

Escolha do árbitro na terminação de conflitos administrativos: limites e possibilidades da atuação de um advogado público

Choice of the arbitrator in the termination of administrative conflicts: limits and possibilities of a public lawyer's performance

Cleuler Barbosa das Neves*

Universidade Federal de Goiás (Brasil)
cleuler@gmail.com

Marcílio da Silva Ferreira Filho**

Centro Universitário de Brasília (Brasil)
marciliosff@gmail.com

Como citar este artigo/*How to cite this article*: NEVES, Cleuler Barbosa das; FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. Escolha do árbitro na terminação de conflitos administrativos: limites e possibilidades da atuação de um advogado público. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 18, n. 71, p. 167-195, jan./mar. 2018. DOI: 10.21056/aec.v18i71.587.

* Professor da graduação, especialização *lato sensu* e dos quadros do Programa de Mestrado Profissional em Direito e Políticas Públicas da Universidade Federal de Goiás (Goiânia-GO, Brasil). Doutor em Ciências Ambientais pela Universidade Federal de Goiás (2006). Mestre em Direito Agrário pela Universidade Federal de Goiás (2001). Especialista em Engenharia de Petróleo pela UFBA (1989). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Goiás (1997) e em Engenharia Elétrica pela Universidade Federal de Goiás (1986). Foi conselheiro estadual da Ordem dos Advogados do Brasil Seção de Goiás (2004-2009). Procurador do Estado de Goiás. E-mail: cleuler@gmail.com.

** Doutorando pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB (Brasília-DF, Brasil). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Graduado em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Membro Pesquisador no grupo de pesquisa “Desafios do Controle da administração pública Contemporânea” e membro do grupo de pesquisa “Cortes Constitucionais e Democracia. Procurador do Estado de Goiás. Advogado privado, com foco em Direito Público, especialmente em Direito Administrativo-Regulatório, sendo ainda membro da Comissão Especial de Estudos Processuais (CEEP) da OAB-Goiás e presidente da Subcomissão de Processo Administrativo. E-mail: marciliosff@gmail.com.

Recebido/Received: 05.02.2017 / February 5th, 2017

Aprovado/Approved: 21.08.2017 / August 21st, 2017

Resumo: Este artigo tem por assunto uma análise dos delineamentos jurídicos quanto à escolha de árbitro em procedimento arbitral que apresente em um dos polos da controvérsia a Administração Pública. Como problemática específica, pretende-se analisar os limites e as possibilidades da atuação de um advogado público na arbitragem envolvendo a Administração Pública, indagando sobre a possibilidade de sua nomeação como árbitro em face dos princípios da autonomia privada e da imparcialidade. O objetivo do estudo é analisar a viabilidade da criação de Câmaras arbitrais compostas por advogados públicos (procuradores dos Municípios, dos Estados, da União etc.), que não representem o ente estatal especificamente naquela lide. O tema apresenta relevância, na medida em que o sistema multipartas apresentado pela nova processualística vem sendo adaptado à utilização pela administração pública, porém sua viabilização ainda enfrenta problemas específicos, que merecem um devido aprofundamento.

Palavras-chave: Conflitos administrativos. Meios alternativos. Arbitragem. Árbitro. Advogado público.

Abstract: This article is intended to analyze the legal outlines of the arbitrator's choice in arbitration proceedings that have at one of the controversy's poles the Public Administration. As a specific problem, it is intended to analyze the limits and possibilities of the public lawyer's performance in arbitration involving the Public Administration, inquiring about the possibility of his appointment as arbitrator in face of the principles of private autonomy and impartiality. The study's objective is to analyze the feasibility of creating arbitration chambers composed of public lawyers (municipal, state and federal attorneys etc.) who do not represent the state entity specifically in the case. The theme is relevant, since the multipart system presented by the new process has been adapted to the use by the public administration, but still faces specific problems for its viability, which deserve the due deepening.

Key words: Administrative conflicts. Alternative means. Arbitration. Referee. Public lawyer.

Sumário: Introdução – **1** Meios alternativos de solução de conflitos envolvendo a administração pública – **2** Papel do advogado público no Estado Democrático de Direito e experiências de arbitragem no cenário nacional – **3** Escolha do árbitro e autonomia privada – Conclusão

Introdução

Há uma elevada presença do Estado nos litígios perante o Poder Judiciário, sendo ele um dos grandes responsáveis pela quantidade excessiva de processos nas suas mais diversas áreas de atuação (Direito Administrativo, Tributário, Ambiental, Previdenciário etc.), o que vem impondo uma reformulação nos instrumentos de solução dos conflitos administrativos. A consensualidade (*v. g.* acordos diretos, conciliação e mediação) e a adoção de meios alternativos de solução de conflitos (*v. g.* arbitragem) são exemplos de institutos reconhecidos pela legislação, doutrina e jurisprudência como aplicáveis ao Estado. O próprio processo civil em geral passa, na atualidade, por profundos debates e reflexões em virtude da alta litigiosidade e dos custos de manutenção de uma estrutura judicante complexa.¹

¹ A gestão da máquina judiciária, com o aporte correto de recursos financeiros e humanos, é, sem dúvida, um problema fundamental da modernidade. Afinal, segundo dados do CNJ em relação ao ano de 2016,

Dentre os institutos jurídicos, a utilização da arbitragem pelo Estado em conflitos administrativos ganhou atenção dos estudiosos do Direito nos últimos anos pelo prévio debate e pela subsequente inserção de previsões legais autorizando o seu manejo, inicialmente de forma específica para direitos de caráter patrimonial disponíveis em contratos administrativos e, em seguida, mediante autorização genérica para direitos patrimoniais disponíveis, como se verá adiante. Vários são os questionamentos enfrentados nessa seara, como a análise qualitativa dos conflitos que podem ser objeto de arbitragem (*arbitrabilidade² objetiva*); o delineamento da competência jurídica para arbitrar (*arbitrabilidade subjetiva*); as formas de estabelecer-se uma convenção ou o compromisso arbitral; a possibilidade ou impossibilidade de uso da arbitragem por equidade; a publicidade aplicável ao procedimento arbitral e a possibilidade de sua atenuação etc.

O presente artigo, no entanto, tem um foco mais específico, voltado à atuação do advogado público (procurador do Município, procurador do Estado, Advogado da União etc.) no procedimento arbitral, especialmente indagando acerca da possibilidade de sua escolha como árbitro em tais conflitos. Nesse sentido, lança-se a seguinte tese a ser avaliada: *é possível que um advogado público, não atuante na lide específica em que nasce o conflito, seja nomeado como árbitro em um conflito administrativo, mediante prévia concordância da parte contrária (administrado), sem que isso viole a sua independência e imparcialidade ou sirva de causa de nulidade da sentença arbitral por ele proferida.*

O objetivo dessa análise é verificar qual o papel do advogado público na arbitragem administrativa e se sua atuação como árbitro importa em uma das hipóteses de impedimento do art. 14 da Lei nº 9.307/1996, identificando, ao final, se é possível adotar uma estrutura jurídica suficiente a viabilizar uma Câmara de Arbitragem composta por árbitros advogados públicos ou se a arbitragem só é compatível com a advocacia privada.

são 15.773 unidades judiciárias de primeiro grau, sendo 14.175 varas estaduais, do trabalho e federais (90%), 1.598 juizados especiais, 3.039 zonas eleitorais, 13 auditorias militares estaduais e 19 auditorias militares da união. Além disso, há ainda as grandes estruturas dos órgãos de segundo grau em diante. Para ter uma noção mais profunda do problema, em 2015, as despesas do Poder Judiciário chegaram à monta de R\$79,2 bilhões, equivalente a 1,3% do PIB, com um custo médio de R\$387,53 por habitante. Uma espécie, então, de seguro pago (diga-se de passagem, bem caro) pela população para ter acesso eventual ao Poder Judiciário em caso de conflito, índice este que remete ainda a um crescimento contínuo, ao invés de sua diminuição. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números*: ano 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbf344931a933579915488.pdf>>. Acesso em: 22 mar. 2017.

² *Arbitrabilidade* é “[...] o termo que define sobre critérios *ratione materiae* e *ratione personae* parâmetros daquilo que se pode levar à arbitragem, isto é, o tipo de matéria que pode ser julgada em sede arbitral, e de quem pode se submeter à arbitragem, ou seja, as pessoas habilitadas a se utilizarem desse mecanismo”. SALLA, Ricardo Medina. *Arbitragem e Administração Pública*: Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 35.

1 Meios alternativos de solução de conflitos envolvendo a administração pública

A solução de conflitos de maneira consensual ou por vias alternativas envolvendo a administração pública não é uma prática comum em países de cultura romano-germânica, especialmente nos que adotam um modelo jurídico administrativo inspirado em institutos decorrentes de um regime jurídico especial aplicável ao Estado (modelo francês).³ O Brasil segue essa perspectiva e, no seu cenário histórico, a consensualidade administrativa não era uma prática reconhecida, sendo desprovida de previsão legal e mesmo de estudos mais aprofundados dos publicistas.

Apesar disso, os problemas de acesso à jurisdição e o alto índice de congestionamento nos processos que envolvem a Fazenda Pública em trâmite no Poder Judiciário começaram a incentivar uma mudança legislativa, no intuito de alterar também a cultura de judicialização generalizada dos conflitos. A adoção de meios alternativos para solução dos embates envolvendo não só particulares, mas também – e especialmente – englobando a administração pública, passa a ser uma necessidade do sistema jurídico brasileiro.

Um dos motivos para tal releitura é, inclusive, o acesso à jurisdição como direito fundamental estatuído constitucionalmente (art. 5º, XXXV, CF/1988), que, no entanto, sofre restrições de variadas categorias. Corroborando tal afirmativa, Luciane Moessa de Souza destaca, como principais obstáculos de acesso à jurisdição, os seguintes motivos para seu afastamento: (a) obstáculos de natureza financeira (altos valores a título de custas, honorários etc.);⁴ (b) obstáculos temporais

³ Nos países de cultura anglo-saxã, o direito administrativo foi reconhecido como disciplina autônoma não há muito tempo. No direito norte-americano, por exemplo, foi o surgimento das *Agencies* e a procedimentalização do direito administrativo (através do *Administrative Procedure Act* de 1946) que promoveu uma das grandes contribuições para o reconhecimento do *Administrative Law*, ainda que embrionariamente. CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. A independência da função reguladora e os entes reguladores independentes. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 219, p. 253-270, jan./mar. 2000, p. 270.

⁴ A gestão governamental qualificada exige a análise de custos na manutenção de litígios na formação tradicional de jurisdição. Como destacam Meire Lúcia Monteiro Mota Coelho e Magda de Lima Lúcio: “Pensar nos custos desses processos torna-se uma tarefa fundamental do gestor público, pois o custo para o erário é uma realidade em muitos momentos não considerada. A discussão acerca dos gastos despendidos pela estrutura administrativa ainda não se encontra no cerne das preocupações da gestão no seu conjunto, tampouco de seu corpo de funcionários ou ainda dos cidadãos. Seria correto afirmar que essa percepção oscila entre não vincular o custo de um procedimento administrativo ao custo dele, a uma visão amplamente divulgada em reportagens e artigos jornalísticos, como algo que é feito de modo indiscriminado e sem propósito. Para se ter uma gestão pública consequente e de alta qualidade, há que se transcenderem essas visões polarizadas e construir uma noção que esteja de acordo com o lugar que o Brasil vem ocupando na economia e no cenário interno”. COELHO, Meire Lúcia Monteiro Mota; LÚCIO, Magda de Lima. Litigiosidade e Impacto na Gestão Pública: A mediação como instrumento de gestão: a experiência da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal. *Revista da PGBC*, Brasília, v. 4, n. 2, p. 75-97, dez. 2010, p. 83.

(morosidade no trâmite e conclusão do processo judicial);⁵ (c) obstáculos psicológicos e culturais (desconfiança em relação ao sistema jurídico); (d) obstáculos institucionais propriamente ditos.⁶

Assim, o Direito Administrativo não pode ser estudado e avaliado a partir de meras formas jurídicas sem levar em consideração os problemas intrínsecos do dia a dia. A sua análise deve levar em consideração a complexidade econômica e social da atualidade. Juan Alfonso Santa Maria Pastor, embora comentando acerca da gênese do Direito Administrativo espanhol, assevera que a objetividade desse Direito – a partir de uma perspectiva neutral – é algo que não deve ser buscado, pois ele precisa ser compreendido em seu contexto. Segundo o autor: “[...] a objetividade requer afastamento, distanciamento, e o Direito Administrativo constitui o entorno em que vivemos, nossa própria realidade vital e social, que nos condiciona de um modo ou de outro”.⁷

Nesse cenário, a criação de um sistema jurídico que permita formas diferentes de solução das controvérsias em comparação aos meios típicos de acesso ao Poder Judiciário mostra-se salutar em uma arena problemática de gestão processual, principalmente quando se observa a inserção do princípio da eficiência⁸ no Texto Constitucional (art. 37, *caput*) somado à noção de Administração Pública gerencial.⁹ É aqui que surge, então, aquilo que se concordou denominar de sistema

⁵ Dentre os motivos que justificam a adoção de meios alternativos, encontra-se a demora na prestação da tutela pelo Poder Judiciário. Dados do CNJ de 2016, apontam que o processo de conhecimento tem duração média de 2 anos e 11 meses, além de 5 meses de trâmite no segundo grau. A execução fiscal, típico instrumento fazendário, por sua vez, tem duração média de 7 anos e 7 meses em primeiro grau, somados a cinco meses de segundo grau, o que indica mais do que o dobro de duração do tempo médio do processo de conhecimento. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números*: 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbf344931a933579915488.pdf>> Acesso em: 19 mar. 2017.

⁶ SOUZA, Luciane Moessa de. *Mediação, acesso à justiça e desenvolvimento institucional*. In: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de. *Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 60.

⁷ O Direito Administrativo em países de cultura dessa estirpe sofre severas dificuldades de adaptação pela utilização de padrões jurídicos e legislações que se pautam em uma realidade de Estado diferente, que não vive o momento de complexidade da sociedade atual, nos mais diversos setores econômicos (v. g. petróleo, telecomunicações, trânsito, transporte etc.). O autor afirma que a *historicidade* do Direito Administrativo, compreendido a partir do seu tempo e lugar vivido, é fundamental para a solução dos principais problemas da atualidade. PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. *Sobre la génesis del Derecho Administrativo español en el siglo XIX (1812-1845)*. Madrid: Lustel, 2006, p. 28: “[...] la objetividad requiere alejamiento, distanciamiento, y el Derecho Administrativo constituye el entorno en que vivimos, nuestra propia realidad vital y social, que nos condiciona de un modo u otro”.

⁸ O princípio da eficiência gera um *dever de boa administração*, mencionada por alguns como princípio administrativo. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 122. Dentre as possibilidades de sua aplicação, encontra-se a necessidade de avaliar entre a imposição de medidas imperativas ou a realização de atos negociais, como defende Onofre Alves Batista Júnior. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 169.

⁹ Segundo João Deodato Muniz de Oliveira, “[...] após o advento da Constituição Federal de 1988, o papel do Estado na economia do país veio sendo revisto, ocorrendo um estímulo a uma maior *participação* da

“multiportas”, estabelecido anteriormente em legislação esparsa e agora corroborado expressamente pelo novo Código de Processo Civil (NCPC), de 16 de março de 2015, além de encontrar-se previsto também no Direito Internacional Público.¹⁰

Antes de qualquer aprofundamento, é preciso esclarecer que a solução alternativa de conflitos (sistema multiportas) admite *instrumentos* de autocomposição (acordos diretos, conciliação e mediação) e de heterocomposição (arbitragem). Enquanto na primeira hipótese as partes resolvem autonomamente o conflito (podendo haver auxílio do mediador ou conciliador), na segunda hipótese é proferida uma decisão por um terceiro (árbitro) que resolve a lide de forma definitiva entre as partes.¹¹

O NCPC prevê expressamente o uso da heterocomposição (art. 2º, §1º) e da autocomposição (art. 2º, §§2º e 3º), sendo certo que esta última é tratada como instrumento preferencial pelo novo Código, enquanto que a prestação jurisdicional comum deve ser utilizada como última via, preferindo-lhe a arbitragem. Porém, é preciso destacar que a origem desse sistema não adveio diretamente do Código de 2015.

A autocomposição é uma forma específica de lidar com os litígios, sendo compatível com aqueles que envolvem a Fazenda Pública. É de reconhecer-se, apesar do debate existente quanto à indisponibilidade do interesse público, que a realização de acordos administrativos, inclusive mediante conciliação e mediação, não é estranha ao ordenamento jurídico brasileiro, possuindo delineamentos diversos conforme a legislação de cada ente federativo.¹² Pela delimitação do presente trabalho, não cabem aqui maiores digressões gnoseológicas acerca da transação administrativa, já que o objetivo da análise diz respeito especificamente à arbitragem.

sociedade no exercício da atividade econômica e na consecução do interesse público”. OLIVEIRA, João Deodato Muniz de. A arbitragem e administração pública. *JAM Jurídica*, Laudo de Freitas, edição especial, ano XVII, p. 3-10, 2012, p. 9.

¹⁰ A própria *consensualidade* está *respaldada* também em *tratado internacional*. O II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais Acessível, Rápido e Efetivo prevê como finalidade “[...] fortalecer a mediação e a conciliação, estimulando a resolução de conflitos por meios autocompositivos, voltados à maior pacificação social e menor judicialização”, bem como “[...] ampliar a edição de *súmulas administrativas* e a *constituição de Câmaras de Conciliação*”.

¹¹ “A transação, como já se viu, não guarda similitude com a arbitragem, em suas duas modalidades, tanto a judicial quanto a extrajudicial. Ambas as hipóteses, por sua natureza, preveem que as partes realizem concessões mútuas, enquanto na arbitragem não há consentimento ou condescendência; ambas têm interesse de ver reconhecido o direito que postulam, e a conseqüente rejeição da pretensão da parte *ex adversa*”. KROETZ, Tarcisio Araújo. *Arbitragem: conceito e pressupostos de validade de acordo com a Lei 9.307/96*. São Paulo: RT, 1998. p. 47-48.

¹² Nesse sentido, é interessante observar a Lei Federal nº 13.140/2015, que, em diversas passagens, trata da mediação de conflitos *no âmbito da Administração Pública*. Além disso, importante verificar a ocorrência de disposições legislativas em diversos diplomas legais e regulamentos dos entes federativos, especialmente autorizativos da atuação de sua advocacia pública para realização de transações administrativas. Nesse sentido, conferir o Decreto nº 7.392/2010, que cria a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal, e a LC nº 73/1993 e a Lei nº 9.469/1997, que autorizam a fixação de valores regulamentados pela Portaria AGU nº 2/2014 para realização de acordos administrativos.

Historicamente, a arbitragem também não é um instituto jurídico recente no Brasil. O Código Comercial de 1850 já o previa em seus arts. 245 e 294.¹³ Porém, o marco legislativo brasileiro da Arbitragem deu-se efetivamente em 1996 com a edição da Lei nº 9.307,¹⁴ de 23 de setembro de 1996, que trouxe diversas disposições sobre o instituto, sem, no entanto, dispor acerca de sua aplicabilidade ao Estado. Essa *omissão* legislativa causou discussão quanto à possibilidade de ser utilizada a arbitragem pela administração pública em seus conflitos: de um lado, argumentava-se que o interesse público seria indisponível, só podendo haver ato consensual (consenso para início do procedimento arbitral, através da cláusula arbitral) mediante autorização legislativa; de outro lado, argumentava-se favoravelmente a sua aplicação, dado que a Lei nº 9.307/1996 autorizava o seu uso por “pessoas capazes”, conceito este que engloba as pessoas jurídicas de direito público.¹⁵

Sob influxos do primeiro argumento, entendendo não ser possível o uso da arbitragem por pessoas jurídicas de direito público, era o pensamento manifestado pelo Tribunal de Contas da União (Processo nº 005.250/2002, Acórdão nº 537/2006, Segunda Câmara).¹⁶ O Superior Tribunal de Justiça (STJ),¹⁷ por outro lado, entendia como *cabível* a arbitragem no âmbito da administração pública.

Ante a ausência de previsão expressa na Lei nº 9.307/1996 para o uso da arbitragem nas lides envolvendo a administração pública, o legislador passou a fazer sua inserção em legislações esparsas. A Lei de Parceria Público-Privada (Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004), em seu art. 11, III, previu expressamente a possibilidade do emprego da arbitragem para solução de conflitos decorrentes

¹³ “Art. 245 – Todas as questões que resultarem de contratos de locação mercantil serão decididas em juízo arbitral. [...]”

Art. 294 – Todas as questões sociais que se suscitarem entre sócios durante a existência da sociedade ou companhia, sua liquidação ou partilha, serão decididas em juízo arbitral.”

¹⁴ A referida lei foi objeto de discussão quanto à sua constitucionalidade perante o STF em face do dispositivo constitucional que prevê a inafastabilidade de jurisdição (CFRB/88, art. 5º, XXXV). A Suprema Corte, nesse sentido, entendeu que a lei é constitucional. SE nº 5206 AgR/EP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Julgamento: 12.12.2001, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação: *DJ*, 30 abr. 2004.

¹⁵ Nesse sentido, assevera-se que “[...] não há obstáculo algum por parte da norma de regência. Pelo contrário, quando a lei estabelece que ‘as pessoas capazes de contratar’ podem se valer da arbitragem, oferece um critério amplo e inclusivo, uma vez que na expressão ‘as pessoas...’ deve-se interpretar o ‘as’ como ‘todas’, de modo a se entender que ‘todas as pessoas’, sem qualquer restrição, que tenham a capacidade de comprometer-se em obrigações e direitos e, portanto, de contratar pode empregar a arbitragem”. PARADA, André Luis Nascimento. *Arbitragem nos contratos administrativos*: análise crítica dos obstáculos jurídicos suscitados para afastar a sua utilização. Curitiba: Juruá, 2015. p. 54.

¹⁶ No mesmo sentido: Acórdão nº 1.099/2006 – Plenário, publicado no *DOU*, 10 jul. 2006.

¹⁷ Na hipótese, tratava-se de ação de atentado pelo descumprimento de decisão judicial que considerara válida uma cláusula compromissória firmada em contrato de permissão de área portuária com empresa privada e uma sociedade de economia mista. STJ. MS nº 11308/DF, 2005/0212763-0, Relator: Ministro Luiz Fux, S1 – Primeira Seção, Data do Julgamento: 09.04.2008. Data da Publicação/Fonte: *DJe*, 19 maio 2008.

dos contratos por ela regulados.¹⁸ A Lei Geral de Concessões e Permissões (Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995) foi modificada pela Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005, que incluiu seu art. 23-A para seguir o mesmo caminho, prevendo expressamente a possibilidade de inserção de cláusula arbitral em seus contratos.¹⁹

O advento das agências reguladoras nas últimas duas décadas, como modelo importado em decorrência da filosofia reguladora do Estado (CFRB/88, art. 174), também trouxe a arbitragem como instituto jurídico associado, normalmente com previsão expressa em contratos de concessão realizados pelas *agências*. Atualmente, encontra-se previsão da arbitragem e de outros meios alternativos de solução de conflitos nas legislações de parte das agências reguladoras,²⁰ como a ANP,²¹ a ANTT,²² e a ANATEL.²³

No entanto, as agências reguladoras também possuem previsão em suas legislações acerca da *arbitragem regulatória*, que se distingue da arbitragem como modalidade de jurisdição privada. A *arbitragem regulatória* é típica do modelo norte-americano e é exercida, em regra, através de conselhos constituídos internamente nas agências, com atividades denominadas quase jurisdicionais.²⁴ Com independência técnica e especialização, tais entidades resolvem litígios entre os entes regulados e entre estes e o ente regulador, através de uma decisão proferida pelo corpo administrativo, uma espécie de contencioso administrativo (por uma comparação com o modelo europeu dual de jurisdição).

O interessante de perceber-se é que na arbitragem regulatória dos EUA as decisões proferidas não podem ser objeto de controle amplo pelo Poder Judiciário.

¹⁸ “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 nº 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 nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.”

¹⁹ “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.”

²⁰ As previsões de uso da arbitragem vão desde os litígios contidos nos contratos de concessão, ou seja, entre poder concedente e concessionária, até litígios exclusivamente entre entes privados regulados pelas agências.

²¹ Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, art. 43, X.

²² Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, arts. 35, XVI, e 39, XI.

²³ Lei 9.472, de 16 de julho de 1997: “Art. 93. O contrato de concessão indicará: [...] XV – o foro e o modo para solução *extrajudicial* das divergências contratuais”.

²⁴ No Direito norte-americano, fala-se na figura do *Administrative Law Judge*, que integra comissões ou *cameras institucionais* (mais típico no âmbito das Agências Reguladoras, mas existentes também em outros órgãos) com o poder de julgar litígios administrativos, que nem sempre se submetem à revisão jurisdicional, dada a sua *discricionariedade técnica*. Há quem entenda, no entanto, que se trata de mera atividade administrativa e que a expressão (atividade *quase jurisdicional*) deveria ser abandonada. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 318-320.

Trata-se de uma espécie de decisão administrativa, mas que não pode ser livremente revista por um juiz em virtude da caracterização da discricionariedade técnica. A concepção desse modelo tem em vista que o conselho administrativo que compõe a agência reguladora independente é dotado de um *profundo grau de especialização*, que não pode ser substituído pela comum análise do Poder Judiciário. Tal concepção, nos moldes do Direito Norte-Americano, vem sofrendo restrição pelos tribunais pátrios, que, em alguns precedentes, entendem pela possibilidade de controle da decisão regulatória quanto à sua legalidade e legitimidade.²⁵

Veja-se que, a despeito da discussão existente sobre o assunto, há quem admita a constituição de “Câmaras Especiais” na estrutura organizacional das agências, com garantias de independência e imparcialidade, objetivando solucionar não apenas litígios entre entes privados regulados, mas também entre eles e as próprias agências enquanto poder concedente:

[...] considerando-se o grau de independência que deve ter a agência, é admissível conceber que possa, eventualmente, ter uma competência quase judicial. Para tanto, seria preciso que se constituísse, no âmbito da mesma, uma ‘Câmara Especial’, que, não sendo dotada de competência administrativa, esteja apta a julgar os conflitos entre o poder concedente e o concessionário. Tal solução constituir-se-ia na organização de uma forma de contencioso administrativo, funcionando, em relação a concessões, como os Conselhos de Contribuintes atuam em matérias fiscais, ou como o Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional no tocante à área bancária, sem prejuízo da posterior apreciação pelo Poder Judiciário de qualquer lesão de direito.²⁶

A arbitragem como jurisdição privada, no entanto, é formada por uma ótica adicional. Nessa hipótese, não se trata de decisão administrativa para dirimir conflitos de maneira imperativa, mas sim de uma composição amigável entre as

²⁵ Nesse sentido, decidiu o STJ: “[...] Nunca é demais lembrar que vigora no Brasil o sistema da unidade de jurisdição, o qual - ao contrário do sistema contencioso francês - possibilita a parte a ingressar no Poder Judiciário independentemente da solução alcançada nas vias administrativas, salvo algumas exceções previstas tanto na Constituição Federal quanto na legislação infraconstitucional. 17. Esta observação tem relevância para o deslinde da presente controvérsia, na medida em que nem a Lei das Agências Reguladoras (Lei 9.986/2000), tampouco a Lei Geral de Telecomunicações excluiu a possibilidade de revisão dos atos administrativos - quanto à legalidade e legitimidade - praticados por estas agências de regulação setorial. [...] Ademais, no caso em concreto, embora a Lei Geral de Telecomunicações - Lei 9.472/97 - tenha atribuído à ANATEL a competência para compor administrativamente conflitos de interesses entre prestadoras de serviço de telecomunicações (art. 19, XVII), em nenhum momento há vedação para que eventuais interessados ingressem no Poder Judiciário visando à discussão de eventual lesão ou a ameaça de lesão a direito tutelado por Lei” (STJ, REsp nº 1275859/DF, 2011/0211492-8, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Órgão Julgador: T2 - Segunda Turma, Data do Julgamento: 27.11.2012. Data da Publicação/Fonte: *DJe*, 05 dez. 2012).

²⁶ WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de. Agências reguladoras. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 36, n. 141, p. 143-172, jan./mar. 1999, p. 159.

partes (cláusula ou compromisso arbitral) com o intuito específico de substituir a jurisdição pública (prestação jurisdicional fornecida pelo Poder Judiciário) por uma decisão emitida fora do Poder Judiciário, mas com potencial para formação da coisa julgada. Aqui, *prevalece a autonomia privada* das partes.

No Direito brasileiro, foi a Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015, que passou a prever uma autorização genérica para a utilização da arbitragem pelas pessoas jurídicas de direito público, constituindo um marco legislativo para o Estado. Incluindo o §1º ao art. 1º da Lei nº 9.307/1996, previu-se que: “A administração pública direta e indireta *poderá* utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.”; complementada pelo seu §2º, no sentido de que “A *autoridade* ou o *órgão competente* da administração pública *direta* para a *celebração de convenção de arbitragem* é a *mesma* para a *realização de acordos ou transações*”.

Ou seja, toda autoridade integrante da administração pública direta que detém competência para contratar ou para transigir também é *competente* para *instituir arbitragem* com escopo de dirimir extrajudicialmente controvérsias que a envolvam, ou seja, para solucionar lides em que ela e seus administrados contendam-se sobre “direitos patrimoniais disponíveis” (art. 1º, §1º, Lei nº 9.307/1996), sendo que a “[...] *indisponibilidade do interesse público* deve ser entendida no *sentido* de que não é possível ao agente público dispor do referido interesse para fazer prevalecer uma intenção sua pessoal, *desviando a finalidade* última da prática do ato administrativo”.²⁷

2 Papel do advogado público no Estado Democrático de Direito e experiências de arbitragem no cenário nacional

A inserção de previsões legais acerca da arbitragem (e de outras formas de solução alternativa de conflitos) no âmbito administrativo não importa, por consequência, a sua rotineira utilização nos conflitos envolvendo o Poder Público. Afinal de contas, a mudança legislativa não importa numa mudança cultural. A norma jurídica é construída a partir da realidade social e econômica, levando-se em consideração ainda a *tradição* em decorrência do *tempo* e *lugar* em que os *signos* linguísticos contidos no diploma legal são interpretados, pela redução gnoseológica e axiológica do enorme espaço presente entre significantes do passado e significados ideais voltados para o futuro.²⁸

²⁷ FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva; NEVES, Cleuler Barbosa das. Contrapesos de uma Administração Pública consensual: legalidade versus eficiência. *Revista Interesse Público*, Belo Horizonte, n. 103, no prelo, jun./jul. 2017, p. 10-13.

²⁸ ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2011, p. 194, formula uma releitura da *teoria das fontes* do Direito, segundo a perspectiva de uma nova

Assim, não basta que um dispositivo legal permita a arbitragem no âmbito dos conflitos administrativos para que tal instrumento passe a ser utilizado na *praxis* dos órgãos e entidades do Estado. Nesse cenário, podemos citar como entraves à realização da arbitragem nos conflitos administrativos: (a) ausência de regulamentação interna destinada ao uso da arbitragem (afora a previsão legal genérica); (b) falta de recursos específicos para custear o procedimento e adimplir os honorários e outras despesas arbitrais; (c) cultura do pensamento jurídico limitadora do objeto passível de arbitragem (limitação quanto à *arbitrabilidade* objetiva); e, o principal desta análise, (d) as dificuldades para *escolha* de árbitros *ad hoc*, quando inexistente uma estrutura interna de arbitragem institucional.

Quanto ao primeiro entrave, a ausência de regulamentação interna causa transtorno aos que pretendem realizar um procedimento arbitral em determinados conflitos. Isso porque a atuação dos órgãos de controle (Controladorias, Corregedorias, Tribunais de Contas etc.) é incerta, principalmente em matéria de jurisdição alternativa. Assim sendo, a utilização da arbitragem pautada exclusivamente na conveniência e oportunidade do agente representante do Estado no litígio causa insegurança do agente na escolha dessa via, impedindo o seu uso em oportunidades que seriam vantajosas.

Não se quer dizer aqui que a regulamentação é imprescindível para o uso da arbitragem. Pelo contrário, a Lei nº 13.129/2015 é suficiente para sua adoção no âmbito da administração pública. Porém, a adoção dessa via, de forma mais eficaz, depende da segurança do agente que pretende utilizá-la, sem temer controles excessivos na sua atuação.

Quanto ao segundo entrave, a ausência de recursos específicos também é um problema rotineiro do Poder Público na sua realização de instrumentos privados. A arbitragem, como qualquer procedimento privado, depende do pagamento de custas para financiar o procedimento como um todo e do pagamento

Retórica, assim sintetizada: “[...] já que o direito é um fenômeno empírico, seu *conhecimento* precisa enfrentar as *incompatibilidades* [abismos gnosiológico e axiológico] entre os *fatos juridicamente relevantes* [relato vencedor] (que são *individuais* e nunca se repetem), os *significantes normativos* (as *fontes do direito*, *substratos físicos da comunicação normativa*, pela *mídia de gestos, locuções, textos*, aqui distinguidos como a segunda acepção em que a expressão norma jurídica é utilizada [N₂]) e os *significados* que essas fontes buscam expressar [*imprimir* na *nomogênese* x *exprimir* na *nomoconcreção*] (as normas jurídicas na sua aqui denominada primeira acepção [N₁], reunindo todos os processos cognitivos, mentais, *ideais de criação* [*inventio*] e *atribuição* de significado genérico). O *resultado* do *tratamento* dessas *incompatibilidades* constitui a norma [condições de *decidibilidade* de Tércio Sampaio Ferraz Junior: ônus, presunções etc.] em sua terceira acepção [N₃], a *norma decisória*, um *comando particular* sobre um *fato jurídico relevante* também específico [NIC (N₂dN₁)], como que fechando o ciclo e buscando interferir na constituição da retórica material dentro do mundo real dos eventos [...] significantes genéricos cristalizados tentam impor os significados vencedores, *tentam ontologizar* o mundo, dizer o que vai ser [Teoria dos Memes] [...] é a *resposta do direito ao conflito* [intersubjetivo de interesses qualificado por uma pretensão resistida, que ele busca *decidir* com um mínimo de perturbação social possível, segundo a *Teoria da decisão jurídica* de Tércio Sampaio Ferraz Junior]”.

dos honorários destinados ao árbitro eleito para decidir a lide. Assim, caso não haja a criação de um fundo específico para custear a arbitragem, todos os problemas orçamentários rotineiros sobressaem-se como entraves à realização do procedimento.

Uma das opções seria que o particular custeasse a arbitragem isoladamente e que, apenas em caso de êxito, o Poder Público viesse a ressarcir-lo. No entanto, esse posicionamento desestimularia o uso da arbitragem no campo administrativo, já que, em regra, os custos são maiores e nem sempre o particular custeia o processo no âmbito do Poder Judiciário (v. g. processos em que o Estado é autor).

Quanto ao terceiro entrave, o problema do objeto passível de arbitramento (*arbitrabilidade* objetiva) é sempre um questionamento vigente no Poder Público. Segundo o art. 1º, §1º, da Lei nº 9.307/1996, permite-se o uso da arbitragem em “[...] conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. No entanto, são vários os questionamentos que permeiam a aplicação do referido dispositivo: a quem compete definir quais são os direitos patrimoniais de caráter disponível? Pode legislação federal limitar a arbitrabilidade objetiva de outros entes federativos sem violar sua autonomia? Qual(is) o(s) efeito(s) da realização de arbitragem sobre direitos que não sejam patrimoniais ou que não sejam teoricamente disponíveis?

Pela delimitação gnoseológica do presente trabalho, as perguntas levantadas ficarão para resposta em outros estudos. O que se quer com o levantamento das dúvidas é demonstrar que a limitação do objeto a ser arbitrado também é um sério entrave à realização da arbitragem no cotidiano da administração pública.

Por fim, o quarto entrave mencionado (sem prejuízo de outros também cabíveis) trata dos problemas que surgem no procedimento de *escolha* dos árbitros. Sabe-se que, na escolha dos árbitros, é possível que haja a utilização da arbitragem *institucional* ou da arbitragem *ad hoc*. Na arbitragem *institucional*, contrata-se uma instituição e as partes poderão valer-se dos árbitros a ela vinculados. São as denominadas Câmaras Arbitrais, que, em regra, possuem maior credibilidade pela sua especialização (*expertise*) e na multiplicidade de árbitros que constituem o seu quadro.²⁹ Pela arbitragem *ad hoc*, por outro lado, a nomeação e escolha do árbitro dá-se através do consenso em face de terceiros que não são vinculados especificamente a qualquer instituição, isto é, há uma liberdade para escolha de acordo com a autonomia privada das partes.

A escolha de árbitros privados de maneira consensual recai nas velhas problemáticas do Direito Administrativo, especialmente no problema da indisponibilidade do interesse público (como decorrência da supremacia do interesse

²⁹ No Brasil, podemos citar como exemplos a Câmara de Arbitragem CIESP e FIESP e a Câmara de Arbitragem da FGV; sem contar as Câmaras internacionais, bastante renomadas, como a Corte Internacional de Arbitragem, entre outras.

público³⁰) e da exigência de licitação. A indisponibilidade do interesse público face à consensualidade inicial da arbitragem já restou bem enfrentada nas linhas acima, já que a legislação expressamente autorizou o seu uso, não havendo mais debates quanto à viabilidade do procedimento arbitral de maneira abstrata, mesmo em face do necessário consenso inicial na escolha do árbitro.

No que concerne à exigência de licitação, o posicionamento quase que unânime da doutrina é no sentido de que tal instituto não tem aplicabilidade no âmbito da escolha dos árbitros, já que seria incompatível com o referido procedimento. As partes devem possuir liberdade na escolha do profissional que decidirá o conflito e, portanto, o procedimento licitatório traria entraves à própria essência da arbitragem.

Porém, apesar da viabilidade da arbitragem e da não obrigatoriedade de licitação para a escolha dos árbitros, ainda assim a escolha de entes exclusivamente privados acaba por ensejar certo desconforto dos agentes públicos que os definirão em consensualidade com a outra parte privada. É comum, inclusive, que o conhecimento especializado acerca de uma lide de cunho administrativo seja detido por agentes públicos que atuam no setor há mais tempo e de forma mais rotineira, de sorte que não seria estranho que houvesse a sua nomeação para atuar como árbitro. A discussão, nesse cenário, reduz-se quanto à existência de *impedimento* ou não, fato que trataremos no tópico subsequente.

Voltando, no entanto, à questão da problemática inerente ao uso da arbitragem nos conflitos administrativos, ressaí como relevante o papel desenvolvido pela Advocacia Pública. A releitura do papel da Advocacia Pública que vem sendo promovida nos últimos anos pode ser uma solução ainda não enfrentada nos redutos doutrinários e jurisprudenciais para os entraves à aceitação da arbitragem nos conflitos não só entre órgãos e entidades da Administração Pública, mas também entre estes e agentes privados.

A Advocacia Pública é instituição consagrada constitucionalmente no plano federal (CFRB/88, art. 131) e estadual (CFRB/88, art. 132), sendo certo que a ausência de previsão quanto à advocacia pública municipal diminui a sua importância, tendo em vista a necessidade de um corpo administrativo especializado na

³⁰ Há quem defenda, no entanto, que a supremacia do interesse público não pode ser mais vista, na modernidade, como princípio em face dos princípios fundamentais. Esse é o pensamento de Humberto Ávila, para quem a referida supremacia não é um princípio jurídico ou norma-princípio. Segundo ele “[...] a administração não pode exigir um comportamento do particular (ou direcionar a interpretação das regras existentes) com base nesse ‘princípio’.” ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RER)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, set./out./nov. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rer.asp>>. Acesso em: 1º abr. 2017.

representação e na consultoria jurídica de todas as pessoas jurídicas integrantes da Administração Pública.³¹

O novo Código de Processo Civil de 2015, consolidando tal ideia, destina um título (Título VI) à Advocacia Pública, prescrevendo, em seu art. 182, que a referida instituição visa “[...] defender e promover os interesses públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, por meio da representação judicial, em todos os âmbitos federativos, das pessoas jurídicas de direito público que integram a administração direta e indireta”.

A Advocacia Pública não se confunde com o Ministério Público ou mesmo com a figura do *Ombudsman*,³² retratada em outros regimes jurídicos. No entanto, cabe-lhe, com exclusividade, a *representação* dos interesses das pessoas jurídicas de direito público da administração pública direta e indireta, que tutela, evidentemente, o interesse público.

Há quem faça, com respaldo nas lições de Renato Alessi, uma distinção entre interesse público *primário* e *secundário*,³³ suscitando uma dúvida quanto à categoria do direito defendido pela Advocacia Pública. O interesse público primário seria aquele interesse público propriamente dito, que vai além da mera máquina administrativa, beneficiando toda a população (*v. g.* meio ambiente, direitos culturais, direitos difusos em geral etc.). O interesse público secundário seria aquele de interesse mais restrito, voltado à mera máquina administrativa, como, por exemplo, a mera arrecadação de créditos titularizados pelo Estado.

A divisão entre interesse público primário e secundário, apesar de mantido na doutrina administrativista brasileira, constitui uma linha muito tênue e, portanto, passível de severas críticas. No entanto, não consubstancia o escopo do presente trabalho aprofundar as teses a respeito de tal assunto. Assim, a despeito

³¹ Fala-se, inclusive, que a Advocacia Pública atual desempenha um papel de suma relevância no Estado Democrático de Direito, exercendo uma verdadeira *função social*. Segundo Derly Barreto e Silva Filho, “[...] cabe à Advocacia Pública a *função social* e o dever constitucional de *viabilizar juridicamente* as *políticas públicas* não só sob aspectos formais (redacionais), mas, também, materiais. Compete-lhe escrutinar tecnicamente as proposições, a fim de possibilitar a produção de normas justas e, na medida do possível, harmonizar *juridicamente* as distintas pretensões e forças sociais e políticas que, a partir de suas próprias perspectivas, têm, cada qual, uma concreta ideia de justiça”. BARRETO E SILVA FILHO, Derly. A Advocacia Pública e o aperfeiçoamento normativo do Estado Democrático de Direito. *Revista Brasileira de Advocacia Pública*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jul./dez., p. 45-71, 2015, p. 66.

³² Apesar de não haver correspondência direta entre o *Ombudsman* e a Advocacia Pública, é fato que ambos exercem funções muito semelhantes a partir da atual releitura do papel dessa última instituição. O *Ombudsman* teve origem na Suécia, por volta de 1713, cuja função seria o controle da Administração Pública, supervisionando a atuação dos funcionários públicos. O cargo, nos ordenamentos jurídicos estrangeiros, é normalmente vinculado ao Parlamento, muito embora não haja uma uniformidade de tratamento. Odete Medauar destaca que “[...] sem considerar os particularismos nacionais, *Ombudsman*, em essência, é um *meio* de *controle* da Administração, derivado, em geral, do Parlamento. [...] É possível apresentar ao *Ombudsman* reclamações contra a Administração, e sobre tais casos ele tem o poder, no mínimo, de emitir parecer”. MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. 3. ed. rev., atual. ampl. São Paulo: RT, 2014. p. 157.

³³ ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Barcelona: Bosch, 1970. p. 184-185.

do reducionismo da divisão (primário e secundário), uma análise mais aprofundada e objetiva das funções desenvolvidas pela Advocacia Pública, porém, não deixa dúvidas de que o interesse público perseguido por essa *instituição* é o chamado interesse público primário.

A atuação da Advocacia Pública dá-se nas mais diversas áreas, possuindo um papel relevante não só na defesa dos interesses das pessoas jurídicas de direito público enquanto máquinas estatais, mas também no *controle* de legalidade dos atos administrativos, no empreendimento de defesa de interesses difusos (meio ambiente, patrimônio cultural, artístico etc.), entre outros.³⁴ Nesse sentido, a autonomia da referida instituição vem sendo defendida, inclusive mediante iniciativa parlamentar para alteração da Constituição.³⁵

No que concerne à atuação da Advocacia Pública no campo da arbitragem, é possível observar que, nos poucos diplomas legais que tratam do assunto, há uma *participação obrigatória* da instituição, seja no que concerne ao seu cabimento, seja na sua atuação como árbitro propriamente dito.

No âmbito da Advocacia-Geral da União, foi instituída a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Pública Federal através do Decreto nº 7.392, de 13 de dezembro de 2010, com competências fixadas no seu art. 18. A referida câmara é composta por advogados públicos, aos quais compete, por exemplo, “*avaliar a admissibilidade* dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação” (inciso I) e “*propor*, quando couber, ao Consultor-Geral da União o *arbitramento* das controvérsias não solucionadas por conciliação” (inciso VI).

É bem verdade que, no âmbito da AGU, a resolução de conflitos através do sistema multiportas restringe-se muito a conflitos entre órgãos e entidades administrativos, mas isso não impede que se realize também entre estes e agentes privados, muito embora a referida regulamentação seja omissa no detalhamento quanto a essa atuação.

³⁴ José Afonso da Silva, em artigo publicado especificamente sobre a Advocacia Pública, assevera a importância da “[...] tarefa da Advocacia Pública para o Estado Democrático de Direito”. Destaca o autor que a responsabilidade da instituição vai além dos interesses da pessoa jurídica de direito público, pois possui ela também a responsabilidade “[...] pela plena defesa dos direitos fundamentais da pessoa humana”, deixando o advogado público de ser um mero servidor burocrático para se tornar uma peça relevante na função democrática. DA SILVA, José Afonso. A Advocacia Pública e Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 230, p. 281-289, out./dez. 2002, p. 289.

³⁵ Nesse sentido é a PEC nº 82/2007, que pretende “Atribui[r] autonomia funcional e prerrogativas aos membros da Defensoria Pública, Advocacia da União, Procuradoria da Fazenda Nacional, Procuradoria-Geral Federal, Procuradoria das autarquias e às Procuradorias dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”. Marcos Juruena Villela Souto já defendeu que “[...] a ninguém – salvo a governos totalitários e/ou corruptos – pode interessar uma Advocacia Pública enfraquecida ou esvaziada”; mesmo artigo em que defendeu a autonomia da Advocacia Pública. SOUTO, Marcos Juruena Villela. O papel da Advocacia Pública no controle da legalidade da administração. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 6, n. 28, nov. 2004. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/30962>>. Acesso em: 2 abr. 2017.

No âmbito da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, segue-se no mesmo sentido através da Lei Complementar nº 1.270, de 25 de agosto de 2015 (Lei Orgânica da PGE-SP). No âmbito dessa estrutura organizacional, existe uma especializada denominada “Assistência de Arbitragens”, que é vinculada à Subprocuradoria-Geral do Contencioso Geral. Dentre as suas *competências* (art. 23, IV, “a”), está a de “*atuar em todos os procedimentos arbitrais de interesse da Fazenda Pública*”.

Sem adentrar nas mais variadas legislações do nosso país (muitas, como se vê, ainda um pouco tímidas quanto à regulamentação do instituto jurídico), é possível perceber que a atuação da Advocacia Pública no procedimento arbitral é uma constante. E, é preciso perceber, essa situação não decorre de uma simples opção do legislador, mas sim de uma *obrigatoriedade* decorrente da representação exclusiva desenvolvida pela instituição quanto aos interesses das pessoas jurídicas de direito público.³⁶

O advogado público, nesse sentido, não é um simples advogado do governante, embora também represente, eventualmente, interesses institucionais. A sua atuação é vinculada à defesa do interesse público em geral.³⁷ Nada impede, inclusive, que o advogado público venha a integrar órgãos administrativos dotados de certa autonomia, ficando, nessa hipótese, licenciado da sua atuação típica em processos específicos do Estado. É o exemplo de advogados públicos designados para o CARF (Conselho Administrativo de Recursos Fiscais), CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), CAT (Conselho Administrativo Tributário-GO), conselhos administrativos integrantes de agências reguladoras etc.

A indagação que exsurge, nesse campo, é quanto aos limites e possibilidades da atuação do advogado público no procedimento arbitral, diante do contexto dual entre interesse público e autonomia privada.

3 Escolha do árbitro e autonomia privada

Feitas essas considerações, é possível voltar a atenção agora especificamente à análise da hipótese lançada na introdução do presente trabalho, qual

³⁶ Nesse sentido, já entendeu o STF pela inconstitucionalidade de atribuição da representação judicial e do desempenho de atividades de consultoria e de assessoramento jurídico a instituição alheia aos quadros da Procuradoria do Estado, a não ser para hipóteses de órgãos constitucionais autônomos (Tribunais de Contas e Parlamento). Conferir: ADI nº 4843 MC-ED-Ref/PB, Relator: Min. Celso de Mello, Julgamento: 11.12.2014, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, DJe-032, publicação em 19.02.2015; ADI nº 1679/GO, Relator: Min. Gilmar Mendes, Julgamento: 08.10.2003, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. DJ, 21 nov. 2003.

³⁷ Há quem defenda, como Luciane Moessa de Souza, que – em determinadas situações – é possível que o interesse público enseje um dever de que o representante público promova a transação ou, pelo menos, a tentativa de negociação no âmbito administrativo. Segundo a autora, é necessário que se faça “[...] uma análise fática e jurídica da pretensão do cidadão ou ente privado, a fim de identificar, de forma responsável e criteriosa, as situações em que é conveniente ou mesmo obrigatório transigir”. SOUZA, Luciane Moessa de. *Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos*: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 175.

seja: *é possível que um advogado público, não atuante no feito específico em que nasce o conflito, seja nomeado como árbitro em um conflito administrativo, mediante prévia concordância da parte contrária, sem que isso viole a sua independência e imparcialidade ou sirva de causa de nulidade da sentença arbitral por ele proferida?*

O marco legislativo sobre arbitragem no direito brasileiro (Lei nº 9.307/1996) estabelece dois *princípios* que, no aspecto da escolha do árbitro, podem entrar aparentemente em *colisão*:³⁸ o princípio da *autonomia privada* e o princípio da *imparcialidade* do árbitro, a fim de garantir-se a *isonomia* entre as partes.

O princípio da autonomia privada é tido como a base do instituto da arbitragem. Isso porque *não é possível impor à parte adversa a utilização do procedimento contra a sua vontade*. Para que ela seja instituída, é necessário um ato consensual de início, por meio de convenção de arbitragem (cláusula prévia em um negócio jurídico³⁹) ou através de compromisso arbitral (contrato específico após surgimento do litígio⁴⁰).

Nesse mesmo sentido, a escolha do árbitro – que constitui uma das cláusulas do negócio jurídico – também se submete ao princípio da autonomia privada, levando-se em consideração a confiança das partes no árbitro, já que o art. 13, *caput*, da Lei nº 9.307/1995 prescreve que “Pode ser árbitro *qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes*”. A escolha pode recair ainda em um ou mais árbitros, desde que sempre em número *ímpar*, a fim de assegurar que não haja empate (Lei nº 9.307/1995, art. 13, §1º).

Importante perceber que o §3º do mesmo dispositivo anteriormente citado prevê que “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”. Nesse sentido, a legislação reconhece a autonomia privada das partes para escolher os árbitros de comum acordo, considerando a confiança deles na pessoa designada para decidir o conflito.

De outra banda, o art. 13, §6º, da Lei nº 9.307/1995 estabelece que, “No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com *imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição*”. A imparcialidade, então,

³⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. (Teoria e direito público; 1). cap. 3, p. 93-99.

³⁹ Lei nº 9.307/1995: “Art. 3º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.”

⁴⁰ Lei nº 9.307/1995: “Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato”.

encontra-se como princípio contraposto na escolha e atuação do árbitro eleito pelas partes.⁴¹

É preciso destacar que não se pode confundir a ideia de *imparcialidade* e de *independência* com a noção de *neutralidade*, esta última uma característica que jamais há de ser preenchida por um julgador qualquer, seja na arbitragem, seja no próprio Poder Judiciário. Enquanto as primeiras (imparcialidade e independência) exigem que o árbitro não seja, na sua atuação, tendente a beneficiar uma das partes em decorrência de fatores externos, a segunda (neutralidade) exige que nenhum fator, seja externo ou interno (crenças, valores, formação pessoal etc.), influencie na decisão.

Quanto ao assunto, o Direito contemporâneo aponta para o abandono da ideia de neutralidade na função de julgar, já que é impossível dissociar o julgador de sua formação e seu meio social.⁴² Tanto é assim que a legislação aplicável à arbitragem não acolhe a noção de neutralidade, mas sim exige apenas a imparcialidade e a independência do julgador, que correspondem a conceitos jurídicos diversos.⁴³

É preciso ressaltar que, embora imparcialidade e independência diferenciem-se da neutralidade, trata-se também de conceitos jurídicos indeterminados, que demandam a sua adequação ao tempo e lugar em que é objeto de interpretação.⁴⁴ A legislação, visando precisar de certa forma tais conceitos, trata de hipóteses

⁴¹ Segundo o item II do Código de Ética aprovado pelo Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem (CONIMA): “No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e confidencialidade, bem como exigir que esses princípios sejam rigidamente observados pela instituição em que for escolhido, visando proporcionar aos demandantes uma decisão justa e eficaz da controvérsia”.

⁴² A hermenêutica jurídica atual, pautada nas lições filosóficas sobre a teoria do conhecimento sobre o conhecimento, passa admitir a impossibilidade de que o direito seja uma instituição que possa inferir soluções jurídicas únicas e mecânicas, sem a influência da tradição. Nas lições de Gadamer, o homem está imerso em sua tradição, sendo que seus pensamentos e construções se dão sempre em um tempo e lugar, não havendo como se falar na existência de uma verdade única, mas sim de verdades múltiplas e de uma constante evolução decorrente do círculo hermenêutico. GADAMER, Hans Georg. *Verdade e Método*. Tradução Flávio Paulo Meurer. 15. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015. p. 270-347.

⁴³ Carlos Alberto Carmona explica que “A imparcialidade – que todo árbitro deve ostentar – não se confunde com a neutralidade, que nem sempre pode ser conseguida (quer a decisão seja estatal, quer seja arbitral). Enquanto o primeiro conceito diz respeito à necessidade de não estar o julgador envolvido diretamente com os litigantes, o segundo está relacionado com a influência que o julgador pode receber do meio em que atua. Um juiz ou árbitro brasileiro pode ser imparcial, mas estará sempre ligado a circunstâncias políticas, sociais e econômicas, sujeito às pressões da mídia em geral, entre tantas outras variantes”. CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*. 3. ed, rev. atual ampl. São Paulo: Atlas, 2009. p. 240.

⁴⁴ O Direito, em sua essência, inclui-se entre as ciências do espírito, diferenciando-se das ciências da natureza pelo seu objeto. As ciências do espírito são dotadas de subjetividade e, como tal, não podem ser definidas a partir de uma verdade única, sendo influenciado por pré-compreensões, “[...] o que não significa, entretanto, descartar-se de plano a possibilidade de qualquer ajuda/interação entre explicar e compreender, até porque, apesar de serem vários os métodos e vários os saberes científicos, há um só espírito científico e um só tipo de visão propriamente científica”. COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 39.

de suspeição e de impedimento do árbitro, em circunstâncias que se supõe haver quebra na isonomia de tratamento das partes.

No caso da arbitragem, a Lei nº 9.307/1995, em seu art. 14, *caput*, prescreve que “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”, determinando ainda a aplicação, nesse assunto, do [novo] Código de Processo Civil (arts. 144 e 145, NCPC).⁴⁵

Ocorre que, de acordo com o §2º do mesmo dispositivo, complementando o *caput*, dispõe-se que “O árbitro somente poderá ser recusado por motivo ocorrido após sua nomeação”. A alegação de *impedimento* ou de *suspeição* relativa a motivo anterior à nomeação só pode dar-se quando: (a) não for nomeado, diretamente, pela parte; ou (b) o motivo para a recusa do árbitro só for *conhecido posteriormente* à sua nomeação.

⁴⁵ “Art. 144. Há *impedimento* do juiz, sendo-lhe vedado exercer suas funções *no processo*:

I – em que *interveio* como *mandatário da parte*, oficiou como perito, funcionou como membro do Ministério Público ou prestou depoimento como testemunha;

II – de que *conheceu* em outro grau de jurisdição, tendo proferido decisão;

III – quando *nele* estiver *postulando*, como defensor público, advogado ou membro do Ministério Público, seu cônjuge ou companheiro, ou qualquer parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive;

IV – quando for parte *no processo* ele próprio, seu cônjuge ou companheiro, ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive;

V – quando for sócio ou membro de direção ou de administração de pessoa jurídica parte *no processo*;

VI – quando for herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de qualquer das partes;

VII – em que *figure* como parte instituição de ensino com a qual tenha relação de emprego ou decorrente de contrato de prestação de serviços;

VIII – em que *figure* como parte cliente do escritório de advocacia de seu cônjuge, companheiro ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, mesmo que patrocinado por advogado de outro escritório;

IX – quando *promover ação* contra a parte ou seu advogado.

§1º Na hipótese do inciso III, o impedimento só se verifica quando o defensor público, o advogado ou o membro do Ministério Público já integrava o processo antes do início da atividade judicante do juiz.

§2º É vedada a criação de fato superveniente a fim de caracterizar impedimento do juiz.

§3º O impedimento previsto no inciso III também se verifica no caso de mandato conferido a membro de escritório de advocacia que tenha em seus quadros advogado que individualmente ostente a condição nele prevista, mesmo que não intervenha diretamente no processo.

Art. 145. Há *suspeição* do juiz:

I – amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes ou de seus advogados;

II – que receber presentes de pessoas que tiverem interesse na causa antes ou depois de iniciado o processo, que aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa ou que subministrar meios para atender às despesas do litígio;

III – quando qualquer das partes for sua credora ou devedora, de seu cônjuge ou companheiro ou de parentes destes, em linha reta até o terceiro grau, inclusive;

IV – interessado no julgamento do processo em favor de qualquer das partes.

§1º Poderá o juiz declarar-se suspeito por motivo de foro íntimo, sem necessidade de declarar suas razões.

§2º Será ilegítima a alegação de *suspeição* quando:

I – houver sido provocada por quem a alega;

II – a parte que a alega houver praticado ato que signifique manifesta aceitação do arguido.”

Seguindo o contexto da legislação de arbitragem, é possível inferir que imparcialidade e independência podem ser superadas pela vontade livre e consciente de uma das partes. Se o impedimento ou suspeição decorrerem de motivo *anterior* à nomeação do árbitro, é possível que as partes mantenham-no pela preferência na confiança, a despeito do conhecimento acerca de motivo impeditivo ou de suspeição. Após a sua escolha, não caberá suscitar mais a sua parcialidade ou dependência, se já havia conhecimento acerca do fato e aceitou-se a arbitragem sem qualquer irrisignação.

É por isso que, no âmbito da arbitragem, o árbitro tem o *dever de informar* às partes qualquer motivo que possa influir no julgamento. Mas isso não retira o direito das partes de manter o árbitro, em que pese o conhecimento acerca de tais causas, por prevalência do princípio da autonomia provada das partes, por depositarem confiança no árbitro. Aqui se encontra o ponto de partida para esta análise acerca da atuação do advogado público em arbitragens envolvendo litígios de cunho administrativo.

O argumento de violação à isonomia de tratamento das partes pela participação do advogado público como árbitro, quando aceito pelos envolvidos e encontrando-se desvinculado diretamente do litígio (art. 144, I, NCPC), não constitui entrave à tese aqui sustentada. Em que pese o princípio da isonomia ser um direito fundamental estabelecido constitucionalmente, pode ele sofrer a sua devida interpretação em cada caso, com a cautela devida, verificando-se se realmente houve violação em seu aspecto formal e material.

Como salienta Celso Antônio Bandeira de Mello, “[...] não se podem interpretar como desigualdades legalmente certas situações, quando a lei não haja ‘assumido’ o fator tido como desequilibrador”.⁴⁶ Na hipótese traçada aqui, a isonomia é garantida, na medida em que as partes possuem autonomia provada assegurada no *momento* de instauração da arbitragem, podendo, por exemplo, recusar o árbitro advogado público, caso não depositem nele a confiança devida.

Trazendo essas considerações ao caso levantado (atuação do advogado público como árbitro), faz-se necessário reavaliar as hipóteses descritas no art. 144 do CPC, que são mencionadas pelo art. 14 da Lei nº 9.307/1995. Entre as situações descritas no dispositivo, a única que poderia suscitar o impedimento do advogado público seria o caso do inciso I, que prevê o caso “em que interveio como *mandatário da parte*, oficiou como perito, funcionou como membro do Ministério Público ou prestou depoimento como testemunha”.

⁴⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed., 23. tir. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 45.

Ocorre que o advogado público, simplesmente por apresentar essa qualidade, não interfere em todos os processos em trâmite no Estado. Muitas vezes, ele pode, por exemplo, exercer uma atuação de mero *controle de legalidade* (consultivo), sem sequer representar o Estado em lides judiciais específicas; afinal sua atuação no controle de legalidade pode ser muito mais intensa do que a representação dos interesses da pessoa jurídica de direito público. Assim, a *não atuação* de um advogado público *no conflito específico* lhe retiraria qualquer ideia de dependência ou parcialidade prevista no dispositivo legal em análise.

Poder-se-ia, então, indagar se o simples fato de ele receber remuneração do ente público torná-lo-ia parcial. Porém, o mero fato de um advogado público ser remunerado pela administração pública não o reduz a essa situação, até porque sua atuação como representante do Estado não se dá em toda e qualquer causa, mas sim naquelas em que é designado.

Pode, então, um advogado público compor uma Câmara Arbitral instituída pelo ente estatal, ficando afastado do recebimento dos processos em geral ou ficando incompatível para representar o Estado naquele processo em que há o nascimento do litígio, o que afastaria por completo o argumento de parcialidade ou dependência.

Isso é o que ocorre, por exemplo, quando ele é designado para atuar em Conselhos Administrativos (CAT, CARF, CADE etc.). Nessas hipóteses, o advogado público não se torna um defensor do Estado, mas sim um *jugador administrativo* imparcial e independente,⁴⁷ que deve perseguir o interesse público cognominado de primário no controle de legalidade.⁴⁸ Veja-se que, nesses conselhos, o fato de seus integrantes serem remunerados pelo Estado não lhes torna julgadores parciais.

Além disso, como já se destacou, mesmo admitindo a existência de dependência ou parcialidade – posição diferente da adotada no presente artigo –, as partes podem livremente afastar esse “impeditivo legal” e nomear um advogado público como árbitro.

⁴⁷ A exigência de imparcialidade e independência decorre, inclusive, da aplicação do princípio da impessoalidade no âmbito administrativo (CFR/88, art. 37, *caput*). A impessoalidade é um princípio aplicado a toda Administração Pública e que, a par de sua caracterização jurídica decorrente do disposto no Texto Constitucional, possui também um caráter ético e político, que corresponde ao anseio de justiça e de igualdade no tratamento da coisa pública. Assim, a gestão administrativa não se presta ao tratamento interessado individualmente, mas sim sempre em busca do interesse público. ZAGO, Livia Maria Armentano Koenigstein. *O princípio da impessoalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 128.

⁴⁸ “Do administrador-julgador há, pois, de se exigir, como condição de *capacidade subjetiva*, a inexistência de fatores que, direta ou indiretamente, sejam suscetíveis de prejudicar a total isenção que há de marcar sua atuação em face dos direitos e interesses contrapostos (ainda quanto entre tais direitos e interesses figurem aqueles de que titular a própria Administração)”. FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 167.

Embora a imparcialidade e a independência fundamentem as regras de impedimento e suspeição, a autonomia privada na escolha do árbitro pode pautar o afastamento de tais dispositivos se as partes tiverem confiança num árbitro, mesmo que num vínculo eventualmente existente (familiar, empregatício etc.), de que este não influenciará na sua atuação de julgador.⁴⁹ Esse é o entendimento de Carlos Alberto Carmona, que explica sua posição:

Os motivos que levam ao afastamento de árbitros, porém, não podem ser considerados absolutos. Em outros termos, *mesmo nas hipóteses claras de impedimento e suspeição, podem perfeitamente as partes, conhecendo a circunstância, acordar na indicação do árbitro.*

O que impediria, por exemplo, que as partes escolhessem, como árbitro um *parente comum* (afastando, portanto, a proibição do art. 134, V, do Código de Processo Civil [144, IV, NCPC])? O que as impediria de nomear como árbitro um promotor de justiça (aposentado) que tenha participado do processo anteriormente instaurado entre as partes (imagine-se um compromisso judicial) [144, III, NCPC]? Mais ainda: considerando que a *arbitragem está estruturada na confiança que as partes depositam no árbitro*, o que impediria os litigantes de nomearem um *amigo comum* (art. 135, I, do Código de Processo Civil [145, I, NCPC]) para resolver-lhes a pendência?

Os exemplos mostram de forma eloquente que *algumas das causas que levariam ao impedimento do árbitro podem ser consensualmente afastadas* pelas partes, sendo visível que a norma procura dar proteção à parte que, contra a sua vontade, vê nomeado árbitro envolvido em alguma das circunstâncias capituladas na Lei.⁵⁰

É preciso destacar que a posição do autor acima não é isolada, encontrando respaldo em boa parte da doutrina. O mesmo pensamento é defendido por Paulo Osternack Amaral, que entende que as restrições do CPC não podem ser aplicadas de modo absoluto ao processo arbitral, podendo ser designado como árbitro mesmo o *irmão* de uma das partes, sem qualquer irregularidade.⁵¹

⁴⁹ O próprio Código de Ética do CONIMA possui no seu item I, como sustentáculo da arbitragem, o *princípio da autonomia privada*, ao dispor que “O árbitro deve reconhecer que a arbitragem fundamenta-se na *autonomia privada das partes*, devendo *centrar* sua atuação nesta premissa”.

⁵⁰ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei 9.307/96. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2009. p. 252-253.

⁵¹ “O caput do art. 14 da LA, por sua vez, dispõe que estão *impedidas* de atuar como árbitro pessoas que tenham qualquer interesse na causa ou relação com alguma das partes. Muito embora o dispositivo aluda como parâmetro às hipóteses de suspeição e impedimento previstas no Código de Processo Civil, evidentemente que aquelas restrições impostas aos juízes togados *não* se aplicam com o mesmo vigor no processo arbitral. Por exemplo, nada impede que as partes convençam que o seu litígio será decidido por árbitro único, que é *irmão* de uma das partes litigantes. A *autonomia da vontade* que norteia o processo arbitral admite uma situação como essa, sem que haja qualquer irregularidade no procedimento. Contudo, a autonomia da vontade que norteia a indicação dos árbitros *não pode ser traída*. Após o início da arbitragem, as partes não podem ser surpreendidas com fatos que coloquem em dúvida a idoneidade do julgador.

A questão fundamental é a de que a autonomia privada das partes não pode ser traída, ou seja, as partes não devem eleger um árbitro sem ter conhecimento dos fatos e do histórico de sua atuação. Há, assim, necessidade do *dever de transparência* do árbitro em relação às partes, a fim de que elas possam, conscientemente, fazer a sua escolha.

Assim sendo, se as partes envolvidas num conflito administrativo aceitam a designação de um advogado público como árbitro, valendo-se de sua autonomia privada, não pode um controle *a posteriori* promover o afastamento da arbitragem realizada. Nem mesmo podem as partes lograr eventual *nulidade* da sentença arbitral (art. 14 c/c art. 32, II, Lei nº 9.307/1996), haja vista a proibição de alegar-se a própria torpeza (*venire contra factum proprium*; art. 144, §2º, e art. 145, §2º, I, NCPC) e porque a interpretação *sistemática* da Lei de Arbitragem, conjugada com sua interpretação *histórico-sociológica* e também a *teleológica*, em função dos fins sociais a que se destina, que se conformam, segundo o princípio da congruência hermenêutica,⁵² no *sentido* de que impedimentos e suspeições são, de regra, *vícios superáveis* pela *instituição da arbitragem*, só podendo viabilizarem-se caso sejam invocadas por motivos anteriores à nomeação do árbitro nas duas hipóteses restritas do §2º, alíneas 'a' e 'b', do art. 14 da Lei nº 9.307/1996.⁵³

A lei de arbitragem, nesse sentido, privilegiou a autonomia privada, de maneira que as partes podem livremente designar um advogado público que não esteja representando o Estado naquele litígio para atuar como árbitro. Ademais, é até recomendado que haja tal indicação, uma vez que os advogados públicos possuem *expertise* no âmbito dos conflitos de natureza administrativa, dado o seu reiterado estudo no controle de legalidade.

Veja-se que, na tese aqui sustentada, não se quer afirmar que a designação do advogado público será obrigatória, a fim de substituir o Estado-juiz. Nem o poderia ser, já que a arbitragem é instrumento alternativo e só se realiza com o *consentimento* das partes. Porém, elas podem livremente escolher o árbitro em que confiarem, desde que conhecendo todos os fatos que, em tese, poderiam ser opostos como impeditivos ou de suspeição da pessoa designada. Além do dever de informar que recai sobre todo e qualquer árbitro.

[...] a possibilidade de as partes escolherem os árbitros que decidirão o seu litígio é definitivamente uma vantagem marcante que a arbitragem assume em relação ao processo estatal". AMARAL, Paulo Osternack. *Arbitragem e Administração Pública: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 40.

⁵² FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. 3. reimpr. São Paulo: Atlas, 2011. p. 249, 252-253, 256, 261-262, 264, 265-267.

⁵³ "Art. 14. [...]"

§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."

O que se exigirá dos advogados públicos atuantes como árbitros, por outro lado, é uma conduta adequada a gerar *credibilidade*. Como bem aponta Paulo Osternack Amaral, “[...] uma conduta inadequada do árbitro é suficiente para abalar a sua imagem num mercado em que a sua credibilidade e seriedade são atributos tão prezados quanto a sua qualidade técnica”.⁵⁴

Ressalte-se que as mesmas considerações aqui tecidas podem ser aplicadas também à conciliação e à mediação no âmbito da Administração Pública, admitida pela Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, pois tal diploma normativo também adota a *autonomia privada* como primado da *mediação*,⁵⁵ ainda mais porque, nessa hipótese, a composição ocorre de maneira autônoma entre as partes, servindo o mediador apenas como um auxiliar.⁵⁶

Como demonstrado, a imparcialidade e independência que se exige não é decorrente do vínculo do árbitro com alguma instituição, empresa, associação etc., desde que ambas as partes tenham conhecimento de todos os fatos e aceitem submeter o litígio à arbitragem; mas sim relacionada ao desempenho de sua *função*, que deverá ser pautada na *confiança* das partes para gerar credibilidade de sua atuação e viabilizar o instituto jurídico, de sorte a legitimar os procedimentos adotados por uma sua atuação competente.⁵⁷

No âmbito do Direito Administrativo, não se pode ficar engessado a ideias tradicionalistas que inviabilizam a *função* que tem de ser desempenhada pelo Estado, principalmente no campo contratual (afinal, a arbitragem decorre de um

⁵⁴ AMARAL, Paulo Osternack. *Arbitragem e Administração Pública: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 38.

⁵⁵ Lei nº 13.140/2015: “Art. 9º Poderá funcionar como mediador extrajudicial qualquer pessoa capaz que tenha a *confiança* das partes e seja capacitada para fazer mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele inscrever-se.”

⁵⁶ “Ao realizar sua função, o *conciliador* se destaca da sua profissão originária e atua numa área exclusiva, especificamente relacionada ao tratamento dos conflitos. Ele *não aponta* as melhores saídas jurídicas, como faria um advogado. Também *não decide*, como o juiz ou explora os conflitos extrapsíquicos, como o psicólogo. Move-se, sem dúvida, numa nova área de atuação [...] O conciliador deve exercer a função de *facilitador da comunicação*, favorecendo a resolução do conflito pela *investigação de suas razões*, ampliando os recursos possíveis e servindo de agente de realidade.
[...]

A *imparcialidade* significa que o conciliador não privilegiará nenhuma parte, nem, principalmente, emitirá juízo de valor relacionado ao conflito, no sentido de afirmar quem está certo ou errado. Faz parte do dever ético do conciliador infundir nas partes a confiança no método, sobretudo pelas suas atitudes, reforçando sempre o caráter autônomo e independente da sua função. Vale frisar que um acordo sensato é o que atende aos interesses legítimos de cada uma das partes, na medida do possível, e é justamente pela imparcialidade do conciliador que tal acordo pode assim ser construído”. SILVA, Érica Barbosa. *Conciliação judicial*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 255; 283-284. No mesmo sentido: SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 45.

⁵⁷ Cezar Saldanha Souza Junior afirma que a legitimidade depende do binômio funcionalidade e *consensus*. Segundo ele, “[...] do lado da ordem, as estruturas jurídicas que a institucionalizam têm de ser adequadas à história e à estruturação econômica e social da sociedade política global, sob pena de inviabilizarem a legitimidade”. SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *Consensus e democracia constitucional*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002. p. 59-60.

negócio jurídico contratual entre as partes). A necessidade de uma Administração Pública desburocratizada, inclusive com a previsão expressa do princípio da *eficiência* no Texto Constitucional, induz a uma releitura de certos institutos jurídicos e leva ao repensar das normas em consonância com a complexidade social e econômica.⁵⁸ A gestão pública vem se profissionalizando e, para viabilizar sua reestruturação diante dos novos institutos jurídicos, há necessidade de uma maior aproximação entre teoria (modelos) e prática (técnicas).⁵⁹

Assim, é possível que a administração pública veja na arbitragem uma saída para a crise institucional na gestão de conflitos vivenciada na atualidade. Diminuindo os gastos e profissionalizando as estruturas administrativas, inclusive mediante a criação de Câmaras Arbitrais especializadas como *um órgão arbitral institucional* (art. 13, §3º, Lei nº 9.307/1996). É possível chegar a um *instituto organizacional* para tornar culturalmente mais adequada a utilização da arbitragem nos conflitos que envolvem o próprio Estado.

Nesse sentido, *não* há entraves legais a que os entes públicos criem Câmaras Arbitrais constituídas de advogados públicos, desde que estes não tenham atuado no conflito específico submetido à arbitragem e venham a se incompatibilizar, durante prazo razoável, com a representação do Estado em outros processos em que a parte contrária à administração pública tenha sido uma das partes no conflito que anteriormente arbitrou.

Conclusão

As considerações do presente trabalho apontaram para entender que o modelo brasileiro de arbitragem no âmbito dos conflitos administrativos não impede a designação de advogados públicos na qualidade de árbitro, desde que

⁵⁸ Comentando acerca do princípio da eficiência em artigo científico, Edilson Pereira Nobre Júnior conclui que o movimento de modificação da Filosofia aplicada ao Direito e, conseqüentemente, ao Estado exige releituras para ajustamento à noção de *eficiência* em que gravita o Estado e as Constituições modernas. Segundo o autor: “Constituições promulgadas a partir da metade do século XX aderiram ao que, na cultura jurídica, convencionou-se chamar de pós-modernismo ou pós-positivismo, de maneira a ajustar a ideia de legalidade à conformidade com o Direito, movimento a grassar no Direito Administrativo, o qual passa a fundar-se em preceitos oriundos dos tradicionais princípios gerais do Direito e, mais recentemente, daqueles resultantes dos imperativos da vida coletiva, como é o caso da eficiência na ação administrativa”. NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Administração Pública e o princípio da eficiência. *Boletim de Direito Administrativo*, p. 38-59, jan./2006, p. 59.

⁵⁹ A capacitação técnica e o profissionalismo dos gestores públicos é algo fundamental para viabilizar uma administração pública *eficiente*, tal como se propugna na atualidade. “Alcança relevo na administração pública a necessidade da expertise dos dirigentes e agentes, como forma de permitir, entre os *modelos* de organização existentes e as *técnicas* disponíveis, a utilização daquelas que sejam *adequadas* aos recursos envolvidos, às características da estrutura administrativa e às especificidades da atuação pública”. MOURA, Emerson Affonso da Costa. *Agências, expertise e profissionalismo: o paradigma da técnica na administração pública*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 254, p. 67-94, maio/ago. 2010, p. 78.

desvinculado da atuação específica naquele litígio e a partir de estruturas jurídicas e funcionais que permitam o desempenho de tal função.

A utilização de meios alternativos de solução de conflitos (sistema multiportas) deve ser adotada pelo Estado no âmbito administrativo, pois, no estado atual de complexidade econômica e social, poderá atender mais adequadamente ao interesse público. Para tanto, deve-se buscar a superação de entraves das estruturas jurídicas tradicionais que não se compatibilizam com a complexidade econômica e social atuais. A noção pós-positivista (*rectius*, neopositivista) e a exigência de eficiência na administração pública impõem uma reinterpretação das normas e dos institutos jurídicos, no que ressaí também a releitura do papel da advocacia pública.

A utilização de advogados públicos como árbitros, desde que não vinculados à representação da pessoa jurídica de direito público no conflito em específico, pode ser uma alternativa para viabilizar o uso mais rotineiro do instituto, uma vez gerada a sua correspondente credibilidade necessária.

Mais, ainda que ele tenha atuado na representação jurídica do Estado naquele conflito, uma vez que a parte contrária o aceite como árbitro, por depositar-lhe confiança e em razão do princípio da autonomia privada, então poderá arbitrar, ou seja, impedimentos e suspeições prévias conhecidas são vícios sanados pela instituição da arbitragem.

Diferentemente do processo judicial, em que vige o princípio do juiz natural e, em sua decorrência, o instrumento da distribuição das lides que aportam ao Poder Judiciário, na arbitragem são as partes que escolhem livremente os árbitros, não se podendo, *a posteriori*, invocar qualquer causa de impedimento ou de suspeição previamente conhecidas pelas partes.

Logo, somente aqueles impedimentos ou suspeições decorrentes de *atos supervenientes* ao negócio jurídico da instituição da arbitragem ou os anteriores desconhecidos pelas partes ou, ainda, se não foi nomeado diretamente pela parte, o que leva a pressupor que o árbitro pode ter violado seu *dever de informar*, que ensejam eventual controle de nulidade da sentença arbitral (art. 32, II e VIII, LA).

Mesmo assim, se o impedimento ou a suspeição for decorrente de *fato superveniente* e sendo *devidamente informado* pelo árbitro, é *vício sanável*, desde que as partes *ratifiquem a arbitragem* já instaurada e nela *mantenham* o mesmo *árbitro*, em razão da prevalência do princípio da autonomia privada que informa todo o instituto jurídico da arbitragem.

Esse princípio deve ser aplicado de modo a ser realizado na maior medida possível, só merecendo relativização naquelas hipóteses fáticas e jurídicas em que se configurar uma *quebra superveniente* na *confiança* das *partes* que nomearam um árbitro que veio a se revelar impedido ou suspeito e desde que elas

não concordem em mantê-lo na função para que havia sido escolhido, como, por exemplo: na hipótese de vir a ser arrolado e chegar mesmo a *prestar depoimento testemunhal* (art. 144, I, última figura e §2º, NCPC); o que, usualmente, beneficia mais uma parte e, por conseguinte, prejudica a outra, que, por isso, *retoma* para sua esfera de *disponibilidade* o *poder* de manter ou não referido árbitro.

Referências

ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2011.

ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Barcelona: Bosch, 1970.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. (Teoria e direito público, 1).

AMARAL, Paulo Osternack. *Arbitragem e Administração Pública: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RER)*. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, set./out./nov. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rer.asp>> Acesso em: 1º abr. 2017.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed., 23. tir. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARRETO E SILVA FILHO, Derly. A Advocacia Pública e o aperfeiçoamento normativo do Estado Democrático de Direito. *Revista Brasileira de Advocacia Pública*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 45-71, jul./dez. 2015.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*. 3. ed., rev. atual ampl. São Paulo: Atlas, 2009.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. A independência da função reguladora e os entes reguladores independentes. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 219, p. 253-270, jan./mar. 2000.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COELHO, Meire Lúcia Monteiro Mota; LÚCIO, Magda de Lima. Litigiosidade e Impacto na Gestão Pública: a mediação como instrumento de gestão – a experiência da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal. *Revista da PGBC*, Brasília, v. 4, n. 2, p.75-97, dez. 2010.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números – Ano 2016*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbfff344931a933579915488.pdf>>. Acesso em: 22 mar. 2017.

- DA SILVA, José Afonso. A Advocacia Pública e Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 230, p. 281-289, out./dez. 2002.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. 3. reimpr. São Paulo: Atlas, 2011.
- FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva; NEVES, Cleuler Barbosa das. Contrapesos de uma Administração Pública consensual: legalidade versus eficiência. *Revista Interesse Público*, Belo Horizonte, n. 103, p. 10-41, jun./jul. 2017.
- GADAMER, Hans Georg. *Verdade e Método*. Tradução Flávio Paulo Meurer. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015.
- KROETZ, Tarcisio Araújo. *Arbitragem: conceito e pressupostos de validade de acordo com a Lei 9.307/96*. São Paulo: RT, 1998.
- MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2014.
- MOURA, Emerson Affonso da Costa. Agências, *expertise* e profissionalismo: o paradigma da técnica na administração pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 254, p. 67-94, maio/ago. 2010.
- NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Administração Pública e o princípio da eficiência. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, p. 38-59, jan./2006.
- OLIVEIRA, João Deodato Muniz de. A arbitragem e administração pública. *JAM Jurídica*, Laudo de Freitas, edição especial, ano XVII, p. 3-10, 2012.
- PARADA, André Luis Nascimento. *Arbitragem nos contratos administrativos: análise crítica dos obstáculos jurídicos suscitados para afastar a sua utilização*. Curitiba: Juruá, 2015.
- PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. *Sobre la génesis del derecho administrativo español en el siglo XIX (1812-1845)*. Madrid: Iustel, 2006.
- SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- SALLA, Ricardo Medina. *Arbitragem e Administração Pública: Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.
- SILVA, Érica Barbosa. *Conciliação judicial*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. O papel da Advocacia Pública no controle da legalidade da administração. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, v. 6, n. 28, nov. 2004. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/30962>>. Acesso em: 2 abr. 2017.
- SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *Consenso e democracia constitucional*. Porto Alegre: Editora Sagra Luzzatto, 2002.
- SOUZA, Luciane Moessa de. Mediação, acesso à justiça e desenvolvimento institucional. In: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de. *Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- SOUZA, Luciane Moessa de. *Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de. Agências reguladoras. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 36, n. 141, p. 143-172, jan./mar. 1999.

ZAGO, Livia Maria Armentano Koenigstein. *O princípio da impessoalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

NEVES, Cleuler Barbosa das; FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. Escolha do árbitro na terminação de conflitos administrativos: limites e possibilidades da atuação de um advogado público. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 18, n. 71, p. 167-195, jan./mar. 2018. DOI: 10.21056/aec.v18i71.587.
