



**LUCAS MARTINUCCI BOLDRIN**

**AS PARTICULARIDADES DA APLICAÇÃO DA LEI DE  
ARBITRAGEM À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

**LAVRAS – MG**

**2018**

**LUCAS MARTINUCCI BOLDRIN**

**AS PARTICULARIDADES DA APLICAÇÃO DA LEI DE ARBITRAGEM À  
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Artigo científico apresentado ao Departamento de Direito da Universidade Federal de Lavras como exigência para aprovação na disciplina ‘Trabalho de Conclusão de Curso III’, para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Prof. Me. Vinícius Nascimento Cerqueira  
Orientador

**LAVRAS– MG**

**2018**

**LUCAS MARTINUCCI BOLDRIN**

**AS PARTICULARIDADES DA APLICAÇÃO DA LEI DE ARBITRAGEM À  
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

**THE PARTICULARITIES OF THE APPLICATION OF THE ARBITRATION LAW  
TO THE PUBLIC ADMINISTRATION**

Artigo científico apresentado ao Departamento de Direito da Universidade Federal de Lavras como exigência para aprovação na disciplina ‘Trabalho de Conclusão de Curso III’, para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

APROVADO em \_\_\_\_ de janeiro de 2018.  
Vinicius Nascimento Cerqueira – UFLA

APROVADO em \_\_\_\_ de janeiro de 2018.  
Ricardo Augusto de Araújo Teixeira – UFLA

Prof. Me. Vinicius Nascimento Cerqueira  
Orientador

**LAVRAS - MG  
2018**

*Agradeço primeiramente a Deus, pelo dom da vida e proteção. Agradeço também ao meu professor orientador de TCC, Vinicius Nascimento Cerqueira, e ao meu professor, Ricardo Augusto de Araújo Teixeira, por serem sempre solícitos e acreditarem no meu trabalho.*

*Dedico este artigo aos meus amados pais Márcia e Paulo Celso e ao meu irmão Paulo Henrique, os quais me incentivam e motivam a seguir meu caminho e a construir meu futuro com humildade e perseverança.*

## RESUMO

Pretendeu-se, neste trabalho, demonstrar a compatibilidade do instituto da arbitragem frente à Administração Pública, partindo-se da análise da disponibilidade de direitos e bens e do sigilo do procedimento arbitral, bem como dos princípios administrativos da primazia do interesse público sobre o privado, da indisponibilidade do interesse público e da publicidade. Buscando o êxito deste propósito, apresentou-se, primeiramente, o instituto da arbitragem, seu conceito e características para, logo após, perpassar pela questão da disponibilidade de direitos e do sigilo. Constituiu também objetivo do trabalho introduzir uma breve explanação acerca do conceito da Administração Pública e seu regime jurídico, apresentando os princípios da primazia do interesse público sobre o privado, da indisponibilidade do interesse público e da publicidade, a fim de verificar a compatibilidade do instituto da arbitragem frente à Administração Pública. Procedeu-se, por fim, à elaboração da conclusão sobre o estudo da questão focalizada, ressaltando as justificativas de não afronta do instituto à Administração Pública.

**Palavras-chave:** Arbitragem. Administração Pública. (In) compatibilidade.

## ABSTRACT

The purpose of this study was to demonstrate the compatibility of the arbitration institute with the Public Administration, starting from the analysis of the availability of rights and assets and the secrecy of the arbitration procedure, as well as the administrative principles of the primacy of the public interest over the private, the unavailability of public interest and publicity. Seeking the success of this purpose, the institute of arbitration was first presented, its concept and characteristics to be followed by the availability of rights and secrecy. It was also the purpose of this paper to introduce a brief explanation about the concept of Public Administration and its legal regime, presenting the principles of the primacy of the public interest over the private, the unavailability of public interest and publicity, in order to verify the compatibility of the institute of the arbitration in relation to the Public Administration. Finally, the conclusion was drawn on the study of the focused question, emphasizing the justifications of not afront of the institute to the Public Administration.

**Keywords:** Arbitration. Public Administration. (In) compatibility.

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO .....	7
2 ARBITRAGEM .....	7
2.1 Conceito e características da arbitragem .....	7
2.2 A disponibilidade de direitos como requisito para a instituição da arbitragem.....	9
2.3 O sigilo no procedimento arbitral .....	12
3 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	14
3.1 Supremacia do interesse público sobre o privado e indisponibilidade do interesse público .....	16
3.2 A publicidade na Administração Pública .....	18
4 ANÁLISE DA (IN) COMPATIBILIDADE DA ARBITRAGEM COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA .....	20
5 CONCLUSÃO .....	26
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	27

## **1 INTRODUÇÃO**

A arbitragem é um mecanismo privado de solução de litígios, por meio do qual um terceiro, escolhido pelos litigantes, impõe sua decisão, que deverá ser cumprida pelas partes, e vem sendo utilizada no ordenamento jurídico brasileiro. A partir desta utilização, surgem discussões quanto ao seu alcance e aplicabilidade.

O presente trabalho originou-se de projeto de pesquisa desenvolvido para o Trabalho de Conclusão de Curso que teve como objetivo verificar a compatibilidade do procedimento arbitral instituído pela Lei nº 9.307/1996 com a Administração Pública. Para isso, foi realizada a análise das recentes alterações legislativas, em especial aquelas advindas da Lei nº 13.129/2015, que buscou revisar artigos e acrescentar parágrafos e novos artigos à Lei de Arbitragem - Lei nº 9.307/1996.

Assim, ainda que possam existir outros possíveis problemas, quando confrontados valores da arbitragem e da administração, o artigo se propõe a análise da compatibilidade, através de algumas das características da arbitragem, quais sejam a disponibilidade de direitos e bens e o sigilo do procedimento arbitral, bem como dos princípios da primazia do interesse público sobre o privado, da indisponibilidade do interesse público e da publicidade, sendo estes importantes valores da Administração Pública.

O primeiro capítulo do artigo tem o objetivo de apresentar o instituto da arbitragem, perpassando seu conceito e características, sendo que duas destas características serão trabalhadas pormenorizadamente, tendo em vista tratar-se dos dois valores conflitantes da arbitragem recortados para a análise - a questão da disponibilidade de direitos e bens e do sigilo. O segundo tem o objetivo de introduzir uma breve explanação acerca do conceito da Administração Pública e seu regime jurídico, apresentando os princípios da primazia do interesse público sobre o privado, da indisponibilidade do interesse público e da publicidade, como valores também colocados em conflito no artigo. O terceiro capítulo se prestará a verificar a compatibilidade do instituto da arbitragem frente à Administração Pública, considerando o recorte temático apresentado. O quarto capítulo, por sua vez, cuidará da análise conclusiva pela compatibilidade ou incompatibilidade da arbitragem na Administração Pública.

## **2 ARBITRAGEM**

### **2.1 Conceito e características da arbitragem**

Os métodos alternativos de resolução de conflitos são, como o próprio nome diz, alternativas para que algumas demandas sejam solucionadas sem que haja a necessidade do

acionamento da máquina estatal. Estes MARCs podem ser divididos em meios heterocompositivos ou autocompositivos. Os meios autocompositivos são aqueles em que a figura de um terceiro representa apenas uma facilitação na comunicação, vez que a solução do conflito será obtida com base na vontade de ambas as partes. Já os MARCs heterocompositivos são os que melhor se assemelham à jurisdição, em razão da presença de um terceiro que proferirá uma decisão ou sentença, incumbindo as partes a cumpri-la, resolvendo, assim, a controvérsia.<sup>1</sup>

O instituto da arbitragem surge como uma das técnicas de resolução de conflitos, mais especificamente como um método heterocompositivo, já que se trata de um mecanismo privado de solução de litígios, por meio do qual um terceiro, escolhido pelos litigantes, impõe sua decisão, que deverá ser cumprida pelas partes.

Este meio alternativo de resolução de controvérsias recebe respaldo normativo no Código de Processo Civil de 2015<sup>2</sup>, que em seu art. 3º, §1º dispõe que a arbitragem é permitida na forma da lei, bem como está regulado pela Lei de Arbitragem - Lei nº 9.307/1996<sup>3</sup>.

#### Segundo Cremasco e Silva, a arbitragem

É um método de solução de conflito de interesses, na medida em que estabelece um modo de agir, um caminho a ser percorrido entre a constatação de que há uma controvérsia entre duas ou mais pessoas que precisa ser resolvida e o alcance da solução que se apresenta mais adequada e justa para aquela situação. Contempla, assim, uma série de atos coordenados, encadeados, previamente estabelecidos, vinculados e coesos, que têm como única finalidade a composição do litígio existente, composição esta que irá se dar pelas mãos de terceiro(s) estranho(s) ao conflito, idôneos e imparciais. A atuação desse(s) terceiro(s) faz com que a arbitragem se insira entre os chamados métodos heterocompositivos de solução de controvérsias<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> CAHALI, F. J. **Curso de arbitragem: mediação, conciliação, Resolução CNJ 125/2010**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, P. 41.

<sup>2</sup> BRASIL. Portal Do Planalto – Presidência Da República. Leis. **Código de Processo Civil de 2015**, de 16 de março de 2015. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm) > Acesso em: 03 fevereiro 2017.

<sup>3</sup> BRASIL. Portal Do Planalto – Presidência Da República. Leis. **Lei nº 9.307**, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm) > Acesso em: 25 agosto 2015.

<sup>4</sup> CREMASCO, S. S.; SILVA, T. E. **O caráter jurisdicional da arbitragem e o precedente arbitral**. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, nº 59, p. 367 a 404, jul./dez. 2011. Disponível em: < <http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/159/147> > Acesso em: 03 de fevereiro de 2017.

Dessa forma, o conceito de arbitragem pode ser obtido quando diante de uma situação de conflito entre duas ou mais pessoas, físicas ou jurídicas, estas escolhem, mediante consentimento recíproco, um método alternativo que comporte a análise e decisão por meio de um ou mais árbitros, escolhidos pelas próprias partes.<sup>5</sup>

Este método alternativo de resolução de controvérsias comporta características e princípios que, juntos, são responsáveis por dar contorno e forma a todo o procedimento arbitral. São exemplos das características da arbitragem a escolha do árbitro pelas partes, a disponibilidade de direitos e o sigilo do procedimento arbitral.

No que tange aos princípios específicos da arbitragem, destacam-se, de acordo com Cahali, o princípio da autonomia da vontade - responsável por indicar o caráter voluntário, de liberdade de escolha por meio das partes; o princípio da competência-competência - com função de delimitar que o árbitro, ao ser escolhido, deve analisar sua própria competência de atuação; e, por fim, o princípio do devido processo legal - corolário de todo o ordenamento jurídico brasileiro e responsável por nortear a observância de outros princípios que dele decorrem, como o contraditório, igualdade das partes, imparcialidade do árbitro e livre convencimento, previstos no art. 21, §2º da Lei de Arbitragem.<sup>6</sup>

Apesar da necessidade e importância de atenção aos princípios acima elencados, o presente trabalho analisará pormenorizadamente as características da disponibilidade de direitos e do sigilo, tendo em vista que são os valores conflitantes da arbitragem recortados para a análise.

## **2.2 A disponibilidade de direitos como requisito para a instituição da arbitragem**

A questão da disponibilidade de direitos, segundo Pereira, está relacionada diretamente com a possibilidade de transmissibilidade do bem ou do direito. No que tange à disponibilidade, então, os direitos podem ser transmissíveis ou intransmissíveis, sendo que

Transmissível é o direito que pode passar de uma a outra pessoa, mediante a substituição do sujeito que deixa de o ser, por outro que ocupa o seu lugar, e se sub-roga em todas as faculdades do substituído. Intransmissível, aquele que é insuscetível de substituição subjetiva.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> CREMASCO, S. S.; LAGE, T. A. **A arbitragem: interna e internacional**. Belo Horizonte, Del Rey, 2010, p. 01.

<sup>6</sup> CAHALI, F. J. **Curso de arbitragem: mediação, conciliação, Resolução CNJ 125/2010**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 114-122.

<sup>7</sup> PEREIRA, C. M. da S. **Instituições de direito civil**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 39.

Dessa forma, a disponibilidade de direitos pode ser entendida como a transferência de titularidade de direitos ou bens de uma pessoa, física ou jurídica, a outrem. Ressalta-se, também, que a autonomia da vontade daquele que deseja dispor, transacionar ou renunciar a direito próprio deve ser respeitada. No mesmo sentido, Cremasco e Lage asseveram que

A plena disponibilidade de direitos [...] refere-se à ampla liberdade do indivíduo que for seu titular de fazer aquilo que bem lhe aprouver em relação a eles, inclusive a sua negociação e alienação, na medida em que não há qualquer disciplina normativa, nenhum comando imperativo que limite a autonomia da sua vontade.<sup>8</sup>

Segundo Cahali, "a disponibilidade do direito se refere à possibilidade de seu titular ceder, de forma gratuita ou onerosa, estes direitos sem qualquer restrição".<sup>9</sup> Considerando, portanto, a breve conceituação acerca da disponibilidade de direitos, resta apresentar por que a questão é importante para o presente trabalho.

Conforme salientado no tópico anterior, a arbitragem é regulamentada no Brasil pela Lei de Arbitragem - Lei nº 9.307/96 - que estabelece no caput de seu art. 1º, que os litígios que serão resolvidos pelo instituto serão os atinentes aos direitos patrimoniais disponíveis, *in verbis*, "As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis."<sup>10</sup> De acordo com PEREIRA, sob uma perspectiva econômica,

os direitos chamam-se patrimoniais e não patrimoniais. Patrimoniais os que têm um objeto avaliável pecuniariamente, e não patrimoniais os que escapam à possibilidade de avaliação econômica, como os direitos da personalidade e os de família puros.<sup>11</sup>

O instituto da Arbitragem poderá ser, então, instituído, quando pela vontade das partes, for possível colocar em discussão direitos patrimoniais disponíveis. Esta previsão representa critério de especificidade legal, impedindo que o instituto seja utilizado indiscriminadamente para a solução dos mais variados tipos de controvérsias.

---

<sup>8</sup> CREMASCO, S. S.; LAGE, T. A. **A arbitragem: interna e internacional**. Belo Horizonte, Del Rey, 2010, p. 2.

<sup>9</sup> CAHALI, F. J. **Curso de arbitragem: mediação, conciliação, Resolução CNJ 125/2010**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 113.

<sup>10</sup> BRASIL. Portal Do Planalto – Presidência Da República. Leis. **Lei nº 9.307**, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm) > Acesso em: 25 agosto 2015.

<sup>11</sup> PEREIRA, C. M. da S. **Instituições de direito civil**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 39.

Assim, de acordo com Grau, este Meio Alternativo de Resolução de Controvérsias - MARC - só será instituído quando a questão controvertida for tangente à possibilidade de alienação de um direito patrimonial, ou seja, da transferência da titularidade de um direito a terceiro.<sup>12</sup>

Diante da discussão sobre a disponibilidade de direitos patrimoniais, Mattos Neto os apresenta como "direitos reais, direitos autorais e os pessoais. Estes subdividem-se em direitos de crédito, ou obrigacionais, certos direitos de família e os de sucessão."<sup>13</sup> Ainda segundo o mesmo autor,

A disponibilidade é qualidade que se insere na patrimonialidade do direito. Entretanto, nem todo direito patrimonial é disponível. [...] patrimonial quer dizer apreciável pecuniariamente, mas nem tudo que representa utilidade econômica é disponível [...]<sup>14</sup>

Nem todos os direitos patrimoniais são disponíveis, sendo excluídos da arbitragem, por esta razão, os direitos personalíssimos, os de família e sucessões, dentre outros, em decorrência de indenização por razões de violação ao direito ou de ordem pública.<sup>15</sup>

O direito compreendido como disponível é aquele que pode ser alienado, transmitido, renunciado ou mesmo passível de transação. Assim, "a disponibilidade significa que o titular do direito pode aliená-lo; transmiti-lo *inter vivos* ou *causa mortis*; pode, também, renunciar ao direito; bem como, pode, ainda, o titular transigir seu direito"<sup>16</sup>, sendo que aqueles direitos patrimoniais que não forem passíveis de alienação, transmissão, renúncia ou transação, estão fora do rol de direitos tidos como disponíveis.

Desta feita, é possível afirmar que o direito patrimonial disponível abarca o conceito de interesse protegido mediante o reconhecimento do poder da vontade individual, de modo

---

<sup>12</sup> GRAU, E. R. **Arbitragem e Contrato Administrativo**. In: RTDP, nº 32, São Paulo: Malheiros, 2000, p. 147.

<sup>13</sup> MATTOS NETO, A. J. de. **Direitos Patrimoniais Disponíveis e Indisponíveis à luz da Lei de Arbitragem**. In: Temas Atuais de Direito. Georgenor de Sousa Franco Filho (coord.). Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2013, p. 51.

<sup>14</sup> MATTOS NETO, A. J. de. **Direitos Patrimoniais Disponíveis e Indisponíveis à luz da Lei de Arbitragem**. In: Temas Atuais de Direito. Georgenor de Sousa Franco Filho (coord.). Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2013, p.53.

<sup>15</sup> MATTOS NETO, A. J. de. **Direitos Patrimoniais Disponíveis e Indisponíveis à luz da Lei de Arbitragem**. In: Temas Atuais de Direito. Georgenor de Sousa Franco Filho (coord.). Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2013, p. 56-58.

<sup>16</sup> MATTOS NETO, A. J. de. **Direitos Patrimoniais Disponíveis e Indisponíveis à luz da Lei de Arbitragem**. In: Temas Atuais de Direito. Georgenor de Sousa Franco Filho (coord.). Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2013, p. 53.

que uma pessoa tem o poder para ter, fruir e dispor desse direito<sup>17</sup>, desde que ele seja passível de disposição.

No que tange ao juízo arbitral, os direitos patrimoniais disponíveis encampam o objeto litigioso a que se opõe as partes controvertidas. Assim, o legislador brasileiro determinou na Lei de Arbitragem que apenas aqueles direitos tidos como negociáveis é que poderão ser objeto de convenção arbitral, considerando a própria natureza privada do instituto.

Por esta razão, a arbitragem é entendida como instrumento para resolver conflitos de interesses que envolvam "direitos obrigacionais, de índole privada, os direitos intelectuais (artísticos, autorais), direitos industriais, direitos reais, como posse, propriedade, vizinhança, usufruto, etc, contanto que, uns e outros, sejam disponíveis."<sup>18</sup>

Feitas essas considerações, será abordado, no próximo tópico, o sigilo no procedimento arbitral como importante valor da arbitragem, também recortado a fim de contribuir com a análise que se sucederá no decorrer do artigo.

### 2.3 O sigilo no procedimento arbitral

Uma das vantagens para a utilização da via arbitral é a confidencialidade. Ao analisar minuciosamente a Lei de Arbitragem, até o ano de 2015, não era possível encontrar nenhuma previsão expressa para o sigilo ou confidencialidade do procedimento arbitral. Contudo, a Lei nº 13.129/15 incluiu o Art. 22-C à Lei nº 9.307/1996<sup>19</sup>, *in verbis*:

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

Parágrafo único. No cumprimento da carta arbitral será observado o segredo de justiça, desde que comprovada a **confidencialidade** estipulada na arbitragem. [Grifo nosso]

Com esta inclusão, o legislador deu um primeiro passo no reconhecimento da importância do sigilo como característica da arbitragem, ainda que não tenha conferido sua

<sup>17</sup> MATTOS NETO, A. J. de. **Direitos Patrimoniais Disponíveis e Indisponíveis à luz da Lei de Arbitragem**. In: Temas Atuais de Direito. Georgenor de Sousa Franco Filho (coord.). Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2013, p. 50.

<sup>18</sup> MATTOS NETO, A. J. de. **Direitos Patrimoniais Disponíveis e Indisponíveis à luz da Lei de Arbitragem**. In: Temas Atuais de Direito. Georgenor de Sousa Franco Filho (coord.). Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2013, p. 54.

<sup>19</sup> BRASIL. Portal Do Planalto – Presidência Da República. Leis. **Lei nº 9.307**, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm)> Acesso em: 25 agosto 2015.

obrigatoriedade, tendo em vista que a confidencialidade deverá ser comprovada para que o cumprimento da carta arbitral ocorra em segredo de justiça.

O sigilo no procedimento arbitral é tão recorrente que é previsto nas convenções de arbitragem e também nos regulamentos das principais câmaras de arbitragem, como assevera Francisco José Cahali.<sup>20</sup> Ainda segundo o autor, há vantagem no uso do sigilo na arbitragem, e segue: "Tanto as partes quanto o objeto conflituoso não serão divulgados, evitando-se, por exemplo, ferir a imagem da empresa, a divulgação de segredos industriais ou o *quantum* da demanda".<sup>21</sup>

Destaca-se o fato de que a privacidade e o sigilo (confidencialidade) são atributos desejáveis na arbitragem, conforme afirma Selma M. Ferreira Lemes.<sup>22</sup> Por esta razão, a autora concebe o sigilo como sendo relacionado diretamente à sentença arbitral e aos documentos apresentados no processo, "vinculando as pessoas que gerenciaram o processo, os árbitros, procuradores e até as partes."<sup>23</sup>

Além da importância dada à confidencialidade no que tange a carta arbitral, conforme expresso no art. 22-C, o art. 13, §6º da Lei de Arbitragem prevê a necessidade de o árbitro atuar com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição, *in verbis*:

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.<sup>24</sup>

O árbitro deverá atuar de forma a preservar a confidencialidade do procedimento arbitral, por meio da discrição, não podendo se comunicar com terceiros estranhos ao objeto controvertido que se submete à arbitragem, nem tampouco divulgar provas e demais particularidades do procedimento.

No mesmo sentido, Baruffi e Gebara, explicitam que

<sup>20</sup> CAHALI, F. J. **Curso de arbitragem: mediação, conciliação, Resolução CNJ 125/2010**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 95.

<sup>21</sup> CAHALI, F. J. **Curso de arbitragem: mediação, conciliação, Resolução CNJ 125/2010**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 95.

<sup>22</sup> LEMES, S. M. F. **Arbitragem na Concessão de Serviços Públicos- Arbitrabilidade Objetiva. Confidencialidade ou Publicidade Processual?**. RDM 134:148/163, abr./jun., 2004, p. 17.

<sup>23</sup> LEMES, S. M. F. **Arbitragem na Concessão de Serviços Públicos- Arbitrabilidade Objetiva. Confidencialidade ou Publicidade Processual?**. RDM 134:148/163, abr./jun., 2004, p. 17.

<sup>24</sup> BRASIL. Portal Do Planalto – Presidência Da República. Leis. **Lei nº 9.307**, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm)> Acesso em: 25 agosto 2015.

A confidencialidade dos atos tem como objetivo preservar a intimidade em relação as questões profissionais, patrimoniais e até pessoais, dependendo do litígio em questão, que serão debatidas e analisadas no decorrer do processo arbitral. O sigilo é um fator importantíssimo para a preservação de informações de algumas transações comerciais [...] Diferente do procedimento Judiciário que, por sua natureza tem os atos públicos, o procedimento arbitral é discreta, sigilosa, uma vez que o princípio da publicidade não vigora nesse instituto.<sup>25</sup>

Desta feita, é possível afirmar que a confidencialidade está intrínseca a arbitragem, de modo que deve afetar todos os participantes do processo, sejam partes, árbitros e até peritos quando requisitados. De acordo com Baruffi e Gebrara, "o sigilo e confienciabilidade são princípios importantíssimos deste instituto pois são a vanguarda do procedimento arbitral."<sup>26</sup>

Após apresentar a conceituação da arbitragem e a importância de duas de suas principais características, é necessário expor, ainda que brevemente, o regime jurídico administrativo e alguns princípios da Administração Pública, que serão colocados frente às características apresentadas da arbitragem, a fim de se concluir pela compatibilidade ou incompatibilidade entre este instituto e a Administração Pública.

### 3 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Administração Pública possui uma série de prerrogativas e funções no que tange ao exercício do poder público, sendo também responsável por delimitar o conjunto de agentes, serviços e órgãos instituídos pelo Estado para gerir certas áreas da sociedade. De acordo com Matias-Pereira, a Administração Pública "designa o conjunto de serviços e entidades incumbidos de concretizar as atividades administrativas, ou seja, da execução das decisões políticas e legislativas."<sup>27</sup>

Estas prerrogativas de atuação são conferidas pelo próprio povo, que de acordo com o art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal, é o verdadeiro titular do poder público. Por esta razão, a Administração Pública não pode exercer os atos administrativos de maneira indiscriminada e com base em conveniências e oportunidades, sendo necessário que haja certas limitações à sua atuação.

<sup>25</sup> BARUFFI, A. C.; GEBARA, G. Z. **Arbitragem e acesso à justiça: mecanismo extrajudicial de resolução de conflitos**. Revista Jurídica UNIGRAN: Centro Universitário da Grande Dourados. v. 9, n. 18, jul./dez. (1999- ). Dourados: UNIGRAN, 2007, p. 162.

<sup>26</sup> BARUFFI, A. C.; GEBARA, G. Z. **Arbitragem e acesso à justiça: mecanismo extrajudicial de resolução de conflitos**. Revista Jurídica UNIGRAN: Centro Universitário da Grande Dourados. v. 9, n. 18, jul./dez. (1999- ). Dourados: UNIGRAN, 2007, p. 163.

<sup>27</sup> MATIAS-PEREIRA, J. **Curso de Administração Pública: foco nas instituições e ações governamentais**. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2010, p. 63.

Segundo Di Pietro, a esta dicotomia entre prerrogativas e limitações, ou entre prerrogativas e sujeições dá-se o nome de regime jurídico administrativo. Para a autora,

o Direito Administrativo desenvolveu-se baseado em duas ideias opostas: de um lado, a proteção aos direitos individuais frente ao Estado, que serve de fundamento ao princípio da legalidade [...]; de outro lado, a de necessidade de satisfação dos interesses coletivos, que conduz à outorga de prerrogativas e privilégios para a Administração Pública, quer para limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do bem-estar coletivo (poder de polícia), quer para a prestação de serviços públicos.<sup>28</sup>

Com o intuito de organizar e ditar essas prerrogativas e limitações da atuação administrativa, é relevante que se tenha um conjunto ordenado de regras e princípios responsáveis por dar contorno e forma ao Direito Administrativo.

De acordo com Bandeira de Mello, é necessário que existam princípios peculiares ao Direito Administrativo, com o intuito de fornecer uma unidade coerente e lógica ao sistema ou regime a que a Administração Pública se submete, sendo que a este sistema dá-se o nome de regime jurídico-administrativo.<sup>29</sup>

Assim como Di Pietro afirma que a ideia de prerrogativas e sujeições são criadas com o intuito de que a Administração Pública alcance a efetivação dos interesses coletivos, Moreira Neto, ao conceituar o Direito Administrativo, também demonstra a relevância de a Administração Pública atender aos interesse públicos:

[...] ramo do Direito Público que estuda os princípios, preceitos e institutos que regem as atividades jurídicas do Estado e de seus delegados, as relações de subordinação e de coordenação delas derivadas e os instrumentos garantidores da limitação e do controle de sua legalidade, legitimidade e moralidade, ao atuarem concreta, direta e imediatamente, na prossecução dos interesses públicos, excluídas as atividades de criação da norma legal e de sua aplicação judiciária contenciosa.<sup>30</sup>

Assim, é possível afirmar que a Administração Pública atua em prol do interesse público, e dos direitos e interesses dos cidadãos que administra. Contudo, ao afirmar que a atuação administrativa se volta a atender ao interesse público, é necessário diferenciá-lo em

<sup>28</sup> DI PIETRO, M. S. Z. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 62.

<sup>29</sup> BANDEIRA DE MELLO, C. A. **Curso de Direito Administrativo**. 28. ed, rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 53.

<sup>30</sup> MOREIRA NETO, D. de F. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 47.

interesse público primário e interesse público secundário. Antes de estabelecer tal distinção, Bandeira de Mello aponta que interesse público pode ser compreendido como:

"a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade (entificada juridicamente no Estado), nisto se abrindo também o depósito intertemporal destes mesmos interesses, vale dizer, já agora, encarados eles em sua continuidade histórica, tendo em vista a sucessividade das gerações de seus nacionais".<sup>31</sup>

O interesse público representa, então, todos aqueles interesses privados considerados dentro de uma coletividade, motivo pelo qual não é possível dissociá-los completamente, já que o 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"<sup>32</sup>, de tal modo que o interesse público pode ser considerado como um mecanismo de efetivação dos interesses de particulares.

No que tange a diferenciação do interesse público em primário e secundário, Bandeira de Melo estabelece que "o Estado, tal como os demais particulares, é, também ele, uma pessoa jurídica, que, pois, existe e convive no universo jurídico em concorrência com todos os demais sujeitos de direito"<sup>33</sup>, razão pela qual o Estado pode ser detentor de interesses individuais que, guardam relação de similaridade com os interesses privados dos particulares.

O interesse público é, então, primário quando se considera o interesse público propriamente dito, com o intuito de garantir a efetivação dos direitos fundamentais de uma coletividade. Já o interesse público secundário é o interesse da Administração Pública enquanto pessoa jurídica, sendo também considerando um instrumento para se atingir o interesse público primário, motivo pelo qual o interesse público primário deve sempre prevalecer em face do secundário.

A partir dessas considerações acerca do interesse público, como importante figura dentro do regime jurídico-administrativo, e do recorte temático do presente trabalho, serão analisados, ainda que exista uma quantidade considerável de princípios importantes ao Direito Administrativo, os princípios da supremacia do interesse público sobre o privado, da

---

<sup>31</sup> BANDEIRA DE MELLO, C. A. **Curso de Direito Administrativo**. 28. ed, rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 60.

<sup>32</sup> BANDEIRA DE MELLO, C. A. **Curso de Direito Administrativo**. 28. ed, rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 61.

<sup>33</sup> BANDEIRA DE MELLO, C. A. **Curso de Direito Administrativo**. 28. ed, rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 65-66.

indisponibilidade do interesse público e da publicidade, a fim de obter substrato de discussão acerca da compatibilidade da Administração Pública frente ao instituto da arbitragem.

### **3.1 A supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público**

A partir das considerações acerca do interesse público, é imprescindível analisar o regime jurídico-administrativo sob o prisma de dois grandes traços significativos e que são responsáveis por sua delimitação temática, segundo Bandeira de Mello: a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público.

A supremacia do interesse público sobre o privado traz a noção de que o interesse da coletividade é superior e, portanto, deve prevalecer em face do interesse dos particulares, inclusive como forma de assegurar este último.<sup>34</sup> Por esta razão, a Administração Pública, investida em uma função - a função administrativa, deve pautar seus atos e ações com o intuito de satisfazer certas finalidades até alcançar os interesses da coletividade.<sup>35</sup>

De acordo com Bandeira de Mello, "quem exerce 'função administrativa' está adscrito a satisfazer interesses públicos, ou seja, interesses de outrem: a coletividade."<sup>36</sup> O Estado, então, rege todas as suas atividades com base na garantia do interesse público, visando efetivar os direitos da coletividade.

O Estado não deve atuar privilegiando os interesses privados, nem tampouco os chamados interesse públicos secundários, apresentados no tópico anterior. Estes interesses públicos secundários, então, "não são atendíveis senão quando coincidirem com interesses primários, únicos que podem ser perseguidos por quem axiomáticamente os encarna e representa."<sup>37</sup>

A Administração Pública deve atuar voltada ao interesse público primário, ainda que se utilize do interesse secundário como instrumento para se atingir o interesse público primário. Além disso, o interesse público deve prevalecer em face dos interesses particulares dos cidadãos, o que comporta a definição ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

---

<sup>34</sup> BANDEIRA DE MELLO, C. A. **Curso de Direito Administrativo**. 28. ed, rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 70.

<sup>35</sup> BANDEIRA DE MELLO, C. A. **Curso de Direito Administrativo**. 28. ed, rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 72.

<sup>36</sup> BANDEIRA DE MELLO, C. A. **Curso de Direito Administrativo**. 28. ed, rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 72.

<sup>37</sup> BANDEIRA DE MELLO, C. A. **Curso de Direito Administrativo**. 28. ed, rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 73.

Esta prevalência ou supremacia se justifica em razão de o poder público ser emanado pelo povo, conforme já apresentado no presente trabalho, o que influencia a atuação da Administração Pública a ser voltada ao interesse do povo, verdadeiro titular deste poder.

Outra questão ligada à efetivação do interesse público pela Administração Pública está relacionada com o fato de que não lhe é permitido, em regra, atos de disposição de bens e interesses de ordem pública. Por este motivo outro princípio surge como importante traço do regime jurídico-administrativo: princípio da indisponibilidade do interesse público.

Este princípio tem o papel, então, segundo Carvalho Filho, de condicionar a atuação da Administração Pública no que tange aos bens e interesses públicos, com o intuito de que estes possibilitem a aferição de benefícios em prol de uma coletividade.<sup>38</sup>

No mesmo sentido, Andrade destaca que "o interesse público não pode ser objeto de disposição, devendo o Poder Público zelar pela sua conservação, guarda e aprimoramento, atuando os administradores como gestores da *res pública*".<sup>39</sup> A autora enfatiza que a impossibilidade de disposição dos interesses públicos se dá em razão de estes não pertencerem à Administração e tampouco aos administradores<sup>40</sup>.

Desta forma, apresentada a base do regime jurídico-administrativo, com ênfase nos princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade do interesse público, passa-se, agora, à análise do princípio da publicidade, também como um princípio que visa dar efetivação aos interesses da coletividade e que, portanto, corresponde a importante instrumento de controle por parte da população dos atos administrativos

### 3.2 A publicidade na administração pública

Ao Poder Público é incumbida a tarefa de manter sempre disponível os seus atos administrativos, bem como os resultados destes. Isto porque, de acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello,

Não pode haver em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo (art. 1º, parágrafo único, da Constituição), ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida.<sup>41</sup>

<sup>38</sup> CARVALHO FILHO, J. dos S. **Manual de direito administrativo**. 23. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 37.

<sup>39</sup> ANDRADE, F. C. M. de. **Direito administrativo**. 6. ed., Niterói: Impetus, 2012, p. 10.

<sup>40</sup> ANDRADE, F. C. M. de. **Direito administrativo**. 6. ed., Niterói: Impetus, 2012, p. 10.

<sup>41</sup> BANDEIRA DE MELLO, C. A. **Curso de Direito Administrativo**. 28. ed, rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 117.

A consagração do princípio da publicidade dentro do ordenamento jurídico brasileiro, surge como forma de assegurar a proteção ao cidadão jurisdicionado, de que terá acesso aos atos da Administração Pública e seus desdobramentos. Esta proteção ocorre, tendo em vista que a Administração Pública apenas gerencia, devendo prestar contas aos cidadãos, que são os verdadeiros titulares do poder público, conforme art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal.

Nesse sentido, Gomes de Mattos afirma que "a publicidade, portanto, passou a ser um dos elementos essenciais dos atos administrativos, tendo o condão de atribuir eficácia perante terceiros, além de manter o controle público pela comunidade."<sup>42</sup> A publicidade é, então, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, em razão de possibilitar a fiscalização acerca da transparência e retidão dos atos praticados pela Administração Pública.<sup>43</sup>

A partir do momento em que os atos públicos estão disponíveis, os cidadãos podem exercer o chamado controle popular, que consiste nessa fiscalização por parte da sociedade relativa à atuação da Administração Pública. Nesse sentido, a importância da transparência e acesso às informações/decisões tomadas pelo Poder Público é tão forte que recebeu previsão constitucional no art. 37, caput, da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

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 [...] [**Grifo nosso**]<sup>44</sup>

Ainda de acordo com Bandeira de Mello, juntamente com o princípio da publicidade, dando a este maior força e expressividade, existe previsão no art. 5º, XXXIII e XXXIV, "b", da Constituição Federal de 1988<sup>45</sup>, respectivamente, ao direito à informação e o direito à

---

<sup>42</sup> MATTOS, M. R. G. de. **Licitação e seus Princípios na Jurisprudência**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, p. 48.

<sup>43</sup> MATTOS, M. R. G. de. **Licitação e seus Princípios na Jurisprudência**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, p. 48.

<sup>44</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília em 05 de Outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 15 dez 2017.

<sup>45</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília em 05 de Outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 15 dez 2017.

certidão. Além disso, no art. 5º, LXXII<sup>46</sup>, a previsão de garantia do remédio constitucional "*habeas data*" assegura ao impetrante o acesso a banco de dados de entidades governamentais ou de âmbito público para que possa ter ciência de informações a seu respeito, bem como para retificar dados que neles estejam contidos.

No mesmo sentido, Marçal Justen Filho, destaca que

A publicidade desempenha duas funções complementares. Por um lado, assegura a todos o poder de obter informações relativamente às ações e omissões praticadas por agentes estatais e mesmo não estatais, quando na gestão de recursos públicos. Por outro lado, a garantia do conhecimento por quaisquer terceiros é um fator de desincentivo à prática de atos reprováveis, eis que eleva a possibilidade de que as práticas reprováveis sejam reveladas.<sup>47</sup>

O sigilo só pode ser admitido no que toca à Administração Pública quando for imprescindível à segurança da Sociedade e do Estado conforme análise do art. 5º, XXXIII da Constituição Federal de 1988<sup>48</sup>. Assim, questões que envolvam a Administração Pública, seus atos, desdobramentos e direitos só poderão ser tratados e tutelados como sigilosos se de suas consequências surgirem prejuízos à segurança estatal e à sociedade.

O princípio da publicidade assegura à coletividade o conhecimento de fatos e/ou circunstâncias que lhe afetam, direta ou indiretamente, em decorrência da atuação da Administração Pública, o que possibilita o controle e fiscalização pela população, visando evitar que a Administração Pública cometa abusos no uso das suas prerrogativas de gerir o poder público, que é emanado pelo povo.

Considerando que o regime jurídico administrativo foi brevemente apresentado, juntamente com a análise dos princípios da supremacia do interesse público sobre o privado, da indisponibilidade do interesse público e da publicidade, o objeto do presente artigo será, agora, trabalhado, já que estes conceitos e considerações serão postos em conflito com a arbitragem e suas características, com o intuito de concluir pela possibilidade ou impossibilidade de aplicação da arbitragem em relação à Administração Pública.

---

<sup>46</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília em 05 de Outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 15 dez 2017.

<sup>47</sup> JUSTEN FILHO, M. **Curso de direito administrativo**. 11. ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 201.

<sup>48</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília em 05 de Outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 15 dez 2017.

#### 4 ANÁLISE DA (IN) COMPATIBILIDADE DA ARBITRAGEM COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A partir da apresentação do instituto da arbitragem e de questões como a disponibilidade de direitos como requisito para a instituição da via arbitral e o sigilo do procedimento arbitral, bem como de importantes princípios da Administração Pública: indisponibilidade do interesse público e publicidade, será analisada a compatibilidade ou incompatibilidade entre o aludido instituto e a Administração Pública.

Ressalta-se que no que tange à Administração Pública, foi apresentado o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, que juntamente com o princípio da indisponibilidade do interesse público, caracterizam a base de todo o regime jurídico-administrativo.

Ademais, considerando que a pesquisa se pautou na análise da doutrina e de importantes institutos normativos, destaca-se que foi aprovada a Lei nº 13.129/2015<sup>49</sup> com intuito de revisar alguns dispositivos e acrescentar outros à Lei nº 9.307/1996<sup>50</sup>. As alterações tiveram como motivação a necessidade de atualização da legislação em razão do desenvolvimento de novas tecnologias, alterações no campo processual e jurisprudencial.

A Lei nº 13.129/2015<sup>51</sup>, dentre algumas modificações legislativas visualizadas, acrescentou parágrafos ao art. 1º da Lei nº 9.307/1996<sup>52</sup>, tendo destaque o §1º, *in verbis*:

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

**§ 1º A Administração Pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis decorrentes de contratos por ela celebrados.**

Antes do ano de 2015, o art. 1º da Lei de Arbitragem, dispunha que apenas as pessoas capazes de contratar poderiam celebrar arbitragem. O §1º do mencionado artigo

<sup>49</sup> BRASIL. Portal Do Planalto – Presidência Da República. Leis. Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm)> Acesso em: 25 agosto 2015.

<sup>50</sup> BRASIL. Portal Do Planalto – Presidência Da República. Leis. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm)> Acesso em: 25 agosto 2015.

<sup>51</sup> BRASIL. Portal Do Planalto – Presidência Da República. Leis. Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm)> Acesso em: 25 agosto 2015.

<sup>52</sup> BRASIL. Portal Do Planalto – Presidência Da República. Leis. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm)> Acesso em: 25 agosto 2015.

eliminou, então, qualquer discussão que havia quanto à possibilidade da Administração Pública se submeter à arbitragem.

No que tange a disponibilidade de direitos, está claro que apesar de o art. 1º, "caput", da Lei de Arbitragem<sup>53</sup> definir que somente os direitos patrimoniais disponíveis é que serão objeto da tutela por meio da via arbitral, não devem ser excluídas questões que envolvam a Administração Pública, ainda que exista o princípio da indisponibilidade do interesse público.

A indisponibilidade do interesse público comporta a noção de que o Estado ao atuar não poderá praticar atos que venham a desrespeitar o interesse público, uma vez que este representa o interesse da coletividade, e, portanto, não caberia à Administração Pública dele dispor, por não ter sua titularidade. Desta feita, de acordo com Munhoz de Mello, "não é dado à Administração Pública dispor do interesse público, renunciando à sua satisfação, eis que ele não pertence à Administração, mas sim à coletividade."<sup>54</sup>

De acordo com Munhoz de Mello, a Administração Pública é também titular de direitos patrimoniais disponíveis e, por essa razão, não haveria que se falar em confusão com o princípio da indisponibilidade do interesse público. Isto porque, o interesse público será sempre indisponível, tanto nos casos em que a Administração Pública estiver no exercício de direitos indisponíveis, como no exercício de direitos disponíveis.<sup>55</sup>

Segundo o mesmo autor, "ao contratar, celebrar acordos ou pactuar transações a Administração Pública está dispondo de direitos de sua titularidade, o que não lhe autoriza, por óbvio, a dispor do interesse público em qualquer desses casos."<sup>56</sup> Segundo Munhoz de Mello, se existe previsão legal no ordenamento jurídico para a aplicação da arbitragem à Administração Pública, a utilização do procedimento arbitral não deve ser considerado como oposto ao interesse público, mas, sim, "um mecanismo adequado para o seu atendimento."<sup>57</sup>

Para Talamini, a indisponibilidade do interesse público está intimamente ligada à "impossibilidade de renúncia a determinado direito material"<sup>58</sup>, de modo que a afronta ou não

<sup>53</sup> BRASIL. Portal Do Planalto – Presidência Da República. Leis. **Lei nº 9.307**, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm)> Acesso em: 25 agosto 2015.

<sup>54</sup> MUNHOZ DE MELLO, R. **Arbitragem e Administração Pública**. Revista Jurídica da Procuradoria-geral do Estado do Paraná, Curitiba, n. 6, p. 47-81, 2015, p. 56.

<sup>55</sup> MUNHOZ DE MELLO, R. **Arbitragem e Administração Pública**. Revista Jurídica da Procuradoria-geral do Estado do Paraná, Curitiba, n. 6, p. 47-81, 2015, p. 57.

<sup>56</sup> MUNHOZ DE MELLO, R. **Arbitragem e Administração Pública**. Revista Jurídica da Procuradoria-geral do Estado do Paraná, Curitiba, n. 6, p. 47-81, 2015, p. 58.

<sup>57</sup> MUNHOZ DE MELLO, R. **Arbitragem e Administração Pública**. Revista Jurídica da Procuradoria-geral do Estado do Paraná, Curitiba, n. 6, p. 47-81, 2015, p. 60.

<sup>58</sup> TALAMINI, E.; FRANZONI, D. **Arbitragem e empresas estatais**. Interesse Público, v. 105, p. 15-45, 2017, p. 569.

a este princípio vai depender da convenção arbitral, ou seja, de como as partes submeterão a matéria à apreciação do juízo arbitral, senão vejamos:

Diante dessa óbvia distinção, cumpre definir qual das duas hipóteses de indisponibilidade é relevante para a aferição do cabimento da arbitragem. A resposta depende da identificação da função e, conseqüentemente, da natureza da convenção arbitral. Qual o objeto da convenção arbitral: dispor sobre o próprio direito material ou sobre a pretensão de proteção judicial? Trata-se de um pacto de direito material ou processual?<sup>59</sup>

Dessa forma, em se reconhecendo que a convenção arbitral estabelece que as partes abdicam de levar uma demanda ao judiciário, para o autor não há renúncia e transação do direito material em conflito, uma vez que a Administração Pública, ao abrir mão da tutela judicial, não dispõe do direito material que possui.

Santos e Cachapuz também se filiam à ideia de que é admissível o procedimento arbitral no âmbito público no que tange aos direitos patrimoniais disponíveis, "desde que se tenha convencionado a sua utilização, seja por meio de cláusula compromissória ou compromisso arbitral"<sup>60</sup>, sendo estas duas espécies do gênero convenção arbitral.<sup>61</sup>

Assim, é plausível a análise de que ao convencionar por não levar o direito controvertido ao judiciário tem reflexos sobre o direito processual e não material, vez que não está em discussão a matéria, mas o procedimento. Por esta razão, "importará a conclusão de que a pretensão de tutela judicial é que precisa ser disponível, e não o direito material".<sup>62</sup> Ainda segundo o Talamini,

Na convenção arbitral, os contratantes dispõem essencialmente sobre posições jurídico-processuais. Em regra, eles podem optar por não provocar a jurisdição. Assim, podem igualmente, de modo consensual, encontrar outro modo de solução para o conflito que lhes pareça mais adequado às peculiaridades concretas da situação litigiosa.<sup>63</sup>

<sup>59</sup> TALAMINI, E.; FRANZONI, D. **Arbitragem e empresas estatais**. Interesse Público, v. 105, p. 15-45, 2017, p. 573.

<sup>60</sup> SANTOS, L. A. R. dos; CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Arbitragem na Administração Pública**. Scientia Iuris. Londrina, v.16, n. 1, p.137-160, jul. 2012, p. 153.

<sup>61</sup> CAHALI, F. J. **Curso de arbitragem: mediação, conciliação, Resolução CNJ 125/2010**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 131.

<sup>62</sup> TALAMINI, E.; FRANZONI, D. **Arbitragem e empresas estatais**. Interesse Público, v. 105, p. 15-45, 2017, p. 573.

<sup>63</sup> TALAMINI, E.; FRANZONI, D. **Arbitragem e empresas estatais**. Interesse Público, v. 105, p. 15-45, 2017, p. 574.

O autor demonstra a necessidade de respeito à liberdade e autonomia das partes em escolher o modo de solução alternativo ao judicial, sem que para isso precise abrir mão de um direito material de sua titularidade.<sup>64</sup>

Com efeito, é possível afirmar que a arbitragem é cabível "sempre que a pretensão à tutela judicial for disponível", ou seja, sempre que as partes que estiverem em conflito puderem resolver a questão controvertida de forma autônoma, independentemente do ingresso em juízo, será possível valer-se da via arbitral.<sup>65</sup>

Dessa forma, Talimini afirma que "a Administração Pública pode pactuar a arbitragem - e, tendo-a pactuado, deve a ela submeter-se - sempre que a situação conflituosa for passível de solução que dispense a intervenção estatal."<sup>66</sup> e segue:

[...] são arbitráveis todos aqueles casos em que, se constatasse que não tem razão, o Poder Público e seus entes descentralizados teriam o dever de desde logo curvar-se à razão do adversário - sem ter de esperar, para tanto, um comando judicial.

Portanto, caso exista uma incompatibilidade entre o instituto da arbitragem e a Administração Pública, esta se dará por outra razão, já que, segundo Munhoz de Mello, "se o litígio pode ser solucionado pelas próprias partes, mediante transação, nada justifica que não possam elas acordar que o litígio será submetido à arbitragem."<sup>67</sup>

Superada a questão da disponibilidade de direitos frente à indisponibilidade do interesse público, ainda se faz necessário apresentar a confluência entre o sigilo no procedimento arbitral e o princípio da publicidade, a fim de se concluir pela compatibilidade ou incompatibilidade de aplicação do aludido instituto no que tange às questões envolvendo o Poder Público.

Como apresentado, o princípio da publicidade norteia as relações entre os entes públicos, de modo que se deve sempre partir da transparência dos atos e negociações que envolvam a Administração Pública, tendo em vista, inclusive, as repercussões na vida privada de cada um dos indivíduos integrantes de uma coletividade.

<sup>64</sup> TALAMINI, E.; FRANZONI, D. **Arbitragem e empresas estatais**. Interesse Público, v. 105, p. 15-45, 2017, p. 574.

<sup>65</sup> TALAMINI, E.; FRANZONI, D. **Arbitragem e empresas estatais**. Interesse Público, v. 105, p. 15-45, 2017, p. 577.

<sup>66</sup> TALAMINI, E.; FRANZONI, D. **Arbitragem e empresas estatais**. Interesse Público, v. 105, p. 15-45, 2017, p. 579.

<sup>67</sup> MUNHOZ DE MELLO, R. **Arbitragem e Administração Pública**. Revista Jurídica da Procuradoria-geral do Estado do Paraná, Curitiba, n. 6, p. 47-81, 2015, p. 58.

Por esta razão, o art. 2º, §3º da Lei de Arbitragem é claro ao prever que a arbitragem envolvendo a Administração Pública não se sujeitará à confidencialidade presente no procedimento arbitral, *in verbis*:

Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.  
[...]  
§ 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.<sup>68</sup>

Assim, é possível afirmar que o princípio da publicidade, previsto constitucionalmente na Carta Magna, deve sobrepor-se ao sigilo arbitral, de modo que, segundo Rocha, "para que se aceite uma arbitragem que envolva ente público, deve-se abrir mão da confidencialidade, salvo se o interesse público assim o exigir."<sup>69</sup>

Partindo-se dessa constatação, ainda que o interesse público exija a confidencialidade, como apresentado pela autora ao final da citação, isto não representa uma mitigação ao princípio da publicidade, uma vez que as partes não estão acordando por restringir a publicidade, mas ao contrário, o interesse da coletividade é que vislumbra prejuízos para a divulgação de determinados dados, provas ou circunstâncias fáticas de um procedimento, por exemplo.

De acordo com Munhoz de Mello, "o sigilo não é uma característica necessária da arbitragem no ordenamento jurídico"<sup>70</sup>, razão pela as partes podem pactuar livremente pela aderência ou não à confidencialidade como regra a gerir o procedimento arbitral.

Talamini apresenta que a arbitragem na Administração Pública pode ser submetida a um regime de publicidade restrita, a partir da constatação de que "dependerá dos fatores envolvidos no litígio (questões de segurança, intimidade pessoal, propriedade intelectual etc.)"<sup>71</sup>, utilizando como fundamento o art. 5º, LX da Constituição Federal de 1988<sup>72</sup>.

<sup>68</sup> BRASIL. Portal Do Planalto – Presidência Da República. Leis. **Lei nº 9.307**, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm)> Acesso em: 25 agosto 2015.

<sup>69</sup> ROCHA, R. V. **Arbitragem nos Contratos Petrolíferos**. 2º Congresso Brasileiro de P&D em Petróleo & Gás. Disponível em: <<http://www.portalabpg.org.br/PDPetro/2/7041.pdf>>. Acesso em: 15 dez 2017, p. 3.

<sup>70</sup> MUNHOZ DE MELLO, R. **Arbitragem e Administração Pública**. Revista Jurídica da Procuradoria-geral do Estado do Paraná, Curitiba, n. 6, p. 47-81, 2015, p. 67.

<sup>71</sup> TALAMINI, E.; FRANZONI, D. **Arbitragem e empresas estatais**. Interesse Público, v. 105, p. 15-45, 2017, p. 583.

<sup>72</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília em 05 de Outubro de 1988. Disponível em:

Dessa forma, o autor estabelece que "fica assegurado o acesso aos dados processuais pelas partes e seus representantes, pelos órgãos de controle da Administração Pública etc."<sup>73</sup>, desde que os sujeitos que tenham acesso aos dados zelem para manter a restrição de publicidade.

Além disso, Talamini aponta que nos casos em que a publicidade se faz presente sem restrições na arbitragem, o funcionamento do procedimento e os atos não são divulgados na imprensa oficial, mas, sim, é necessário que alguém que detenha legitimidade e interesse jurídico possam pleitear o acesso às informações sobre a causa.

Analisando detidamente a questão, contudo, não parece razoável este posicionamento, tendo em vista que ao fundamentar a hipótese de restrição à publicidade com base no art. 5º, LX da Constituição Federal de 1988, o autor procurou estender o conceito de atos processuais indiscriminadamente a todos os atos processuais, inclusive os que tangem à Administração Pública. Segue o art. 5º, LX, in verbis: "a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem."

Desta forma, em se admitindo que este dispositivo pode ser aplicado à Administração Pública, representaria verdadeira afronta ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

Ao prever a defesa da intimidade como corolário para restringir a publicidade dos atos processuais, o inciso não permite a interpretação de que esses atos processuais são atinentes à Administração Pública, mas, sim, às relações de natureza privada.

Outro ponto convergente na questão levantada pelo autor é o fato de que na arbitragem que envolva a Administração Pública e que não haja restrição à publicidade, apenas os legitimados e com interesse jurídico é que poderiam pleitear o acesso às informações atinentes ao procedimento.

Ora, mas se não existe restrição à publicidade, então não há de se convir que haja uma restrição quanto ao acesso às informações pela coletividade.

Por esta razão, não se pode admitir que o procedimento arbitral comporte uma publicidade de maneira mitigada, uma vez que uma restrição a este princípio pode gerar insegurança jurídica e mais do que isso, representar uma dissimulação do operador do direito para encaixar dentro do procedimento arbitral situações em que questões que envolvam a Administração Pública sejam privadas de conhecimento por meio da coletividade.

---

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 15 dez 2017.

<sup>73</sup> TALAMINI, E.; FRANZONI, D. **Arbitragem e empresas estatais**. Interesse Público, v. 105, p. 15-45, 2017, p. 584.

Munhoz de Mello apresenta que existem alguns regulamentos de câmaras de arbitragem que possuem previsão pela não inclusão da regra do sigilo nos procedimentos arbitrais envolvendo a Administração Pública e seus entes, e cita, inclusive, o Regulamento da CAM-FIEP (art. 25) e o Regulamento da ARBITAC (art. 54, § 1º).<sup>74</sup>

Segundo o autor, em caso de o regulamento de uma câmara arbitral prever a confidencialidade do procedimento, deixando, contudo, de mencionar acerca da impossibilidade de confidenciar questões que envolvam a Administração Pública como parte, deverá vigorar o princípio da publicidade<sup>75</sup>, tendo em vista que, de acordo com Marra, este é "um princípio vetorial da Administração Pública, como forma de se efetivar o dever de transparência na gestão pública, colocando todo o agir da Administração à lume ao acesso de qualquer cidadão."<sup>76</sup>

Assim, é perfeitamente possível a aplicação da arbitragem para solucionar demandas atinentes ao Poder Público, desde que respeitado o princípio da publicidade, sem restrições e/ou exceções, caso contrário passível a discussão pela inconstitucionalidade da aplicação, por se tratar de um princípio com previsão na Carta Magna.

## 5 CONCLUSÃO

Com o intuito de se alcançar uma solução para o problema teórico posto, o presente artigo buscou apresentar a arbitragem como um importante meio alternativo de resolução de controvérsias, com algumas particularidades para sua aplicação, como a necessidade da disponibilidade de direitos, sobretudo dos chamados direitos patrimoniais disponíveis. Além disso, estabeleceu-se a presença de algumas vantagens de se optar pela via arbitral, dentre as quais se destaca o aspecto da confidencialidade do procedimento, evidenciada pelo sigilo.

Ademais, considerando que o objeto de estudo perpassa a relação entre o aludido instituto e a Administração Pública, esta foi apresentada tendo por base o regime jurídico-administrativo, destacando-se as minúcias de três importantes princípios, quais sejam o da supremacia do interesse público sobre o privado, o da indisponibilidade do interesse público e o da publicidade.

---

<sup>74</sup> MUNHOZ DE MELLO, R. **Arbitragem e Administração Pública**. Revista Jurídica da Procuradoria-geral do Estado do Paraná, Curitiba, n. 6, p. 47-81, 2015, p. 67.

<sup>75</sup> MUNHOZ DE MELLO, R. **Arbitragem e Administração Pública**. Revista Jurídica da Procuradoria-geral do Estado do Paraná, Curitiba, n. 6, p. 47-81, 2015, p. 67.

<sup>76</sup> MARRA, L. C. **A mitigação do princípio da publicidade no processo licitatório na modalidade convite**. Revista Curso de Direito Universidade Federal de Uberlândia. v. 34, p. 193-200, 2006, p. 199.

Através dessas considerações iniciais e conceituais, foi estabelecida a relação de embate entre os temas a fim fornecer respostas ao problema inicial proposto. Assim, foi possível a constatação de que existe previsão legal no ordenamento jurídico para a aplicação da arbitragem à Administração Pública, motivo pelo qual a utilização do procedimento arbitral não deve ser considerado como oposto ao interesse público. Além disso, ao exercer a liberdade e autonomia em escolher o modo de solução alternativo ao judicial, as partes não estão abrindo mão de um direito material de sua titularidade. Portanto, não há violação ao princípio da indisponibilidade do interesse público.

Outra análise feita diz respeito ao choque entre o sigilo do procedimento arbitral e o princípio da publicidade, sendo que a conclusão é de que o princípio da publicidade deve ser respeitado, sem que haja restrições e/ou exceções, com o intuito de coadunar a aplicação da arbitragem para solucionar demandas atinentes ao Poder Público, caso contrário seria necessária a discussão pela inconstitucionalidade da aplicação, por afronta ao mencionado princípio constitucional.

O controle das ações do administrador e as do árbitro durante a arbitragem são fundamentais para que se possa evitar abusos e desvios de finalidade, com a busca de interesses que não se coadunam com o público.

Desta feita, por todo o exposto e pela utilização da doutrina e da análise detida de alguns dispositivos legislativos, concluiu-se pela compatibilidade de aplicação da Lei de Arbitragem à Administração Pública.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, F. C. M. de. **Direito administrativo**. 6. ed., Niterói: Impetus, 2012.

BANDEIRA DE MELLO, C. A. **Curso de Direito Administrativo**. 28. ed, rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2010.

BARUFFI, A. C.; GEBARA, G. Z. **Arbitragem e acesso à justiça: mecanismo extrajudicial de resolução de conflitos**. Revista Jurídica UNIGRAN: Centro Universitário da Grande Dourados. v. 9, n. 18, jul./dez. (1999- ). Dourados: UNIGRAN, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília em 05 de Outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 15 dez 2017.

BRASIL. Portal Do Planalto – Presidência Da República. Leis. **Código de Processo Civil de 2015**, de 16 de março de 2015. Disponível em: <

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm) > Acesso em: 03 fevereiro 2017.

BRASIL. Portal Do Planalto – Presidência Da República. Leis. **Lei nº 13.129**, de 26 de maio de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm)> Acesso em: 25 agosto 2015.

BRASIL. Portal Do Planalto – Presidência Da República. Leis. **Lei nº 9.307**, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm)> Acesso em: 25 agosto 2015.

CAHALI, F. J. **Curso de arbitragem: mediação, conciliação, Resolução CNJ 125/2010**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

CARVALHO FILHO, J. dos S. **Manual de direito administrativo**. 23. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CREMASCO, S. S.; SILVA, T. E. **O caráter jurisdicional da arbitragem e o precedente arbitral**. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, nº 59, p. 367 a 404, jul./dez. 2011. Disponível em: < <http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/159/147>> Acesso em: 03 de fevereiro de 2017.

CREMASCO, S. S.; LAGE, T. A. **A arbitragem: interna e internacional**. Belo Horizonte, Del Rey, 2010..

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

GRAU, E. R. **Arbitragem e Contrato Administrativo**. In: RTDP, nº 32, São Paulo: Malheiros, 2000.

JUSTEN FILHO, M. **Curso de direito administrativo**. 11. ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

LEMES, S. M. F. **Arbitragem na Concessão de Serviços Públicos- Arbitrabilidade Objetiva. Confidencialidade ou Publicidade Processual?**. RDM 134:148/163, abr./jun., 2004.

MARRA, L. C. **A mitigação do princípio da publicidade no processo licitatório na modalidade convite**. Revista Curso de Direito Universidade Federal de Uberlândia. v. 34, p. 193-200, 2006.

MATIAS-PEREIRA, J. **Curso de Administração Pública: foco nas instituições e ações governamentais**. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2010.

MATTOS, M. R. G. de. **Licitação e seus Princípios na Jurisprudência**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

MATTOS NETO, A. J. de. **Direitos Patrimoniais Disponíveis e Indisponíveis à luz da Lei de Arbitragem**. In: Temas Atuais de Direito. Georgenor de Sousa Franco Filho (coord.). Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2013.

MOREIRA NETO, D. de F. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MUNHOZ DE MELLO, R. **Arbitragem e Administração Pública**. Revista Jurídica da Procuradoria-geral do Estado do Paraná, Curitiba, n. 6, p. 47-81, 2015.

PEREIRA, C. M. da S. **Instituições de direito civil**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ROCHA, R. V. **Arbitragem nos Contratos Petrolíferos**. 2º Congresso Brasileiro de P&D em Petróleo & Gás. Disponível em: <<http://www.portalabpg.org.br/PDPetro/2/7041.pdf>>. Acesso em: 15 dez 2017.

SANTOS, L. A. R. dos; CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Arbitragem na Administração Pública**. Scientia Iuris. Londrina, v.16, n. 1, p.137-160, jul. 2012.

TALAMINI, E.; FRANZONI, D. **Arbitragem e empresas estatais**. Interesse Público, v. 105, p. 15-45, 2017.