não são escassos os eventos trazidos pela norma arbitral que explicitam, em algum contexto capitular, o papel de ambos na proposição e conexão do procedimento a ser instaurado, ou das peculiaridades e princípios afetos à regra em observação. Suas funções encontram-se dispersas por todo o regulamento e visam estabelecer premissas coerentes com a pauta de procedimento autônomo, jurisdicionalizado e com foco na vontade das partes, alusivos, especialmente, ao adiantamento de verbas para despesas e diligências²¹⁷; decisão acerca de esclarecimento de questão disposta na convenção de arbitragem, formação de adendo em conjunto com as partes²¹⁸; regulação do procedimento²¹⁹; tentativa de conciliação entre as partes no início do procedimento²²⁰; tomada de depoimento das partes, oitiva de testemunhas, determinação de realização de perícias e demais provas²²¹; requerimento à autoridade judiciária de condução de testemunha renitente que, sem justa causa, desatender convocação para prestar depoimento²²²; expedição

²¹⁷ “Art. 13 [...] § 7º Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral determinar às partes o adiantamento de verbas para despesas e diligências que julgar necessárias” (Brasil, 1996a).

²¹⁸ “Art. 19 [...] § 1º Instituída a arbitragem e entendendo o árbitro ou o tribunal arbitral que há necessidade de explicitar questão disposta na convenção de arbitragem, será elaborado, juntamente com as partes, adendo firmado por todos, que passará a fazer parte integrante da convenção de arbitragem [...]” (Brasil, 1996a).

²¹⁹ “Art. 21 [...] § 1º Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo” (Brasil, 1996a).

²²⁰ “Art. 21 [...] § 4º Competirá ao árbitro ou ao tribunal arbitral, no início do procedimento, tentar a conciliação das partes, aplicando-se, no que couber, o art. 28 desta Lei” (Brasil, 1996a).

²²¹ “Art. 22. Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício” (Brasil, 1996a).

²²² “Art. 22 [...] § 2º Em caso de desatendimento, sem justa causa, da convocação para prestar depoimento pessoal, o árbitro ou o tribunal arbitral levará em consideração o comportamento da parte faltosa, ao proferir sua sentença; se a ausência for de testemunha, nas mesmas circunstâncias, poderá o árbitro ou o presidente do tribunal arbitral requerer à autoridade judiciária que conduza a testemunha renitente, comprovando a existência da convenção de arbitragem” (Brasil, 1996a).

de carta arbitral a outro órgão jurisdicional nacional²²³; ao(s) árbitro(s), assinar a sentença arbitral e na sua impossibilidade a certificará o presidente do tribunal²²⁴; declarar eventual acordo mediante sentença arbitral²²⁵; enviar cópia da decisão às partes²²⁶; nos casos enumerados no artigo 30²²⁷ da Lei n. 9.307, decidir sobre aditamento da sentença arbitral²²⁸; proferir nova sentença arbitral²²⁹ na ocorrência da situação prevista no artigo 33²³⁰ (Brasil, 1996a).

Conforme se denota do conteúdo da Lei de Arbitragem, é possível asseverar que o antagonismo pode dissipar-se por intermédio de um único árbitro ou tribunal, este considerado como a reunião de três ou mais árbitros, desde que em número ímpar. No que se refere à Administração Pública, não há previsão tendente a impor uma escolha individualizada ou coletiva, entretanto, a opção pelo colegiado se perfilha de forma mais coerente com o anseio de preservação do interesse público²³¹ e da

²²³ “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” (Brasil, 1996a).

²²⁴ “Art. 26 [...] Parágrafo único. A sentença arbitral será assinada pelo árbitro ou por todos os árbitros. Caberá ao presidente do tribunal arbitral, na hipótese de um ou alguns dos árbitros não poder ou não querer assinar a sentença, certificar tal fato” (Brasil, 1996a).

²²⁵ “Art. 28. Se, no decurso da arbitragem, as partes chegarem a acordo quanto ao litígio, o árbitro ou o tribunal arbitral poderá, a pedido das partes, declarar tal fato mediante sentença arbitral, que conterá os requisitos do art. 26 desta Lei” (Brasil, 1996a).

²²⁶ “Art. 29. Proferida a sentença arbitral, dá-se por finda a arbitragem, devendo o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, enviar cópia da decisão às partes, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, ou, ainda, entregando-a diretamente às partes, mediante recibo” (Brasil, 1996a).

²²⁷ “Art. 30. No prazo de 5 (cinco) dias, a contar do recebimento da notificação ou da ciência pessoal da sentença arbitral, salvo se outro prazo for acordado entre as partes, a parte interessada, mediante comunicação à outra parte, poderá solicitar ao árbitro ou ao tribunal arbitral que: I - corrija qualquer erro material da sentença arbitral; II - esclareça alguma obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral, ou se pronuncie sobre ponto omitido a respeito do qual devia manifestar-se a decisão” (Brasil, 1996a).

²²⁸ “Art. 30 [...] Parágrafo único. O árbitro ou o tribunal arbitral decidirá no prazo de 10 (dez) dias ou em prazo acordado com as partes, aditará a sentença arbitral e notificará as partes na forma do art. 29” (Brasil, 1996a).

²²⁹ “Art. 33 [...] § 2º A sentença que julgar procedente o pedido declarará a nulidade da sentença arbitral, nos casos do art. 32, e determinará, se for o caso, que o árbitro ou o tribunal profira nova sentença arbitral [...]” (Brasil, 1996a).

²³⁰ “Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei” (Brasil, 1996a).

²³¹ Em sintonia com a obra de Mello (2010, p. 61), interesse público “[...] *Não é, portanto, de forma alguma, um interesse constituído autonomamente, dissociado do interesse das partes e, pois, passível de ser tomado como categoria jurídica que possa ser erigida irrelatamente aos interesses individuais, pois, em fim de contas, ele nada mais é do que uma faceta dos interesses dos indivíduos: aquela que se manifesta enquanto estes – inevitavelmente membros de um corpo social – comparecem em tal qualidade. Então, dito interesse, o público – e esta já é uma primeira conclusão –, só se justifica na medida em que se constitui em veículo de realização dos interesses das partes que o integram no presente e das que o integram no futuro. Logo, é destes que, em última instância, promanam os interesses chamados públicos [...] o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos **pessoalmente** têm quando considerados **em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem***”. Nesse sentir, é factível uma

proteção dos valores administrativos defendidos de forma mais ferrenha. Para tanto, a decisão emitida por um colegiado vai ao encontro da ideia de atingir maior qualificação decisional (Oliveira, 2015).

A depender das peculiaridades inerentes ao órgão público que pretenda resolver seus conflitos pela arbitragem, a busca pela escolha do(s) árbitro(s) que será(ão) responsável(is) por conduzir a demanda, pode significar uma ação de complexidade nunca experimentada por determinada Administração. Vários fatores podem fazer com que a implantação da via arbitral se torne um fardo demasiadamente pesado, em razão, preliminarmente, da própria *expertise* que envolve o procedimento, além do que, são raros os exemplos de organização estrutural prévia, com pessoal devidamente preparado, que possa absorver adequadamente todas as situações que envolvem a satisfação de uma medida arbitral. Cabível pensar que o ente estatal, ao sopesar prós e contras, conclua que esse encargo deva recair sobre uma entidade instituída para tal desiderato. Para tanto, poderá designar câmaras arbitrais, sobre as quais recaiam as atribuições de administração e regulamentação do procedimento, segundo as regras da própria instituição, que delimita, inclusive, as funções a ela inerentes, cabendo-lhe a indicação dos árbitros incumbidos de julgar a contenda.

Para aportar em assunto não tão sedimentado na doutrina brasileira e diante do vulto que representa para a composição adequada e lógica dos fundamentos que se deseja aplicar à presente tese, carece clarificar o momento em que deva se estabelecer relação tendente a concluir pela arbitragem como o meio mais adequado e condizente com a relação a ser perpetrada na Administração Pública.

A teor do que se verifica na Lei n. 9.307/96, o conjunto normativo da arbitragem, é voltado para concretização da autonomia da vontade das partes, expressada em instrumento contratual, por intermédio da cláusula compromissória. Por outro lado, o compromisso arbitral é a convenção pela qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial e, como se pode supor, é efetivado em documento externo ao contrato, cuja celebração poderá ser desencadeada em duas frentes distintas. De um lado, o compromisso arbitral judicial formaliza-se perante o juízo ou tribunal em que o litígio transcorre. Por outro,

ponderação voltada para uma análise mais meticulosa e criteriosa da submissão da causa posta pelas partes a um único ou a três árbitros que decidirão coletivamente o conflito. Por certo, essa avaliação envolve outras áreas além da jurídica, mas é perfeitamente possível cotejar, de acordo com as características do litígio, complexidade e prospecção de custas, aportar em um consenso em torno do que atenderia de forma mais adequada o interesse público.

há uma via extrajudicial, tendente à consumação da arbitragem, desta feita, a celebração se dá por meio de pacto particular ou público (Brasil, 1996a).

Veja-se que as prescrições da legislação em tela não obtiveram alterações que as fizessem convergir com as regras administrativas, ao menos em padrão semelhante da complementação feita pela Lei n. 13.129/2015, ao artigo 1º, da norma originária. Por essa razão, não foram deduzidas questões relativas ao *iter* processual a ser percorrido pelo fornecedor ou prestador de serviços que se candidata a contratar com o Poder Público. Lembre-se que o contrato é o resultado finalístico do procedimento licitatório, dependendo de uma série de atos existentes dentro do procedimento licitatório e que tem por mote o atendimento de uma necessidade premente da Administração ou de carência da coletividade²³².

Exemplo disso é o edital, expressão mais genuína da pretensão da gestão pública. Tanto é verdade, que é traduzido em princípio licitatório de observância obrigatória, nos termos da doutrina e da legislação nacional, conforme se depreende:

[...] a *vinculação ao edital* é princípio básico de toda a licitação. Nem se compreenderia que a Administração fixasse no edital a forma e o modo de participação dos licitantes e no decorrer do procedimento ou na realização do julgamento se afastasse do estabelecido, ou admitisse a documentação e propostas em desacordo com o solicitado. O *edital é a lei interna da licitação*, e, como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes como a Administração que o expediu [...] (Meirelles, 2000, p. 256-257).

É sob esse brocardo²³³ que se apoiam os demais atos do procedimento de compra na Administração Pública, ou seja, a sequência de práticas que se verifica

²³² No intuito de fazer com que os objetivos traçados pela Administração Pública convirjam para algo mais palpável em termos práticos, têm-se por traço identificativo da pretensão aduzida por intermédio da licitação, o prelecionado pelo dispositivo ora referendado pela Nova Lei de Licitações: “Art. 11. O processo licitatório tem por objetivos: I - assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto; [...]” (Brasil, 2021).

²³³ Além de máxima administrativa, é importante gizar que a vinculação ao instrumento convocatório constitui-se em princípio vital de qualquer licitação pública, aclamado não só pela doutrina pátria, mas, de igual forma, pela legislação vigente, conforme se verifica: “Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos” (Brasil, 1993).

“Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento

após a publicação do edital é a ele interligada, impregnando todas as demais fases da licitação, o que induz ao raciocínio de que eventual mácula existente no edital, desde que significativa, pode levar à anulação dos feitos que se seguirem.

Na base normativa, tanto da Lei n. 8.666/93²³⁴, quanto da Lei n. 14.133/2021²³⁵, que lhe precedeu, o contrato deve fazer parte integrante, na qualidade de anexo, do edital. Por esse motivo seria razoável que a menção, mesmo que de relance, à resolução de conflitos que derivem do instrumento a ser assinado pelo licitante vencedor, seja item de praxe no edital e pressuposto da minuta de contrato, pois, dessa forma, estaria representada uma condição de licitude do procedimento, porquanto estariam esclarecidas todas as condições a que se submete(m) o(s) licitante(s) vencedor(es), em um futuro compromisso com a Administração Pública.

Di Pietro (2023, p. 302) alerta para essa mesma circunstância, acrescentando digressão em torno das pautas que defluem do instrumento convocatório da licitação e que se perfazem de observância obrigatória por todos aqueles que intencionam estabelecer um vínculo contratual com o Poder Público:

Todas as cláusulas dos contratos administrativos são fixadas unilateralmente pela Administração. Costuma-se dizer que, pelo instrumento convocatório da licitação, o poder público faz uma oferta a todos os interessados, fixando as condições em que pretende contratar; a apresentação de propostas pelos licitantes equivale à aceitação da oferta feita pela Administração. Essa ideia se confirma com a norma do artigo 40, § 2º²³⁶, da Lei n. 8.666, segundo a qual, dentre os anexos do edital da licitação, deve constar necessariamente 'a minuta do contrato a ser firmado entre a Administração e o licitante vencedor'; com isto, fica a minuta do contrato sujeita ao princípio da vinculação ao edital.

nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro)” (Brasil, 2021).

²³⁴ “Art. 62. O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço. § 1º A minuta do futuro contrato integrará sempre o edital ou ato convocatório da licitação [...]” (Brasil, 1993).

²³⁵ “Art. 18. A fase preparatória do processo licitatório é caracterizada pelo planejamento e deve compatibilizar-se com o plano de contratações anual de que trata o inciso VII do **caput** do art. 12 desta Lei, sempre que elaborado, e com as leis orçamentárias, bem como abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação, compreendidos: [...] VI - a elaboração de minuta de contrato, quando necessária, que constará obrigatoriamente como anexo do edital de licitação; [...]” (Brasil, 2021).

²³⁶ “Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte: [...] § 2º Constituem anexos do edital, dele fazendo parte integrante: [...] III - a minuta do contrato a ser firmado entre a Administração e o licitante vencedor; [...]” (Brasil, 1993).

As normas inseridas em documento editalício constituem-se de observância obrigatória²³⁷, não só aos concorrentes que desejam satisfazer uma necessidade administrativa, mas também pela própria Administração Pública que, em prol do propósito de licitar um objeto para si, fixa imposições aos participantes e suas propostas, já ajustando as bases sob as quais será(ão) travado(s) o(s) futuro(s) contrato(s)²³⁸. As regras especificadas pelo edital, formam um conjunto complexo de atos, que nem sempre são vislumbrados de forma explícita, mas influenciam diretamente na validade e eficácia da licitação e cujas funções influenciam irremediavelmente na publicidade do certame, caracterização do objeto licitado e delimitação das propostas, fixação do conjunto de proponentes, estabelecimento de critérios para análise e avaliação dos proponentes e propostas, regulação de atos e termos processuais do procedimento e consolidação de cláusulas do futuro contrato (Mello, 2010).

Por essas razões, antes mesmo da deflagração do procedimento visando à obtenção da compra ou serviço que satisfaça o interesse público, é necessário voltar a atenção para decisão que se mostra fundamental a criar um ambiente propício e estruturado em prol da arbitragem e, conseqüentemente, conectar-se com os argumentos do trabalho em desenvolvimento, qual seja, apreciar o formato arbitral a ser utilizado pela entidade promotora da licitação e que elegerá aquele que firmará pacto contratual administrativo.

A consenso, a arbitragem pode ser delegada a uma instituição arbitral especializada, que fará todo o gerenciamento do conflito (Ribeiro, 2022). A atividade desenvolvida por essas câmaras consiste no desempenho de todas as medidas inescusáveis à consecução da arbitragem, que não se esgota no recebimento de petições, notificação das partes, disponibilização de insumos e materiais a serem utilizados nas audiências e nas demais funções cartorárias, mas ainda abrange o exercício jurisdicional residual do tribunal arbitral. Seguramente, configura um negócio jurídico-administrativo que envolve partes, árbitros e câmara, cuja meta consiste em

²³⁷ “Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada” (Brasil, 1993).

²³⁸ “Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente: [...] X - termo de contrato ou instrumento equivalente, conforme o caso; [...]” (Brasil, 1993).

organizar a arbitragem sob seu encargo, mediante obrigações estabelecidas em contrato.

Sob esse ponto de vista, o procedimento pela via institucional se torna mais cômodo à Administração Pública, uma vez que, apesar de toda câmara possuir metodologias, técnicas e procedimentalismos que lhe são peculiares, as regras de cada instituição são cuidadosamente pensadas à razão das características e da tipologia dos conflitos que pretende solucionar. Nesse sentido, a criação do regulamento da câmara obedece, criteriosamente, o intuito de sua própria formação, ou seja, sob hipótese de sua gênese, ao propor-se a tratar divergências inerentes ao Direito Administrativo, sua normativa irá ao encontro dos postulados e princípios observados nesse campo. Além do mais, a atualização constante das câmaras²³⁹ reforça de forma indelével a capacidade de um serviço adequado, pois essa característica engloba a revisão de seus próprios regulamentos e o treinamento permanente e contínuo de seus árbitros, fazendo com que a matéria a ser trabalhada pela entidade crie uma espécie de identidade inspiradora da forma como conduz os conflitos sob seu abrigo e na atuação institucional perante outras pessoas físicas ou jurídicas (Pereira, 2017).

Entretanto, a Lei de Arbitragem não traça obrigatoriedade em prol da arbitragem institucional, nem mesmo quando uma das partes for a Administração Pública, ao contrário, a coloca em pé de igualdade com a chamada arbitragem *ad hoc*, também alcunhada de arbitragem avulsa. Nos termos dessa modalidade, as regras procedimentais, tais como prazo, local onde serão efetivadas as reuniões, audiências e tramitação dos autos do processo arbitral, sobejarão a cargo das partes, que restarão igualmente responsáveis pela nomeação do árbitro responsável por conduzir a contenda sob regras previamente postas pelos potenciais litigantes. Em contraste com a arbitragem institucional, a esta sobejaria, potencialmente, o principal, mas não único, benefício carreado ao setor público, qual seja, a possibilidade de redução de custos, já que a contratação de uma câmara arbitral proporcionará toda a estrutura física, material e de pessoal necessária ao bom andamento do processo. Exatamente

²³⁹ A reciclagem das câmaras e seus árbitros é não só corroborada pela natureza de seu próprio serviço, como por uma exigência interna, proveniente das competências do conselho deliberativo. Na Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial – Brasil (CAMARB), tais atribuições podem ser verificadas no artigo 13, do Estatuto Social da entidade: “Art. 13. Compete ao Conselho Deliberativo, em colegiado: [...] d) deliberar sobre quaisquer outros assuntos necessários ou convenientes ao bom funcionamento da CAMARB, observada a competência da Diretoria e da Assembleia Geral;” [...] (Minas Gerais, 2019).

nesse diapasão é que a arbitragem institucional pode respaldar de forma mais incisiva as arbitragens derivadas de discussões em torno das cláusulas do contrato administrativo (Grotti, 2018).

Analisando a questão pela ótica da arbitragem *ad hoc*, as dificuldades que circundam a espécie se irradiam sobre diversos temas que, na verdade, se associam muito mais intimamente com obstáculos ao seu gerenciamento pela Administração Pública do que propriamente uma facilidade em razão da maior discricionariedade na viabilização da contratação de um ou mais árbitros, ao invés de uma câmara. Nessa mesma linha, há que se aventar que a indicação de um secretário pelos árbitros poderá consistir em medida necessária aos olhos dos julgadores, no sentido de que a ele seriam delegadas funções como comunicações, arquivo do procedimento, saneamento da arbitragem, etc., de modo que essa nomeação corresponderia a uma remuneração, que obviamente deverá ser suportada pelas partes; um outro custo, que tomado em contraste com a arbitragem institucional poderá encarecer o procedimento, é o relativo aos honorários dos árbitros, negociados diretamente pelas partes e sem o arrimo de tabela utilizada pela câmara; despesas iminentes à locação ou disponibilização de espaços para audiências, estenotipia e gravação das sessões, etc., também deverão ser subsidiados pelas partes; as regras a serem respeitadas serão aquelas convergentes à cláusula compromissária cheia, o que implica pré-estabelecer, como condição *sine qua non*, por exemplo, nomeação de árbitros ou parâmetros adequados às suas escolhas e o prazo para tanto, endereço das partes para comunicação de atos e da instauração da arbitragem e fixar prazo para que os árbitros aceitem os encargos e procedam à escolha e nomeação do Presidente do Tribunal Arbitral (Pereira, 2015).

Distinção necessária à pauta das arbitragens institucional e *ad hoc*, diz respeito à pessoa jurídica figurar como árbitro na relação que se estabelece por meio do procedimento arbitral. O fato da Lei n. 9.307/96, em seu artigo 13²⁴⁰, delinear simples exigência à assunção do encargo de árbitro, qual seja, a de ser pessoa capaz e de confiança das partes, não se mostra factível a ilação de que essa missão seja delegada a um órgão em si. A atividade de condução desse mister é conferida a pessoas físicas. Os integrantes de pessoa jurídica – e isso considerando-se tratar de arbitragem institucional – é que se postam em condições de assumir o cargo, uma vez

²⁴⁰ “Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes” (Brasil, 1996a).

que há cristalina cisão entre as funções exercidas pela câmara arbitral – pessoa jurídica incumbida de organizar a arbitragem, dando sustentáculo à metodologia a ser aplicada, regras e estrutura operacional – das do árbitro – responsável pela avaliação e decisão do litígio, culminando com a sentença arbitral. Em assim não se interpretando, haveria evidente confusão em torno dos conceitos de arbitragem institucional e *ad hoc*, em que uma pessoa jurídica conduziria a arbitragem, mas não absorveria questões periféricas à lide, que sobejaria a cargo dos contratantes (Carvalho, 2022).

Somando-se ao exposto, a interpretação equivocada de nomeação de pessoa jurídica como árbitro, poderia ocasionar em contradição com os demais parágrafos²⁴¹ do artigo 13, ensejando, inclusive, a nomeação de dois órgãos para o mesmo cargo, considerando-se que há possibilidade de ter número superior a um único julgador. Ainda restaria prejudicada a faculdade das partes em nomear árbitro de confiança ou da convicção de que a opção feita pela empatia pessoal ou profissional é a melhor forma de induzir a uma solução adequada do embate, visto que uma ou mais entidades assumiriam atribuições reservadas a pessoas escolhidas em razão do conhecimento que detêm em determinada matéria.

Com efeito, reconhecidos os formatos de contratação da solução arbitral que atenderá com maior eficiência os desígnios do procedimento, imperioso repisar que a arbitragem institucional, a teor do que anteriormente se expôs, possuiria o condão de criar maiores facilidades na absorção das técnicas a serem implantadas. Em optando por essa modalidade, à Administração Pública não seriam impingidos os ônus e a

²⁴¹ “Art. 13. [...] § 1º As partes nomearão um ou mais árbitros, sempre em número ímpar, podendo nomear, também, os respectivos suplentes. § 2º Quando as partes nomearem árbitros em número par, estes estão autorizados, desde logo, a nomear mais um árbitro. Não havendo acordo, requererão as partes ao órgão do Poder Judiciário a que tocara, originariamente, o julgamento da causa a nomeação do árbitro, aplicável, no que couber, o procedimento previsto no art. 7º desta Lei. § 3º As partes poderão, de comum acordo, estabelecer o processo de escolha dos árbitros, ou adotar as regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada. § 4º Sendo nomeados vários árbitros, estes, por maioria, elegerão o presidente do tribunal arbitral. Não havendo consenso, será designado presidente o mais idoso. § 4º As partes, de comum acordo, poderão afastar a aplicação de dispositivo do regulamento do órgão arbitral institucional ou entidade especializada que limite a escolha do árbitro único, coárbitro ou presidente do tribunal à respectiva lista de árbitros, autorizado o controle da escolha pelos órgãos competentes da instituição, sendo que, nos casos de impasse e arbitragem multiparte, deverá ser observado o que dispuser o regulamento aplicável. § 5º O árbitro ou o presidente do tribunal designará, se julgar conveniente, um secretário, que poderá ser um dos árbitros. § 6º No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discricção. § 7º Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral determinar às partes o adiantamento de verbas para despesas e diligências que julgar necessárias” (Brasil, 1996a).

carga de disponibilidade estrutural e de pessoal necessárias ao deslinde do litígio, que restariam ao alvitre da câmara arbitral, contratada para tanto.

A questão é definir, a partir da necessidade e de mecanismos jurídico-administrativos voltados não só à escolha da modalidade procedimental que mais se adapte ao aponte da câmara que deva conduzir a arbitragem de determinado processo, mas em observação dos requisitos de flexibilidade, confiança das partes na entidade responsável pela organização e gerenciamento do feito e imparcialidade do árbitro, estabelecendo, em consonância com as regras licitatórias vigentes, o caminho a ser traçado para alcançar a contratação almejada.

Em primeiro plano, sempre tendo em mente o princípio do planejamento²⁴² como propulsor de quaisquer atividades administrativas, é essencial a definição daquelas contratações que, sob eventual cenário conflitivo, postem-se, face ao objeto, valor, condições e prazo de cumprimento, ou outra condição congênere, de forma mais propícia à resolução por intermédio da arbitragem. Nesses termos, a Lei n. 14.133/2021²⁴³ amplifica a incumbência da Administração Pública no sentido de notabilizar as exigências parametrizadoras da Nova Lei de Licitações, que analisada sob esse mote, supera qualitativamente a Lei 8.666/93²⁴⁴, ao pautar itens imprescindíveis ao bom e regular andamento dos procedimentos licitatórios,

²⁴² Segundo Meirelles (2000, p. 681) o planejamento está encartado na qualidade de princípio fundamental da Administração Pública e refere-se ao “estudo e estabelecimento das diretrizes e metas que deverão orientar a ação governamental, através de um *plano geral de governo, de programas globais, setoriais e regionais de duração plurianual, do orçamento-programa anual e da programação financeira de desembolso*, que são seus instrumentos básicos”. Nesse mesmo sentido, mas com enfoque na Nova Lei de Licitações, Di Pietro (2023, p. 502) ao pontuar o princípio da eficiência, infere o planejamento como essencial ao alcance desse desiderato, mencionando que: “Para esse fim, é relevante o princípio do planejamento, que foi altamente prestigiado na Lei n. 14.133, em vários dispositivos: (i) artigo 6º, incisos XX, XXIV, XXV, XXVI, com os conceitos de estudo técnico preliminar, anteprojeto, projeto básico e projeto executivo; (ii) artigo 12, VII, com a previsão do plano de contratação anual, que objetiva racionalizar as contratações dos órgãos e entidades, garantir o alinhamento com seu planejamento estratégico e subsidiar a elaboração das leis orçamentárias; (iii) artigo 18, que estabelece normas sobre a fase preparatória da licitação, definindo-a como caracterizada pelo planejamento e exigindo a sua compatibilização com o plano de contratações anual e com as leis orçamentárias; (iv) artigo 40, que trata do planejamento de compras, que deverá levar em conta a expectativa de consumo anual; (v) o artigo 43, inserido no capítulo que trata das compras, estabelece as normas que devem ser observadas no processo de padronização”.

²⁴³ A norma em questão, alcunhada Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Brasil, 2021), ingressou com vigência concomitante à Lei 8.666/93 (Brasil, 1993), que também possui o mesmo objeto, entretanto, a regra de 2021, considerada mais abrangente, unificará as questões abarcadas pela lei de 1993, além das designações relativas ao pregão, previstas em legislação apartada.

²⁴⁴ “Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências” (Brasil, 1993). E adendo ao exposto, cabe a menção à revogação iminente da regra ora mencionada – 30/12/2023 -, em razão do advento de nova legislação a tratar da mesma matéria.

especialmente: a) plano de contratações anual²⁴⁵; b) estudo técnico preliminar²⁴⁶ – com o fito de demonstrar que o interesse público envolvido mostra compatibilidade com a necessidade da contratação alegada pelo gestor –; c) termo de referência, anteprojeto, projeto básico ou projeto executivo²⁴⁷ – condizente com o que se propõe e no intuito do delineamento do objeto –; d) condições de execução, pagamento recebimento e garantias ofertadas²⁴⁸; e) orçamento²⁴⁹ – à razão dos preços estimados para a futura contratação –; f) edital²⁵⁰ e, associado à ele; f) a minuta contratual²⁵¹ (Brasil, 2021).

Compatibilizando-se com essa perspectiva, a recente Legislação Licitatória, traz capítulo reservado exclusivamente aos meios alternativos de resolução de controvérsias, em que se verificam, além de diretrizes gerais à prevenção e solução de divergências pela conciliação, mediação, comitê de resolução de disputas e arbitragem, a possibilidade de aditamento daqueles contratos que, em virtude da ausência de previsão em edital – e, conseqüentemente, na minuta a ele anexada –, possam resolver possíveis discordâncias pelos métodos declinados no artigo 151²⁵² da Lei 14.133/2021 (Brasil, 2021).

Torna-se pertinente uma alusão à evidente conexão das regras licitatórias à Lei n. 13.129/2015. A inevitabilidade da menção ora expendida tem origem sob a vigência isolada da Lei n. 8.666/93, mas, à época, já se vislumbrava a tendência em criar um ambiente que propiciasse, em determinado momento, optar pela arbitragem, acautelando-se contra possíveis engessamentos do sistema em âmbito

²⁴⁵ “Art. 18. A fase preparatória do processo licitatório é caracterizada pelo planejamento e deve compatibilizar-se com o plano de contratações anual de que trata o inciso VII do **caput** do art. 12 desta Lei, sempre que elaborado, e com as leis orçamentárias, bem como abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação, compreendidos: [...]” (Brasil, 2021).

²⁴⁶ “Art. 18. [...] I - a descrição da necessidade da contratação fundamentada em estudo técnico preliminar que caracterize o interesse público envolvido; [...]” (Brasil, 2021).

²⁴⁷ “Art. 18. [...] II - a definição do objeto para o atendimento da necessidade, por meio de termo de referência, anteprojeto, projeto básico ou projeto executivo, conforme o caso; [...]” (Brasil, 2021).

²⁴⁸ “Art. 18. [...] III - a definição das condições de execução e pagamento, das garantias exigidas e ofertadas e das condições de recebimento; [...]” (Brasil, 2021).

²⁴⁹ “Art. 18. [...] IV - o orçamento estimado, com as composições dos preços utilizados para sua formação; [...]” (Brasil, 2021).

²⁵⁰ “Art. 18. [...] V - a elaboração do edital de licitação; [...]” (Brasil, 2021).

²⁵¹ “Art. 18. [...] VI - a elaboração de minuta de contrato, quando necessária, que constará obrigatoriamente como anexo do edital de licitação; [...]” (Brasil, 2021).

²⁵² “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” (Brasil, 2021).

administrativo. O Projeto de Lei n. 7.108/2014²⁵³ padeceu de pontuais e coerentes apontamentos, os quais suscitaram emenda ao texto inicialmente programado. A argumentação de autoria do deputado Miro Teixeira sustentava que, ao adotar-se a compulsoriedade de previsão de arbitragem no edital ou no contrato, inviabilizar-se-ia o compromisso arbitral, que restaria como dispositivo inócuo ao setor público, engessando alternativas viáveis à solução do conflito. Em sentido semelhante, a objeção do condicionamento a regulamento de autoria posterior do Executivo poderia significar severos riscos às arbitragens ainda pendentes e o perigo iminente de se estabelecerem novas objeções (Schmidt, G., 2018).

Além do mais, é cediça a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no sentido da utilização de ambas as ferramentas, a exemplo do Recurso Especial 904.813²⁵⁴ (Brasil, 2012b).

No entanto, questão que precede ao esclarecimento supra alinhado é a escolha do árbitro ou da câmara que conduzirá o procedimento. Nessa linha de raciocínio – e reafirmando o dever de coerência com posicionamento já adotado na tese em desenvolvimento –, a contratação de câmaras apresenta-se como a alternativa mais viável ao alcance da Administração Pública, posto que atenderia tanto aos anseios do que se entende hodiernamente por planejamento no setor público, bem como asseguraria, sem maiores contratempos, uma tomada mais aproximada do custo a ser dispensado na viabilização do método arbitral.

Em estreita semelhança com o alegado, refere-se que:

Quanto à escolha da câmara, é conveniente que a Administração adote procedimento preliminar que assegurem a economicidade das prestações, a adequação e qualificação dos serviços e dos regulamentos etc. Assim, previamente à celebração do contrato administrativo com o particular, a Administração deve realizar um procedimento administrativo, visando selecionar, cadastrar ou credenciar instituições arbitrais.

Tal procedimento já foi previsto em alguns diplomas, como no caso da Lei n. 13.448/2017, que preceitua que o “Poder Executivo regulamentará o credenciamento de câmaras arbitrais” (art. 31, § 5º). Na mesma toada, a Lei n. 19.477/2011 do Estado de Minas Gerais determina que a câmara arbitral

²⁵³ Gênese da Lei n. 13.129/2015, e, conseqüentemente, das alterações efetivadas na Lei n. 9.307/96, que prescrevia como condicionantes obrigatórias a arbitrar conflitos patrimoniais disponíveis, a previsão de arbitragem no edital ou nos contratos administrativos, além da exigência de regulamento para sua consecução, cuja ementa se transcreve *in totum*: “Altera a Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei n. 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, a sentença arbitral e o incentivo ao estudo do instituto da arbitragem; e revoga dispositivos da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Brasil, 2015c).

²⁵⁴ Brasil (2012b).

seja inscrita no Cadastro Geral de Fornecedores de Serviços do Estado. Igualmente, o Decreto n. 46.245/2018 do Estado do Rio de Janeiro impõe que o órgão arbitral institucional seja cadastrado perante as repartições estaduais (Estefam; Oliveira, 2019, p. 67).

Em termos práticos, a proposta do trabalho em desenvolvimento propõe a utilização de credenciamento²⁵⁵ público com o fito de contratação e com pensamento voltado para a preservação da discricionariedade das partes na escolha da câmara que melhor se adapte à situação a ser deslindada quando do surgimento de controvérsia. A previsão dessa tipologia de processo administrativo somente recebe o devido reconhecimento em razão do advento da Lei n. 14.133/2021, que, de forma inédita, faz menção expressa ao formato já utilizado na Administração Pública, mas é carente de regulamentação nessa órbita; tanto é verdade, que, durante a vigência da Lei n. 8.666/93, utiliza-se a figura da inexigibilidade de licitação para dar vazão e escopo ao instituto.

Parte-se do princípio de que a utilização de preceito sob o gerenciamento da Lei de Licitações seja condição inarredável à legalidade da atuação da câmara, uma vez que se cuida de contratação de serviço em favor da Administração Pública. É bem verdade que em se considerando os valores que geralmente serão dispendidos com arbitragens em um único exercício financeiro, provavelmente se alcançaria um patamar que induziria à realização da modalidade de concorrência ou pregão, em razão do vulto econômico da totalidade de demandas que, mesmo imprevisíveis, podem ser acauteladas pelo sistema de registro de preços, perfeitamente adequado a ambas as categorias licitatórias, entretanto, estas se postariam em sentido contrário às vantagens que norteiam o processo arbitral, porquanto estaria mais afeto aos receios da burocratização e do formalismo acentuado, característico das variações de licitação que laboram com objetos de certa magnitude, o que obraria em prol de custos mais elevados e obrigaria a uma adequação das câmaras no sentido de cumprir com demasiados expedientes editalícios (Maia, 2020).

Especula-se, ainda, a possibilidade de inexigibilidade de licitação, com supedâneo no fato de que a contratação pretendida se qualifica como serviço técnico profissional especializado, de natureza singular e adstrita a características subjetivas

²⁵⁵ O credenciamento é definido pelo inciso XLIII do artigo 6º da Lei n. 14.133/2021, como “processo administrativo de chamamento público em que a Administração Pública convoca interessados em prestar serviços ou fornecer bens para que, preenchidos os requisitos necessários, se credenciem no órgão ou na entidade para executar o objeto quando convocados” (Brasil, 2021).

para sua composição e cuja permissão legislativa se encontra calcada na inviabilidade de competição entre aqueles habilitados a prestar o serviço de acordo com a notória especialidade exigida, restando inviabilizada a competição mediante avaliação de critérios objetivos (Rocha, 2018).

A ausência de regulamentação a respeito de assunto de máxima importância para a Administração Pública e, da mesma forma, para a arbitragem, demonstra a desconexão anteriormente alegada entre a norma criada em ambiente privado e transposta ao círculo público. Decifrar qual o melhor caminho a delinear a câmara que conduzirá o procedimento arbitral significa consolidar a metodologia resolutória de conflitos ao aspecto factual dos órgãos públicos. Por outro prisma, parece mais sensato pensar em uma alternativa que privilegie a livre escolha das partes, aproximando-se, de forma definitiva, da propugnação de participação mais efetiva, seja da Administração ou do particular, com intuito de apontar aquela câmara que mais se adequa ao caso em riste. Acredita-se que o credenciamento representa uma via que traz resultados próximos do que se espera da vertente inspiradora da arbitragem (Schmidt, G., 2018).

Alinhando-se a esse entendimento, considera-se plausível carrear a estipulação da Lei n. 13.448/2017²⁵⁶ que, em predileção ao credenciamento de câmaras, delimita regra tendente à obediência desse desiderato em seu artigo 31, § 5º²⁵⁷, de forma antecipada à celebração do contrato administrativo com o particular (Estefam, 2019).

Atualmente, há uma seção específica a nortear o credenciamento na Nova Lei de Licitações²⁵⁸. Tal fato fortifica a tendência de legislações enraizadas a partir de

²⁵⁶ Estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal (Brasil, 2017a).

²⁵⁷ 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 [...] § 5º Ato do Poder Executivo regulamentará o credenciamento de câmaras arbitrais para os fins desta Lei [...] (Brasil, 2017a).

²⁵⁸ A Seção II do Capítulo X é responsável por delimitar as hipóteses e condições de contratação em que a utilização do credenciamento se mostra adequada: “Art. 79. O credenciamento poderá ser usado nas seguintes hipóteses de contratação: I - paralela e não excludente: caso em que é viável e vantajosa para a Administração a realização de contratações simultâneas em condições padronizadas; II - com seleção a critério de terceiros: caso em que a seleção do contratado está a cargo do beneficiário direto da prestação; III - em mercados fluidos: caso em que a flutuação constante do valor da prestação e das condições de contratação inviabiliza a seleção de agente por meio de processo de licitação. Parágrafo único. Os procedimentos de credenciamento serão definidos em regulamento, observadas as seguintes regras: I - a Administração deverá divulgar e manter à disposição do público, em sítio eletrônico oficial, edital de chamamento de interessados, de modo a permitir o cadastramento permanente de novos interessados; II - na hipótese do inciso I do **caput** deste artigo, quando o objeto não permitir a

uma necessidade administrativa em trazer para seus domínios e induzir a concretização da vontade da reforma, feita pela Lei n. 13.129/2015, de arcabouço jurídico, que possa atender aos requisitos a serem checados pelo aparato protetivo da Administração Pública. Percebe-se que as previsões da norma licitatória acima citada não se limitam apenas à menção da arbitragem, mas ao esteio de visão sistêmica em torno do instituto (Di Pietro, 2023).

À guisa do que se afirmou no decorrer da tese, em especial no tópico em desenvolvimento, verifica-se, em primeiro plano, na absorção de questões, mesmo que exemplificativas, voltadas para o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, inadimplemento de obrigações também resultantes do contrato e cálculo de indenizações. Posteriormente, em entendimento que sobrepuja dúvida em torno da necessidade da existência de previsão de arbitragem no edital e no contrato, enfatiza faculdade das partes em aditar o instrumento contratual para fazer prever a resolução de eventuais conflitos pela arbitragem (Brasil, 2021).

Não obstante, omite-se em relação ao procedimento que se perfilha mais adequado à contratação da instituição ou árbitro e o momento em que se mostra mais adequada tal providência, ou seja, o sucesso – ou, de forma mais técnica, a efetividade – fica à mercê da boa vontade e do vanguardismo do gestor, que, ao menos durante o período estabelecido para o exercício de seu mandato, poderá concretizar uma sustentação digna da pretensão a ser alcançada pela arbitragem.

À evidência, propõe-se uma sequência lógica, conectada com os alicerces assentados na presente tese, conduzindo as proposições derradeiras de um projeto mais amplo e factível em torno do sistema arbitral. Com esse mote, os itens a seguir propostos cingem-se a criar ferramentas que sirvam de apoio à concretização da arbitragem, não importando o momento em que a vontade das partes prevaleça no sentido de resolver o conflito por meio da intervenção do instituto. Melhor dizendo: são medidas preparatórias à instauração da arbitragem, mas essenciais e condizentes com bom planejamento, economia, organização e preservação dos princípios mais caros à Administração Pública.

contratação imediata e simultânea de todos os credenciados, deverão ser adotados critérios objetivos de distribuição da demanda; III - o edital de chamamento de interessados deverá prever as condições padronizadas de contratação e, nas hipóteses dos incisos I e II do **caput** deste artigo, deverá definir o valor da contratação; IV - na hipótese do inciso III do **caput** deste artigo, a Administração deverá registrar as cotações de mercado vigentes no momento da contratação; V - não será permitido o cometimento a terceiros do objeto contratado sem autorização expressa da Administração; VI - será admitida a denúncia por qualquer das partes nos prazos fixados no edital” (Brasil, 2021).

Nesse sentido, vale ressaltar que as medidas a serem elencadas, apesar de simples aos olhos gerenciais e perfeitamente adequadas e conectadas com a legislação brasileira vigente, não se perfazem como frequentes, mesmo com toda a engrenagem disponível para tanto, o que leva a uma reflexão mais ampla de toda a gama de atos administrativos que poderiam obter o devido destaque ante a ampliação de sua eficiência.

Pontua-se, portanto, na intenção de criar facilidades e uma vazão condizente com a celeridade da arbitragem, o que prontamente se elenca: a) não se indica, para a utilização de arbitragem, a contratação por intermédio de licitação, seja ela com o intento de obter serviços de instituição ou até mesmo árbitro habilitado, pois a dificuldade, senão impossibilidade de se comparar entidades distintas, demonstra-se, ostensivamente, pela especificidade do serviço, preços, instalações diversificadas, regimentos ou experiência anterior em resolução de conflito semelhante. No que compete às câmaras arbitrais, ainda há que se avaliar a composição permanente ou provisória de árbitros em seu quadro (Carmona, 2016); b) ultrapassada a etapa anterior, poderia se perfectibilizar, próximo do intuitivo, a utilização da modalidade inexigibilidade de licitação, especialmente se considerarmos apenas o teor da Lei n. 8.666/93, entretanto, a adaptação da figura do credenciamento seria essencial para o contexto em comento, haja vista o fato de que não necessariamente a contratação ocorrerá de imediato, nem mesmo é possível atestar que serão necessários tais serviços. Não obstante, a teor da Nova Lei de Licitações e considerando a eminente revogação²⁵⁹ da norma que lhe sucedeu e que é aplicada em caráter concomitante, a regra mais recente possui as condições ideais para que se possa aportar em um resultado satisfatório ao inclinar-se para o credenciamento²⁶⁰; c) dentre os prós e contras já devidamente analisados, a arbitragem institucional se adequaria mais

²⁵⁹ Vale ressaltar que, ao deflagrar-se o início da elaboração da tese, já se verificava a concomitância de aplicação, tanto da Lei n. 8.666/93, quanto da Lei n. 14.133/2021. Este formato de vigência de ambas as legislações houvera sido determinado pela própria normativa de 2021 que, em seu artigo 193, estendeu por dois anos, a partir de 1º de abril de 2021, a possibilidade de utilização da Lei de 1993 (Brasil, 2021). Além do mais, no desenvolvimento do presente trabalho sobreveio a medida provisória n. 1.167/2023, que prorroga, até 30 de dezembro de 2023, a vigência da Lei n. 8.666, desde que a publicação do edital ou do ato autorizativo da contratação direta ocorra até 29 de dezembro de 2023 (Brasil, 2023).

²⁶⁰ Atualmente, apesar de ainda restar vinculado à inexigibilidade de licitação, conforme artigo 74, inciso IV e ser considerado como um procedimento auxiliar, elencado no artigo 78 da Lei n. 14.133/2021, recebe o devido reconhecimento legislativo ante a plena capacidade do instituto em solucionar as mais variadas necessidades da Administração Pública que, não raro, carece de remédios adequados a problemas que se esgueiravam da correspondência normativa trivial da regra licitatória.

facilmente aos ditames da Administração Pública, ao interesse público e ao princípio da economicidade, uma vez que englobaria não só a arbitragem em si, mas toda estrutura necessária para tanto; d) o credenciamento seria etapa prévia aos processos licitatórios²⁶¹, o que conduziria à celeridade na obtenção do serviço, quase que imediatamente à instalação do conflito; e) outro ponto positivo à opção do credenciamento é o fato de existirem poucas entidades arbitrais de notória experiência e especialização, o que fomentaria a competição entre elas, beneficiando a salutar concorrência e a obtenção de benefícios aos litigantes (Schmidt, G., 2018); f) o órgão público credenciador estabeleceria, por intermédio de regulamento, determinadas condições a que ficariam adstritas as concorrentes, como, por exemplo, comprovação de experiência prévia com a gestão de procedimentos similares ou idênticos, demonstração de infraestrutura compatível com o desenvolvimento do vulto da arbitragem que se pretenda instituir (incluindo instalações físicas, aparato tecnológico propício à participação de testemunhas e peritos, etc.) (Maia, 2020); g) a diversidade de instituições credenciadas permite que, a cada novo conflito, as partes possam selecionar aquela(s) que se adegue(m) mais fidedignamente ao caso proposto e h) eventuais divergências na escolha da câmara responsável, a exemplo do órgão público que opta por uma entidade e o particular por outra, ainda resta, em virtude do credenciamento ensejar a viabilidade de recrutar vários postulantes, a possibilidade de eleição de uma terceira entidade ou de sorteio entre as restantes.

6.3 Economia pública a partir da instauração e autossustentabilidade da arbitragem

Para se falar em autossustentabilidade, é premissa básica envolver conceitos voltados para a economicidade na Administração Pública. Esse princípio fundamental do Direito Administrativo possui influência substancial na composição de política pública que se insira no Poder Público com a intenção de se tornar financeiramente viável. Não que toda iniciativa fixada nesse setor necessite obrigatoriamente de sustentação por seus próprios meios ou em vista do retorno que proporcionado pelas atividades exercidas.

²⁶¹ Os processos licitatórios referidos no item em debate cingem-se àqueles que se destinam às compras e prestações de serviços que, por sua natureza, podem ser objeto de arbitragem, na eventualidade de instauração de dissonância entre as partes.

A esse talante, não há como escapar à discussão ou ao confronto entre os conceitos de sustentabilidade, economicidade e eficiência, pois é por intermédio deles que se dissipam dogmas administrativos viciados que se instalam em seus setores pela crença equivocada de que evitar gastos significa preservar o erário, ou que gastar mais equivale a desenvolver de forma adequada as atividades públicas.

Portanto, analisar a autossustentação da arbitragem implica uma compreensão mais ampla do real significado do economicamente viável em termos administrativos, haja vista que toda visão da coisa pública deve primar por cuidados inerentes a essa seara, além da dificuldade dos que a ela se vinculem via ato negocial, ou na qualidade de cidadão, a quem se direciona a grande gama dos serviços públicos.

Imprescindíveis essas distinções, porque, em algumas circunstâncias, o interesse público não reside essencialmente no dispêndio de quantia imediata e necessária à perfectibilização do serviço ou fornecimento, o que demonstraria apenas o dispêndio do erário, sem a devida projeção do alcance da finalidade pretendida, cujo caráter econômico pode gerar reflexos positivos de redução da despesa pública, seja ela a curto, médio ou logo prazo. O que se quer dizer é que nem sempre o menor custo equivale ao melhor serviço e a antítese a essa premissa, surpreendentemente, também pode não se perfilhar adequadamente à geração de resultados satisfatórios ao alcance do interesse público, tendo em vista que custos elevados, nem sempre são suficientes a gerar bons resultados à sociedade ou à própria Administração, que estará inarredavelmente adstrita aos princípios da eficiência, razoabilidade e proporcionalidade de seus atos, razão pela qual é necessário o equilíbrio de suas ações.

Na perspectiva do princípio da eficiência²⁶², é preciso aliar elementos que denotem a perfeita consonância entre a atividade administrativa e o serviço a ser executado, inserindo-se nos meios utilizados para o resultado pretendido, os quais devem se lastrear pela mais rigorosa técnica possível, o que deve se refletir no objetivo visado pela movimentação da máquina administrativa, à semelhança do que afirma Meirelles (2000, p. 90):

²⁶² Para que tenha um entendimento mais amplo em torno do princípio da eficiência, frise-se que ela não se cinge apenas a regular a economicidade dos atos administrativos, mas também se mostra como requisito inarredável às regras para aquisição e perda da estabilidade, referenciadas no artigo 41 do Texto Constitucional. Por outro lado, também é imprescindível a racionalização da máquina administrativa, por intermédio da instituição dos limites de despesa com pessoal, previstos no artigo 19 da Lei Complementar n. 101/2000, a chamada Lei de Responsabilidade Fiscal (Marinela, 2014).

O *princípio da eficiência* exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio 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 seus membros.

Por conseguinte, implementar inovações no setor público impende considerar que se perfaz essencial o atendimento a contento de suas finalidades, em consonância com as boas práticas administrativas, moral, ética e probidade. Por isso se infere que o elemento da legalidade constitui um dos requisitos a cancelar o ato administrativo, mas não o único, muito embora a identificação de vício obste, de imediato, o prosseguimento da intenção propugnada pela ação administrativa, não bastando que o administrador observe, por exemplo, uma determinada política pública, mas a política pública que se adegue às necessidades de sua comunidade.

Tais elementos compelem os agentes públicos – especialmente os do alto escalão, pois a eles são direcionadas as competências inerentes à autorização necessária à deflagração dos procedimentos mais impactantes na esfera pública –, ao cumprimento de limites, equilibrados em uma linha extremamente tênue, facilmente ultrapassada sob o argumento da discricionariedade administrativa, fazendo com que as medidas exigíveis à modernização e melhoria da área pública passem, incondicionalmente, por decisões permeadas por razoabilidade.

Nesse sentido, coerência, lógica e congruência devem orientar todas as atividades tendentes a dar andamento aos pleitos administrativos da sociedade e da própria seara pública, ou seja, as ações provenientes desse campo específico devem estar pautadas em propósito legítimo, que se identifique com as causas sociais persistentes no ambiente em que se localizam.

Com mote semelhante e inserido nesse contexto, projeta-se a proporcionalidade, cuja plataforma permite delimitar uma significação predisposta ao equilíbrio de atitudes por parte do gestor público. A ideia que emana desse princípio tem em conta o comedimento entre atos e medidas praticadas e entre benefícios e prejuízos obtidos, razão pela qual, no primeiro caso, não se pode exacerbar na contundência que merecem certas celeumas administrativas e, no segundo, há que se ter uma avaliação precisa dos possíveis malefícios que podem ocasionar certas

decisões e que elas, ao menos, possam traduzir-se em algum tipo de serviço de utilidade pública²⁶³ (Marinela, 2014).

Veja-se que tanto razoabilidade quanto proporcionalidade estão intimamente relacionadas com o mérito administrativo, ou seja, com a discricionariedade que gozam determinados atos administrativos e que, em razão disso, se mostra factível a concessão de uma maior liberdade de ação por parte do administrador, restando adstritos à conveniência e oportunidade, todas aquelas iniciativas em que se vislumbra um espaço para que o agente, dentro de determinados parâmetros, trafegue em torno de escolhas possíveis, as quais deverão representar, dentro ou fora do espaço público, ações envoltas pela principal diretriz da Administração Pública: o interesse público (Di Pietro, 2023).

Entretanto, não basta que o serviço, ação, obra ou benefício disponibilizado pelo Poder Público seja qualificado como interesse público, pois ainda há que se vislumbrar o imperativo do atendimento da demanda precípua da comunidade em que se insere, ou seja, mesmo que o administrador queira mascarar um anseio pessoal, que possa trazer-lhe um acréscimo eleitoral, sua atitude estará ao alcance de uma avaliação calcada na razoabilidade e proporcionalidade de sua conduta. Uma vez verificada a ausência de tais requisitos ou a infração a qualquer deles, viciará o ato por conta de desvio de finalidade, independentemente de se postar ao encontro de algum interesse público (Gasparini, 2007).

Portanto, já não é mais suficiente apenas o pensamento, a idealização e a instituição de política pública. É primordial que ela esteja concatenada com as premências da sociedade em que se insere, sob pena de serem consideradas nulas em razão da ofensa aos postulados administrativos anteriormente citados. Isso também se aplica às decisões proferidas em âmbito administrativo, que, mormente, nos excessos cometidos, podem significar a desproporção entre a conduta cometida e a medida aplicada, como ocorre, por exemplo nos casos de aplicação de pena disciplinar a servidor público ou, ainda, a exigência de determinada medida ou restrição, por intermédio de lei ou ato administrativo, destituída de razoabilidade²⁶⁴.

²⁶³ Exemplo trazido por Marinela (2014), evoca a questão da utilização de espaços públicos para depósito de resíduos sólidos. Evidentemente, o que convencionou-se chamar de lixão, trará apenas prejuízos à população e ao meio ambiente, mas, obrigatoriamente, tem-se que se pensar em alternativas viáveis ao seu correto descarte.

²⁶⁴ Faça-se menção ao exemplo especificado por Costa (2004, p. 122-123): “Se, por exemplo, há determinação do poder público proibindo a ingestão de bebidas alcoólicas para evitar a propagação de certa doença, tal restrição poderá ser abusiva ou excessiva (desarrazoada), caso se comprove que tal

Delinear esse cenário mostra-se de vital importância ao que se pretende discorrer com relação à economicidade e à autossustentabilidade na Administração Pública. O raciocínio convergente à racionalização desse setor passa por esse verdadeiro sistema de contenção da vontade do administrador, da relação existente entre o dispêndio efetuado à custa dos cofres públicos e o resultado a ser obtido com tal investimento.

Em adendo a essa perspectiva, a autossustentabilidade pode incorporar uma série de aplicações práticas, todas elas extremamente benéficas à salutar evolução de qualquer entidade, pouco importando sua dimensão ou *status*, ou mesmo o esteio sobre o qual repousará ação tendente a efetivar adequação de determinado setor às boas práticas organizacionais. Apesar disso, não é raro que a expressão sustentabilidade denote uma noção voltada para aspectos que sejam condizentes com a preservação ambiental, contudo, o entendimento direcionado a tal matéria restringe-se a uma, dentre muitas facetas que intencionam tornar as pessoas, físicas ou jurídicas, conectadas com questões vinculadas à viabilidade e preservação do planeta.

Assim sendo, permite-se asseverar que as discussões em termos de proteção ambiental, disseminaram-se pelo mundo, obtendo a merecida presença em estudos não somente técnicos, mas jurídicos, econômicos, administrativos, etc., em razão dos reflexos positivos ou negativos observados na evolução dos tempos, especialmente na era tecnológica, que restaram por primar pela produção em detrimento da natureza.

A Administração Pública Federal possui estudo, com base em auditoria realizada pelo Tribunal de Contas da União, voltado para auferir o nível de implementação das ações de sustentabilidade. Considerando o pioneirismo do estudo e sua procedência, mostra-se cabível uma adaptação dos conceitos trazidos pela eminente pesquisa, especialmente em torno das inovações por ela carreadas ao setor público e que se consubstanciarão em relevante colaboração à estratégia traçada para tornar a arbitragem um programa do Estado como um todo. Agregue-se a isso o fato da criação de índices a verificar o grau de sustentabilidade de mais de cem instituições da Administração Pública Federal, a exemplo do Índice de

prática não causa a enfermidade que se pretende evitar ou erradicar". Dentro desse mesmo espectro, avalia ainda: "Não trazendo em si a potencialidade para atingir o escopo a que se destina, a improvisação restritiva (legislativa ou administrativa) se evidencia como destituída de razoabilidade. O meio ministrado deve, portanto, ser idôneo na produção de seus fins" (Costa, 2004, p. 123).

Acompanhamento da Sustentabilidade da Administração (IASA), cuja ênfase inclinou-se à avaliação de questões voltadas para onze eixos temáticos, tendentes a avaliação perfectibilizada pela auditoria da Corte de Contas da União, quais sejam:

[...] elaboração, implementação e monitoramento do plano de gestão de logística sustentável; racionalização no uso de energia elétrica; racionalização no uso da água; atendimento à requisitos de acessibilidade; certificação de prédios públicos; racionalização no uso de papel e implementação de processo eletrônico; gestão de resíduos e coleta seletiva; contratações públicas sustentáveis; mobilidade e gases de efeito estufa; conscientização e capacitação e adesão a programas de sustentabilidade (Brasil, 2017b, p. 12).

Depreende-se dos requisitos acima declinados que os eixos temáticos têm sua base fulcrada no atendimento de política de preservação do meio ambiente, todavia, em razão de fatores que se alinham às premissas organizacionais propugnadas na tese em desenvolvimento e, considerando o acanhado, senão inexistente, número de trabalhos que tenham por mote a sustentabilidade ou autossustentabilidade da arbitragem, utiliza-se o padrão estabelecido pela mencionada auditoria, no sentido de demarcar um percurso lógico-organizacional-sustentável do instituto arbitral que pode preceder sua própria adoção pela Administração Pública, além do que, projeta-se a assimilação de sistemática já certificada pelo carimbo do respeito aos conceitos mais modernos de sustentabilidade, incluindo a econômica, e austeridade.

A princípio, a premissa de proteção ambiental, apesar de não ser o objetivo principal do trabalho em pauta, deve ser contemplada por qualquer projeto, por menos ousado que seja, em razão de que o assunto é concernente a direito fundamental da humanidade, o que, *per si*, já justifica sua inclusão como temática apta a integrar os pontos nevrálgicos tecidos a partir construção de órgão fiscalizador da atividade administrativa. Nesse sentido, a construção do eixo temático da autossustentabilidade da arbitragem tem por dever observar requisitos ambientais inarredáveis, mas detém-se, mais especificamente, nos itens que permeiam o caráter organizacional, econômico e estrutural.

Consoante com o que se tem delineado na tese ora em evolução, é mister a conexão dos quesitos inerentes à autossustentabilidade da arbitragem com os aspectos de sua própria essência e do que se vem pregando como as medidas mais adequadas à instauração do procedimento em âmbito administrativo, convindo considerar, portanto, o formato de contratação da câmara que conduzirá o

procedimento e de audiências necessárias ao deslinde da causa, custas, honorários, etc.

Alerta seja feito, porque essencial à caracterização da ética pública, que deve permear toda e qualquer proposição na seara administrativa, de que nem tudo que se mostra como eficiente aos olhos da gestão e da própria comunidade serve de certificação ao reconhecidamente justo. À evidência, em razão de decisões que envolvam a defesa da vida humana, fator que faz desabar a avaliação de custos e conveniências pecuniárias, os reflexos advindos dos prejuízos obtidos não poderão ser medidos por fins exclusivamente monetários. Exatamente por isso, não há como se estimar a justiça pela régua da eficiência, mas saber o quanto ela pode se beneficiar da discussão de prós e contras, custos e incentivos postos pelo sistema jurídico, é essencial (Pugliese; Salama, 2008).

Não menos importante que a eficiência, a economia proveniente da arbitragem deve-se, em equivalente grau, à segurança jurídica gerada pelos atos do procedimento arbitral, conforme designado por Dias (2018, p. 296):

[...] fácil é perceber que o procedimento arbitral é calcado na segurança jurídica em todos os seus atos, de modo que essa característica é relevada em grau de importância máxima, em se tratando de contratos comerciais, ao que preserva as relações socioeconômicas e contribui ao desenvolvimento do mercado empresarial.

Sob esse postulado, agregam-se tópicos e índices significativos em torno da arbitragem pública e que servirão de pressuposto ao axioma delineado no item derradeiro da tese. Para tanto, serve-se do estudo efetuado por Prado (2018), que analisa a arbitragem por intermédio de seus impactos sobre os contratos e políticas de desenvolvimento, traçando como objetivo o esboço da arbitragem sob a proposta teórica de conferir ao sistema arbitral um papel de destaque, na qualidade de indução do cumprimento voluntário das obrigações e de auferir às partes contratantes ganhos que extrapolam o plano financeiro. Além do mais, a instalação da arbitragem, por meio dos elementos propostos, propulsionará a própria decisão de investir, à guisa de vantagens que ultrapassam o campo contratual. Com supedâneo na parte prática da obra em apreço e no intuito de laborar com índices concretos, intenta-se traduzir de forma efetiva e diante de bases sólidas as razões pelas quais a arbitragem pode ser elevada a um patamar de instrumento passível de viabilizar soluções a grande parte das cizânias administrativas.

O questionário constante da pesquisa de Prado (2018) avalia a inserção da arbitragem em setor de construção e infraestrutura e do projeto Cairu-2030²⁶⁵. Prioriza-se, entretanto, os dados constantes desse último estudo prático, tendo em vista sua associação aos resultados pretendidos junto à Administração Pública Municipal em geral.

O que se denota da pesquisa acima mencionada é que, diante das respostas obtidas, é possível vislumbrar um amplo universo a sustentar a arbitragem por seus próprios fundamentos. Verificou-se, inicialmente, em questionamento direcionado a agentes públicos e privados, inseridos em perfil de 121 pessoas, em que se perquiria acerca da quantidade de procedimentos arbitrais em que estiveram envolvidos, que houve preponderância do que se costuma chamar de litigantes ocasionais, os *one shotters*, sobre os *repeat players* – ou litigantes habituais –, pois aqueles que menos participaram de resolução de conflitos por meio da arbitragem representaram um percentual de 43,33%, postando-se como parte em cinco ou menos processos. Ainda é bom frisar que, dentro da percentagem de *one shotters* observada, 26,92% obtêm cargo jurídico e 73,08% detêm cargo não-jurídico. De outro prisma, observou-se que os *repeat players*, considerados aqueles com participação entre 11 e 30 procedimentos, ou acima de 30, contabilizaram 11,67% dos procedimentos, sendo que 57,14% possuem formação jurídica e 42,86% não tem vínculo caracterizado como jurídico (Prado, 2018).

Foi detectado, por intermédio da pesquisa, que mais da metade das amostras válidas dos questionandos – 56,67% – vê na anuência das partes em arbitrar, uma sinalização de cumprimento espontâneo das obrigações²⁶⁶. Esse estímulo em prol da arbitragem é reforçado em resposta livre de 58 entrevistados à seguinte pergunta: “Por que você entende que a arbitragem cria o estímulo da autorregulação?”. Os

²⁶⁵ O Projeto Cairu-2030 “define as diretrizes para o planejamento de longo prazo, no contexto territorial e tributário, integrando à administração pública municipal o plano de desenvolvimento estratégico Cairu 2030, a consecução dos objetivos de desenvolvimento do milênio da ONU - organização das nações unidas, os procedimentos legais de mediação e arbitragem” (Cairu, 2008) e a opção pelo estudo mais detido da Lei Baiana, em detrimento da arbitragem realizada em setor de infraestrutura, dá-se em virtude da proximidade e da identidade com as questões afetas à Administração Pública, mostrando-se mais adequado ao que se vem pautando no presente trabalho.

²⁶⁶ Gize-se que a pergunta “a arbitragem pode ser tomada como um sinal da intenção de cumprimento espontâneo das obrigações?” (Prado, 2018, p. 429) induzia à resposta “sim” ou “não”, sem qualquer tipo de conjectura a respeito das razões que a norteiam. Sob essa perspectiva, ainda cabe salientar que houve sensível discrepância de índices entre entrevistados advogados, uma vez que apenas 35,29% reconhecem na arbitragem elementos da teoria da sinalização, ao passo que 65,12% daquelas pessoas sem formação jurídica entendem tratar-se de um sinal de cumprimento espontâneo das obrigações.

argumentos que se posicionaram positivamente à ideia de autorregulação afirmaram em ampla maioria – 49%²⁶⁷ do total – que esta seria decorrência da maior “eficácia” que deflui do procedimento, em razão do maior custo, do menor tempo, da maior segurança até a solução final e do caráter eminentemente técnico do instituto. Convergente com esse fator está a percepção de que a reputação das partes não representa exatamente a principal influência a escolha da arbitragem. Ao menos 54% dos entrevistados – em número total de 28 – acreditam que a predileção pelo sistema arbitral estaria muito mais atrelada a fatores componentes da própria essência da arbitragem, como confidencialidade, sigilo, celeridade e neutralidade do foro arbitral²⁶⁸.

Por derradeiro, utilizando um formato de resposta livre sobre o impacto positivo gerado pela arbitragem e tendo por análise 68 respostas válidas, verificou-se que 70% dos entrevistados elegeram a “celeridade” como principal fator de credulidade em favor da sistemática arbitral. Outros aspectos citados foram “a segurança jurídica, cooperação no contrato e confiança das decisões” – 14% [...] “especialidade dos julgamentos, a redução do risco de usar o Poder Judiciário, a maior racionalidade das discussões e um menor desgaste gerado entre as partes” – 9% [...] – e “estímulo ao acordo – 7% –“ (Prado, 2018, p. 451-489).

Depreende-se dos dados acima acostados a faceta mais nebulosa dessa relação, cuja dificuldade de captar os benefícios se mostram de difícil compreensão, pois envolve fatores que muitas vezes são constatados após o término da arbitragem e que somente seriam verificados de forma cristalina, caso, de forma fictícia, houvesse em trâmite um processo judicial paralelo, em que se pudesse comparar *pari passu*, todos os atos de um e de outro procedimento. Mesmo que, hipoteticamente, se pudesse executar algo semelhante, a arbitragem, por ter um prazo máximo

²⁶⁷ Nesse caso, o percentual de 49% representa ampla maioria pelo fato de que os outros 51% seriam fragmentados em três outros tipos de respostas. Uma parcela de 20% afirma que a autorregulação seria algo esperado face à aptidão das partes ao entendimento e ao diálogo, declinada através da concordância na previsão contratual da arbitragem. Outros 16% endossaram tal característica, em razão de um ambiente contratual de boa-fé, seriedade e confiança em eventual solução de litígios e, finalmente, para 15% existem outros fatores a reforçar essa condição da arbitragem, tais como laços comerciais, decisões previsíveis, transparência, liberdade dos contratantes e o caminho menos tormentoso da arbitragem se comparada a uma pendência judicial (Prado, 2018).

²⁶⁸ Em complemento ao índice majoritário, verifica-se que 29% dos entrevistados acreditam que há preferência pela arbitragem em razão da má-reputação das partes contratantes no mercado e a consequência lógica é que o sistema arbitral representaria um cenário de maior coerção. Ainda subsiste um percentual – 17% – que se vinculam à teoria da sinalização, prospectando suas respostas no sentido de um perfil cooperativo das partes no momento de aceder ao sistema arbitral (Prado, 2018).

determinado à decisão da causa, invariavelmente restaria finalizada antecipadamente à sentença judicial, ou seja, os custos desta última demanda permaneceriam ativos, em vista de que estariam disponíveis recursos, provas documentais, testemunhais, periciais, suspensões, sobrestamentos e demais atos que podem prolongar o litígio por tempo indeterminado.

Com relação à arbitragem, é concedida às partes a possibilidade de convencionarem o prazo para a apresentação da sentença, caso contrário, este será de seis meses (Brasil, 1996a), tempo extremamente exíguo, considerando-se o trâmite judicial em seus Tribunais e Instâncias, o que cria um cenário de confiabilidade em razão não só de uma pretensa celeridade, mas na confiança de que a conclusão obedecerá a prazo previamente ajustado, o que, por si só, já é suficiente a proporcionar uma previsão da economia trazida pelo sistema arbitral. Esta economia, recordando o já exposto, poderia refletir na autossustentabilidade da arbitragem sob os seguintes aspectos: previsão orçamentária fidedigna ou bem próxima da realidade; estrutura destacada do ambiente público, notabilizando a independência do procedimento, a diminuição de interferências externas e a redução de gastos que seriam inevitáveis a regular atuação do árbitro e/ou da câmara, a exemplo dos consumos de água, luz, telefone, material de expediente, material de limpeza, etc.; possibilidade da execução de audiências *on-line*, evitando deslocamentos desnecessários, ou mesmo pagamento de diárias, nos casos em que a câmara arbitral localize-se em município diverso daquele onde se instalou o conflito e diante de previsão legal específica para tanto; eliminação de sustentações e subterfúgios meramente protelatórios, otimizando-se tempo, energia, atualização monetária do débito, juros e demais custas; os valores devidos à câmara para a execução do serviço pretendido, possuem custas administrativas em percentual que varia entre 2 a 10%, estabelecidos de acordo com valor da causa e em ordem inversamente proporcional a esta (Blanco *et al.*, 2021).

Portanto, a possibilidade de um comparativo aproximado com o âmbito judicial pode partir de uma premissa de análise de precedentes da mesma espécie, enfrentados pela Administração Pública, bastando atualizar os valores, sejam eles de crédito ou débito, frente aos cofres públicos, oportunizando o sopesamento entre o valor cobrado pela câmara e o que demandaria o custo total de demanda análoga anteriormente enfrentada, contabilizando tempo, deslocamentos, audiências, perícias, custas, honorários, etc., prospectados ao tempo atual.

Para ser mais enfático com relação às questões que envolvem o princípio da eficiência e aproximando-se de um resultado o mais exato possível da realidade vivenciada pelos tribunais brasileiros, além dos ajustes acima mencionados, pode-se acessar dados estatísticos²⁶⁹ do tempo de tramitação de processos em cada esfera judicial, especificando-se os lapsos temporais médios da inicial até a sentença, da inicial até a baixa e a duração média de processos. O que se vê de imediato é que, por exemplo, nas varas estaduais de 1º grau, os índices relativos aos processos de conhecimento²⁷⁰, no ano de 2022, apresentam tempo médio, até a sentença, de 1 ano e 11 meses, sendo que, ao considerar-se a fase de execução, demandaria-se, em média, mais 4 anos e seis meses²⁷¹ para se obter uma decisão (Conselho Nacional de Justiça, 2022).

Depreende-se do exposto até o momento que, apesar de se verificarem auspiciosos elementos destinados a autossustentar a arbitragem na Administração Pública e auxiliar na condução de uma nova cultura no seio do Poder Público, a parcela mais visível da implantação de uma arbitragem autossustentável pende para o aspecto financeiro, ou seja, do que presumidamente o erário evitaria de dispender. De fato, é um dos atrativos para a adesão dos gestores à nova metodologia de resolução de conflitos e, talvez, o predominante, tendo em vista que se insere, com mais ou menos intensidade, nos aspectos de austeridade, lisura e modernização na contratação de câmaras, tempo processual, otimização do trabalho de servidores²⁷²,

²⁶⁹ O documento que recepciona tais dados é o nomeado *Justiça em Números*, que relaciona várias informações relativas aos processos judiciais em suas instâncias e fases, em especial, tendo em vista a especificidade da informação que se pretende obter. Trabalha-se com o item “Tempos de Tramitação dos Processos”. Aliado a isso, alerte-se que as estatísticas colhidas têm referência no ano anterior de sua publicação (Conselho Nacional de Justiça, 2022, p. 209).

²⁷⁰ O exemplo citado descarta a avaliação de baixa e de pendência realizadas na mesma fase e instância, fatores que podem ser considerados a depender do trâmite de cada processo e tendo em vista que o objetivo é exemplificar, por intermédio de casos ocorridos no rito ordinário, o ganho substancial que a Administração Pública obtém ao optar pelo procedimento arbitral.

²⁷¹ A orientação feita por meio do já referido relatório, destaca, ao enfatizar diagrama nele especificado, que nem todos processos seguem a mesma trajetória e, por consequência, os tempos inerentes às fases de conhecimento e execução não podem ser somados, entretanto, opta-se por indicar a contabilização de ambos – 6 anos e 5 meses –, em razão de que mesmo considerados individualmente, sequer se aproximam do período máximo estipulado para a sentença arbitral – 6 meses –, além do que, ao tomar-se por base o limite máximo dos dados colhidos (Conselho Nacional de Justiça, 2022), o custo-benefício da demanda judicial se esfacelaria no distante caminho a ser percorrido do ingresso da demanda até a sentença.

²⁷² A movimentação da máquina administrativa, no sentido de alimentar, responder ou produzir documento necessário ao processo judicial, pode se concentrar em atividades do cotidiano administrativo sem se assoberbar com os serviços exigidos para o ideal andamento – ao menos por parte da Administração –, que podem consistir em cálculos afetos ao setor de contabilidade, laudos provenientes de unidade especializada, documentos de natureza diversificada, os quais podem se constituir desde a impressão de contra-cheque ou memória de cálculo de remuneração de servidor, até

previsão adequada de rubrica orçamentária a arcar com os custos da lide, redirecionamento das atenções e de recursos à proposição de novas políticas públicas de interesse da comunidade, etc.

A desmistificação em torno da exigência de uma predominância do caráter financeiro em prol da Administração Pública parte de uma análise pragmática da relação entre dois princípios medulares ao entendimento do *quantum* que se deve disponibilizar frente ao interesse público ao qual se pretende atingir.

Convergente com essa mesma ideia, Bugarin (1998, p. 45) sustenta que:

O Ministro Ivan Luz, do TCU, um dos primeiros a abordar a questão do controle da eficiência e da economicidade pelos Tribunais de Contas, consigna que os resultados objetivos dos planos, projetos e programas, ..., podem ser objeto de avaliação. Esta revelará a eficiência, a produtividade dos instrumentos administrativos envolvidos, o acerto dos estudos de viabilidade econômica realizados, a economicidade como relação adequada entre os recursos envolvidos e as resultantes alcançadas; revelará, outrossim, seu bom ou mau emprego, o desperdício insensato, a leviandade, a gestão temerária, a negligência ...

Concebe-se, portanto, que, em termos de contratação administrativa para execução obras, prestações de serviços ou fornecimentos, é de meridiano conhecimento os reflexos advindos dessas relações e de uma avaliação que conjugue a análise econômica do Direito²⁷³, cuja premissa é o princípio da eficiência, o custo de transação²⁷⁴ e o custo de oportunidade²⁷⁵ (Hasson; Simão, 2020).

Em posicionamento semelhante e em adendo ao que se pretende associar ao sentido econômico da arbitragem, vale ressaltar a interpretação que o Direito Administrativo concede aos princípios associados aos negócios públicos e que podem gerar resultados passíveis de se criar um ambiente autossustentável para a arbitragem, conforme infere Justen Filho (2016, p. 265):

avaliação mais complexas, a exemplo de perícias a contrapor argumentação processual que se pretende provar indevida.

²⁷³ Avaliação da “qualidade e aplicabilidade das normas jurídicas em face da maximização racional das necessidades humanas” (Hasson; Simão, 2020, p. 5).

²⁷⁴ “[...] todos os custos que dificultam que uma transação aconteça, sendo assim, os custos de transação englobam: o custo da busca para realizar um negócio, o custo da negociação em si e por fim o custo do cumprimento do que foi acordado no negócio” (Hasson; Simão, 2020, p. 7).

²⁷⁵ “[...] é o ‘preço’ que determina o custo econômico de uma alternativa que fora deixada de lado. O custo de oportunidade faz com que o agente econômico tenha que analisar e escolher uma das opções que lhe é dada, posto que a mera necessidade de escolha já gera um custo, tendo em vista que o fato de escolher uma forma de resolução de conflito exclui a outra, devendo ser somado ao custo de oportunidade o custo pela não escolha da outra alternativa” (Hasson; Simão, 2020, p. 8).

A vantajosidade consiste na obtenção dos maiores benefícios possíveis no contexto da contratação promovida. A vantajosidade de uma contratação pode ser avaliada sob diferentes prismas [...] A eficiência consiste no melhor aproveitamento dos recursos estatais, tomando em vista o atingimento mais satisfatório dos fins buscados. Esse princípio visa a potencializar a relação custo-benefício entre resultados e desembolsos [...] A eficácia reside na aptidão de a solução concebida atingir o resultado pretendido, aproximando-se a um conceito de adequação [...] A economicidade envolve a avaliação da vantajosidade patrimonial de uma solução, em comparação com outras alternativas possíveis [...] A efetividade se relaciona com a realização concreta das finalidades buscadas no tocante ao aproveitamento dos recursos disponíveis.

Nesse terreno, supõe-se que o ideal – ou ao menos o esperado sob o aspecto administrativo, financeiro e orçamentário – seria a unificação de todas as condições propícias a identificar, no ato administrativo, a viabilidade e a aptidão necessárias a gerar efeitos coincidentes com as expectativas geradas a partir das premissas expendidas no trabalho em curso.

6.4 Adoção da Lei n. 13.448/2017 e do Decreto n. 10.025/2019: um portal dimensional para o futuro da arbitragem na Administração Pública

Em se tratando de regramento da seara administrativa, a Lei n. 13.448/2017, que estabelece diretrizes gerais para prorrogação²⁷⁶, relicitação²⁷⁷ e resolução de controvérsias que versem sobre os contratos de parceria delimitados pela Lei n. 13.334/2016²⁷⁸, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário, deflagra, de forma arrojada, norma voltada para a utilização da arbitragem nos contratos em que se vislumbrarem causas previamente delimitadas pela legislação em voga (Di Pietro,

²⁷⁶ Para efeito da Lei n. 13.448/2017 e consoante os incisos I e II, do seu artigo 4º, é possível verificar dois tipos de prorrogação, a contratual, que compreende “a alteração do prazo de vigência do contrato de parceria, expressamente admitida no respectivo edital ou no instrumento contratual original, realizada a critério do órgão ou da entidade competente e de comum acordo com o contratado, em razão do término da vigência do ajuste” (Brasil, 2017a) e a antecipada, referente à “alteração do prazo de vigência do contrato de parceria, quando expressamente admitida a prorrogação contratual no respectivo edital ou no instrumento contratual original, realizada a critério do órgão ou da entidade competente e de comum acordo com o contratado, produzindo efeitos antes do término da vigência do ajuste” (Brasil, 2017a).

²⁷⁷ A teor do inciso III, do artigo 4º, da Lei n. 13.448/2017, relicitação é o “procedimento que compreende a extinção amigável do contrato de parceria e a celebração de novo ajuste comercial para o empreendimento, em novas condições contratuais e com novos contratados, mediante licitação promovida para esse fim” (Brasil, 2017a).

²⁷⁸ A Lei n. 13.334/2016 cria o programa de parcerias de investimentos (PPI), destinando-se à ampliação e ao fortalecimento da interação entre o Estado e a iniciativa privada por meio da celebração de contratos de parceria para a execução de empreendimentos públicos de infraestrutura e de outras medidas de desestatização (Brasil, 2016).

2021).

Consoante se verifica, por intermédio da regra pertinente à matéria, a relicitação do contrato de parceria depende da celebração de termo aditivo, com condicionamento de submissão à arbitragem, que fará parte de compromisso arbitral ou outro mecanismo privado de solução de conflitos – que seja convergente com as disposições do mandamento em análise – no que concerne ao cálculo de indenizações resultantes dos procedimentos calcados nas providências tomadas pela Lei n. 13.448 (Brasil, 2017a).

Coerente com o propósito das prescrições ora referidas, o art. 31²⁷⁹ da ordenação já delineada, como era de se esperar, restringe a arbitragem e os demais meios alternativos de solução de contendas às cizânias que envolvam somente direitos patrimoniais disponíveis, entretanto, em contraposição às demais tentativas de estabelecer uma coerência lógica entre a base jurídico-administrativa e a idealização de um instrumento efetivo de sedimentação da arbitragem nesse ambiente, regula, por meio de decreto²⁸⁰, normativa destinada à procedimentalidade do sistema arbitral, contendo itens imprescindíveis a qualquer fórmula que intente a implantação desse método (Brasil, 2017a).

Tanto é verdade, que a alusão ao § 1º²⁸¹, do artigo 1º, incluído na Lei n. 9.307/96, por intermédio da Lei n. 13.129/2015, mais especificadamente a expressão “direitos patrimoniais disponíveis” foi repetida pela Lei n. 13.448/2017, desta feita sob um novo desenho, capaz de alterar substancialmente o que, até então, era tido como dispositivo instável daquela normativa. O acréscimo efetivado sobre o enunciado previsto no artigo 31, da regra setorial rodoviária, ferroviária e aeroportuária federal, vai ainda mais além, tornando palpável o que outrora foram conjecturas performadas pela doutrina especialista no tema. Sob uma nova leitura – “controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis” (Nohara, 2022, p. 411) – evitam-se discussões em

²⁷⁹ “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” (Brasil, 2017a).

²⁸⁰ O Decreto referido no corpo do texto diz respeito à “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 n. 10.233, de 5 de junho de 2001, o § 1º do art. 62 da Lei n. 12.815, de 5 de junho de 2013, e o § 5º do art. 31 da Lei n. 13.448, de 5 de junho de 2017” (Brasil, 2019).

²⁸¹ “[...] § 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis” (Brasil, 1996a).

torno do patrimônio indisponível da administração, uma vez que o objeto da arbitragem passa a ser apenas a controvérsia deles originadas e não o próprio direito.

Em idêntico entendimento, possibilita-se inferir ainda que:

Recentemente, a Lei 13.448/2017, ao tratar da aplicação da arbitragem em contratos com a Administração Pública Federal em setores específicos (aeroportos, rodovias e ferrovias), estabeleceu no seu art. 31, §4º, **parâmetros que contribuem à delimitação de matérias/questões envolvendo a administração pública passíveis de enquadramento como ‘direitos patrimoniais disponíveis’** para fins de submissão ao juízo arbitral [...] (Saraiva, 2019, p. 23).

Além do mais, a engenharia pensada pela Lei n. 13.448²⁸² pontua como afetas ao procedimento arbitral as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de concessão e o inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes (Brasil, 2017a).

É cabível acentuar que existem direitos patrimoniais que são considerados como verdadeiros instrumentos à consecução das atividades administrativas e, exatamente por isso, é concedida aos entes estatais a faculdade de contratar e transigir sobre o conteúdo patrimonial de tais direitos, não havendo razão para que sejam tidos por indisponíveis, mesmo à luz do §1º, do artigo 1º, da Lei n. 9.307/96, mais genérico em comparação com as diretrizes específicas trazidas pela Lei n. 13.448/2017 (Facci, 2019).

O que pretendeu a Lei n. 13.448 foi dissipar, de forma ainda mais contundente, as incertezas que pairavam sobre o objeto da arbitragem, fixando-se sobre aquelas divergências oriundas da disponibilidade, criando uma blindagem refratária às polêmicas em torno da arbitrabilidade na administração pública. A simples possibilidade de atuação contratual, por si só, demonstra a disponibilidade patrimonial de direito, pois, nesse aspecto, em não havendo a disponibilidade do direito, tampouco coexistiria a capacidade do Poder Público na prática de ato negocial (Cavvazani; Nunes; Ruiz, 2017).

No caso da relicitação, engendrou-se um verdadeiro pré-requisito a sua instrumentalização, ultrapassando outra barreira argumentativa, negacionista à

²⁸² “Art. 31 [...] § 4º Consideram-se controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis, para fins desta Lei: I - as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos; II - o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de concessão; e III - o inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes” (Brasil, 2017a).

obrigatoriedade da arbitragem – não obstante, mais frágil diante das manifestações da Suprema Corte Brasileira, mais especialmente ao tratar da homologação de sentença estrangeira, por meio do agravo regimental n. 5.206-7²⁸³ –, mas que ainda hoje serve de esteio aos menos simpáticos à solução de conflitos externamente ao Poder Judiciário. Com esse espeque e em face de uma conotação convergente para a obrigatoriedade da arbitragem, nos casos elencados pelos artigos 15²⁸⁴ e 31 da Lei n. 13.448/2017, aqueles mais arraigados à cultura da litigância intramuros dos tribunais retornam ao argumento de que a arbitragem seria um instrumento facultativo, o que não faz jus a um debate em harmonia com o princípio constitucional de acesso à justiça, previsto no inciso XXXV²⁸⁵, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988.

De fato, o entendimento a ser esposado nos casos de arbitragem obrigatória é inerente à própria manifestação de vontade, nesse caso unilateralizada pelo Poder Concedente, no sentido de que consente na submissão de controvérsias, que envolvam os setores aeroportuários, rodoviários e ferroviários à arbitragem, ante decisão definitiva da autoridade administrativa (Pereira, 2017).

Como não poderia deixar de ser, independentemente da particularidade da seara em comento, a autonomia da vontade possui grau de tamanha relevância transcendente à condição de princípio arbitral, constituindo-se na essência que concede liberdade e força ao instituto, inserindo-se na qualidade de mecanismo norteador de iniciativas que tenham por objeto avenças tendentes à solução de controvérsias por meio da arbitragem (Gehlen; Spengler, 2021).

A afirmação da arbitragem sob tal postulado incumbe considerar a manutenção dessa condição quando transposta para a Administração Pública, independentemente da conjuntura local – considerando-se área territorial, contingente populacional, renda *per capita*, foco produtivo e seus potenciais, etc. – em que irá se inserir. Sob essa ótica, as premissas erais estabelecidas pela Lei n. 9.307/96 mantêm-se inabaláveis em eventual inclusão de ente estatal na relação arbitral. Até mesmo porque as alterações introduzidas pela Lei n. 13.129/2015 implicitamente reafirmaram a manutenção das premissas básicas do instituto, sejam quais forem as partes envolvidas.

²⁸³ STF, Tribunal Pleno, SE n. 5.206/ES, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 12/12/2001, DJ 30/4/2004, p. 29.

²⁸⁴ “Art. 15. A relicitação do contrato de parceria será condicionada à celebração de termo aditivo com o atual contratado, do qual constarão, entre outros elementos julgados pertinentes pelo órgão ou pela entidade competente: [...]” (Brasil, 2017a).

²⁸⁵ “Art. 5º [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (Brasil, 1988).

Por outro lado, de acordo com o que já se afirmou, há especificidades que são inatas e tipicamente publicistas, o que demanda um aprofundamento legislativo que seja minimamente coerente com a plataforma designada a arrimar o ordenamento voltado para esse ramo do Direito, fazendo com que temas, muitas vezes intitulados como desvantagens por grande parte da doutrina, sejam dissipados.

Concatenado com as disposições suprarreferidas, cabe destacar a predisposição do Estado Brasileiro na alavancagem dos preceitos inerentes à arbitragem, notabilizados pela jurisdicionalidade da arbitragem e em decorrência do próprio Estado Democrático de Direito, características primordiais a encabeçar a ruptura para com a unicidade jurisdicional.

Nesse mesmo diapasão:

Assim sendo, é fácil perceber que a atitude de uma dada sociedade acerca da arbitragem depende de uma premissa maior, qual seja, a maneira como é concebida a relação entre o Estado e os cidadãos. Um Estado autoritário e centralizador terá a tendência de sufocar a arbitragem, reservando o exercício da função jurisdicional unicamente aos juízes públicos, ao passo que um Estado democrático e pluralista permitirá a participação dos cidadãos na justiça (Carvalho, 2019, p. 70-71).

De forma bastante enfática e com boa margem de segurança, o Decreto n. 10.025/2019²⁸⁶ descreve quais e o que deve ser entendido por direitos patrimoniais disponíveis, ou seja, adstringe determinadas controvérsias a um círculo de relações que, reconhecidamente, compõe tópico pacificado na doutrina brasileira em termos de arbitrabilidade subjetiva e objetiva, cujo foco encontra-se voltado para questões oriundas dos contratos celebrados no âmbito delimitado pela Lei n. 13.448/2017, corroborando, em seu artigo segundo²⁸⁷, o que outrora fora disciplinado pelo artigo 31, parágrafo 4º, da regra originária (Brasil, 2017a).

Ambicionando cumprir com esse ideário, a formatação do artigo 3º²⁸⁸ do

²⁸⁶ “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 n. 10.233, de 5 de junho de 2001, o § 1º do art. 62 da Lei n. 12.815, de 5 de junho de 2013, e o § 5º do art. 31 da Lei n. 13.448, de 5 de junho de 2017” (Brasil, 2019).

²⁸⁷ “Art. 2º Poderão ser submetidas à arbitragem as controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis. Parágrafo único. Para fins do disposto neste Decreto, consideram-se controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis, entre outras: 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 parceria; e III - o inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes, incluídas a incidência das suas penalidades e o seu cálculo” (Brasil, 2019).

²⁸⁸ “Art. 3º A arbitragem de que trata este Decreto observará as seguintes condições: [...]” (Brasil, 2019).

Decreto supramencionado firma posicionamento quanto à disponibilização de informações relativas ao processo arbitral, tornando-as, em regra, públicas, restringindo a publicidade apenas àqueles casos em que se faz presente a necessidade de preservação de segredo industrial, comercial, ou ainda no que tange àquelas informações atribuídas como sigilosas pelo arcabouço jurídico brasileiro²⁸⁹, hipóteses em que, mesmo diante da ressalva firmada pela diretriz legal, a câmara arbitral, mediante convenção das partes, restaria autorizada a fornecer o acesso pretendido²⁹⁰ (Brasil, 2019).

Ainda referente à disposição de regras constituintes de etapa preparatória do processo arbitral, delimita-se a preferência pela arbitragem institucional²⁹¹ – aparentemente mais conveniente ao interesse público, e cuja seleção obedece ao critério de credenciamento efetivado pela Advocacia-Geral da União²⁹² – sem afetar a possibilidade de opção pela arbitragem *ad hoc*, desde que haja justificativa plausível para tanto²⁹³.

Tanto em um caso quanto em outro, as escolhas possuem requisitos²⁹⁴ a que

²⁸⁹ Mencione-se que a assertiva feita no parágrafo em questão, refere-se ao inciso IV do artigo 3º, a seguir transcrito: “Art. 3º [...] IV - as informações sobre o processo de arbitragem serão públicas, ressalvadas aquelas necessárias à preservação de segredo industrial ou comercial e aquelas consideradas sigilosas pela legislação brasileira; [...]” (Brasil, 2019).

²⁹⁰ “Art. 3º [...] § 1º Exceto se houver convenção entre as partes, caberá à câmara arbitral fornecer o acesso às informações de que trata o inciso IV do **caput**” (Brasil, 2019)

²⁹¹ Essa preferência é aludida de fora explícita no dispositivo citado: “Art. 3º [...] V - a arbitragem será, preferencialmente, institucional; [...]” (Brasil, 2019).

²⁹² Conforme se depreende da regra executiva: “Art. 3º [...] VI - uma câmara arbitral previamente credenciada pela Advocacia-Geral da União deverá ser escolhida para compor o litígio; [...]” (Brasil 2019).

²⁹³ “Art. 3º [...] § 3º Observado o disposto no inciso V do **caput**, será admitida a opção pela arbitragem **ad hoc**, desde que devidamente justificada.” (Brasil, 2019). Saliente-se que a permissibilidade estabelecida ao órgão público federal, em razão de sua excepcionalidade, somente se configura mediante justificativa devidamente abalizada, no que se refere tanto à exclusão da arbitragem institucional, quanto à motivação existente para a realização da arbitragem *ad hoc*.

²⁹⁴ “Art. 10. O credenciamento da câmara arbitral [...] dependerá do atendimento aos seguintes requisitos mínimos: I - estar em funcionamento regular como câmara arbitral há, no mínimo, três anos; II - ter reconhecidas idoneidade, competência e experiência na condução de procedimentos arbitrais; e III - possuir regulamento próprio, disponível em língua portuguesa. § 1º O credenciamento de que trata o **caput** consiste em cadastro das câmaras arbitrais para eventual indicação futura em convenções de arbitragem e não caracteriza vínculo contratual entre o Poder Público e as câmaras arbitrais credenciadas. § 2º A Advocacia-Geral da União disciplinará a forma de comprovação dos requisitos estabelecidos no **caput** e poderá estabelecer outros para o credenciamento das câmaras arbitrais (Brasil, 2019). Ainda nesse mesmo sentido, é possível referenciar: “Art. 12. Os árbitros serão escolhidos nos termos estabelecidos na convenção de arbitragem, observados os seguintes requisitos mínimos: I - estar no gozo de plena capacidade civil; II - deter conhecimento compatível com a natureza do litígio; e III - não ter, com as partes ou com o litígio que lhe for submetido, relações que caracterizem as hipóteses de impedimento ou suspeição de juízes, conforme previsto na Lei n. 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil, ou outras situações de conflito de interesses previstas em lei ou reconhecidas em diretrizes internacionalmente aceitas ou nas regras da instituição arbitral escolhida. Parágrafo único. O ingresso no País de árbitros e equipes de apoio residentes no exterior, exclusivamente para

se reputam confiabilidade no sentido da aproximação de garantias mínimas, producentes de uma conexão imanente à organização, estrutura, historicidade e legislação administrativas e que pode servir aos demais entes federativos, cabendo a cada caso e de acordo com o princípio da simetria, estabelecer determinadas competências à espécie da realização do credenciamento²⁹⁵ e da representação da Administração Pública Federal Direta e Indireta²⁹⁶, na presente regra, a cargo da Advocacia-Geral da União (Brasil, 2019).

Em coincidente alinhamento com as dissidências dispostas na tese em desenvolvimento, pacifica-se, na legislação sob análise, dúvida pertinente sobre a coexistência de cláusula compromissória e compromisso arbitral na Administração Pública. Tanto na adoção de uma hipótese quanto da outra, os critérios se mostram bem definidos, conectando-se com as demais disposições do Decreto Regulamentador e, em determinadas circunstâncias, remetendo à regra geral definida pela Lei n. 9.307/96. Para se ter uma noção mais amiúde do prognóstico promissor que uma normativa organizada, planejada e vislumbrada a partir do setor público pode oferecer, basta debruçar-se nos termos utilizados quando da especificação do formato da cláusula compromissória²⁹⁷. Algo muito mais palpável e palatável à Administração Pública e cuja pretensão visa dar a agilidade cabal e suficiente ao nicho em que se insere faz parte integrante da regra sob perspectiva. Esse caráter marcante da recente normativa transparece na eventualidade de não eleição da câmara arbitral a abalizar a solução de litígio pela arbitragem institucional, anteriormente à assinatura ou ao cumprimento do contrato, caso em que se possibilita a inclusão de item na cláusula compromissória que defina as condições essenciais ao formato adequado à opção

participação em audiências de procedimentos arbitrais com sede no País, é hipótese de visita de negócios, nos termos do disposto no § 3º do art. 29 do Decreto n. 9.199, de 20 de novembro de 2017, respeitados os prazos de estada e as demais condições da legislação de imigração aplicável” (Brasil, 2019).

²⁹⁵ “Art. 10. O credenciamento da câmara arbitral será realizado pela Advocacia-Geral da União [...]” (Brasil, 2019).

²⁹⁶ “Art. 13. A União e as entidades da administração pública federal serão representadas perante o juízo arbitral por membros dos órgãos da Advocacia-Geral da União, conforme as suas competências constitucionais e legais” (Brasil, 2019).

²⁹⁷ Essa prescrição encontra-se delineada no artigo 5º, do Decreto 10.025, que infere textualmente: “Art. 5º Os contratos de parceria abrangidos por este Decreto poderão conter cláusula compromissória ou cláusula que discipline a adoção alternativa de outros mecanismos adequados à solução de controvérsias. § 1º A cláusula compromissória, quando estipulada: I - constará de forma destacada no contrato; II - estabelecerá critérios para submissão de litígios à arbitragem, observado o disposto nos art. 2º e art. 3º; III - definirá se a arbitragem será institucional ou **ad hoc**; e IV - remeterá à obrigatoriedade de cumprimento das disposições deste Decreto” (Brasil, 2019).

dentre aquelas credenciadas perante o Poder Público²⁹⁸ (Brasil, 2019).

Além do mais, uma linguagem mais aproximada dos atos administrativos relacionados aos contratos, a exemplo da menção à aditativação do contrato para fazer constar cláusula compromissória, facilita sobremaneira a execução de providências tidas como triviais sob a perspectiva rotineira da seara pública²⁹⁹.

Em adendo ao que já se sustentou com relação ao alinhamento da norma em prol do setor público, segue-se sob o mesmo prisma, quando se propõem as situações em que haveria viabilidade de construção de compromisso arbitral. A primeira, consubstanciada na qualidade de verdadeiro mecanismo de defesa à cláusula compromissória, vez que esta é estipulada como regra geral³⁰⁰, sobejando a hipótese de compromisso arbitral, ao alvitre de avaliação dos prós e contras da aplicação de arbitragem ao caso concreto³⁰¹, ou seja, uma avaliação criteriosa, de acordo com parâmetros previamente regradados, mas também em consonância com o mérito administrativo e, não obstante, inexoravelmente atrelada ao interesse público.

²⁹⁸ “Art. 5º [...] § 2º Na hipótese de arbitragem institucional, se a câmara arbitral não for definida previamente, a cláusula compromissória deverá estabelecer o momento, o critério e o procedimento de escolha da câmara arbitral dentre aquelas credenciadas na forma prevista no art. 8º” (Brasil, 2019).

²⁹⁹ A afirmação feita à linguagem com a qual labora a Administração Pública, diz respeito à forma e à nomenclatura de determinados atos que são afetos, mais aproximados ou constantemente repetidos pela prática existente na seara pública. *Verbi gratia* da locução “aditados”, presente no §3º do art. 5º e que constitui-se em prática rotineira dos órgãos públicos, tanto no sentido de prorrogar a vigência de seus contratos, quanto para alterar ou incluir disposições de interesse público, conforme segue: “Art. 5º [...] § 3º Os contratos que não contiverem cláusula compromissória ou possibilidade de adoção alternativa de outros mecanismos adequados à solução de controvérsias **poderão ser aditados**, desde que seja estabelecido acordo entre as partes” (Brasil, 2019, grifo nosso).

³⁰⁰ “Art. 6º **Na hipótese de ausência de cláusula compromissória**, a administração pública federal, para decidir sobre a celebração do compromisso arbitral, avaliará previamente as vantagens e as desvantagens da arbitragem no caso concreto” (Brasil, 2019, grifo nosso).

³⁰¹ “Art. 6º [...] § 1º Será dada preferência à arbitragem: I - nas hipóteses em que a divergência esteja fundamentada em aspectos eminentemente técnicos; e II - sempre que a demora na solução definitiva do litígio possa: a) gerar prejuízo à prestação adequada do serviço ou à operação da infraestrutura; ou b) inibir investimentos considerados prioritários. § 2º O compromisso arbitral poderá ser firmado independentemente de celebração prévia de termo aditivo de que trata o § 3º do **caput** do art. 5º. § 3º Caso já tenha sido proposta ação judicial por quaisquer das partes, além das condições estabelecidas no **caput**, antes da celebração de compromisso arbitral, o órgão da Advocacia-Geral da União responsável pelo acompanhamento da ação judicial emitirá manifestação sobre as possibilidades de decisão favorável à administração pública federal e a perspectiva de tempo necessário para o encerramento do litígio perante o Poder Judiciário, quando possível de serem aferidas. § 4º A submissão do litígio à arbitragem na hipótese de que trata o § 3º ocorrerá por compromisso arbitral judicial ou extrajudicial, nos termos do disposto no § 2º do art. 9º da Lei n. 9.307, de 1996, que indicará, com precisão, o objeto do litígio. § 5º Na hipótese prevista no § 3º, se celebrado compromisso arbitral, a petição de homologação do acordo judicial em que as partes se comprometam a levar a questão ao juízo arbitral observará o disposto na Lei n. 9.469, de 1997. Art. 7º São cláusulas obrigatórias do compromisso arbitral, além daquelas indicadas no art. 10 da Lei n. 9.307, de 1996: I - a determinação do local onde se desenvolverá a arbitragem; e II - a obrigatoriedade de cumprimento das disposições deste Decreto” (Brasil, 2019).

A discricionariedade administrativa e a observação à organização e planejamento dos dispositivos de controle, mas interligada a razoabilidade e proporcionalidade, tampouco são alijadas desse processo, uma vez que traduzem a razão de existência de qualquer ato que se proponha a dar azo, justificar, complementar ou corroborar a movimentação da máquina pública diante do devido cumprimento legal.

Já na seara procedimental também são visíveis os avanços técnico-processuais, com vistas à manutenção do teor célere proposto pela Lei n. 9.307/96, mas não olvidando a necessidade de lapso temporal a dar guarida aos pormenores públicos que, muitas vezes, envolvem pauta de montante financeiro elevado, inerente à grande contingente populacional e nem sempre resolúveis na mesma marcha de questionamentos privados³⁰². Face a essas premências, há um sopesamento entre o que dispõe a Lei Geral de Arbitragem e o imperativo de satisfazer aos diversificados e exigentes formatos de controle e, simultaneamente, contemplar as reais súplicas da Administração Pública.

Exemplos disso estampam-se na estipulação do prazo mínimo para a resposta de aviso inicial da arbitragem³⁰³ e de período máximo de apresentação da sentença arbitral³⁰⁴ e sua possibilidade de prorrogação³⁰⁵, restando pré-fixados intervalos de tempo aceitáveis ao pleno deslinde da causa em controvérsia (Brasil, 2019).

Em sentido análogo, consideram-se louváveis ainda as disposições concernentes aos custos da arbitragem³⁰⁶, mais especificamente, a quem tocará suportar tais despesas e em que momento se farão exigidas, além, é claro, de eventual restituição³⁰⁷ em caso de sentença favorável à parte a quem sobejou tal

³⁰² Pode-se denotar esse cuidado, que embora exacerbado, parece prudente à feição de procedimento administrativo que pode se sobrepor ao sistema arbitral, no artigo 3º do Decreto ora em debate: “Art. 3º [...] VIII - a decisão administrativa contestada na arbitragem deverá ser definitiva, assim considerada aquela insuscetível de reforma por meio de recurso administrativo” (Brasil, 2019).

³⁰³ “Art. 8º No procedimento arbitral, deverão ser observados os seguintes prazos: I - o prazo mínimo de sessenta dias para resposta inicial; e [...]” (Brasil, 2019).

³⁰⁴ “Art. 8º [...] II - o prazo máximo de vinte e quatro meses para a apresentação da sentença arbitral, contado da data de celebração do termo de arbitragem” (Brasil, 2019).

³⁰⁵ “Art. 8º [...] Parágrafo único. O prazo a que se refere o inciso II do **caput** poderá ser prorrogado uma vez, desde que seja estabelecido acordo entre as partes e que o período não exceda quarenta e oito meses” (Brasil, 2019,).

³⁰⁶ “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” (Brasil, 2019).

³⁰⁷ Cf. nota anterior. Nesse mesmo sentido: “Art. 9º [...] § 2º Na hipótese de sucumbência recíproca, as partes arcarão proporcionalmente com os custos da arbitragem” e “Art. 9º [...] § 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” (Brasil, 2019).

responsabilidade, ressaltando que não haverá qualquer reembolso no tocante à contratação de assistente técnico³⁰⁸. Não obstante, as perícias realizadas serão de obrigação do contratado, sendo facultado às partes deliberarem de forma diversa³⁰⁹ (Brasil, 2019).

Convergente com a ideia de assegurar legitimidade e dar contornos que se identifiquem mais intimamente com o arcabouço legal administrativo, outro ponto crucial pontuado pela normativa em apreciação é de alertar para a previsão orçamentária dos atos que estejam a cargo do Poder Público, o que resta delineado na segunda parte do parágrafo terceiro do artigo nono³¹⁰, e faz referência à contratação de assistente técnico, forma estabelecida para pagamento de eventuais custas, despesas e obrigações pecuniárias oriundas de sentença arbitral condenatória³¹¹, conectando-se imediatamente ao sistema de precatórios ou requisição de pequeno valor existente no órgão público correspondente (Brasil, 2019).

Ao contrário do que pode se supor, o nicho seguro em que pretende aterrissar essa parcela da administração pública federal possui seus percalços e tem uma abrangência sobre a qual não pode ser atribuída simplicidade de trato. O que ocorre é que não sobejam dúvidas acerca do caráter patrimonial do objeto sob seu escopo, fato suficiente para que a arbitragem possa ter um percentual de êxito mais acentuado, diminuindo ou eliminando questões que possam induzir a alegações de nulidade ou objeções preliminares ao procedimento, tendentes a afetar a arbitrabilidade objetiva (Muniz; Silva, 2018).

Tecnicamente, é o que Caçapietra (2020, p. 94) desenvolve sob a nomenclatura de “avaliação de impacto”, que, fulcrada em dados qualitativos e quantitativos, tem por pretensão conjecturar respostas consistentes em torno de dúvidas relacionadas à causa e efeito. Para tanto, não basta que se projetem apenas à razão das mudanças diretamente atribuíveis a um programa – incluindo modalidades dele derivadas –, ou

³⁰⁸ “Art. 9º [...] § 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” (Brasil, 2019).

³⁰⁹ Art. 9º [...] § 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** (Brasil, 2019, grifo do legislador).

³¹⁰ Cf. nota anterior.

³¹¹ 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).

inovação no desenho do projeto. É preciso mais do que isso. Para a concepção, mesmo que futura, de ações de avaliação de impacto, deve primar por critérios garantidores da validade, consistência, necessidade, eficácia, etc., tais como:

[...] planejamento no início da elaboração ou implementação de uma política ou programa; apresentar regras claras e definidas, principalmente para a definição de bons grupos de comparação; e a escolha do método adequado, levando em consideração as características operacionais do programa, os recursos disponíveis, os critérios de elegibilidade para a seleção de beneficiários e o cronograma de operacionalização da ação governamental (Caçapietra, 2020, p. 94-95).

A indicação de elementos para um modelo administrativo arbitral dos litígios estatais possui como ponto de partida um delineamento desencadeado nos termos da Lei n. 13.448/2017 e seu Decreto Regulamentador n. 10.025/2019, pois se identifica no conjunto normativo uma adequação muito próxima do ideal primado pelo presente trabalho e que pode, com pequenas adaptações do ente que irá recepcioná-lo, perfazer novas realidades locais e regionais.

Como se vê, no decorrer do capítulo, a asserção de um modelo estanque, que fosse simplesmente replicado em cada órgão público olvidando-se suas especificidades, deixaria à margem vários entes públicos com potencial muitas vezes maior do que aqueles que, na absorção *ipsis litteris* do regramento, atendam adequadamente às demandas propostas, fazendo com que o ideário de um plexo estrutural da arbitragem na Administração Pública se esvaísse ante sua adstrita utilização.

Entretanto, em harmonia do que já se frisou, há percalços a serem ultrapassados. Mesmo que bastasse a simples transposição das citadas normas de forma indistinta, ainda restariam arestas a serem aparadas e a mais valia da norma poderia se perder no emaranhado legislativo inerente a cada órgão público. No intuito de dar dinâmica à referência legal, propõe-se uma série de medidas tendentes a mitigar e aperfeiçoar a sistemática exposta.

Face a isso, aliado ao pragmatismo das regras de referência, os elementos para um modelo administrativo arbitral dos litígios estatais propõem, em consonância com as regras gerias estabelecidas com a Lei n. 9.307/96, medidas às quais se atribui imprescindibilidade à adequação e compatibilização da norma de referência a quaisquer entidades públicas.

Para apresentar tais ideias de maneira mais concentrada e salientar o contexto fático do trabalho ora apresentado, propõe-se a divisão em quatro tópicos, que serão descritos por intermédio de itens dispostos em quadros programáticos.

O Quadro 1 estabelece requisitos inerentes à autossustentabilidade em consonância com a estrutura administrativa necessária a dar vazão ao procedimento arbitral:

Quadro 1 – Requisitos inerentes à autossustentabilidade

Adequação do Orçamento Público	previsão orçamentária fidedigna ou bem próxima da realidade;
Estrutura Diversa da Execução da Atividade Administrativa	estrutura destacada do ambiente público, notabilizando a independência do procedimento, a diminuição de interferências externas e a redução de gastos que seriam inevitáveis a regular atuação do árbitro e/ou da câmara, a exemplo dos consumos de água, luz, telefone, material de expediente, material de limpeza, etc.;
Processo Informatizado	possibilidade da execução de audiências <i>on-line</i> , evitando deslocamentos desnecessários, ou mesmo pagamento de diárias, nos casos em que a câmara arbitral localize-se em município diverso daquele onde se instalou o conflito e diante de previsão legal específica para tanto;
Celeridade	eliminação de sustentações e subterfúgios meramente protelatórios, otimizando-se tempo, energia, atualização monetária do débito, juros e demais custas;
Contabilização dos custos Inerentes à Arbitragem	os valores devidos à câmara para a execução do serviço pretendido, possuem custas administrativas em percentual que varia entre 2 a 10%, estabelecidos de acordo com valor da causa e em ordem inversamente proporcional a esta.

Fonte: Elaborado pelo autor.

No mesmo intuito dos requisitos anteriormente expostos, o Quadro 2 apresenta elementos inerentes aos procedimentos licitatórios, buscando apontar o caminho mais seguro para contratação dos responsáveis por conduzir o procedimento e delineando ingredientes passíveis de constituir o método que melhor se adequa à finalidade pretendida.

Quadro 2 – Elementos inerentes aos procedimentos licitatórios

a	não se indica, para a utilização de arbitragem, a contratação por intermédio de licitação, seja ela com o intento de obter serviços de instituição ou até mesmo árbitro habilitado, pois a dificuldade, senão impossibilidade de se comparar entidades distintas, demonstra-se, ostensivamente, pela especificidade do serviço, preços, instalações diversificadas, regramentos ou experiência anterior em resolução de conflito semelhante. No que compete às câmaras arbitrais, ainda há que se avaliar a composição permanente ou provisória de árbitros em seu quadro (Carmona, 2016);
b	ultrapassada a etapa anterior, poderia se perfectibilizar, próximo do intuitivo, a utilização da modalidade inexigibilidade de licitação, especialmente se considerarmos apenas o teor da Lei n. 8.666/93, entretanto, a adaptação da figura do credenciamento seria essencial para o contexto em comento, haja vista o fato de que não necessariamente a contratação ocorrerá de imediato, nem mesmo é possível atestar que serão necessários tais serviços. Não obstante, a teor da Nova Lei de Licitações e considerando a revogação da norma que lhe sucedeu, a regra mais recente possui as condições ideais para que se possa aportar em um resultado satisfatório ao inclinar-se para o credenciamento ³¹² ;
c	dentre os prós e contras já devidamente analisados, a arbitragem institucional se adequaria mais facilmente aos ditames da Administração Pública, ao interesse público e ao princípio da economicidade, uma vez que englobaria não só a arbitragem em si, mas toda estrutura necessária para tanto;

³¹² Atualmente, apesar de ainda restar vinculado à inexigibilidade de licitação, conforme artigo 74, inciso IV e ser considerado como um procedimento auxiliar, elencado no artigo 78 da Lei n. 14.133/2021, recebe o devido reconhecimento legislativo ante a plena capacidade do instituto em solucionar as mais variadas necessidades da Administração Pública que, não raro, carece de remédios adequados a problemas que se esgueiravam da correspondência normativa trivial da regra licitatória.

d	o credenciamento seria etapa prévia aos processos licitatórios ³¹³ , o que conduziria à celeridade na obtenção do serviço, quase que imediatamente à instalação do conflito;
e	outro ponto positivo à opção do credenciamento é o fato de existirem poucas entidades arbitrais de notória experiência e especialização, o que fomentaria a competição entre elas, beneficiando a salutar concorrência e a obtenção de benefícios aos litigantes (Schmidt, G., 2018);
f	o órgão público credenciador estabeleceria, por intermédio de regulamento, determinadas condições a que ficariam adstritas as concorrentes, como, por exemplo, comprovação de experiência prévia com a gestão de procedimentos similares ou idênticos, demonstração de infraestrutura compatível com o desenvolvimento do vulto da arbitragem que se pretenda instituir (incluindo instalações físicas, aparato tecnológico propício à participação de testemunhas e peritos, etc.) (Maia, 2020);
g	a diversidade de instituições credenciadas permite que, a cada novo conflito, as partes possam selecionar aquela(s) que se adeque(m) mais fidedignamente ao caso proposto e
h	eventuais divergências na escolha da câmara responsável, a exemplo do órgão público que opta por uma entidade e o particular por outra, ainda resta, em virtude do credenciamento ensejar a viabilidade de recrutar vários postulantes, a possibilidade de eleição de uma terceira entidade ou de sorteio entre as restantes.

Fonte: Elaborado pelo autor.

Por outro lado, os elementos ditos genéricos (Quadro 3) projetam providências tendentes a estabelecer um liame entre a origem do conflito e um sistema organizacional e estrutural prévio, para com as informações anteriormente mencionadas no tópico autossustentabilidade e na sequência lógica do quadro a respeito do procedimento licitatório:

³¹³ Os processos licitatórios referidos no item em debate cingem-se àqueles que se destinam às compras e prestações de serviços que, por sua natureza, podem ser objeto de arbitragem, na eventualidade de instauração de dissonância entre as partes.

Quadro 3 – Elementos genéricos

a	a existência de uma avaliação criteriosa para atribuir a determinado contrato e aos prováveis litígios dele decorrentes a compatibilidade necessária à suscetibilidade de arbitragem futura;
b	a apreciação detida em conflitos judiciais de porte idêntico ou semelhante, no intuito de identificar os custos inerentes à demanda e traçar um comparativo com o dispêndio na arbitragem;
c	a organização de um formato prévio de contratação de árbitros ou de câmara (preferência declinada no trabalho) que obedeça à modalidade coerente ao serviço prestado e permita às partes selecionarem, assim que instaurado o conflito, a entidade condutora do procedimento;
d	decorrente do elemento anterior, o procedimento indutor da arbitragem centra-se no regulamento da câmara apontada para conduzir a resolução da contenda;
e	a preferência pela escolha de câmaras que privilegiem sessões ou audiências à distância, buscando reduzir custos de deslocamentos e diárias;
f	a capacitação dos agentes direta ou indiretamente envolvidos com a implantação e gerenciamento do sistema arbitral;
g	a confecção de peça orçamentária coincidente com a introdução da arbitragem, considerando custos diretos e indiretos;
h	a fiscalização do cumprimento dos objetivos e das metas pretendidas com a instauração do sistema arbitral;
i	estudo técnico-financeiro em torno da implementação da arbitragem no âmbito pretendido;
j	avaliação contínua da viabilidade, permanência, manutenção e custo-benefício do sistema arbitral.

Fonte: Elaborado pelo autor.

Em síntese dos componentes supra especificados, engendra-se axes estruturais (Quadro 4), a fim de conjugar e unificar os demais elementos, no sentido de obter um padrão mínimo de segurança a nortear as ações da Administração Pública convergentes à instauração do sistema arbitral

Quadro 4 – Axes estruturais

a	legislação coerente com a necessidade do Executivo local, respeitando a regra genérica estabelecida pela Lei n. 9.30796 e com supedâneo na Lei n. 13.448/2017 e no Decreto n. 10.025/2019;
b	avaliação da propensão da contratação ao procedimento pretendido;
c	cotejo entre o custo despendido com precedentes judiciais análogos e o valor auferido para a execução de arbitragem;
d	chamamento público prévio, cuja nominata observará a maior diversidade de especialidades públicas possível de câmaras, para que ambas as partes possam selecionar de forma livre, e de acordo com o objeto a ser discutido, aquela que melhor atenda aos interesses pleiteados;
e	previsão de procedimento <i>on-line</i> ;
f	treinamento dos agentes públicos no sentido de formatação dos procedimentos administrativos adequados à inserção da arbitragem e na informação dos licitantes, órgãos de controle e na difusão de forma positiva dos resultados obtidos;
g	criação de rubrica orçamentária específica para suportar as custas, os honorários e as demais despesas da arbitragem, bem como qualquer crédito em favor da Administração;
h	promoção de um sistema de controle e austeridade que permita ao Setor Público avaliar, prevenir, punir e expurgar atos corruptos, ilegais e dissonantes do bom andamento da seara pública e, conseqüentemente, do sistema arbitral.

Fonte: Elaborado pelo autor.

Em harmonia com o que se expôs sobre a responsabilidade da Administração Pública, é indubitável que o axioma desenhado pelo trabalho em arremate depende, como se figura maternal fosse, do tratamento adequado do Poder Público em todas as fases da iniciativa que se pretenda absorver, desde a gestação até o seu momento derradeiro. Ao contrário da mera disposição do benefício ou do serviço a ser concedido ao cidadão, o cuidado acurado com viabilidade, continuidade, manutenção e implementação consistem muito mais em conjugar o verbo “incentivar” do que “disponibilizar”, para que todos entoem de forma uníssona o verbo “cuidar” daquilo que é essencialmente de todos.

7 CONCLUSÃO

Traçadas as linhas demarcatórias do que se pretende atingir com a presente tese, verificou-se que os elementos para a efetivação de um modelo administrativo arbitral dos litígios estatais mostraram-se essenciais à sedimentação e prospecção da arbitragem no âmbito da Administração Pública.

Em um primeiro momento, porque não se constituem em um formato estanque que padeça dos males inerentes às legislações que se propõem a solucionar as deficiências administrativas onde quer que elas se encontrem, desconsiderando o fato de que os entes públicos, especialmente os municípios, possuem suas próprias idiossincrasias, fazendo com que uma certa maleabilidade no momento da confecção de uma legislação arbitral configure-se como indispensável ao trato de seus litígios. Por essa razão, o resultado da presente pesquisa possui a relevância destacada quando de sua projeção introdutória.

Por um outro viés, foi necessário agregar ao conteúdo normativo da arbitragem, mais claramente à Lei n. 9.307/96, preceitos adstritos à Administração Pública, tendo em vista não somente a organização administrativa, mas seu conjunto axiomático. Essa conjugação se mostrou imprescindível na permeabilidade do sistema arbitral em ambiente norteado pela proteção do interesse público, implicando em estudo acurado da evolução do Direito Administrativo e de sua base doutrinária, com o objetivo de afugentar mitos e trazer uma perspectiva moderna do que deve propor o setor público na busca de alternativas vocacionadas à equação de suas próprias mazelas e do atendimento da sociedade como um todo.

Nesse mesmo caminho, a introdução de legislação vinculada à área pública e que captasse várias das nuances nela existentes significou a união dos elementos carreados ao presente estudo a um regramento em aplicação nos setores-chave dessa seara, tornando mais palpável, e por que não dizer palatável, aos aguçados mecanismos de controle, a concretude do que já vem sendo praticado em um nível mais avançado.

Desse modo, a presente tese agrega sobremaneira aos estudos efetivados em torno da arbitragem na Administração Pública, especialmente pelo fato de que a regra nacional a respeito da matéria é cautelosa em estipular de forma mais incisiva, aspectos voltados exclusivamente para os entes públicos.

Isso não quer dizer que se pugne por uma mudança de característica das

normas gerais a respeito de determinada matéria, uma vez que seu propósito é designar de forma geral as premissas que comporão um formato mínimo a ser obedecido. Mesmo assim, a aptidão principal da Lei n. 9.307/96 é o trato dos litígios existentes sob o escopo cível, em cuja esfera se inspirou a referida legislação e, por esse motivo, não surpreende uma condição tendente a delinear postulados consoante o padrão civilista.

Entretanto, a observação procedente do terreno administrativo faz crer que se faz necessária uma regra geral para tratar de forma única sobre um formato arbitral dedicado aos entes componentes da Administração Pública Direta e Indireta. O motivo para tanto, restou declinado, aclarado e justificado pelas razões expendidas no decorrer da tese que, ao elencar as barreiras existentes à efetivação da arbitragem em um caráter mais contundente, especificou as dificuldades inerentes à arbitrabilidade subjetiva e objetiva.

Em sede de objetivação do conteúdo arbitral, verificou-se uma carência no sentido de delimitar as matérias que se mostrem mais predispostas a solucionar conflitos delas oriundas por essa via. Até mesmo porque a exclusão dos direitos indisponíveis na esfera cível terá de ser somada àqueles direitos que, da mesma forma, sejam indisponibilizados no espectro público.

Adicione-se, ainda, que a grande maioria dos atos administrativos possuem um componente ínsito à criação da própria Administração Pública e que, inclusive, compõem o rol de princípios orientadores de suas atividades, qual seja, o da supremacia do interesse público sobre o particular. Isso quer dizer que boa parte do tempo em que o administrador exerce seu mister, ele o faz em grau superior ao particular, tendo em mente que representa toda a sociedade.

Face a esse detalhe de suma importância, a margem de segurança inerente à uma maior compatibilidade para com a arbitragem residiria nos atos negociais em que há uma igualdade entre as partes – Administração Pública e Particular – e onde o exercício da autonomia da vontade não entraria em confronto com os mecanismos de controle, os quais seriam despertados no trato de tópicos não envolvendo a possibilidade do administrador em representação da administração e, de acordo com a sua vontade, de dispor de conteúdo patrimonial.

Isoladamente, o item acima exposto já seria suficiente para deflagrar uma movimentação legislativa dando crédito a uma norma condizente para com a arbitragem na Administração Pública, fidedigna ao que é arbitrável nesse âmbito.

Enquanto a incerteza e estagnação pairam sobre a edição de um mandamento direcionado para o tema, os elementos aduzidos no transcurso da tese são capazes de estabelecer um eixo dogmático de potencial altamente conectado com as praxes, costumes, princípios e normas administrativas e, por esses argumentos, possibilitam traçar uma nova perspectiva ao processo inerente à arbitragem a ser realizada no âmbito das instituições públicas.

Ainda assim, mesmo que no futuro desperte a consciência sobre a premência de uma lei voltada para a arbitragem nos setores públicos, os elementos relacionados no presente trabalho serão de imensa colaboração na confecção de um contexto apropriado para tanto. É exatamente nesse aspecto que as percepções pavimentadoras de uma inspiração aos aspectos, que devem conduzir procedimentos arbitráveis, perfilharam-se como essenciais na tarefa de definir quais deles poderão se inserir em determinada alçada.

Por conseguinte, à evidência da análise legislativa efetivada ao longo da tese, constatou-se uma tendência positiva à recepção do conteúdo normativo trazido pela Lei n. 13.448/2017, complementada pelo Decreto n. 10.025/2019, na harmonização de um entendimento minimamente razoável, acerca dos obstáculos que impedem a disseminação mais enfática da arbitragem.

A abordagem em torno do problema de pesquisa proposto – a criação e efetivação de elementos para um modelo administrativo arbitral, ante uma interpretação da Lei n. 13.129/2015, que alterou a Lei n. 9.307/96 (Lei de arbitragem – LA), conjugada com os princípios e a legislação administrativista, a partir da adoção dos parâmetros instituídos pela Lei n. 13.448/2017 e pelo Decreto n. 10.025/2019, obtém correspondência nas condições estruturais e legais necessárias (base legal, recursos humanos, estrutura física, mecanismos digitais) identificadas no contexto da Administração Pública? – mostrou-se adequada às pretensões do trabalho, em vista das seguintes razões: a) cumpriu-se com o objetivo geral da investigação pontuada na tese, apontando-se positivamente a adoção dos parâmetros instituídos pela Lei n. 13.448/2017 e pelo Decreto n. 10.025/2019, em razão de sua aproximação, tanto da regra geral estabelecida pelas disposições da Lei n. 9.307/96, quanto pela afinidade com os princípios e a legislação administrativista; b) confirmou-se a segunda hipótese, fundada na insuficiência da norma contida no artigo 1º, da Lei n. 9.307/96, uma vez que não é somente possibilitando a execução da arbitragem pela administração pública por intermédio do ingresso de determinada norma que se cria o ambiente e as

condições estruturais e legais necessárias para que se atinjam os objetivos colimados. Por essa razão, os parâmetros da Lei n. 13.448/2017 e do Decreto n. 10.025/2019 terão de estabelecer uma interpretação voltada para a conjugação dos postulados trazidos pela Lei n. 13.129/2015, com as bases estruturantes do Direito Administrativo, rechaçando-se a hipótese baseada na aptidão da permissibilidade explícita no artigo 1º, da Lei n. 9.307/96, no sentido de sua capacidade explícita em conformar, um modelo administrativo arbitral na administração pública, tendo em vista a necessária e suficiente alteração carreada pela Lei n. 13.129/2015 a qual se conectaria perfeitamente a uma interpretação calcada nas bases fundamentais do Direito Administrativo conforme os parâmetros da Lei n. 13.448/2017 e do Decreto n. 10.025/2019; c) Em sede de objetivos específicos, permitiu-se, por intermédio de revisão histórica, verificar que os elementos organizacionais da Administração Pública tendem a se adaptar perfeitamente à arbitragem, tendo em vista um contexto jurídico-procedimental atípico que, executado de forma cotidiana, permite a compreensão da relevância e das providências necessárias a conformar uma seara voltada para a arbitragem; d) do mesmo modo, a evolução do acesso à justiça no Brasil permitiu projetar o tratamento de conflitos por meio de um sistema arbitral administrativo e a possibilidade de saneamento do Judiciário na qualidade de benefício defluente dessa ideia; e) a conjugação desses fatores permite ultrapassar as antinomias jurídicas que circundam o tema, desvelando a insuficiência da Lei n. 9.307/96 – mesmo diante das alterações promovidas pela Lei n. 13.129/2015 – em trazer ao ambiente do setor público, a confiabilidade necessária ao trato dessas questões; f) depreende-se, portanto, que a implantação de elementos para um modelo administrativo arbitral dos litígios estatais prescinde muito além da legislação que oportuniza o trato da arbitragem nessa esfera. É essencial sua harmonização com o arcabouço jurídico existente, cuja natureza pública seja capaz de sedimentar e propagar a resolução de conflitos sob seus postulados.

Vê-se que o emprego da metodologia proposta restou evidenciado, uma vez que, seguido o mote de obtenção de conclusão, baseado em premissas consideradas verdadeiras, havendo correlação lógica entre as proposições apresentadas.

Examinou-se ainda, em razão do procedimento monográfico, os fatores que poderiam influenciar na avaliação do tema escolhido, partindo do estudo de um tema específico, o qual se prestou de parâmetro a situações congêneres que, porventura, surgissem e que pudessem ser solucionadas pela mesma via apontada na tese.

Nessas condições, a análise de doutrina, textos acadêmicos e periódicos, bem como demais documentos informativos – características inerentes à pesquisa bibliográfica e à técnica de pesquisa documental – perfilharam-se igualmente à singularidade do estudo apresentado.

Em raciocínio voltado para as questões inerentes ao acesso à justiça, também há compatibilidade entre os elementos presentes na teoria engendrada por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, no sentido de elevar os métodos autocompositivos e, mais particularmente, os heterocompositivos – tendo em vista a associação de toda a composição do trabalho à arbitragem –, a um patamar semelhante ao verificado na justiça estatal em termos de visibilidade e estrutura.

Em idêntica percepção, no que tange ao histórico do Direito Administrativo e da Administração Pública, o que se evidencia é que, diante de postulados tão arraigados em premissas canalizadas para a preservação e proteção do que é público, cria-se uma redoma refratária a iniciativas que sejam incompatíveis com os interesses verificados nesse ambiente. De outro lado, a criação de elementos para um modelo arbitral, sob arrimo administrativo, que se coadune tanto com a Lei n. 9.307/96 – em razão de sua estipulação genérica ao tema – quanto com a necessidade de uma legislação específica, é capaz de obter coincidência com o sistema organizacional da disciplina e da instituição jurídica sob as quais se erigirá o *standard* administrativo para a profusão da arbitragem.

Apesar de não existirem estudos mais aprofundados a estabelecer parâmetros de aplicação da legislação federal em entes municipais, não restam dúvidas de que o objetivo traçado pela Lei n. 13.448 é perfeitamente factível, tendo em vista, em primeiro plano, a indicação pormenorizada da origem das controvérsias a serem avaliadas por intermédio da arbitragem.

Além do mais, urge a necessidade de tomada de decisões em caráter administrativo, tendo em vista o fato de que a substituição da ação do gestor pela sentença do juiz tem se tornado, cada vez mais, a chancela dos atos administrativos.

Aliado a isso, as barreiras existentes à arbitragem na administração pública erigem-se sob veste blindada do controle de seus atos, impermeável aos institutos que tenham por mote a discussão de mitos administrativos, atribuídos à sua base principiológica, mas que, em verdade, associam-se ao temor do chefe do Executivo em ser apontado ou multado pelos órgãos fiscalizadores.

No mais, a normativa federal trazida pela Lei n. 13.448/2017 e regulamentada pelo Decreto n. 10.025/2019 posiciona-se como um caminho cuja estrada encontra-se pavimentada pelo conhecimento jurídico-administrativo e pode se avultar na qualidade de guia a ser seguido por entes de menor envergadura, mas de equivalente relevância.

Transpor o conteúdo normativo federal às demais unidades federativas não é tarefa das mais singelas, mas é perfeitamente viável, em razão de que os conflitos a serem dirimidos pela arbitragem nos setores envolvidos obtêm correspondência com os litígios geralmente verificados nos demais entes da administração pública. Entretanto, apesar da total plausibilidade da intenção declinada na presente tese, é premissa básica a proatividade das unidades federativas municipais na disseminação da arbitragem como um instrumento de potencialização de resolução de litígios em caráter extrajudicial.

Por conseguinte, com respaldo nas ideias expostas³¹⁴ no decorrer da tese e no intuito de responder ao problema proposto, fundamental repisar as axes³¹⁵ estruturais³¹⁶ apresentadas no Quadro 4, e que se destinaram à construção de procedimento arbitral que possa cumprir com a efetividade enfatizada no decurso do presente trabalho: a) legislação coerente com a necessidade do Executivo local, respeitando a regra genérica estabelecida pela Lei n. 9.30796 e com supedâneo na Lei n. 13.448/2017 e no Decreto n. 10.025/2019; b) avaliação da propensão da contratação ao procedimento pretendido; c) cotejo entre o custo despendido com

³¹⁴ Cumpre salientar que, em razão da eminente revogação da Lei n. 8.666/93 e não obstante a Lei n. 14.133/2021 possuir mecanismos mais adequados ao tratamento da arbitragem e com roupagem adequada à gestão dos contratos e tudo que envolve a persecução adequada do cumprimento do objeto.

³¹⁵ É relevante trazer à lume o que se pretende erigir a partir dos eixos conformadores à efetiva introdução da arbitragem na Administração Pública, pois, apesar de existirem instrumentos legais que dispõem de forma adequada sobre a competência, a estrutura e o funcionamento de núcleos especializados nas arbitragens que envolvam o setor público, a intenção primeira é de demonstrar que há a possibilidade de, por intermédio das premissas delineadas a partir dos itens propostos e do arcabouço jurídico que serve de base à presente tese, propiciar a propagação e efetividade da arbitragem na Administração Pública, entretanto, muito mais do que regras meticulosas em torno do procedimento, faz-se necessária a criação de condições adequadas de recepção, manutenção, preservação, efetividade e eficácia de seus conceitos, cujas regras a norteá-las, sedimentar-se-ão em terreno propício para tanto, o que se discorreu de forma meticulosa no decorrer do capítulo derradeiro da tese.

³¹⁶ Os eixos propostos terão foco, em sua maioria, no custo-benefício a ser obtido com a arbitragem, tendo em vista a relação que deve guardar com o atendimento ao interesse público e que não consiste apenas em avaliar o dispêndio em si, mas em seus benefícios que, nem sempre podem ser avaliados economicamente, a exemplo do tempo processual, que depende de fatores específicos à causa, como valor da causa, juros incidentes, perícias, recursos, situação da contratação (concluída, paralisada, maculada por vício ou defeito, etc.).

precedentes judiciais análogos e o valor auferido para a execução de arbitragem; d) chamamento público prévio, cuja nominata observará a maior diversidade de especialidades públicas possível de câmaras, para que ambas as partes possam selecionar de forma livre, e de acordo com o objeto a ser discutido, aquela que melhor atenda aos interesses pleiteados; e) previsão de procedimento *on-line*; f) treinamento dos agentes públicos no sentido de formatação dos procedimentos administrativos adequados à inserção da arbitragem e na informação dos licitantes, órgãos de controle e na difusão de forma positiva dos resultados obtidos; g) criação de rubrica orçamentária específica para suportar as custas, os honorários e as demais despesas da arbitragem, bem como qualquer crédito em favor da Administração; h) promoção de um sistema de controle e austeridade que permita ao Setor Público avaliar, prevenir, punir e expurgar atos corruptos, ilegais e dissonantes do bom andamento da seara pública e, conseqüentemente, do sistema arbitral.

Tais pressupostos conduzem não só à introdução, mas ao aperfeiçoamento da proposta erigida pela Lei n. 13.448/2017 e pelo Decreto n. 10.025/2019, que se coadunam com o esteio da arbitragem e do Direito Administrativo, passíveis de codificação pela matriz programática da Administração Pública.

Em transpondo-se as medidas adotadas pela Lei n. 13.448/2017 e pelo Decreto n. 10.025/2019, ainda assim, é mister asseverar que a realidade da maioria dos Municípios Brasileiros – em especial aqueles em que se verifica uma renda *per capita* abaixo da média e/ou em que o próprio poder público não possui recursos suficientes para impulsionar o crescimento local adequado – contrasta com condições bem mais propícias à implantação e ao desenvolvimento do sistema arbitral nos órgãos vinculados à esfera federal, razão pela qual a verificação de eventual necessidade de uma depuração em nível municipal deve ser avaliada pelo ente que pretende conformá-lo.

Em termos legislativos, o avanço obtido pela Lei n. 13.448/2017 correlaciona-se, imediatamente, com seu decreto regulamentador de n. 10.025/2019, que promove uma conjuntura convergente com a proatividade de vanguarda do preceito normativo que lhe deu causa. O resultado desencadeado pela norma de 2017, tem intrínseca relação com a sintonia estabelecida com as prescrições do decreto que a dá suporte, em especial, na determinação do objeto da arbitragem no cenário rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário da administração pública federal.

Com essa intenção, o Decreto que norteia a proposta do trabalho em testilha,

caminha em um mesmo ritmo, pois enfatiza e viabiliza a adoção de métodos alternativos que possam servir, com a mesma relevância da arbitragem, mas introduzindo técnicas diversificadas ao melhor deslinde possível das divergências contratuais, inclusive se a vontade das partes envolvidas for posterior à sua assinatura.

É evidente que a ênfase maior, tanto do trabalho em fase de conclusão, quanto do decreto utilizado a dar azo aos parâmetros pretendidos e tidos como minimamente plausíveis à composição estrutural do sistema arbitral, é a arbitragem, entretanto, importante destacar e incentivar as demais técnicas que, sob uma perspectiva diferenciada, possam propor novas portas de acesso à justiça. Reflexo disso encontra-se nas previsões do art. 4º³¹⁷ e do art. 5º, § 3º³¹⁸, do Decreto 10.025/2019.

Em conformidade com o exposto, a separação em funções típicas e atípicas permite visualizar com exatidão aquelas que se designam como precípuas de determinado poder, assim como se mostram esdrúxulas aquelas executadas em caráter divergente com o encargo atribuído a cada esfera e que, inevitavelmente, predominarão sobre as funções estranhas àquelas para a qual Executivo, Legislativo e Judiciário, foram criados.

Calcado nesse parâmetro doutrinário, não é descabida a proposta de legislação arbitral que tenha por ponto de partida o Poder Executivo e que verse sobre um contexto jurisdicional destacado do Judiciário. Ademais, a inovação da Lei n. 13.448/2017, conjugada com o Decreto Regulamentador n. 10.025/2019 e com os elementos já descritos, podem servir como um protótipo altamente eficaz, no sentido de dar dinamismo às demais construções jurídicas que desejem padronizá-las, ou mesmo adaptá-las, de acordo com as peculiaridades locais.

Com efeito, a proposta de elementos para um modelo administrativo arbitral obtém sustentação a partir da Lei n. 13.448/2017 e de seu Decreto Regulamentador n. 10.025/2019, dos quais defluem as axes estruturais já delineadas, que, como pilastra principal do construto jurídico permitindo aos órgãos públicos que pretendam

³¹⁷ “Art. 4º Antes da submissão dos litígios de que trata o art. 2º à arbitragem, poderá ser acordada entre as partes a adoção alternativa de outros mecanismos adequados à solução de controvérsias, inclusive a negociação direta com a administração, por meio de acordo ou transação, de que trata o art. 1º da Lei n. 9.469, de 10 de julho de 1997, ou a submissão do litígio à câmara de prevenção e resolução administrativa de conflitos da Advocacia-Geral da União, conforme previsto no inciso II do **caput** do art. 32 da Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015” (Brasil, 2019)

³¹⁸ “Art. 5º [...] § 3º Os contratos que não contiverem cláusula compromissória ou possibilidade de **adoção alternativa de outros mecanismos adequados à solução de controvérsias** poderão ser aditados, desde que seja estabelecido acordo entre as partes” (Brasil, 2019, grifo nosso).

erigir normativas específicas, no intuito de implantar uma sistemática arbitral possam fazê-lo independentemente do porte, situação econômica, orçamento ou conjuntura geopolítica, bastando para tanto a utilização das premissas derivadas das regras ora expostas, das quais defluem os eixos estruturantes idealizados, os quais servirão de arrimo às pretensões específicas de cada ente.

Na prática, seria ingenuidade supor que as análises, sugestões e proposições sopesadas na tese em epílogo sejam suficientes a almejar um impacto efetivo sobre a formação de uma nova política pública local, regional ou mesmo nacional. Essa tarefa, evidentemente, depende, em caráter primitivo e indeclinável, do ente responsável pela aferição e lapidação da política pública a ser empreendida, na medida em que diante da realidade revelada na esfera comunitária em que se insere, é que haverá o cotejo do custo-benefício e da possibilidade financeiro-orçamentária da entidade gestora.

Aderente à arbitragem, é possível vislumbrar institutos que, de forma precursora, poderão ampliar ainda mais a busca pelo acesso à justiça. A arbitragem expedita é um exemplo derivado da norma arbitral, mas com regulamentação adstrita às câmaras que, por intermédio de seus regulamentos, têm a faculdade de oferecer opção direcionada para um rito sumário e dispêndios pecuniários mais reduzidos.

Na verdade, as possibilidades não se esgotam na composição do sistema arbitral e nos caminhos que dele defluem para se alcançar um julgamento justo e célere. A partir da disseminação de sua metodologia, a tendência é de que, na mesma medida, se prolifere o estudo e o aperfeiçoamento do suporte legislativo da arbitragem, causando um efeito pragmático ao ingresso de técnicas propositivas, de escalada do universo disponível na seara arbitral.

A concretização desse raciocínio, geraria um círculo virtuoso capaz de atingir de forma indelével a excessiva carga processual sob a responsabilidade do Judiciário, desmistificando a unicidade jurisdicional, mantendo o mister primordial da justiça estatal, desta feita direcionada a ampliar sua estrutura, visando à absorção dos novos direitos a serem propugnados pela sua via.

Sob os pilares acima erigidos e diante dos benefícios a serem obtidos, considerando ainda a opacidade do tema e a dificuldade em vislumbrar obras no campo doutrinário que contemplem o assunto da presente tese, a notável colaboração de critérios norteadores de elementos para um modelo voltado para instituição de regra específica, com possibilidade de expansão e de disseminação para quaisquer

órgãos públicos, gera a abertura de novas perspectivas na condução de estudos em torno do tema.

Cumpra-se assim, com o primado da obra de referência, de Cappelletti e Garth (1988) – não só da presente tese, mas da viabilização dos meios de alcançar direitos sonegados ou contrapostos por outrem, onde quer que possa ser verificado –, cujo pressuposto impende associar o cumprimento da justiça social, com efetividade do direito de acesso à justiça, vislumbrando sua elevação por meio de métodos que fujam do sistema tradicionalmente instituído. É preciso interromper o sistema autofágico que degrada a obtenção de direitos. Já não se perfazem suficientes as alternativas pouco inspiradas do crescimento estrutural do Judiciário.

A teor do que já se demonstrou, a instituição de elementos para um modelo administrativo arbitral, com supedâneo na Lei n. 13.448/2017, aliada a seu Decreto Regulamentador n. 10.025/2019, muito mais do que o simples arrefecimento do Judiciário, representa a busca da efetivação de um direito social constitucionalmente instituído.

REFERÊNCIAS

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

ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. *Direito Administrativo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

ALMEIDA, Jeferson Castro de; DEUS, Luciane Tessari Buk Fernandes; SANTOS, Antônia Conceição dos. Ferramentas de controle social do Tribunal de Contas do Município de São Paulo. *Simetria - Revista do Tribunal de Contas do Município de São Paulo*, São Paulo, ano VI, n. 8, p. 88-102, 2022. Disponível em: <https://revista.tcm.sp.gov.br/simetria/article/view/104/84>. Acesso em: 20 nov. 2022.

AMATO, Lucas Fucci. Função, estrutura e instituição na análise jurídica. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 112, jan./dez. 2017. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Fac-Dir-USP_112.14.pdf. Acesso em: 12 fev. 2023.

ANDRADE, Caio César Viotto de. História da Administração Pública: especificidades e possibilidades de abordagem. *Revista de História da UEG*, Morrinhos, v. 8, n. 2, p. 1-24, jul./dez. 2019. Disponível em: <https://www.revista.ueg.br/index.php/revistahistoria/article/view/8948/6991>. Acesso em: 17 out. 2022.

ANDREWS, Christina W.; BARIANI, Edson. As marcas de nascença: a Administração Pública da Colônia à República Velha. In: ANDREWS, Christina W.; BARIANI, Edson. (org.). *Administração Pública no Brasil: breve história política*. São Paulo: UNIFESP, 2010. p. 13-38.

ANGELIN, Rosângela; LUCCA, Liane Marli Schäfer. El mito de Procasto y los desafíos de la inclusión de personas con deficiencia en los espacios universitarios. *Revista Jurídica*, Curitiba, v. 2, n. 59, p. 109-135, 2020. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/4082/371372389>. Acesso em: 29 nov. 2022.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Cláusula Compromissória: aspectos contratuais. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano XXXII, n. 116, p. 174-192, 2012. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/6085863/mod_resource/content/1/Aprigliano%20-%20Cl%C3%A1usula%20Compromiss%C3%B3ria%20aspectos%20contratuais.pdf#:~:text=Carlos%20Alberto%20Carmona%20\(2007%2C%20p,o%20desenvolvimento%20do%20processo%20estatal](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/6085863/mod_resource/content/1/Aprigliano%20-%20Cl%C3%A1usula%20Compromiss%C3%B3ria%20aspectos%20contratuais.pdf#:~:text=Carlos%20Alberto%20Carmona%20(2007%2C%20p,o%20desenvolvimento%20do%20processo%20estatal). Acesso em: 19 jan. 2023.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARISTÓTELES. *Política*. Tradução de Pedro Constantin Tolens. 5. ed. São Paulo: Martin Claret, 2010.

ASSEMBLEIA GERAL CONSTITUINTE DA FRANÇA. *Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789*. Universidade de Santa Maria: Observatório de Direitos Humanos, 1789. Disponível em: <https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2022.

AZEVEDO, Jordana Morais. Tribunais de Contas e suas competências constitucionais: limites à atuação do Poder Judiciário. *Fórum Administrativo - FA*, Belo Horizonte, ano 16, n. 184, p. 59-67, jun. 2016. Disponível em: <https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2016/09/tribunais-de-contas.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2022.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Breves reflexões sobre a jurisdição administrativa: uma perspectiva de direito comparado. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 211, p. 65-77, jan./mar. 1998. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br>. Acesso em: 07 nov. 2022.

BACELLAR, Roberto Portugal. *Mediação e Arbitragem*. São Paulo: Saraiva. 2012.

BAUMAN, Zygmunt. *Retrotopia*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

BDI: o que é e como calcular. *Stant*, [2020?]. Disponível em: <https://www.stant.com.br/bdi-o-que-e-e-como-calcular/>. Acesso em: 20 fev. 2023.

BEDIN, Gabriel de Lima.; SPENGLER, Fabiana Marion. O Direito de acesso à justiça como concretização dos Direitos Humanos: garantias no âmbito nacional e internacional. In: BEDIN, Gilmar Antônio; SPENGLER, Fabiana Marion. (org.). *Acesso à Justiça, Direitos Humanos e Mediação*. Curitiba: Multideia, 2013, p. 91-110. Disponível em: <https://bibliodigital.unijui.edu.br:8443/xmlui/bitstream/handle/123456789/1771/Acesso%20a%20Justi%C3%A7a%20Direitos%20Humanos%20%20Media%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em; 14 dez. 2022.

BEDIN, Gilmar Antônio; LUCAS, Douglas Cesar. Desafios da jurisdição na sociedade global: apontamentos sobre um novo cenário para o Direito e o papel dos Direitos Humanos. In: BEDIN, Gilmar Antônio; SPENGLER, Fabiana Marion. (org.). *Acesso à Justiça, Direitos Humanos & Mediação*. Curitiba: Multideia, 2013, p. 45-64. Disponível em: <https://bibliodigital.unijui.edu.br:8443/xmlui/bitstream/handle/123456789/1771/Acesso%20a%20Justi%C3%A7a%20Direitos%20Humanos%20%20Media%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em; 14 dez. 2022.

BENEVIDES, Marinina Gruska; SALES, Juliana Porto. Acesso à Justiça: do acesso formal ao acesso à ordem jurídica justa. *Passagens – Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 2, p. 173-203, 2022. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/revistapassagens/article/view/52259/32385>. Acesso em: 06 dez. 2022.

BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de Arbitragem: nos termos da lei n. 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2014.

BERNARDES, Livia Heringer Pervidor; CARNEIRO, Yandria Gaudio; MOSCHEN, Valesca Raizer Borges. As ondas de acesso à Justiça de Mauro Cappelletti e o acesso transnacional à Justiça. *Revista Vox*, Manhuaçu, n. 12, p. 37-57, jul./dez. 2020. Disponível em: <https://www.fadileste.edu.br/revistavox/index.php/revistavox/article/view/34/28>. Acesso em: 21 dez. 2022.

BITENCOURT, Caroline Müller. *Controle Judicial de Políticas Públicas*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2013. Cap. I e Cap. IV.

BITENCOURT, Caroline Müller. *O Controle Social já configurava um “Mito” no Estado Democrático e sua Implementação torna-se mais distante ante os desafios do acesso à informação no Estado Pós-Democrático*. (Relatório final do pós-doutorado) Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2019.

BITENCOURT, Caroline Müller; FRIEDERICH, Denise Bittencourt. A dinâmica do federalismo brasileiro no tema das políticas públicas, controle social e a Covid-19. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 25, n. 3, p. 49-77, set./dez., 2020. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/2058/668>. Acesso em: 27 nov. 2022.

BITENCOURT, Caroline Muller. O mito da subsidiariedade e as reformas do Estado Social: um brainstorm sobre o governo e a administração no Brasil atual. In: NOHARA, Irene Patrícia; SALGADO, Rodrigo Oliveira. (Org.). *Gestão Pública, infraestrutura e desenvolvimento*. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. Direito Administrativo e o diagnóstico de seu tempo no Brasil. *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 241-264, jan./mar. 2019. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/1075/804>. Acesso em: 23 mar. 2021.

BLANCO, Juliana *et al.* Arbitragem em Números nas Câmaras de Santa Catarina. *Revista Direito GV*. São Paulo, v. 17, n. 1, p. 1-26, 2021. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/ZgXNGBQzdp3QQmfH7dhTHC/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 24 mar. 2023.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. 5. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

BRASIL. [Constituição (1824)]. *Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824)*. Rio de Janeiro, RJ: Secretaria de Estado dos Negócios do Império do Brasil, 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 10 jan. 2023.

BRASIL. [Constituição (1934)]. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)*. Rio de Janeiro, RJ: Assembleia Nacional Constituinte,

1934. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 10 jan. 2023.

BRASIL. [Constituição (1937)]. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937)*. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1937. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 10 jan. 2023.

BRASIL. [Constituição (1946)]. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)*. Rio de Janeiro, RJ: Assembleia Nacional Constituinte, 1946. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em: 10 jan. 2023.

BRASIL. [Constituição (1967)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1967a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 10 jan. 2023.

BRASIL. [Constituição (1967)]. Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 out. 1969a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 10 jan. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)] Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 30 dez. 2004a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 10 jan. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 set. 2021.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Portaria n. 42, de 7 de março de 2022. Estabelece critérios para a escolha de árbitros pela União em processos arbitrais de que seja parte. *Diário Oficial da União*, Brasília, 9 mar. 2022a. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-normativa-agu-n-42-de-7-de-marco-de-2022-384521069>. Acesso em: 16 mar. 2023.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Portaria n. 75, de 23 de dezembro de 2022. Dispõe sobre a competência, a estrutura e o funcionamento do Núcleo Especializado em Arbitragem da Advocacia-Geral da União, estabelece os critérios e procedimentos para a intervenção da União em processos arbitrais, define os requisitos para a escolha de árbitros pela União em processos arbitrais de que seja parte, e disciplina o credenciamento de câmaras arbitrais na Advocacia-Geral da União. *Diário Oficial da União*, Brasília, dez. 2022b. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/>

/portaria-normativa-agu-n-75-de-23-de-dezembro-de-2022-453547980. Acesso em: 02 jun. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. *Diário da Justiça Eletrônico*. Brasília, 01 de dezembro de 2010. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_125_29112010_03042019145135.pdf. Acesso em: 28 out. 2023.

BRASIL. Decreto n. 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 n. 10.233, de 5 de junho de 2001, o § 1º do art. 62 da Lei n. 12.815, de 5 de junho de 2013, e o § 5º do art. 31 da Lei n. 13.448, de 5 de junho de 2017. *Diário Oficial da União*, Brasília, 23 set. 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10025.htm. Acesso em: 18 mar. 2022.

BRASIL. Decreto n. 737, de 25 de novembro de 1850. Determina a ordem do Juízo no Processo Commercial. *Coleção de Leis do Império do Brasil*, Rio de Janeiro, RJ, 1º jul. 1850a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM0737.htm. Acesso em: 10 jan. 2023.

BRASIL. Decreto n. 7724, de 16 de maio de 2012. Regulamenta a Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011, que dispõe sobre o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do caput do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição. *Diário Oficial da União*, Brasília, 16 mai. 2012a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/d7724.htm. Acesso em: 10 jan. 2023.

BRASIL. Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a reforma administrativa e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 27 fev. 1967b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm. Acesso em: 14 nov. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. *Diário Oficial da União*. Rio de Janeiro, 4 set. 1942. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 28 out. 2023.

BRASIL. *Lei n. 10.233, de 05 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: Presidência da República, 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/L10233.htmcompilado.htm. Acesso em: 02 mar. 2023.

BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 10 jan. 2023.

BRASIL. *Lei n. 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: Presidência da República, 2004b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm. Acesso em: 08 fev. 2023.

BRASIL. *Lei n. 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 n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei n. 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei n. 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 16 nov. 2022.

BRASIL. *Lei n. 13.019, de 31 de julho de 2014*. Estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação; define diretrizes para a política de fomento, de colaboração e de cooperação com organizações da sociedade civil; e altera as Leis n.s 8.429, de 2 de junho de 1992, e 9.790, de 23 de março de 1999. 2014. Brasília: Presidência da República, 2014. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13019.htm. Acesso em: 12 fev. 2023.

BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília: Presidência da República, 2015a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 10 jan. 2023.

BRASIL. *Lei n. 13.129, de 26 de maio de 2015*. Altera a Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei n. 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 n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Brasília: Presidência da República, 2015b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm. Acesso em: 21 set. 2021.

BRASIL. *Lei n. 13.334, de 13 de setembro de 2016*. Cria o Programa de Parcerias de Investimentos - PPI; altera a Lei n. 10.683, de 28 de maio de 2003, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2016. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13334.htm. Acesso em: 12 fev. 2023.

BRASIL. *Lei n. 13.448, de 05 de junho de 2017*. Estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei n. 13.334, de 13 de setembro de 2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal, e altera a Lei n. 10.233, de 5 de junho de 2001, e a Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Brasília: Presidência da República, 2017a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13448.htm. Acesso em: 17 abr. 2023.

BRASIL. *Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021*. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 08 fev. 2023.

BRASIL. *Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916*. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Brasília: Presidência da República, 1916. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 10 jan. 2023.

BRASIL. *Lei n. 5.662, de 21 de junho de 1971*. Enquadra o Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico (BNDE) na categoria de empresa pública, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1971. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm. Acesso em: 08 fev. 2023.

BRASIL. *Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Brasília: Presidência da República, 1973. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm. Acesso em: 10 jan. 2023.

BRASIL. *Lei n. 556, de 25 de junho de 1850*. Código Comercial. Brasília: Presidência da República, 1850b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM556compilado.htm#:~:text=L0556%2DCompilado&text=LEI%20N%C2%BA%20556%2C%20DE%2025%20DE%20JUNHO%20DE%201850.&text=Art.,nelas%20possua%20parte%20ou%20interesse. Acesso em: 10 jan. 2023.

BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 18 dez. 2022.

BRASIL. *Lei n. 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: Presidência da República, 1993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 08 fev. 2023.

BRASIL. *Lei n. 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: Presidência da República, 1995a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm. Acesso em: 08 fev. 2023.

BRASIL. *Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1995b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 18 dez. 2022.

BRASIL. *Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Dispõe Sobre Arbitragem. Brasília: Presidência da República, 1996a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 21 set. 2021.

BRASIL. *Lei n. 9.427, de 26 de dezembro de 1996*. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1996b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9427compilada.htm. Acesso em: 02 mar. 2023.

BRASIL. *Lei n. 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 n. 8, de 1995. Brasília: Presidência da República, 1997a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9472.htm. Acesso em: 08 fev. 2023.

BRASIL. *Lei n. 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: Presidência da República, 1997b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9478.htm. Acesso em: 08 fev. 2023.

BRASIL. *Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018*. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Brasília: Presidência da República, 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13655.htm. Acesso em: 23 out. 2023.

BRASIL. Medida provisória n. 1.167, de 31 de março de 2023. Altera a Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021, para prorrogar a possibilidade de uso da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e dos art. 1º a art. 47-A da Lei n. 12.462, de 4 de agosto de 2011. *Diário Oficial da União*, Brasília, 31 mar. 2023. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/medida-provisoria-n-1.167-de-31-de-marco-de-2023-474433706>. Acesso em: 02 mai. 2023.

BRASIL. Projeto de Lei n. 7.108, de 11 de fevereiro de 2014. Altera a Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei n. 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, a sentença arbitral e o incentivo ao estudo do instituto da arbitragem; e revoga dispositivos da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. *Diário Oficial da União*: Brasília, 27 mai. 2015c. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=606030>. Acesso em: 02 mai. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo Civil. Juízo arbitral. Cláusula compromissória. Extinção do processo. Art. 267, VII, do CPC. Sociedade de economia mista. Direitos disponíveis. Extinção da ação cautelar preparatória por inobservância do prazo legal para a proposição da ação principal. REsp n. 904.813-PR. Companhia Paranaense de Gás Natural - COMPAGÁS e Consórcio Carioca Passarelli. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. *Diário da Justiça Eletrônico*, 28 fev. 2012b. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/21612526/inteiro-teor-21612527>. Acesso em: 14 fev. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. São válidos os contratos firmados pelas sociedades de economia mista cujo objeto seja a exploração de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços os quais estipulem cláusula compromissória para que eventuais litígios deles decorrentes sejam dirimidos por meio de juízo arbitral. Uma vez avençado, o que só pode ocorrer em hipótese envolvendo direitos disponíveis, ficam as partes vinculadas à solução extrajudicial da pendência. Assim, a eleição da cláusula compromissória arbitral é causa de extinção do processo sem julgamento do mérito nos termos do art. 267, VII, do CPC. REsp n. 606.345-RS. AES Uruguaiana e Companhia Estadual de Energia Elétrica do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. *Diário da Justiça Eletrônico*, 14 set. 2006. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/7143033/relatorio-e-voto-12856828>. Acesso em: 14 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 2.076-5. Requerente: Partido Social Liberal - PSL. Requerida: Assembleia Legislativa do Estado do Acre. Rel. Min. Carlos Velloso. Brasília, DF, 15 de agosto de 2002. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 8 ago. 2003. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375324>. Acesso em: 11 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 2.240. Requerente: Partido dos Trabalhadores - PT. Requeridos: Governador do Estado da Bahia e Assembleia Legislativa do Estado da Bahia. Rel. Min. Eros Grau. Brasília, DF, 03 de agosto de 2007. *Diário da Justiça*, Brasília, 3 de ago. 2007. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur90024/false>. Acesso em: 11 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento n. 52.181. Agravante: União Federal. Agravados: Espólio de Renaud Lage e Outros. Rel. Min. Bilac Pinto. *Diário da Justiça*, Brasília, 13 fev. 1974. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=22084>. Acesso em: 07 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Sentença Estrangeira n. 5.206-7. Agravante: MBV Commercial and Export Management Establishment. Agravado: Resil Indústria e Comércio LTDA. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. *Diário da Justiça*, Brasília, 30 abr. 2004c. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889>. Acesso em: 25 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 346*. A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos. Sessão Plenária de 13 de dezembro de 1963. Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal - Anexo ao Regimento Interno. Imprensa Nacional, Brasília, p. 151, 1964. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=1576>. Acesso em: 22 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 473*. A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. Sessão Plenária de 10 de dezembro de 1969. Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Diário de Justiça, p. 5929, 1969b. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=1602>. Acesso em: 22 nov. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Sustentabilidade na Administração Pública Federal*. Relator: Ministro-Substituto André Luís de Carvalho. Brasília: TCU, Secretaria de Controle Externo da Agricultura e do Meio Ambiente (SecexAmbiental), 2017b. Disponível em: http://https://portal.tcu.gov.br/data/files/C1/30/A5/92/299057100EE63057E18818A8/Sustentabilidade_administracao_publica_federal_portugues.pdf. Acesso em: 18 mai. 2023.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Método e Aplicações da Abordagem DPP. *Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 3, parte 4, p. 791-832, 2019. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/430/447>. Acesso em: 27 nov. 2022.

BUCCI, Maria Paula Dallari; COUTINHO, Diogo R. Arranjos jurídico-institucionais da política de inovação tecnológica: uma análise baseada na abordagem de direito e políticas públicas. In: COUTINHO, Diogo R.; FOSS, Maria Carolina; MOUALLEM, Pedro Salomon B. (Org.). *Inovação no Brasil: avanços e desafios jurídicos e institucionais*. São Paulo: Blucher, 2017, p. 313-339. Disponível em: <https://openaccess.blucher.com.br/download-pdf/374/20808>. Acesso em: 23 fev. 2023.

BUGARIN, Paulo Soares. Reflexões sobre o Princípio Constitucional da Economicidade e o Papel do TCU. *Revista do TCU*. Brasília, n. 78, p. 41-45, 1998. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCUCU/article/view/1224>. Acesso em: 31 mai. 2023.

CABRAL, Dilma. Fontes para uma história política-institucional: a experiência do Arquivo Nacional e a memória da administração pública brasileira. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA - ANPUH, XXVI, 2011, São Paulo. *Anais [...]*. São Paulo,

2011. Disponível em: http://www.snh2011.anpuh.org/resources/anais/14/1300883281_ARQUIVO_anpuh_nacionaisp2011.pdf. Acesso em: 11 out. 2022

CAÇAPIETRA, Ricardo. *Pequenos Incentivos, Grandes Mudanças: economia comportamental aplicada às políticas públicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

CAIRU (BA). *Lei n. 241, de 17 de dezembro de 2008*. Define as diretrizes para o planejamento de longo prazo, no contexto territorial e tributário, integrando à administração pública municipal o plano de desenvolvimento estratégico Cairu 2030, a consecução dos objetivos de desenvolvimento do milênio da ONU - organização das nações unidas, os procedimentos legais de mediação e arbitragem. Cairu: Gabinete do Prefeito. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/14133.htm. Acesso em: 25 mai. 2023.

CÂMARA DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM EMPRESARIAL - BRASIL (CAMARB). *Regulamento*. São Paulo, p. 1-9, 05 ago. 2019. Disponível em: https://camarb.com.br/wpp/wp-content/uploads/2020/01/regulamento-de-arbitragem-expedita-rev-2019-05-20_original-sub-a-diretoria-final-2019-alteracao-vacatio-legis.pdf. Acesso em: 21 ago. 2023.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Administração Pública: primeiras reflexões sobre a arbitragem envolvendo a Administração Pública. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, ano XIII, n. 51, p. 7-21, jul./ago./set. 2016. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4232072/mod_resource/content/1/Carmona%20-%20Arbitragem%20e%20Administra%C3%A7%C3%A3o%20P%C3%BAblica.pdf. Acesso em: 15 fev. 2023.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Jurisdição. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 58, p. 33-40, abr./jun. 1990. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/293080/mod_resource/content/0/CARMONA%20-%20Arbitragem%20e%20jurisd%C3%A7%C3%A3o.pdf. Acesso em: 01 out. 2021.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei n. 9.307/96*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CARMONA, Carlos Alberto. Das boas relações entre os juízes e os árbitros. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 51, p. 17-24, out. 1997. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5591379/mod_resource/content/2/05.11%20-%20CARMONA%2C%20Carlos%20Albeto.%20Das%20boas%20rela%C3%A7%C3%B5es%20entre%20os%20ju%C3%ADzes%20e%20os%20%C3%A1rbitros%2C%200in%20Revista%20do%20Advogado.pdf. Acesso em: 19 jan. 2023.

CARMONA, Carlos Alberto. Ensaio sobre a Sentença Arbitral Parcial. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 165, p. 9-22, nov. 2008. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/199999/mod_resource/content/1/CARMONA,

%20Carlos%20Alberto.%20Ensaio%20sobre%20a%20Senten%C3%A7a%20Arbitral%20Parcial.%20Revista%20Brasileira%20de%20Arbitragem,%20v.%2018,%20p.%2007-26,%202008..pdf. Acesso em: 19 jan. 2023.

CARMONA, Carlos Alberto. O Processo Arbitral. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 3, p. 133-144, set. 2014. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/199999/mod_resource/content/1/CARMONA,%20Carlos%20Alberto.%20Ensaio%20sobre%20a%20Senten%C3%A7a%20Arbitral%20Parcial.%20Revista%20Brasileira%20de%20Arbitragem,%20v.%2018,%20p.%2007-26,%202008..pdf. Acesso em: 19 jan. 2023.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 36 ed. São Paulo: Atlas, 2022.

CARVALHO, Gabriela de. *Arbitragem Administrativa Portuguesa e Brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

CARVALHO, Luciano Oscar de. *Aplicabilidade da arbitragem nos contratos entre a Administração Pública e as empresas de direito privado*. São Paulo: Editora Dialética, 2022.

CAVALCANTE, Paula Rosana. *Contribuições da Psicologia no acesso à Justiça: (des)construções no campo sociojurídico, desafios e possibilidades de atuação na Defensoria Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Princípios gerais de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945.

CAVVAZANI, Alexandre Zaporoszenko; NUNES, Taís Zanini de Sá Duarte; RUIZ, Ivan Aparecido. Arbitragem e Administração Pública brasileira: breves considerações e perspectivas analíticas. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.33, p. 28-46, set./dez. 2017. Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2020/05/REVISTA-DE-DIREITO-N.-33.pdf>. Acesso em: 13 out. 2021.

CHAMORRO, Doriane Gomes. Especificidade da Arbitragem na Administração Pública: o princípio da publicidade e a confidencialidade do procedimento arbitral. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul*, Campo Grande, n. 17, p. 221-237, dez. 2021. Disponível em: <https://www.pge.ms.gov.br/wp-content/uploads/2021/12/Revista-PGE-Edicao-17-1.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2023.

CHASE, Oscar. *Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*. Tradução de Sérgio Arenhart e Gustavo Osna. Espanha: Marcial Pons, 2007.

CHASE, Oscar. *Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*. Tradução de Sérgio Arenhart e Gustavo Osna. Espanha: Marcial Pons, 2014.

CHOO, Chun Wei. *A organização do conhecimento: como as organizações usam a informação para criar significado, construir conhecimento e tomar decisões*. Tradução de Eliana Rocha. São Paulo: Editora Senac, 2003.

COELHO, Bernardo Bichara Faria. Breves Considerações Acerca da Arbitragem e os Princípios da Administração Pública. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, n. 68, p. 45-73, 2014. Disponível em: <https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MTAWNA%2C%2C>. Acesso em: 07 mar. 2023.

COELHO, Fernando de Souza. História do ensino de Administração Pública no Brasil (1854-2006): antecedentes, ciclos e a emergência do campo de públicas. Brasília: ENAP, 2019. Disponível em: https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/4285/1/9_Livro_Hist%C3%B3ria%20do%20ensino%20de%20administra%C3%A7%C3%A3o%20p%C3%ABlica%20no%20brasil%20%281854-2006%29.pdf. Acesso em: 11 out. 2022.

COHEN, Michael D.; MARCH, James G.; OLSEN, Johan P. *The Garbage Can Model of Organizational Choice: looking forward at Forty*. Inglaterra: Emerald Group Publishing, 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Justiça em Números 2022*. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Justiça em Números 2023*. Brasília: CNJ, 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/08/justica-em-numeros-2023.pdf>. Acesso em: 25 set. 2023.

COSTA, Anelice Teixeira; ORSINI, Adriana Goulart de Sena. Educação para o acesso à Justiça: a transformação dos paradigmas de solução de conflitos. *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 69, p. 23-43, jul./dez. 2016. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1779>. Acesso em: 26 dez. 2022.

COSTA, Danilo da; GONÇALVES, Jonas Rodrigo; MIRANDA, Marcus Vinícius Vicente Joaquim. Organização Administrativa: a evolução da administração pública e sua modernização até administração gerencial e o advento do princípio da eficiência. *Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros*, Brasília, v. 11, n. 41, p. 88-107, 2020. Disponível em: <https://periodicos.processus.com.br/index.php/egjf/article/view/244/339>. Acesso em: 16 jan. 2023.

COSTA, Elza Marinho Lustosa da; COSTA, Frederico Lustosa da. Nova História da Administração Pública Brasileira: pressupostos teóricos e fontes alternativas. *Revista Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p. 215-236, mar./abr. 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rap/a/YtGvHZkhxfPvpBSXfSxp45x/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 23 set. 2021.

COSTA, José Armando da. *Direito Administrativo Disciplinar*. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Tradução de Fernando de Aguiar. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

COUTO, Mônica Bonetti; TEIXEIRA, Laís Santana da Rocha Salvetti. O Acesso à Justiça e seu Enquadramento como Direito Fundamental: contexto atual e evolução. *In: Sociedade Global e seus Impactos Sobre o Estudo e a Efetividade do Direito na Contemporaneidade*, 2013, Belém. *Anais eletrônicos*. Florianópolis: FUNJAB - CONPEDI, 2013. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e5815151957be36a>. Acesso em: 07 dez. 2022.

CRUZ, Bruna Angélica Barbosa. Lei de Acesso à Informação como Mecanismo de Controle Social sobre Políticas Públicas e Combate à Corrupção. *Cadernos Técnicos da CGU*, Rio de Janeiro, v. 2, p. 111-123, 2022. Disponível em: https://revista.cgu.gov.br/Cadernos_CGU/article/view/471/297. Acesso em: 16.nov.2022.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Justiça Multiportas: mediação, conciliação e arbitragem no Brasil. *Revista Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo - Anep de Direito Processual*, Salvador, v. 1, n. 1, p. 140-162, jan./jun. 2020. Disponível em: <https://revistaanep.com.br/index.php/radp/article/view/33/pdf>. Acesso em: 23 dez. 2022.

CZELUSNIAK, Marcelo Salomão. A Legalidade da Arbitragem nos Contratos Celebrados pelo Estado: a discussão na jurisprudência dos tribunais de justiça dos Estados de Minas Gerais, Paraná e Rio de Janeiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 251, p. 125-138, mai. 2009. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7532/6026>. Acesso em: 03 mar. 2023.

DAHRENDORF, Ralf. *Homo Sociologicus*. Tradução de Manfredo Berger. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1991.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DAMASCENO, Marina; MACEDO, Elaine Harzheim. Sistema de Justiça Multiportas e o Processo de Execução: uma análise a partir dos meios autocompositivos. *In: DAMASCENO, Marina; MACEDO, Elaine Harzheim. (orgs.). Sistema multiportas e métodos integrados de resolução de conflitos*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2018. p. 105-122.

DELLORE, Luiz; TARTUCE, Fernanda. *Manual de Prática Civil*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

DIAS, Feliciano Alcides. *Análise Econômica da Arbitragem: a desmonopolização da jurisdição e a solução de conflitos nas relações contratuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

DIAS, Reinaldo. *Sociologia do Direito: a abordagem do fenômeno jurídico como fato social*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DINIZ, José Janguê Bezerra. *Atuação do Ministério Público do Trabalho como Árbitro nos Dissídios Individuais de Competência da Justiça do Trabalho*. 2004. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Federal de Pernambuco, Recife, 2004. Disponível em: https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/3826/1/arquivo4995_1.pdf. Acesso em: 20 jan. 2023.

DORNELLES, Guilherme; WRASSE, Helena Pacheco. O Fórum Múltiplas Portas e os Possíveis Caminhos para Solucionar Conflitos. In: SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. (orgs.). *Do Conflito à Solução Adequada: mediação, conciliação, negociação jurisdição & arbitragem [recurso eletrônico]*. Santa Cruz do Sul: Essere Nel Mondo, 2015. p. 27-45.

DZIELINSKI, Damiane Silvana; SPENGLER, Fabiana Marion; WRASSE, Helena Pacheco. O Sistema de Vinculação Jurisprudencial como Política Pública de Acesso à Justiça no Código de Processo Civil Brasileiro. In: SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. (orgs.). *Políticas Públicas de Acesso à Justiça: aspectos polêmicos*. São Carlos: Pedro & João Editores, 2021. p. 11-32.

EASTON, David. *Uma teoria de análise política*. Rio de Janeiro: Zahar, 1968.

ECONOMIDES, Kim. Lendo as Ondas do “Movimento de Acesso à Justiça”: epistemologia versus metodologia? In: PANDOLFI, Dulce et. al. (org.). *Cidadania, Justiça e Violência*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 61-76.

EIDT, Elisa Berton. *Autocomposição na Administração Pública*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2017.

ESTEFAM, Felipe Faiwichow. *Cláusula Arbitral e Administração Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

ESTEFAM, Felipe Faiwichow; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Curso Prático de Arbitragem e Administração Pública*. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

ETGES, Filipe Madsen; SPENGLER, Fabiana Marion. Da Resolução Alternativa de Conflitos à Solução de Disputas OnLine: caminhos para o future da Administração Pública. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, RJ, ano 15, v. 22, n. 2, mai./ago. 2021. Disponível em: <https://www.e->

publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/viewFile/55957/37725. Acesso em: 20 dez. 2022.

FACCI, Lucio Picanço. *Meios adequados de resolução de conflitos Administrativos: a experiência da câmara de conciliação e arbitragem da administração federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila; GOULART, Juliana Ribeiro. O Marco Legal da Mediação no Brasil: aplicabilidade na administração pública. *Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflito*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 148-164, jul./dez. 2016. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/322621384_O_Marco_Legal_da_Mediacao_no_Brasil_Aplicabilidade_na_Administracao_Publica. Acesso em: 09 mai. 2020.

FERREIRA, Ana Conceição Barbuda Sanches Guimarães; MOTTA, Ana Bárbara Barbuda Ferreira. O Sistema Multiportas como Propulsor do Acesso à Justiça no Âmbito do Juizado de Fazenda Pública. *Revista Novatio*, Salvador, v. 1, n. 1, p. 68-83, 2020. Disponível em: http://www5.tjba.jus.br/juizadosespeciais/images/pdf/REVISTA_NOVATIO/07_REVIS TA_NOVATIO_1a_EDICAO_ARTIGO_05.pdf. Acesso em: 23 dez. 2022.

FERREIRA, Daniel Brantes; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; SCHMIDT, Gustavo da Rocha. *Comentários à Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021.

FERREIRA, Rafael Fonseca; LIMBERGER, Têmis. Um Diálogo sobre a Autonomia da Constituição e os Direitos Humanos: aproximações hermenêuticas à noção de bloco de constitucionalidade. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 317-330, jan./abr. 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rinc/a/zqdbwPcDZpgDStkGdp7xJZN/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 13 jan. 2023.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; LEHFELD, Lucas de Souza; LÉPORE, Paulo Eduardo. *Monografia Jurídica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

FICHTNER, José Antônio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. *Teoria Geral da Arbitragem*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

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

FITTIPALDI, Ítalo. A “Anarquia Organizada” das reformas administrativas no setor público: uma abordagem à luz do modelo “garbage can” e do “policy environment”. *Revista de Ciências Sociais Política & Trabalho*, João Pessoa, n. 23, p. 91-104, out. 2005. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/politicaetrabalho/article/view/39433/19919>. Acesso em: 26 nov. 2022.

FRANCO, Marcelo Veiga. *Administração Pública como litigante habitual: a necessária mudança da cultura jurídica de tratamento dos conflitos*. Paraná: TOTH, 2021.

FREITAS, Ernani César; PRODANOV, Cléber Cristiano. *Metodologia do Trabalho Científico: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico*. 2. ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

FUCKNER, Mariana. A Arbitragem no Controle de Estruturas como Mecanismo de Reforço ao Monitoramento do Cade: cabimento e vinculação de autarquia. *Revista de Defesa da Concorrência*, Brasília, v. 10, n. 2, p. 137-162, 2022. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/999/644>. Acesso em: 25 fev. 2023.

GARAPON, Antoine. *O Juiz e a Democracia: o guardião das promessas*. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GEHLEN, Bernardo Baccon; SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. Autonomía de la Voluntad y las Perspectivas Actuales del Arbitraje en Brasil. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, RJ, ano 15, v. 22, n. 3, p. 122-142, set./dez. 2021. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/62255/39086>. Acesso em: 13 out. 2021.

GIL, Alan Junqueira. *Mecanismos Alternativos de Resolução de Conflitos: a solução para a garantia do acesso à justiça*. 2020. 143 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Nove de Julho (UNINOVE), São Paulo, 2020. Disponível em: <https://bibliotecatede.uninove.br/bitstream/tede/2402/2/Alan%20Junqueira%20Gil.pdf>. Acesso em: 07 jan. 2023.

GIOVANINI, Ana Elisa Pretto Pereira; PEREIRA, Ana Lúcia Pretto. Arbitragem na Administração Pública Brasileira e Indisponibilidade do Interesse Público. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 2, p. 1146-1161, jan. 2017. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/23491/20498>. Acesso em: 07 dez. 2022.

GOLDBERG, Stephen B.; SANDER, Frank Ernest Arnold; ROGERS, Nancy Harding. *Dispute Resolution Casebook: Negotiation, Mediation and other Processes*. 2. ed. Aspen: Little Brown, 1992.

GORCZEVSKI, Clóvis. *Jurisdição Paraestatal: solução de conflitos com respeito à cidadania e aos Direitos Humanos na sociedade multicultural*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2007.

GRIEBLER, Jaqueline Beatriz; SERRER, Fernanda. Sistema Multiportas de Justiça e a Atuação do Projeto de Extensão Conflitos Sociais e Direitos Humanos. *Revista Direito em Debate*, Ijuí, v. 29, n. 53, p. 168-181, jan./jun. 2020. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/issue/view/236>. Acesso em: 23 dez. 2022.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A Arbitragem nos Contratos da Administração Pública. *Revista Brasileira de Estudos da Função Pública*. Belo Horizonte, ano 7, n. 21, p. 51-77, set./dez. 2018. Disponível em:

https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5384005/mod_resource/content/1/REVISTA%20BRASILEIRA%20DE%20ESTUDOS%20DA%20FUN%C3%87%C3%83O%20%C3%9ABLICA.pdf. Acesso em: 26 mar. 2023.

GUANDALINI JÚNIOR, Walter. *Raízes Históricas do Direito Administrativo Brasileiro: fontes do direito administrativo na doutrina brasileira do século XIX (1857-1884)*. Curitiba: Appris, 2019.

GUERRA, Luís Roberto Sigaud Cordeiro. As Agências Reguladoras e Arbitragem: uma alternativa às divergências setoriais. *Revista Digital de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 71-94, 2019. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/154565>. Acesso em: 25 fev. 2023.

HAMURABI. *Código de Hamurabi*. São Paulo: Rideel, 2006.

HARADA, Kiyoshi. *Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

HARARI, Yuval Noah. *Sapiens – uma breve história da humanidade*. Tradução de Janaína Marcoantonio. Porto Alegre: L&PM Editores, 2015.

HASSON, Roland; SIMÃO, Isabella Calabrese. *A Arbitragem como solução econômica frente à crise do Poder Judiciário*, Santa Catarina: [s. n.], p. 1-15, 2020. Disponível em: <http://www.camesc.com.br/wp-content/uploads/2020/07/A-ARBITRAGEM-COMO-SOLU%C3%87%C3%83O-ECON%C3%94MICA-FRENTE-%C3%80-CRISE-DO-PODER-JUDICI%C3%81RIO-Roland-Hasson-e-Isabella-Calabrese-Sim%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 17 mai. 2023.

HENRIQUES, Antônio; MEDEIROS, João Bosco. *Metodologia Científica na Pesquisa Jurídica*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

ITO, Letícia Elena; SECCHI, Leonardo. Think Tanks e Universidades no Brasil: análise das relações na produção de conhecimento em políticas públicas. *Planejamento e Políticas Públicas*, Brasília, n. 46, p. 333-354, jan./jun., 2016. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/view/554/395>. Acesso em: 13 set. 2023.

IVO, Jasiel; TORRES, Sérgio. Acesso à Justiça e Cidadania: de como os meios consensuais de solução e prevenção de conflitos podem fortalecer a cidadania e restaurar os laços comunitários. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, Goiânia, v. 45, n. 2, 2021. Disponível em: <https://revistas.ufg.br/revfd/article/view/68261/38065>. Acesso em: 07 dez. 2022.

JOBIM, Eduardo; TIMM, Luciano Benetti. A Arbitragem, os Contratos Empresariais e a Interpretação Econômica do Direito. *Revista Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 33, n. 1, p. 80-97, jun. 2007. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/2910>. Acesso em: 21 mar. 2023.

JUSTEN FILHO, Marçal. Administração Pública e Arbitragem: o vínculo com a câmara de arbitragem e os árbitros. *Revista Brasileira de Advocacia*, São Paulo, ano 1, v. 1, p. 103-150, abr./jun. 2016. Disponível em:

https://aaspsite.blob.core.windows.net/aaspsite/2017/06/RBA1_Miolo.pdf. Acesso em: 16 mar. 2023.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

KUMANLAL, Dinis. *Arbitragem*. 2014. 53 f. Dissertação (Mestrado em Solicitoria) - Programa de Pós-Graduação em Administração, Instituto Superior de Ciências da Administração (ISCAD), Lisboa, 2014.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Metodologia científica*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LEAL, Rogério Gesta. Razões de Importância do Controle Interno na Administração Pública. In: MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson. (coord.). *Crise e reformas legislativas na agenda do Direito Administrativo – XXXI Congresso Brasileiro de Direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

LEITE, Leonardo Queiroz. Administração Pública no Brasil: as reformas administrativas do DASP e do decreto-lei n. 200 em perspectiva comparada. *Revista Brasileira de História e Ciências Sociais*, Rio Grande, v. 13, n. 27, p. 221-248, jul./dez. 2021. Disponível em: <https://periodicos.furg.br/rbhcs/article/view/13073/9598>. Acesso em: 17 out. 2022.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LIMA, Sérgio Mourão Corrêa. *Arbitragem: aspectos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil e outros escritos: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. Bloco de Constitucionalidade e Princípios Constitucionais: desafios do Poder Judiciário. *Revista Seqüência*, Florianópolis, SC, ano 15, v. 30, n. 59, p. 43-60, dez. 2009. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2009v30n59p43/13589>. Acesso em: 11 jan. 2023.

LOUSADA, Mariana; VALENTIM, Marta Lígia Pomim. Modelos de Tomada de Decisão e sua Relação com a Informação Orgânica. *Perspectivas em Ciência da Informação*, Belo Horizonte, v. 16, n. 1, p. 147-164, jan./mar. 2011. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/pci/a/t8XnmBCGfRGYpm9YQh4CKFh/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 26 nov. 2022.

MAIA, Alberto Jonathas. *Fazenda Pública e Arbitragem: do contrato ao processo*. Salvador: JusPodivm, 2020.

MALONE, Hugo; NUNES, Dierle. Tendências Mundiais em Tecnologia e Processo: a sexta onda do acesso à justiça. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 346, p. 373-400, dez. 2023. Disponível em: https://www.academia.edu/110318471/TEND%C3%84NCIAS_MUNDIAIS_EM_TECNOLOGIA_E_PROCESSO_A_SEXTA_ONDA_DO_ACESSO_%C3%80_JUSTI%C3%87A. Acesso em: 02 mar. 2024.

MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 35 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2020.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. LCC Publicações Eletrônicas. 2013. Disponível em: <<https://livros01.livrosgratis.com.br/cv000052.pdf>>. Acesso em: 21/09/2021.

MARCOS, Rui Manoel de Figueiredo. *História da Administração Pública: relatórios sobre o programa, o conteúdo e os métodos de ensino*. Coimbra: Almedina, 2017.

MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 8. ed. Niterói: Impetus, 2014.

MATIAS-PEREIRA, José. *Curso de gestão estratégica na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Rafael Munhoz de. Arbitragem e Administração Pública. *Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná*, Curitiba, n. 6, p. 47-81, 2015. Disponível em: https://www.pge.pr.gov.br/sites/default/arquivos_restritos/files/documento/2019-10/2015_003artigo_2_arbitragem_e_administracao_publica.pdf. Acesso em: 14 fev. 2023.

MELO, Diogo Leonardo Machado de. Restrições à Representação na Celebração da Convenção de Arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, 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.50.08.PDF. Acesso em: 20 jan. 2023.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de Metodologia de Pesquisa no Direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MINAS GERAIS. *Estatuto Social da Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial – Brasil (CAMARB)*. Aprovado no dia 08 de junho de 2019. Minas Gerais: Camara de Mediação e Arbitragem Empresarial. 2019. 9 p. Disponível em:

<https://camarb.com.br/en/wp-content/uploads/2019/07/estatuto-registrado-08-07-2019.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2023.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das Leis*. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MONTORO, Marcos André Franco. *Flexibilidade do Procedimento Arbitral*. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-16082011-161411/publico/tese_parcial_final.pdf. Acesso em: 14 jan. 2023.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAIS, Jose Luís Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MOREIRA, Tássia Rodrigues; SANTOS, Karinne Emanoela Goettems dos. Acesso à Justiça e Tecnologia: reflexões necessárias para o contexto brasileiro. *Revista Em Tempo*, Pelotas, v. 20, n. 1, nov. 2020. Disponível em: <https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/3259>. Acesso em: 27 fev. 2024.

MORIN, Edgar. *É Hora de Mudarmos de Via: as lições do coronavírus*; Tradução de Ivone Castilho Benedetti. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2021.

MORIN, Edgar. *O Método 1: A natureza da natureza*; Tradução de Maria Gabriela de Bragança. Portugal: Europa América, 1977.

MOTTA, Fabrício; OLIVEIRA, Antônio Flávio de. Sustentabilidade Econômica e Políticas Públicas. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 78, p. 87-113, out./dez. 2019. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/1249/830>. Acesso em: 06 abr. 2021.

MOTTA, Sylvio. *Direito Constitucional: teoria, jurisprudência e questões*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021.

MUNIZ, Joaquim de Paiva; SILVA, João Marçal Rodrigues Martins da. A Arbitragem com Entes Públicos: questões controvertidas. In: BONIZZI, Marcelo José M.; FERREIRA, Olavo A.V. Alves; MUNIZ, Joaquim de Paiva. (Coord.). *Arbitragem e Administração Pública: temas polêmicos*. São Paulo: Migalhas, 2018.

NOGUEIRA, Jean Alessandro Serra Cyrino; PIRES, Maria Coeli Simões. Controle da Administração Pública e Tendências à Luz do Estado Democrático de Direito. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 45, p. 243-282, 2004. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/1296>. Acesso em: 15 nov.2022

NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2022a.

NOHARA, Irene Patrícia. *Fundamentos de Direito Público*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2022b.

NOHARA, Irene Patrícia. *Reforma Administrativa e Burocracia: impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2012.

NOTARI, Márcio Bonini. A Lei de Arbitragem na Administração Pública. *Direito em Debate - Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da Unijuí*, Ijuí, ano XXV, n. 45, p. 3-27, jan./jun. 2016. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/5759>. Acesso em: 25 jan. 2023.

OLIVEIRA NETO, Emérito Silva De. *Fundamentos do Acesso à Justiça: conteúdo e alcance da garantia fundamental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A agenda da arbitragem com a administração pública: "mais do mesmo" ou há espaço para inovação? *In: Contraponto Jurídico: posicionamentos divergentes sobre grandes temas do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 28-46, Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4552811/mod_resource/content/0/OLIVEIRA%20Gustavo%20Henrique%20Justino%20de.%20A%20agenda%20da%20arbitragem%20com%20a%20administra%C3%A7%C3%A3o%20p%C3%BAblica.%20Obra%20Contraponto%20Jur%C3%ADdico.%20Editora%20Revista%20dos%20Tribunais.%20S%C3%A3o%20Paulo.%202018.%20p.%2029-46.pdf. Acesso em: 25 fev. 2023.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Especificidades do processo arbitral envolvendo a administração pública. *In: NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano, et al. ENCICLOPÉDIA Jurídica da PUC-SP. Tomo II: Direito administrativo e constitucional*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2022. (recurso eletrônico). Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/especificidades-do-processo-arbitral-envolvendo-a-administracao-publica_6245c11782b9b.pdf. Acesso em: 23 jan. 2023. Verbete da Enciclopédia. ISBN 978-85- 60453-35-1.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Arbitragem nos Contratos da Administração Pública e a Lei n. 13.129/2015: novos desafios. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 13, n. 51, p. 59-79, out./dez. 2015. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2848830/mod_resource/content/1/rafael%20carvalho%20rezende%20oliveira%20-%20a%20arbitragem%20nos%20contratos%20da%20administra%C3%A7%C3%A3o%20p%C3%BAblica%20e%20a%20lei%20n%C2%BA%2013.129-2015%20-%20novos%20desafios.pdf. Acesso em: 26 mar. 2023.

OST, François. *Contar a Lei: as fontes do imaginário jurídico*. Tradução de Paulo Neves. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007.

OTTOBONI, Maria Fernanda Stocco; NUNES, Juliana Raquel. O Acesso à Justiça sob a Perspectiva da Sexta Onda Renovatória e o Uso da Tecnologia. *Revista Cidadania e Acesso à Justiça*, v. 9, n. 1, p. 14-35, jan./jul. 2023. Disponível em:

<https://www.indexlaw.org/index.php/acessoajustica/article/view/9669>. Acesso em: 27 fev. 2024.

PADILHA, Rodrigo. *Direito Constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

PARADA, André Luís Nascimento. Análise Crítica das Decisões do Tribunal de Contas da União Acerca da Utilização da Arbitragem em Contratos Administrativos: evolução interpretativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 273, p. 165-198, set./dez. 2016. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/66660/64684>. Acesso em: 02 mar. 2023.

PELICIOLI, Angela Cristina. A Atualidade da Reflexão Sobre a Separação de Poderes. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 43, n. 169, p. 21-30, jan../mar. 2006. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92742/Pelicioli%20Angela.pdf?sequence=2&isAllowed=y>. Acesso em: 26 nov. 2022.

PEREIRA, Ana Lúcia. A Função das Entidades Arbitrais. In: MOTTA JUNIOR, Aldemar et al. *Manual de Arbitragem para Advogados*. [s. l.]: Confederação das Associações Comerciais e Empresariais do Brasil (CEMCA); Conselho Federal da Ordem dos Advogado do Brasil (CFOAB), 2015. Disponível em: https://www.adambrasil.com/wp-content/uploads/2015/06/Manual_arb_oab_cacb.pdf. Acesso em: 02 abr. 2023.

PEREIRA, César Guimarães. Arbitragem e administração. In: NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano, et al. *ENCICLOPÉDIA Jurídica da PUC-SP*. Tomo II: Direito administrativo e constitucional. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. (recurso eletrônico). Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/arbitragem-e-administracao_592dc5fe472bd.pdf. Acesso em: 15 fev. 2023.

PEREIRA, Iago Ruas Almeida. *A escolha da câmara arbitral nas arbitragens com a Administração Pública*. 2017. 91 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2017. Disponível em: <https://bdm.unb.br/handle/10483/18856>. Acesso em: 26 mar. 2023.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da Administração Pública Burocrática à Gerencial. *Revista do Serviço Público*, Brasília, v. 120, n. 1, p. 221-248, jan./abr. 1996. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/702/550>. Acesso em: 18 out. 2022.

PESTANA, Márcio. *Direito Administrativo Brasileiro*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PIMENTA, Carlos César. Aspectos Recentes da Organização e das Políticas de Modernização da Função Administrativa Pública Federal. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, n. 28, p. 153-166, abr./jun. 1994. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/8495/7233>. Acesso em: 29 nov. 2022.

PINHEIRO, Ivan Antônio. *Negociação e Arbitragem*. 3 ed. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração/UFSC; [Brasília]: Capes: UAB, 2016. Disponível em: <https://canal.cecierj.edu.br/recurso/13818>. Acesso em: 17 out. 2021

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A Releitura do Princípio do Acesso à Justiça e o Necessário Redimensionamento da Intervenção Judicial na Resolução dos Conflitos na Contemporaneidade. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t. 1, p. 241-271, set./dez. 2019. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v21_n3/tomo1/revista_v21_n3_tomo1_241.pdf. Acesso em: 14 set. 2023.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro; STRÄTZ, Murilo. Arbitragem Tributária: perspectivas para o direito brasileiro. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. (Org.). *Mediação e Arbitragem na Administração Pública: Conciliação e Arbitragem*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2020, p. 62-81. Livro eletrônico.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; SPENGLER, Fabiana Marion. A Mediação Digital de Conflitos como Política Judiciária de Acesso à Justiça no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 72, p. 219-257, jan./jun. 2018. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1923>. Acesso em: 21 dez. 2022.

PIRES, Antônio Cecílio Moreira. *Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PRADO, Maria da Graça Ferraz de Almeida. *A Economia da Arbitragem: uma análise dos impactos sobre contratos e políticas de desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

PUGLIESE, Antônio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. A Economia da Arbitragem: escolha racional e geração de valor. *Revista Direito GV*. São Paulo, v. 4, n. 1, p. 15-28, jan./jun. 2021. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/QDLQxp5v8W75zq6cNnZXsYg/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 17 mai. 2023.

REIS, Jorge Renato dos; ZIEMANN, Aneline dos Santos. A Superação da Dicotomia Público x Privado e a Concepção Solidarista de Acesso à Justiça no Ensino do Direito. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 53, p. 104-120, set./dez. 2017. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/11369>. Acesso em: 12 fev. 2023.

RIBEIRO, Diogo Albaneze Gomes. *Arbitragem e Poder Público: uma análise prática da utilização da arbitragem nos contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

RICHTER, Marcelo de Souza; SILVA, Thiago Tavares da; TIMM, Luicaino Benetti. Os Contratos Administrativos e a Arbitragem: aspectos jurídicos e econômicos. In: BONIZZI, Marcelo José M.; FERREIRA, Olavo A.V. Alves; MUNIZ, Joaquim de Paiva. (Coord.). *Arbitragem e Administração Pública: temas polêmicos*. São Paulo: Migalhas, 2018.

ROCHA, Caio César Vieira. Em torno da Arbitragem Público-Privada: notas sobre aspectos do procedimento arbitral. *In*: BONIZZU, Marcelo José M.; FERREIRA, Olavo A.V. Alves; MUNIZ, Joaquim de Paiva. (Coord.). *Arbitragem e Administração Pública: temas polêmicos*. São Paulo: Migalhas, 2018.

ROQUE, Nathaly Campitelli. O Direito Fundamental ao Acesso à Justiça: muito além da celeridade processual. *Revista Pensamento Jurídico*, São Paulo, v. 15, n. 1, jan./abr. 2021. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/RPensam-Jur_v.15_n.1.01.pdf. Acesso em: 07 dez. 2022.

ROST, Maria Augusta. *Arbitragem como Política Pública: o efetivo combate aos cartéis em licitação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à justiça: porta de entrada para a inclusão social. *In*: LIVIANU, Roberto. (coord.) *Justiça, cidadania e democracia* [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2009. p. 170-180. Disponível em: <https://books.scielo.org/id/ff2x7/pdf/livianu-9788579820%20137-15.pdf>. Acesso em: 21/12/2022.

SALLES, Carlos Alberto de. Arbitragem e Jurisdição Estatal. *In*: LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SALLES, Carlos Alberto de; SILVA, Paulo Eduardo Alves. (Coord.). *Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SARAIVA, Leonardo. *Arbitragem na Administração Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antônio. *Arbitragem: mediação, conciliação e negociação*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Fomento – Administração Pública, Direitos Fundamentais e Desenvolvimento*. Curitiba: Ithala, 2019.

SCHMIDT, Gustavo da Rocha. *A Arbitragem na Administração Pública*. Curitiba: Juruá, 2018.

SCHMIDT, Gustavo da Rocha. *A Arbitragem nos conflitos envolvendo a Administração Pública: uma proposta de regulamentação*. 2016. 140 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (FGV), Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/16218/Disserta%c3%a7%c3%a3o%20-%20Gustavo%20da%20Rocha%20Schmidt%20-%20Aprovado.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 23 jan. 2023.

SCHMIDT, João Pedro. Para Estudar Políticas Públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 56, p. 119-149, set./dez. 2018. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/12688>. Acesso em: 27 nov. 2022.

SENA, Barbara Bianca. Arbitrabilidade Objetiva em Contratos Administrativos Complexos. *Revista Debates em Administração Pública*, Brasília, v. 2, n. 8, p. 1-29, 2021. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/redap/article/view/6179/2479>. Acesso em: 25 jan. 2023.

SILVA FILHO, João Antônio da; TUMA, Eduardo. O Direito ao Controle Eficiente da Administração Pública. *Simetria - Revista do Tribunal de Contas do Município de São Paulo*, São Paulo, ano VII, n. 9, p. 9-22, 2022. Disponível em: <https://revista.tcm.sp.gov.br/simetria/article/view/119/99>. Acesso em: 18 nov. 2022.

SILVA, Cláudia Bressan da. O Limite de Jurisdição dos Tribunais de Contas Ante o Princípio do Juiz Natural. *Revista da Faculdade de Direito*, Fortaleza, v. 37, n. 1, p. 71-91, jan./jun. 2016. Disponível em: <http://www.revistadireito.ufc.br/index.php/revdir/article/view/487/426>. Acesso em: 20 nov. 2022.

SILVA, Thiago Antunes da. Conceitos e Evolução da Administração Pública: o desenvolvimento do papel administrativo. In: VIII SEMINÁRIO INTERNACIONAL SOBRE DESENVOLVIMENTO REGIONAL, 2017, Santa Cruz do Sul. *Anais [...]*. Santa Cruz do Sul: UNISC, 2017. p. 1-22. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidr/article/view/16678/4429>. Acesso em: 17 out. 2022.

SILVEIRA, Bruna Alcino Marcondes da. A Arbitrabilidade dos Conflitos Envolvendo as Agências Reguladoras. In: BONIZZU, Marcelo José M.; FERREIRA, Olavo A.V. Alves; MUNIZ, Joaquim de Paiva. (Coord.). *Arbitragem e Administração Pública: temas polêmicos*. São Paulo: Migalhas, 2018.

SIMMEL, Georg. *El Conflicto: sociología del antagonismo*. Madrid: Sequitur, 2013.

SOARES, Tamírames de Almeida Damásio. As Vantagens e Desvantagens do Procedimento Arbitral e o Limite Mínimo da Publicidade nas Controvérsias que Envolvem a Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública*, Brasília, v. 2, n. 1, p. 37-55, jan./jun. 2016. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/rdagp/article/view/638/pdf>. Acesso em: 14 fev. 2023.

SOUZA, André Pagani *et al.* *Teoria Geral do Processo Contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da Literatura. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 8, n. 16, p. 20-45, 2006. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/soc/a/6YsWyBWZSdFgfSqDVQhc4jm/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 26 nov. 2022.

SPENGLER, Fabiana Marion. *(Des) caminhos do Estado e da jurisdição*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2017.

SPENGLER, Fabiana Marion. A audiência de conciliação e de mediação no Código de Processo Civil de 2015 (CPC) enquanto mecanismo de resolução de conflitos In: MAILLART, Adriana Silva; AZEVEDO NETO, Álvaro de Oliveira; GONZÁLEZ, Diego Mongrell. (Coords.). *Formas consensuais de solução de conflitos*. Florianópolis:

CONPEDI, 2019. Disponível em:
<http://site.conpedi.org.br/publicacoes/048p2018/7gp81671/H9C1IFFk5Dgs8UP3.pdf>.
 Acesso em: 09 out. 2021.

SPENGLER, Fabiana Marion. A Crise do Estado e a Crise da Jurisdição: (in) eficiência face à conflituosidade social. *Revista Brasileira de Direito*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 1, p. 7-38, jan./jun. 2011. Disponível em:
<http://www.pos.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/255/205>. Acesso em: 07 dez. 2022.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação de Conflitos: da teoria à prática*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

SPENGLER, Fabiana Marion. O Pluralismo Jurídico e os Meios Extraestatais de Administrar Conflitos. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 26, n. 1, p. 293-311, jan./abr. 2021. Disponível em:
<https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/17586/10062>. Acesso em: 13 dez. 2022.

SPENGLER, Fabiana Marion. *O Terceiro e o Triângulo Conflitivo: o mediador, o conciliador, o juiz e o árbitro*. São Carlos: Pedro & João Editores, 2018.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER, Fernando Augusto Marion. Na Medicina e no Direito: como se rompe um paradigma. *Revista Direitos Humanos e Democracia*, Ijuí, v. 6, n. 12, p. 98-115, jul./dez. 2018. Disponível em:
<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/7239#:~:text=O%20objetivo%20%C3%A9%20analisar%20a,acontecido%20na%20cidade%20de%20Viena>. Acesso em: 13 dez. 2022.

SPENGLER, Fabiana Marion; WRASSE, Helena Pacheco. A (Im)Possibilidade da (Auto)Composição em Conflitos Envolvendo a Administração Pública: do conflito à posição do terceiro. *Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP*, Rio de Janeiro, ano 11, v. 18, n. 3, p. 69-93, set./dez. 2017.

STANGHERLIN, Camila Silveira. *As Políticas Públicas brasileiras de tratamento adequado de conflitos e sua (in)adequação à Quarta “Onda” de Acesso à Justiça*. 2021. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2021. Disponível em: <https://repositorio.unisc.br/jspui/handle/11624/3083>. Acesso em: 27 dez. 2022.

STRAUBE, Frederico José. A Evolução da Arbitragem no Brasil Após a Lei 9.307/1996. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, 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.50.12.PDF.
 Acesso em: 22 jan. 2023.

SUBIRATS, Joan; et al. *Análisis y gestión de políticas públicas*. Barcelona: Ariel, 2008.

TÁCITO, Caio. Arbitragem nos Litígios Administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 210, p. 111-115, out./dez. 1997. Disponível em:

<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47088/45799>. Acesso em: 05 fev. 2023.

TEIXEIRA, Thaisa Pera. *Arbitragem: uma aplicação prática nas relações locatícias prediais urbanas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 60. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. 1 v.

VALLE, Vivian Lima López. Arbitragem Administrativa e Consensualidade: análise pontual do novo paradigma da ação administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 277, p. 209-245, set./dez. 2018. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77682/74645>. Acesso em: 03 mar. 2023.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

VAZ, Juliana Touro Cerejo Rabaça. *O recurso à Arbitragem no âmbito das sociedades comerciais: os conflitos societários internos*. 2020. 53 f. Dissertação (Mestrado em Direito e Gestão) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Porto, 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: parte geral*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

WAHRLICH, Beatriz. Organização Governamental e Administrativa, Voltada para o Processo do Desenvolvimento Nacional: o caso brasileiro. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, n. 13, p. 7-36, abr./jun. 1979. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/7508/5971>. Acesso em: 29 nov. 2022.

WARAT, Luís Alberto. Mediación, el Derecho Fuera de Las Normas: para uma teoria no normativa del conflicto. *Scientia Iuris*, Londrina, n. 4, p. 03-18, 2000. Disponível em: <https://ojs.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/issue/view/416>. Acesso em: 23 dez. 2022.

WATANABE, Kazuo. *Acesso à ordem jurídica justa: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

WINTER, Eduardo da Silva. Funções do Estado. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado*, Porto Alegre, v. 36, n. 76, p. 153-191, 2015. Disponível em: <https://www.pge.rs.gov.br/upload/arquivos/201705/31182121-revista-76-5.pdf>. Acesso em: 25 out. 2022.

WOLKART, Eric Navarro. *Análise econômica do Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

WOLKMER, Antônio Carlos. Introdução aos Fundamentos de uma Teoria Geral dos “Novos” Direitos. *Revista Jurídica - UNICURITIBA*, Curitiba, v. 2, n. 31, p. 121-148, 2013. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/593/454>. Acesso em: 07 dez. 2022.