

ISSN 1679-6462

REVISTA DE
**ARBITRAGEM
E MEDIAÇÃO**

Ano 22 • vol. 84 • jan./mar. 2025

Fundador

ARNOLDO WALD

Coordenador e Editor-chefe

GIOVANNI ETTORE NANNI

Editores adjuntos

PEDRO GUILHARDI E AMANDA BUENO DANTAS

Publicação Oficial do Instituto dos Advogados de São Paulo - IASP

**Revista
dos Tribunais**



**Thomson
Reuters™**

É POSSÍVEL A APLICAÇÃO DOS INSTITUTOS DO REALISMO JURÍDICO NAS ARBITRAGENS REALIZADAS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA?

IS IT POSSIBLE TO APPLY THE INSTITUTES OF LEGAL REALISM IN ARBITRATIONS CARRIED OUT BY THE PUBLIC ADMINISTRATION?

ROBERTO TADAO MAGAMI JUNIOR

Pós-graduado e Mestre em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós-Graduado em Arbitragem pela Faculdade de Direito Universidade de Lisboa.

Pós-Graduado em Direito da Proteção de Dados pela Faculdade de Direito Universidade de Lisboa/Irish Computer Society. Doutorando em Direito pela USP. Advogado. Procurador Autárquico e Árbitro integrante da Câmara de Mediação e Conciliação da FGV-SP.

Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/2820266304990892>].

ORCID: [<https://orcid.org/0009-0004-7940-3386>].

roberto.tadao@tadaomagami.adv.br

ÁREAS DO DIREITO; Arbitragem; Administrativo

RESUMO: O Direito administrativo passou por uma grande evolução ao longo do tempo. Após o advento da Lei 13.655/2018, houve o reconhecimento explícito da superação de dogmas do Direito Administrativo: a supremacia do interesse público e sua indisponibilidade. A partir disso, quais seriam as consequências em termos de arbitralidade objetiva? Seria possível o julgamento *com* (e não *por*) equidade? Qual é a diferença entre julgamento *com* e *por* equidade? Quais seriam os exatos limites e contornos do art. 2º, § 3º, da Lei 9.307/1996 ao impor à Administração Pública a submissão a uma arbitragem exclusivamente de direito, uma vez incorporado ao ordenamento jurídico o realismo jurídico? Quais seriam os institutos do realismo jurídico mais adequados em uma arbitragem de direito, de forma a se proporcionar segurança jurídica e *accountability*? O presente estudo pretende trazer algumas reflexões.

ABSTRACT: Administrative Law has undergone a great evolution over time. After the advent of Law 13,655/2018, there was an explicit recognition of the overcoming of dogmas of Administrative Law: the supremacy of the public interest and its unavailability. From this, what would be the consequences in terms of objective arbitrality? Would it be possible to judge by equity? What is the difference between trial with and by equity? What would be the exact limits and contours of art. 2º, § 3, of Law 9,307/1996, when it imposes on the Public Administration the submission to an arbitration exclusively based on law, once legal realism has been incorporated into the legal system? What would be the most appropriate institutes of legal realism in a legal arbitration, in order to provide legal certainty and accountability? The present study intends to bring some reflections.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem – Equidade – Direito – Conceitos – Direito Administrativo – Direito Arbitral – Realismo Jurídico – Consequencialismo – Pragmatismo Jurídico – Standards.

KEYWORDS: Arbitration – Equity – Right – Concepts – Administrative law – Arbitration Law – Legal Realism – Consequentialism – Legal Pragmatism – Standards.

SUMÁRIO: 1. Introdução: o Estado pós-social e a Administração Pública prospectiva ou prefigurativa. 2. Arbitrabilidade subjetiva. 2.1. Arbitrabilidade subjetiva interfederativa. 2.2. Arbitrabilidade subjetiva em Portugal. 3. Arbitrabilidade objetiva no Brasil. 3.1. Arbitrabilidade objetiva em Portugal. 4. Direitos patrimoniais disponíveis – Decreto 10.025/2019 – Rol exemplificativo ou taxativo?. 5. Arbitragem exclusivamente de direito: a necessidade de algumas reflexões. 6. Arbitragem por equidade ou judicial. 6.1. Arbitragem com equidade ou legal. 7. A Lei 13.655/2018: a quebra de dogmas do direito administrativo e a incorporação de novas correntes teóricas ao ordenamento jurídico. 8. Consequencialismo. 9. Pragmatismo. 9.1. Pragmatismo filosófico. 9.2. Pragmatismo jurídico. 10. Conclusão. 11. Referências. 12. Legislação.

1. INTRODUÇÃO: O ESTADO PÓS-SOCIAL E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PROSPECTIVA OU PREFIGURATIVA

Gradualmente, o Direito Administrativo não mais se direciona à concreta prestação de serviços, mas sim à busca da criação de engenharias jurídicas institucionais que permitam a entidades privadas, isoladamente ou em parceria com órgãos e entidades públicas, o exercício da função administrativa, sob vigilância e fiscalização públicas constantes dessas duas últimas.

Trata-se de uma evidente mudança de compreensão das atribuições estatais, predominando o exercício da função administrativa de forma direcionada em detrimento pessoa e da forma que será responsável por dar concretude. Ao reconhecermos esse fato, não estamos aderindo a uma retórica vazia de simples retirada ou redução do Estado, porque ele indubitavelmente permanecerá responsável.

A diferença é que doravante o Estado apenas norteará as atividades em busca do maior efetividade, eficiência e economicidade. Logo, estamos a tratar de uma mera redistribuição ou reorganização de funções, mantendo-se o regime jurídico de direito público.

Não se pode descurar que essa alteração de paradigma reflete na noção de Administração Pública, que passa a ser constituída por “sujeitos cujo relevo jurídico está mais na substância da sua ação, do que na respectiva natureza jurídica de direito

público ou de direito privado”¹, o que acarreta a remodelação no tocante à eventual distinção entre Direito Público e Direito Privado (quebra da *summa divisio*).

Essa mutação impacta decerto na necessária celeridade às questões eventualmente objeto de divergência entre concessionários, subconcessionários, permissivos, arrendatários, autorizatários ou operadores portuários e a Administração Pública, despontando a arbitragem como instrumento essencial para que o processo tenha uma duração razoável, nos termos do art. 5º, inc. LXXVIII², da CF.

A celeridade necessária somente ocorrerá com a cessação do excessivo rigorismo na centralização das controvérsias jurídicas junto ao Poder Judiciário. E não somente a mediação e a conciliação, mas também a arbitragem, despontam como instrumentos que devem se tornar *regras* para a solução de controvérsias, e não meramente *alternativas* previstas em contratos ou *click agreements*.

A *arbitragem de direito* implica que os árbitros decidirão a controvérsia com base no ordenamento jurídico, e isso significa que as partes podem escolher livremente as regras vigentes a serem aplicadas, conquanto não haja violação aos bons costumes e à ordem pública (§ 1º do art. 2º).

Da mesma forma, pode ser convencionado que a *arbitragem de direito* ocorra com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio (§ 2º).

Já na arbitragem de equidade a controvérsia será decidida não necessariamente a partir de fundamentos extraídos do ordenamento jurídico vigente, mas consoante aquilo que às partes lhes parecer mais justo, razoável e equânime.

Há uma liberdade de julgamento mais ampla e a prática demonstra sua utilidade para determinados tipos de lide envolvendo conhecimentos técnicos muito especializados, os quais a legislação ainda não conseguiu regular de forma satisfatória, como uma pretensão acerca da propriedade intelectual de um medicamento, cujo cerne da discussão diga respeito a uma questão de química.

Quando tal pretensão é submetida ao Judiciário, se faz necessária a nomeação de um perito no assunto para melhor subsidiar a sua convicção, e dificilmente a sua decisão teria orientação diversa quanto aos fatos daquela apontada pelo perito

1. DA SILVA, Vasco Pereira. *O contencioso administrativo no divã da psicanálise: ensaio sobre as ações no novo processo administrativo*. 2. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2016. p. 160.

2. Art. 5º, inc. LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

em seu laudo, ao passo que em uma arbitragem, a depender da convenção, da arbitralidade da matéria e do Regulamento do órgão arbitral institucional ou entidade especializada, o desfecho poderá ser outro.

Mas será que essa liberdade de julgamento já não existe na arbitragem exclusivamente de direito e, quando aplicada, pode dar ensejo a uma discussão sobre eventual incidência de um juízo de equidade?

E ainda, com a edição da Lei 13.655/2018, incluindo o realismo jurídico e seus consectários enquanto institutos decisórios no âmbito dos controles administrativo, judicial, ou externo não houve uma ampliação da discricionariedade e, por consequência, podemos concluir que a *equidade* passou a compor o julgamento de direito nas arbitragens em que a Administração Pública é parte?

Essas são algumas das perguntas que o presente estudo busca responder, mas não sem antes promover alguns esclarecimentos conceituais e, da mesma forma, reflexões sobre temas de extrema relevância, tais como: a distinção entre juízo *por* equidade e *com* equidade, consequencialismo, pragmatismo e como estes temas estão entrelaçados, mas em muitos momentos, acabam sendo abordados, equivocadamente em nosso sentir, como instrumentos passíveis de utilização de forma autônoma, ou ainda, ser o consequencialismo uma subespécie do pragmatismo.

2. ARBITRABILIDADE SUBJETIVA

Em vários países, a legislação proscree ao Estado e/ou a entidades públicas a celebração de convenções de arbitragem, independentemente de haver uma cláusula compromissória ou um compromisso arbitral, e a literatura classifica essas hipóteses de inarbitrabilidade subjetiva³.

A justificativa seria uma inaptidão dessas entidades para a defesa dos seus interesses, o que se afigura uma afirmação despida de respaldo técnico e empírico.

3. Esse critério teve acolhimento na França e na Bélgica durante a 2ª metade do séc. XIX e a 1ª metade do séc. XX, mas hoje está praticamente ultrapassado. Atualmente, apenas no direito francês possui relevância (residual) unicamente nas arbitragens internas:

Artigo 2059 do Code Civil – “Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition.”

Artigo 2060 do Code Civil – “On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public”.

Ocorre que, conforme adverte Dalmo de Abreu Dallari “para muitos que têm escrito e falado sobre a arbitragem como novidade, será surpreendente saber que a primeira Constituição brasileira, de 1824, já tratava expressamente” dela⁴.

Também o Decreto-Lei 2.300/1986 inicialmente vedara o uso da arbitragem pela Administração Pública, mas a vigência desse dispositivo durou pouco tempo, na medida em que foi alterado pelo Decreto-Lei 2.848/1987, assegurando-se o uso do instituto nas concorrências internacionais para a aquisição de bens ou serviços cujo pagamento fosse feito com o produto de financiamento concedido por organismo internacional de que o Brasil fosse parte, assim como aos contratos celebrados com empresas estrangeiras para aquisição de equipamentos fabricados e entregues no exterior, quando houvesse autorização do Presidente da República.

Ainda nessa senda evolutiva, a Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei 8.666/1993) e a Lei de Arbitragem (Lei 9.307/1996) foram silentes quanto à possibilidade da Administração Pública ser parte de uma arbitragem, o que ensejou inúmeras celeumas na doutrina e na jurisprudência, uma vez que havia legislação esparsa permitindo o uso do instituto, a exemplo da Lei 9.478/1994⁵ que dispõe sobre a solução de controvérsias no tocante à política energética nacional, ou ainda, as Leis 11.987/1995 (a partir da alteração promovida pela Lei 11.196/2005) e a 11.079/2004, que disciplinam respectivamente as concessões e as parcerias público-privadas.

Pelo fato de inexistir vedação em lei no que tange à utilização da arbitragem para a solução de controvérsias contratuais quando uma das partes fosse a Administração

4. “Art. 164: Nas causas cíveis e nas penais civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Árbitros. Suas sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes” A tradição da arbitragem e sua valorização contemporânea. In: PUCCI, Adriana Noemi (Coord.). *Aspectos atuais da arbitragem*: coletânea de artigos sobre arbitragem. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001. p. 101.

5. Carlos Ari Sundfeld e Gabriel Yasser relembram que o governo federal entre os anos 1994 e 1997 editou leis setoriais disciplinando a venda de empresas estatais e a contratação de particulares para gestão de bens e serviços públicos. A primeira lei relativa a essa história é a Lei Geral de Telecomunicações (9.472, de 1997), por prever que o contrato de concessão deve indicar o foro e o modo para solução extrajudicial das divergências contratuais (art. 93, XV). Adotaram a mesma fórmula, a Lei do Petróleo (Lei 9.478, de 1997, art. 43, X) e a Lei dos Transportes Aquaviários e Terrestres (Lei 10.233, de 2001, arts. 35, XVI e 39, XI) Arbitragem no direito público brasileiro em três atos. In: MACHADO FILHO, José Augusto Bitencourt e outros (Orgs.) *Arbitragem e processo*: homenagem ao Professor Carlos Alberto Carmo. São Paulo: Quartier Latin, 2003. p. 1 – 255-256.

Pública (direta ou indireta), ambas as Turmas de Direito Público do Superior Tribunal de Justiça reconheciam a sua viabilidade⁶.

6. Administrativo, Mandado de Segurança, Permissão de área portuária, Celebração de cláusula compromissória, Juízo arbitral, Sociedade de economia mista, Possibilidade, Atentado.

(...)

3. Questão gravitante sobre ser possível o juízo arbitral em contrato administrativo, posto relacionar-se a direitos indisponíveis.

(...) Um pesquisador atento e diligente poderá facilmente verificar que não existe qualquer razão que inviabilize o uso dos tribunais arbitrais por agentes do Estado. Aliás, os acórdãos do STF dão conta de precedente muito expressivo, conhecido como 'caso Lage', no qual a própria União submeteu-se a um juízo arbitral para resolver questão pendente com a Organização Lage, constituída de empresas privadas que se dedicassem a navegação. A decisão nesse caso unanimemente proferida pelo Plenário do STF é de extrema importância porque reconheceu especificamente a legalidade do juízo arbitral, que o nosso direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a Fazenda. Esse acórdão encampou a tese defendida em parecer da lavra do eminente Castro Nunes e fez honra a acórdão anterior, relatado pela autorizada pena do Min. Amaral Santos. Não só o uso da arbitragem não é defeso aos agentes da administração, como, antes é recomendável, posto que privilegia o interesse público? (...) (grifou-se)

5. Contudo, naturalmente não seria todo e qualquer direito público sindicável na via arbitral, mas somente aqueles conhecidos como 'disponíveis', porquanto de natureza contratual ou privada.

11. Destarte, é assente não duvidar que ao optar pela arbitragem o contratante público não está transigindo com o interesse público, nem abrindo mão de instrumentos de defesa de interesses públicos. Está, sim, escolhendo uma forma mais expedita, ou um meio mais hábil, para a defesa do interesse público. Assim como o juiz, no procedimento judicial deve ser imparcial, também o árbitro deve decidir com imparcialidade. O interesse público não se confunde com o mero interesse da Administração ou da Fazenda Pública; o interesse público está na correta aplicação da lei e se confunde com a realização correta da Justiça' (grifou-se) (In artigo intitulado 'Da Validade de Convenção de Arbitragem Pactuada por Sociedade de Economia Mista', de autoria dos professores Arnold Wald, Athos Gusmão Carneiro, Miguel Tostes de Alencar e Ruy Janoni Doutrado, publicação na Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, 18, ano 5, outubro-dezembro de 2002, página 418.)

12. Em verdade, não há que se negar a aplicabilidade do juízo arbitral em litígios administrativos, em que presente direitos patrimoniais do Estado, mas ao contrário, até mesmo incentivá-la, porquanto mais célere, nos termos do artigo 23 da Lei 8.987/95, que dispõe acerca de concessões e permissões de serviços e obras públicas, que prevê em seu inciso XV, entre as cláusulas essenciais do contrato de concessão de serviço público, as relativas ao 'foro e ao modo amigável de solução de divergências contratuais'.

Já o Tribunal de Contas da União, a despeito de não deter função jurisdicional, possuía uma exegese no sentido de reconhecê-la inviável.

A guisa de exemplo, em um acórdão de 2012, determinou à Agência Nacional de Transportes Terrestres que adotasse medidas no contrato de concessão para não utilizá-la como mecanismo de resolução de controvérsias quando da solução de questões econômico-financeiras, a despeito de previsão expressa inclusive no art. 35, inc. XVI, da Lei 10.233/2001, que criou a ANTT.

Quando sobreveio alteração na Lei 9.307/1996 pela Lei 13.129/2015 autorizando expressamente a Administração Pública a se valer da arbitragem em contratos no tocante aos direitos patrimoniais disponíveis, a controvérsia se encerrou no âmbito da Corte de Contas.

13. Precedentes do Supremo Tribunal Federal: SE 5206 AgR/EP, de relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, publicado no DJ de 30.04.2004 e AI 521191, Pleno, Rel. Min. Bilac Pinto, in RTJ 68/382 - 'Casos Lage', Cite-se ainda MS 199800200366-9, Conselho Especial, TJDJ, J. 18.05.1999, Relatora Desembargadora Nancy Andriighi, DJ 18.08.1999.

14. Assim, é impossível desconsiderar a vigência da Lei 9.307/96 e do artigo 267, inc. VII do CPC, que se aplicam inteiramente à matéria *sub judice*, afastando definitivamente a jurisdição estatal no caso dos autos, sob pena de violação ao princípio do juízo natural (artigo 5º, LII da Constituição Federal de 1988).

15. É cediço que o juízo arbitral não subtrai a garantia constitucional do juiz natural, ao contrário, implica realizá-la, porquanto somente cabível por mútua concessão entre as partes, inaplicável, por isso, de forma coercitiva, tendo em vista que ambas as partes assumem o 'risco' de serem derrotadas na arbitragem. Precedente: Resp 450881 de relatoria do Ministro Castro Filho, publicado no DJ 26.05.2003.

16. Deveras, uma vez convencionado pelas partes cláusula arbitral, será um árbitro o juiz de fato e de direito da causa, e a decisão que então proferir não ficará sujeita a recurso ou à homologação judicial, segundo dispõe o artigo 18 da Lei 9.307/96, o que significa dizer que terá os mesmos poderes do juiz togado, não sofrendo restrições na sua competência.

17. Outrossim, vige na jurisdição privada, tal como sucede naquela pública, o princípio do *Kompetenz-Kompetenz*, que estabelece ser o próprio juiz quem decide a respeito de sua competência. (...)

(MS - AgRG 11.308/DF, 1ª Seção, rel. Min. Luiz Fux, j. 28.06.2006, DJ 14.08.2006).

7. Art. 35. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais, ressalvado o disposto em legislação específica, as relativas a:

(...)

XVI - regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem; [...].

Na sequência, também adveio a Lei 14.133/2021 (Nova Lei Geral de Licitações), consagrando em seu art. 151 os meios alternativos para a resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem, repetindo que esta última deve ser sempre de direito e observar o princípio da publicidade.

Em termos procedimentais, regra geral, a arbitragem deve observar a transparência⁸, salvo em casos excepcionais previstos em lei e devidamente motivados, acrescida da classificação de alguns documentos a pedido da parte interessada em reservado ou sigiloso, quando a informação se enquadrar nos contidos na Lei 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação) c/c o art. 3º, inc. IV⁹, do Decreto 10.025/2019.

Digno de nota é o art. 153 da Lei Geral de Licitações, que disciplinou em caráter intertemporal prospectivo o aditamento dos contratos vigentes celebrados com fundamento na Lei 8.666/1993, para permitir a utilização desse mecanismo extrajudicial.

8. Enunciado 4 da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do Conselho da Justiça Federal: “Na arbitragem, cabe à Administração Pública promover a publicidade prevista no art. 2º, § 3º, da Lei n. 9.307/1996, observado o disposto na Lei n. 12.527/2011, podendo ser mitigada nos casos de sigilo previstos em lei, a juízo do árbitro”. Disponível em: [www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios/enunciados-aprovados/download/arquivo]. Acesso em: 10.05.2024.

Enunciado 13 da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do Conselho da Justiça Federal: “Podem ser objeto de arbitragem relacionada à Administração Pública, dentre outros, litígios relativos: I – ao inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes; II – à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, cláusulas financeiras e econômicas”. Disponível em: [www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios/enunciados-aprovados/download/arquivo]. Acesso em: 10.05.2024.

Enunciado 89 da II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do Conselho da Justiça Federal: “Nas arbitragens envolvendo a Administração Pública, cabe à parte interessada apontar as informações ou documentos que entende sigilosos, indicando o respectivo fundamento legal que restringe sua publicidade.” Disponível em: [www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios/ii-jornada-2013-enunciados-aprovados/download/arquivo]. Acesso em: 10.05.2024.

9. Art. 3º. A arbitragem de que trata este Decreto observará as seguintes condições: (...)

IV – as informações sobre o processo de arbitragem serão públicas, ressalvadas aquelas necessárias à preservação de segredo industrial ou comercial e aquelas consideradas sigilosas pela legislação brasileira; [...].

2.1 Arbitrabilidade subjetiva interfederativa

Um aspecto curioso discutido no âmbito das Jornadas do Conselho da Justiça Federal diz respeito a uma competência *originária* do Supremo Tribunal Federal prevista no art. 102, inc. I, alínea “f”, que lhe impõe o dever de processar e julgar as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta.

Na cimeira intitulada 1ª Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, consignou-se pela possibilidade dos conflitos entre a administração pública federal direta e indireta e/ou entes da federação serem solucionados pela Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Pública Federal – CCAF – órgão integrante da Advocacia-Geral da União, via provocação do interessado ou comunicação do Poder Judiciário¹⁰.

Em que pese a Comissão tenha apenas mencionado acerca dos mecanismos de autocomposição¹¹ previstos na Lei 13.140/2015, não haveria impedimento, por exemplo, para que exemplificativamente em convênios ou contratos de repasse celebrados com a finalidade de remeter Transferências Voluntárias¹², isto é, recursos financeiros repassados pela União aos Estados, Distrito Federal e Municípios, com a finalidade de executar em caráter descentralizado determinadas políticas públicas, tais como: a compra de equipamentos, execução de obras e serviços de engenharia e outros; havendo divergências no tocante à interpretação das cláusulas, a questão pode e deve submeter-se à arbitragem em razão da complexidade do tema, substituindo a competência originária do Supremo Tribunal Federal.

2.2 Arbitrabilidade subjetiva em Portugal

Curiosamente, em Portugal, as discussões foram similares, mas se antecederam em muitos anos no Supremo Tribunal Administrativo, e desde 1985, após o advento

10. Disponível em: [www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios/enunciados-aprovados/download/arquivo]. Acesso em: 10.05.2024.

11. Desde 2016, ano seguinte ao advento da Lei 13.140/2015, foram celebrados 62 termos de conciliação, que utilizaram a mediação e a autocomposição. Disponível em: [www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/ccafdir/termos-de-conciliacao]. Acesso em: 08.04.2024.

12. Segundo o art. 25 da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) – Lei Complementar 101/2000, “entende-se por transferência voluntária a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde”.

do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (ETAF) e da Lei de Processos dos Tribunais Administrativos e Fiscais (LPTA), é admitida a utilização da arbitragem nos litígios jurídico administrativos¹³.

3. ARBITRABILIDADE OBJETIVA NO BRASIL

Por sua vez, a arbitrabilidade objetiva sinaliza matérias passíveis de solução nessa seara e que estejam contempladas semanticamente no conceito de direitos patrimoniais disponíveis.

Antonio Caramelo¹⁴ adverte que, independentemente dos métodos utilizados para determinar os litígios passíveis de submissão à arbitragem, os Estados em sua grande maioria têm alargado a partir do princípio do *favor arbitrandum* os temas arbitráveis objetivamente e, pensamos que esse postulado deve ser o orientador para a utilização da arbitragem como regra geral.

Eduardo Talamini afirma que a natureza patrimonial de um direito não se restringe a algo aferível em espécie, mas “também se configura pela aptidão de o inadimplemento ser reparado, compensado ou neutralizado por medidas com conteúdo econômico”¹⁵.

Por conseguinte, podemos concluir que nos contratos celebrados pela Administração Pública, todos os interesses e direitos ostentam natureza patrimonial e exemplificamos com os enunciados 107 e 114, ambos da II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do Conselho da Justiça Federal, que respectivamente dispõem sobre a definição de direito patrimonial disponível a partir do critério de negociabilidade da matéria objeto de discussão.

Da mesma maneira, o art. 10-A, § 2º, do Decreto-Lei 3.365/1941, permite o registro de acordo de desapropriação amigável sendo despicienda a lavratura de escritura pública, ainda que de valor superior a 30 salários mínimos, ao reconhecer que a Lei 13.867/2019 teve por finalidade estimular a solução amigável para desapropriações, e previu que o acordo assinado constitui “título hábil para transcrição no

13. GUEDES, Manuel de Almeida. Tribunais arbitrais administrativos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 14, p. 141-151, 1960.

14. CAMELO, Antonio. Critérios de arbitrabilidade dos litígios: revisitando o tema. *Revista de Arbitragem e Mediação*, 2010.

15. TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória). *Revista de Processo. Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 264, ano 42, 2017, p. 99.

registro de imóveis”, afastando a possibilidade de registro do acordo sem necessidade de escritura pública.

3.1. Arbitrabilidade objetiva em Portugal

Tiago Serrão e Diego Calado alertam que desde 2015, quando da alteração do CPTA, tornaram-se arbitráveis “questões respeitantes à validade de atos administrativos”¹⁶, salvo quando há previsão legal em contrário.

Atualmente, resta consolidada a possibilidade de utilização da arbitragem por intermédio da Lei de Arbitragem Voluntária (LAV)¹⁷, e também em razão do art. 180

16. SERRÃO, Tiago; CALADO, Diogo. A arbitragem de direito administrativo, em Portugal: uma visão panorâmica. *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR*, Belo Horizonte, ano 01, 01, p. 249-266, jan.-jun. 2019.

17. Artigo 59.º Dos tribunais estaduais competentes

1 – Relativamente a litígios compreendidos na esfera de jurisdição dos tribunais judiciais, o Tribunal da Relação em cujo distrito se situe o lugar da arbitragem ou, no caso da decisão referida na alínea h) do 1 do presente artigo, o domicílio da pessoa contra quem se pretenda fazer valer a sentença, é competente para decidir sobre:

(...)

2 – Relativamente a litígios que, segundo o direito português, estejam compreendidos na esfera da jurisdição dos tribunais administrativos, a competência para decidir sobre matérias referidas nalguma das alíneas do n.º 1 do presente artigo, pertence ao Tribunal Central Administrativo em cuja circunscrição se situe o local da arbitragem ou, no caso da decisão referida na alínea h) do 1, o domicílio da pessoa contra quem se pretende fazer valer a sentença.

3 – A nomeação de árbitros referida na alínea a) do 1 do presente artigo cabe, consoante a natureza do litígio, ao presidente do Tribunal da Relação ou ao presidente do tribunal central administrativo que for territorialmente competente.

4 – Para quaisquer questões ou matérias não abrangidas pelos 1, 2 e 3 do presente artigo e relativamente às quais a presente lei confira competência a um tribunal estadual, são competentes o tribunal judicial de 1.ª instância ou o tribunal administrativo de círculo em cuja circunscrição se situe o local da arbitragem, consoante se trate, respectivamente, de litígios compreendidos na esfera de jurisdição dos tribunais judiciais ou na dos tribunais administrativos.

5 – Relativamente a litígios compreendidos na esfera da jurisdição dos tribunais judiciais, é competente para prestar assistência a arbitragens localizadas no estrangeiro, ao abrigo do artigo 29.º e do 2 do artigo 38.º da presente lei, o tribunal judicial de 1.ª instância em cuja circunscrição deva ser decretada a providência cautelar, segundo as regras de competência territorial contidas no artigo 83.º do Código de Processo Civil, ou em que deva ter lugar a produção de prova solicitada ao abrigo do 2 do artigo 38.º da presente lei.

do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, para o julgamento das seguintes questões:

a) respeitantes a contratos, incluindo a anulação ou declaração de nulidade de atos administrativos relativos à sua execução;

b) atinentes à responsabilidade civil extracontratual, incluindo a efetivação do direito de regresso, ou indemnizações devidas nos termos da lei, no âmbito das relações jurídicas administrativas;

c) concernentes à validade de atos administrativos, salvo determinação legal em contrário;

d) relações jurídicas de emprego público, quando não estejam em causa direitos indisponíveis e quando não resultem de acidente de trabalho ou de doença profissional.

Contudo, há limites previstos no art. 185 do CPTA, que proscree ser objeto de compromisso arbitral a responsabilidade civil por prejuízos decorrentes do exercício das funções política, legislativa ou jurisdicional; e da mesma forma impede o julgamento do mérito das decisões proferidas pela administração pública, isto é, veda-se qualquer pronunciamento sobre a conveniência ou a oportunidade da atuação administrativa. A última baliza limitativa diz respeito ao uso da equidade.

Dessume-se que ao contrário do Brasil, que se valeu dos conceitos jurídicos determinados e reconhece o uso da discricionariedade judicial/arbitral, além do julgamento *com* equidade, consoante demonstrar-se-á a seguir, Portugal apresenta um rol de hipóteses mais limitado no tocante ao uso da arbitragem, além de vedar expressamente a análise do mérito administrativo.

Ainda, no Brasil, podemos dizer que se admite, em tese, a análise do mérito administrativo na arbitragem exclusivamente quando assim autorizar a cláusula compromissória ou o compromisso arbitral.

4. DIREITOS PATRIMONIAIS DISPONÍVEIS – DECRETO 10.025/2019 – ROL EXEMPLIFICATIVO OU TAXATIVO?

A despeito do critério da disponibilidade do direito não possuir uma densidade operativa para delimitar claramente e com segurança o espaço da arbitrabilidade no

6 – Tratando-se de litígios compreendidos na esfera da jurisdição dos tribunais administrativos, a assistência a arbitragens localizadas no estrangeiro é prestada pelo tribunal administrativo de círculo territorialmente competente de acordo com o disposto no 5 do presente artigo, aplicado com as adaptações necessárias ao regime dos tribunais administrativos.

campo da Administração Pública, aliando à incapacidade de fornecer respostas inequívocas às inúmeras dúvidas que o controle externo, os árbitros e o Poder Judiciário suscitarão acerca da possibilidade de submeter algumas questões à arbitragem, destacamos o Decreto Federal 10.025/2019.

Consagra a arbitragem para dirimir litígios que ocorram nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário considerando controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis; (i) as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos; (ii) o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de parceria; e (iii) o inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes, incluídas a incidência das suas penalidades e o seu cálculo, *dentre outras*.

Já o Estado e o Município de São Paulo, por intermédio dos Decretos 64.356/2019 e 59.963/2020, afirmam ser inaplicável a arbitragem aos projetos contemplados com recursos provenientes de financiamento ou doação de agências oficiais de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte, quando essas entidades estabelecerem regras próprias para a arbitragem que conflitem com suas disposições; e aos casos em que legislação específica regulamentadora da questão dispuser de maneira diversa.

No âmbito da Administração Pública Federal, curiosamente, o TCU¹⁸ entendeu que a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT teria ampliado indevidamente a definição de direitos patrimoniais disponíveis, por intermédio de sua Resolução 5.845, de 14.05.2019, ao acrescentar as penalidades (e seus cálculos) e as “controvérsias advindas da execução de garantias”, além de permitir o uso da arbitragem durante todo o período da execução contratual, afrontando o teor do Decreto que seria posterior, e determinou ao final que a ANTT exclua a referência a “controvérsias advindas da execução de garantias”, uma vez que essa hipótese não foi abrangida pelo Decreto 10.025/2019.

Infelizmente, a motivação para tal *determinação* foi um tanto quanto heterodoxa, pois a despeito da exigência prevista nos arts. 20 e 21¹⁹ da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro sobre a avaliação das *consequências práticas* da

18. Acórdão 4037/2020, Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler, j. 08.12.2020.

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

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

decisão, simplesmente entendeu que os pontos passíveis de solução em arbitragem ensejariam uma modificação de *consequências imprevisíveis* no tocante ao impacto na regulação da concessão das rodovias federais.

As perguntas que fazemos são: quais seriam esses impactos? Havia dados aptos a justificar essa decisão? Infelizmente a decisão não os apresentou.

Ademais, entendeu que a celebração de um compromisso arbitral não é uma decisão trivial, porquanto envolve a avaliação de vantagens e desvantagens, as quais podem variar em cada caso concreto.

Por essa razão, entendemos que o Decreto 10.025/2019 possui um rol exemplificativo, na medida em que usou os vocábulos “dentre outras”, merecendo o posicionamento do TCU uma qualificação.

Entretanto, o mesmo Decreto em seu art. 6º indicou algumas hipóteses em que é preferível a celebração do compromisso arbitral, independentemente de termo aditivo, ponderadas as vantagens e as desvantagens: (i) quando a divergência esteja fundamentada em aspectos eminentemente técnicos; (ii) quando a demora na solução definitiva do litígio possa gerar prejuízo à prestação adequada do serviço ou à operação da infraestrutura; ou ainda, inibir investimentos considerados prioritários.

5. ARBITRAGEM EXCLUSIVAMENTE DE DIREITO: A NECESSIDADE DE ALGUMAS REFLEXÕES

Gustavo Justino de Oliveira e Rafael Augusto Domingues, em percuciente estudo ponderam acerca de eventuais dificuldades para “saber o que se deve entender por critério de direito”²⁰.

O conceito seria equivalente à legalidade estrita, ou seja, lei formal aprovada pelo Congresso Nacional ou, ao revés, seria mais amplo? E, sendo um conceito alargado, como distingui-lo do que seria julgamento por equidade?

Em artigo escrito no ano de 2008, Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara entendiam que “por força do princípio da legalidade, a Administração só pode se

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

20. OLIVEIRA, Gustavo Justino de. DOMINGUES, Rafael Augusto. Os critérios de direito e por equidade no julgamento das arbitragens envolvendo a Administração Pública no Brasil. *Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná*, Curitiba, n. 11, p. 133-151, 2020.

submeter a uma decisão que seja tomada com base em critérios rigorosamente jurídicos, oriundos de normas postas formalmente (em lei, regulamento, contrato ou ato administrativo)”²¹, ao passo que em 2017, Carlos Ari Sunfeld e André Rosilho afirmaram que as autoridades “têm compromisso firme com a legalidade em seu mais sentido amplo”²², aí inseridos os posicionamentos consolidados na legislação e na jurisprudência quanto a temas envolvidos no exercício de suas competências.

Dessa forma, poderíamos considerar a afirmação de observar a legalidade em sentido amplo, como a necessária assimilação da juridicidade enquanto instituto passível de incidência na arbitragem exclusivamente de direito? Ainda, é possível considerarmos acolhido o consequentialismo e o pragmatismo enquanto métodos de direito, uma vez que integrantes da escola jurídica realista?

Entendemos que sim por integrarem o denominado bloco de legalidade, e no mesmo sentido citamos Marcelo Rebelo de Souza,²³ que afirma ser este o parâmetro jurídico da atividade administrativa, aí contempladas a Constituição, os tratados internacionais, as decisões proferidas por pessoas jurídicas de direito público internacional, e, por óbvio, a lei.

E após as alterações da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro em 2018, Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas²⁴ reconhecem que a legalidade contemporânea vai muito além da lei em sentido estrito, na medida em que a lei não mais fixa ou limita competências, e tampouco prescreve meios para atingir finalidades, mas vai além e passa a ser dotada de conceitos técnicos e plurisêmicos de forte conotação axiológica.

Em cada caso, de forma motivada, caberá aos árbitros, por intermédio do princípio da competência da competência (*Kompetenz-Kompetenz*), decidir se determinado critério de julgamento é de direito ou por equidade motivadamente, sem prejuízo de que as cláusulas compromissória ou arbitral se aprofundem nos detalhes, mas de forma excludente abordaremos quais regras no tocante à equidade não

21. SUNDFELD, Carlos Ari. CÂMARA, Jacintho Arruda. *O Cabimento da arbitragem nos contratos administrativos*. Disponível em: [https://repositorio.fgv.br/server/api/core/bitstreams/697cc2da-ce5c-4608-bf83-cb57dac82f4c/content]. Acesso em: 01.2019.

22. SUNDFELD, Carlos Ari. ROSILHO, André. Arbitragem na Administração Pública: é hora de parar de resistir. *Informativo de Licitações e Contratos – ILC*, Curitiba: Zênite, n. 285, p. 1074-1078, ISSN 1980-234X, nov. 2017.

23. SOUSA, Marcelo Rebelo de. MATOS, André Salgado de. *Direito administrativo geral. Introdução e princípios fundamentais*. Lisboa: Editora Dom Quixote, 2004. t. I. p. 153-159.

24. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Comentários à Lei 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública)*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 7-21.

são aplicáveis em uma arbitragem envolvendo a Administração Pública e quais outras são autorizadas no exercício da discricionariedade judicial/arbitral.

6. ARBITRAGEM POR EQUIDADE OU JUDICIAL

Carlos Alberto Carmona classifica a equidade em três espécies: (i) formativa, destinada a preencher lacunas do ordenamento quando o legislador expressamente a autorizar; (ii) supletiva, quando a lei autoriza em determinadas hipóteses a sua aplicação, outorgando uma certa discricionariedade judicial; e (iii) substitutiva, que permite afastar a incidência da lei a um determinado caso concreto.

Para Carmona, é facultado ao árbitro nas questões de direito privado se valer das 3 hipóteses e, em especial, ao julgar *por equidade substitutiva*, é importante destacar sobre a inexistência de qualquer autorização para afastar o direito positivo de forma imotivada, ou seja, incumbe-lhe o ônus argumentativo de explicar o porquê de não aplicar determinada norma a um caso em concreto.

Para Agostinho Alvim²⁵ julgar *por equidade* é sinônimo de equidade judicial em que a lei, explícita ou implicitamente, permite ao órgão jurisdicional a solução do caso em concreto por equidade, exatamente como o art. 11, inc. II, da Lei 9.307/1996 assente que o compromisso arbitral autorize aos árbitros julgar dessa forma nas questões de direito privado²⁶, mas veda seu uso nas arbitragens envolvendo a administração pública.

Concordamos com a vedação do uso da equidade quando a administração pública, seja ela direta ou indireta for parte, mas há quem pense de forma contrária, tal como Paulo Otero²⁷ ao apresentar duas concepções dela:

“(i) equidade forte: admitir-se-ia uma atuação *contra legem*, ou seja, derogando o direito positivo, decidindo o caso com recurso à justiça no caso concreto;

(ii) equidade fraca: hipótese em que o tribunal apenas pode adaptar o direito no caso concreto, nunca decidindo *contra legem*.”

Alfim, o autor conclui que a equidade está vinculada à normatividade. Na medida em que a equidade pressupõe a tomada em consideração de todas as normas e das

25. ALVIM, Agostinho. *Da equidade*. São Paulo: Ed. RT, 1941. v. 132, fascículo 494:4.

26. DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 497.

27. PAULO OTERO, *Equidade e arbitragem administrativa*. In: Centenário do Nascimento do Professor Doutor Paulo Cunha – Estudos em homenagem. Coimbra: Editora Almedina, 2012. p. 827 e ss.

valorações implícitas e admite em certos casos a utilização *contra legem* “dotada de um mínimo de objectividade jussocial”, há conformidade ao espírito jurídico do sistema mediante a prevalência implícita do rigor da constitucionalidade e da legalidade administrativa.

Com todas as vênias ao entendimento de Paulo Otero, entendemos que a arbitragem *por equidade* segue vedada por expressa disposição legal quando uma das partes for a Administração Pública, ao contrário da arbitragem *com equidade* ou legal abaixo explicitada.

6.1. Arbitragem com equidade ou legal

Carmona ainda distingue a arbitragem *por* e *com* equidade; nesta segunda hipótese, quando a Administração Pública for parte, faculta-se ao magistrado ou ao árbitro o exercício da discricionariedade judicial.

A título de exemplo, o autor menciona acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em que as partes possuíam natureza jurídica de direito privado, mas o pleito de anulação da sentença arbitral por suposta violação de acordo de confidencialidade quando uma estagiária foi contratada pela outra parte litigante (corretora de valores), resultando na migração de 374 clientes.

Em razão disso, o tribunal arbitral condenou uma das partes ao pagamento dos lucros cessantes, com fundamento nos arts. 389 a 416 do Código Civil, e concluiu não ter ocorrido violação à convenção de arbitragem que impedia o uso da equidade, na medida em que se aplicaram tão somente as normas legais ao caso em concreto por intermédio do exercício da discricionariedade judicial/arbitral.

Extrai-se que a discricionariedade judicial ou arbitral em uma arbitragem *com equidade* nada mais é que permitir em determinadas hipóteses – ao magistrado ou ao árbitro – o dever de adequar o direito ou aferir a semântica de determinadas palavras.

Da mesma forma incide em outras hipóteses quando resta comprovada omissão normativa ou flagrante inadequação ao quadro social fático a aplicação de determinada norma, impondo-se ao julgador aplicar o direito da melhor forma.

Em verdade, trata-se de equidade legal cujo conceito Agostinho Alvim²⁸ afirma ser aquele contido no texto da norma ao prever várias possibilidades de soluções, observadas sempre as circunstâncias do caso em concreto.

Por essa razão, a arbitragem *com equidade* é um instituto de índole estritamente jurídica, a despeito de inexistir um consenso em torno do seu conceito, na medida em que a literatura como regra geral o atrela às suas concepções jurídico-filosóficas.

28. ALVIM, Agostinho. *Da equidade*. São Paulo: Ed. RT, 1941. v. 132, fascículo 494:4.

No ordenamento jurídico existem dois mecanismos pelos quais as normas se completam: a *autointegração*, em que no âmbito do mesmo ordenamento ou fonte dominante são extraídas as respostas aos problemas, utilizando-se inclusive os princípios gerais de direito.

Na *heterointegração*, as normas se colmatam por outras fontes diversas, tais como os princípios gerais do direito comparado, o costume e a equidade²⁹.

Entretanto, não se trata de termo unívoco, porquanto inaplicável a uma só realidade, nem tampouco equívoco, pois não designa duas ou mais realidades desconexas, mas sempre condiciona a sua aplicação a situações congruentes ou interrelacionadas³⁰.

Ainda assim, trata-se de um instituto inerentemente de natureza jurisdicional para aplicar o direito positivo nas hipóteses em que a norma possua baixo grau de objetividade a partir do contexto cultural vigente, por intermédio do justo equilíbrio entre os interesses da coletividade e dos particulares, e, portanto, atrelado a determinados fins, e sobretudo dentro de limites a partir da aplicação de fórmulas valorativas, afastando-se qualquer especulação jurídica.

Em breve suma, o julgamento *com equidade* não é licença ao arbítrio puro, mas sempre uma atividade estritamente condicionada às valorações positivas do ordenamento jurídico de maneira a adaptar e complementar a lei, por reconhecermos nesta última a sua extrema generalidade incapaz de prever todas as circunstâncias da realidade e – da mesma forma que os princípios gerais de direito – possui função metalinguística, respondendo pela estruturação da concretização do direito³¹.

Inclusive, para atingir tal desiderato, concordamos parcialmente com Limongi França³² acerca da imprescindível aplicação de Os requisitos para a incidência do julgamento *com equidade*, afastando o quarto e o quinto que seriam respectivamente decorrentes de uma visão sistêmica do direito e a eventual aplicação do direito natural, e que mostraremos doravante serem incompatíveis com o realismo jurídico: a) omissão, defeito ou acentuada generalidade da lei; b) apelo para as formas complementares de expressão do direito antes da livre criação da norma equitativa;

29. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, p. 146-160.

30. DINIZ, Maria Helena. *As lacunas do direito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 248-274.

31. FERRAZ JUNIOR, Terezo Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 8. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 202-204.

32. LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Aplicação do direito positivo*. In: Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Editora Saraiva, 1969. v. 7, p. 205.

elaboração da regra de equidade, em harmonia com o espírito que rege o ordenamento jurídico e, especialmente, com os princípios que informam o objeto da decisão.

A título de exemplo sobre a possibilidade da utilização da discricionariedade judicial ou da margem livre de apreciação³³, é possível aferir semanticamente sobre o que se entende por controvérsia sobre direitos patrimoniais disponíveis, entre as quais (i) as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos; (ii) o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de parceria; e (iii) o inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes, incluídas a incidência das suas penalidades e o seu cálculo fará incidir sem dúvida o direito.

Ainda nesse sentido, podemos citar a possibilidade de revisar a porcentagem de aplicação de multa com fundamento no art. 156 da Lei 14.133/2021, que faculta o seu cálculo na forma do edital ou do contrato, entre 0,5% (cinco décimos por cento) a 30% (trinta por cento) e será aplicada em razão da prática das infrações administrativas previstas no art. 155 da mesma lei.

O último exemplo diz respeito aos honorários advocatícios eventualmente fixados na arbitragem (excluídos os honorários contratuais), uma vez que o art. 9º, § 4º,

33. Almiro do Couto e Silva, em artigo no qual defende a possibilidade de controle jurisdicional na correção de provas objetivas de concursos públicos, mostra-se bastante contrário ao reconhecimento de discricionariedade técnica. Contudo, admite que nas provas subjetivas de concursos públicos há na generalidade dos casos uma "margem de apreciação" ou "área de apreciação", e, nesses casos, o controle jurisdicional é limitado e apresenta a seguinte reflexão: haveria discricionariedade concedida à banca examinadora do concurso público para considerar correta uma resposta incorreta ou, diversamente, para considerar incorreta uma resposta correta? A única análise a ser feita é sobre a correção ou não da resposta frente ao atual estado da ciência, da técnica ou das artes. O gabarito oficial deve retratar necessariamente com fidelidade essas circunstâncias. É tudo ou nada, sem espaço para meio termo. Já nas provas subjetivas a margem de apreciação é muito maior, pois pressupõe um exame comparativo. Uma segunda exceção ao controle ilimitado se apuraria quando, em razão da complexidade da matéria versada, o juiz não se considerar capacitado a afirmar se está correta ou incorreta a resposta dada como certa ou errada pela Administração Pública, representada pela banca, apesar dos pronunciamentos e dos esclarecimentos prestados pelos técnicos que se manifestaram no processo. De qualquer modo, assegura que o juiz só poderá chegar a essa conclusão por uma limitação cognitiva identificada ao final de um processo desenvolvido com a finalidade de apurar se a decisão administrativa confere com o estado atual das ciências, da técnica e das artes. SILVA, Almiro do Couto e. *Correção de prova de concurso público. Direito público: estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari*, 2003. p. 13-27.

do Decreto 10.025/2019 impõe a aplicação do art. 85 do CPC, cujo teor certamente faculta a aplicação da equidade.

Eduardo Jordão afirma que o Direito Administrativo possui três finalidades distintas e eventualmente conflitantes, mas que em nossa visão também podem ser critérios norteadores na arbitragem *com* equidade quando uma das partes for a Administração Pública: a proteção de direitos (dimensão jurídica); a promoção eficiente de utilidades à população (dimensão gerencial); e a garantia da legitimidade de escolhas administrativas (dimensão política)³⁴.

Logo, nada impede que o julgamento *com* equidade, a partir de determinados *standards* previstos em contrato ou em lei incidam nas arbitragens sem qualquer discussão acerca de eventual descompasso com o ordenamento jurídico.

7. A LEI 13.655/2018: A QUEBRA DE DOGMAS DO DIREITO ADMINISTRATIVO E A INCORPORAÇÃO DE NOVAS CORRENTES TEÓRICAS AO ORDENAMENTO JURÍDICO

A Alteração na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro por intermédio da Lei 13.655/2018, rompeu com os dogmas da supremacia e da indisponibilidade do interesse público e deu ensejo a novas reflexões concernentes à inexistência/superação de uma visão sistêmica do Direito Administrativo.

Incorporaram-se ao ordenamento jurídico nacional as correntes teóricas do *realismo jurídico* norte-americano que negam todo e qualquer fundamento absoluto ao direito, por considerar essencial a análise da realidade efetiva, e jamais a realidade sonhada ou ideal, acolhendo-se a *experiência prática* desenvolvida por Oliver Wendell Holmes, que reconheceu a inaplicabilidade da dedução silogística mecânica como única força operante no conhecimento e desenvolvimento do Direito, ao apresentar um ceticismo em relação a dogmas absolutos (relativismo axiológico)³⁵.

34. JORDÃO, Eduardo. As mentiras que os administrativistas contam: é preciso refundar o direito administrativo sobre bases mais realistas. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JORDÃO, Eduardo; MOREIRA, Egon Bockmann; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; BINEMBOJIN, Gustavo; CÂMARA, Jacintho Arruda; MENDONÇA, José Vicente Santos de; JUSTEN FILHO, Marçal; MONTEIRO, Vera. *Publicistas: direito administrativo sob tensão*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 67-68.

35. DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 77-78.

Também foi absorvida a *lógica experimental* de John Dewey para quem a lógica dedutiva que tem no silogismo a sua expressão máxima é imprestável para a prolação de decisões justas, na medida em que aplica princípios gerais de direito imutáveis e rígidos³⁶, que ao fim e ao cabo ensejarão um sentimento de hostilidade ao direito³⁷.

Por conseguinte, a lógica dedutiva (que leva em conta os antecedentes) deve ser substituída por uma lógica estritamente limitada às prováveis consequências³⁸ quando da aplicação das normas, que devem ser justas aos casos em concreto e sempre adaptáveis às novas dinâmicas da sociedade³⁹.

E a partir disso, para os autores que entendem ser o Direito Administrativo um sistema de normas (regras e princípios) dotado de coerência, faria sentido em exigir que as arbitragens sejam julgadas exclusivamente pelo direito, principalmente partindo-se do pressuposto que em toda e qualquer lacuna ou indeterminação as soluções a serem construídas sejam obtidas exclusivamente do ordenamento jurídico a partir dos vetustos dogmas da supremacia e da indisponibilidade do interesse público.

Já para aqueles dotados de uma visão realista do Direito, em que o mundo é demasiado incerto, imperfeito e fragmentado para ser julgado exclusivamente a partir de idealizações abstratas⁴⁰, a inofismável conclusão é a de que hoje se admite nas arbitragens em que uma das partes seja a Administração Pública a utilização desses

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

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. (Incluído pela Lei 13.655, de 2018). (g.n.).

37. DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 89-90.

38. Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos *sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão*. (Incluído pela Lei 13.655, de 2018). (g.n.).

39. DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 89-90.

40. SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo: o novo olhar da LINDB*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

novos institutos do realismo jurídico, tais como: o consequencialismo e o pragmatismo, e até a análise econômica do direito, merecendo destacar que muitas vezes os dois primeiros são considerados passíveis de utilização de forma autônoma⁴¹ ou, ainda: que o primeiro seria uma subespécie do pragmatismo⁴².

Mas as questões que se apresentam são: o consequencialismo é tributário do pragmatismo? Poderia o primeiro ser utilizado exclusivamente como um critério de aplicação do direito pelos árbitros?

A pergunta é importante, e não se trata de mero formalismo acadêmico, pois aderimos ao posicionamento de Richard Posner⁴³ no sentido de estarmos a tratar de

41. Para Carlos Ari Sundfeld, as novas normas da LINDB têm “tudo a ver com as tendências atuais, realistas e pragmáticas do direito público. Garantem-se direitos e mecanismos para evitar as consequências não avaliadas nas intervenções jurídicas, para garantir transições jurídicas adequadas em casos de mudança, para estabilizar relações jurídicas que já se consolidaram, para diminuir incertezas jurídicas, para viabilizar a solução consensual de dificuldades ou conflitos e para induzir a participação da sociedade na produção de normas administrativas” *ibidem*, p. 42.

42. Sobre o pragmatismo enquanto gênero, que abrange o *antifundacionalismo* (as verdades são criadas, mutantes, não eternas, parciais e método pragmatista, por avaliar teorias por suas consequências, abandona posições teóricas, fixas), o *consequencialismo* (prioriza as consequências do ato) e o *contextualismo* (é o destaque do contexto social, político, histórico e cultural), citamos José Vicente Santos de Mendonça. MENDONÇA, José Vicente dos Santos de. *Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018. p. 372. Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras, ao discorrerem sobre o art. 21 adotam o mesmo posicionamento dos autores acima mencionados. AZEVEDO, Floriano de. *Comentários à Lei 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública)*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 45.

43. Posner crítica o formalismo porque este sempre olha para o passado, isto é, fundamenta a legitimidade de uma decisão deduzindo-o de uma regra ou princípio. E geralmente é possível proferir uma decisão como exercício lógico ou algorítmico estritamente contido a título de retórica contra a inclinação política, permitindo transferir (ou fingir transferir) a responsabilidade por atos impopulares de si mesmos para uma abstração: a lei. Essa constatação acaba por afastar o pragmatismo como um suplemento ao formalismo que muitas vezes acaba por não satisfazer aos anseios da sociedade, por exemplo, a decretação da prisão após o esgotamento recursal da segunda instância.

O formalismo exacerbado em realidade não passa de mera utopia e é imprescindível que as decisões em sede de controle administrativo ou judicial em termos pragmáticos observem três aspectos: (i) contigência/contexto, ou seja, reflita e contextualize as circunstâncias de cultura, local e história; e, (ii) proceda a indagações jurídicas/legais junto com investigações empíricas a respeito de certas características particulares das instituições, práticas e categorias das quais agentes reais participem.

formas distintas e, por essa razão, é essencial demonstrarmos as suas características e a insuficiência terminológica para uma aplicação textual do *consequencialismo* expressamente previsto na LINDB.

B. CONSEQUENCIALISMO

O consequencialismo é basicamente uma teoria de maximização pautada nas filosofias morais e conceitualmente é considerado uma derivação do utilitarismo, pois uma ação sempre será considerada correta quando produzir as melhores consequências.

Trata-se de um instituto que não possui uma abordagem contraintuitiva, isto é, está fundamentalmente ligado à racionalidade humana: prefere-se um melhor estado de coisas ao pior.

Por essa razão, em nosso sentir, parece não encontrar limites dentro ou fora do direito, sendo um fator de extrema insegurança jurídica a sua aplicação de forma isolada. Ora, se qualquer ação que leve às melhores consequências é correta – independentemente de qual seja essa ou que tipo de sacrifícios ela exija, então podemos desapropriar um terreno de um hospital dando um prazo de 24 horas para que todos os pacientes sejam de lá deslocados para passarmos a explorar petróleo imediatamente, por exemplo?

Podemos desestatizar uma empresa sem a observância de quaisquer critérios previstos no direito? Nos parece que as respostas são negativas e que a mensuração das consequências para fins de controle judicial ou arbitral ainda não possuem limites⁴⁴.

A despeito do posicionamento de José Vicente dos Santos Mendonça de que a análise consequencialista daria predominância aos desdobramentos “imediatos e imediatamente futuros associados à interpretação ou à aplicação do Direito”⁴⁵ em consonância com a CF/1988, temos dúvidas acerca da adequação com o pragmatismo

Em suma, o pragmatismo é reduzido ao “atenha-se aos fatos”, devendo sempre prever as repercussões, o que afasta a visão de que o juiz deve prever todas as consequências (e diferencia-o do instituto nominado consequencialismo que é o conjunto de doutrinas filosóficas mais proeminente do utilitarismo e avalia uma ação por aquela que produz as melhores consequências). POSNER, Richard. *Direito, pragmatismo e democracia*. São Paulo: Editora Fbrense, 2010. p. 1-299.

44. WILLIAMS, Bernard. Consequentialism and integrity. In: SCHEFFLER, Samuel. *Consequentialism and its critics*. Oxford University Press, 2009. p. 20-51.

45. MENDONÇA, José Vicente dos Santos. Art. 21 da LINDB: indicando consequências e regularizando atos e negócios. *Revista de Direito Administrativo da FGV*, Edição Especial: Direito público na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – LINDB, p. 43-61, nov. 2018.

que busca o cumprimento da satisfação de propósitos humanísticos e com uma mudança substancial no entorno das circunstâncias sociais.

Ao se aplicar o viés consequencialista, é importante distinguir os seguintes pontos: a correção do ato é aferida por suas consequências em termos gerais; e a avaliação será sempre no caso em concreto, ou seja, se em determinada circunstância o agente produziu, de acordo com critérios determinados pelo avaliador, as melhores consequências possíveis disponíveis no momento da tomada de decisão⁴⁶.

O consequencialismo pode inclusive ser subdividido em duas espécies: (i) de atos (cada ato deve ser analisado de forma individualizada em termos de melhores resultados); e (ii) de regras (a ação será moralmente adequada quando obedecer a uma regra que predetermina o melhor resultado)⁴⁷.

Um segundo conjunto de problemas para o consequencialismo seria de natureza epistemológica, pois parece haver exigência no sentido de que os agentes calculem todas as consequências de cada ato para cada pessoa e isso na prática nos parece impossível.

Para aqueles que exigem essa obrigação – juridicamente impossível em nosso sentir – o princípio da utilidade deve ser usado como um procedimento ou guia de decisão, ou seja, como um método que os agentes aplicam conscientemente aos atos com antecedência para ajudá-los a tomar decisões.

No entanto, a maioria dos consequencialistas não apresenta critérios objetivos para aferição acerca da viabilidade da decisão, mas aplicam a utilidade geral como critério ou padrão do que é moralmente correto ou moralmente deve ser feito, isto é, a suas teorias pretendem explicitar as condições necessárias e suficientes para que um ato seja moralmente correto, independentemente de o agente poder dizer de antemão se essas condições são atendidas.

Por fim, as teorias morais consequencialistas podem se subdividir naquelas (i) que se concentram em desdobramentos reais ou objetivamente prováveis (consequencialismo objetivo), ou ainda, (ii) se concentram nas consequências pretendidas ou previstas (consequencialismo subjetivo).

Ocorre que a moralidade individualizada impõe padrões comportamentais que na maioria das vezes são distintos do ponto de vista de cada ser humano, ou seja,

46. ARAUJO, Thiago Cardoso; FERREIRA JUNIOR, Fernando; MONTENEGRO, Lucas dos Reis. Consequentialism, pragmatism and economic analysis of law: similarities, differences and some misconceptions. *Revista Quaestio Iuris*, v. 14, p. 2106-2130, 04, 2021.

47. ARAUJO, Thiago Cardoso; FERREIRA JUNIOR, Fernando; MONTENEGRO, Lucas dos Reis. Consequentialism, pragmatism and economic analysis of law: similarities, differences and some misconceptions. *Revista Quaestio Iuris*, v. 14, p. 2106-2130, 04, 2021.

não há consenso; portanto, visões morais ou ideológicas não podem ser um parâmetro de aplicação do direito, ou seja, somente “valores morais juridicizados e nos termos em que juridicizados”⁴⁸ é que poderão ser esse norte.

Além disso, segundo a teoria de Waldron, não é possível demonstrar que um juízo moral é verdadeiro ou falso. É necessário um método ou critério de aferição da compatibilidade entre o enunciado e o fato que seja aceito por todos os debatedores⁴⁹.

Marinoni⁵⁰ alerta também que há muitos juízos morais travestidos de afirmação de fatos, assim como o uso inadequado de fatos para amparar juízos morais e

48. CAMMAROSANO, Marcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. “o que nos propomos conhecer quando falamos em direito é a ordem normativa do comportamento humano dotada de coercibilidade, assim considerada aquela posta pelo Estado, bem como as normas que o próprio Estado decide incorporar como integrantes do ordenamento jurídico, como só e fazer com aquelas sedimentadas pelos usos e costumes, assim como as produzidas por terceiros, como as convencionais, desde que não sejam *contra legem*. E também aquelas consubstanciadas nas decisões reiteradas de órgãos competentes do Estado, ao aplicar o direito com força de coisa julgada, formando jurisprudência, aí compreendidas as súmulas de tribunais, especialmente as vinculantes.” “há, sim, uma novidade na positivação da moralidade administrativa pela Constituição de 1988. Mas essa novidade reside no alargamento do objeto da ação popular, mediante a qual qualquer cidadão está legitimado a propor ação popular também para a defesa da moralidade administrativa em si mesmo considerada, que resulta violada sempre que a ofensa à ordem jurídica estabelecida implicar ofensa a valores ou preceitos morais juridicizados, e como juridicizados, como os da lealdade, da boa-fé, da veracidade e outros mais. Caracterizam ofensa à moralidade administrativa: intencional violação do direito, por ação ou omissão, quer quanto aos meios de atuação dos agentes públicos, quer quanto aos fins inerentes ao exercício da função pública; o atuar com intenção viciada nos atos expedidos no exercício de competência discricionária; os atos eivados de desvio de poder, nas suas duas modalidades (atos que instrumentalizam busca de finalidade alheia a qualquer interesse público, ou finalidade que não é própria, específica, da competência utilizada); ofensa à ordem jurídica decorrente de grave incúria.”

49. WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. USA: Oxford University Press, 2001.

50. Marinoni distingue os *thick facts* dos *thin facts* com o objetivo de esclarecer decisões normativas que se valem de fatos acobertados por valores morais diante de restrições a direitos baseadas em raça, sexo, orientação sexual e limitações em razão de alguma deficiência. Os *thick facts* seriam decisões ancoradas numa descrição de um determinado grupo e a sua valoração em termos limitantes para aquele (ex: *Buck vs Bell* “pessoas com retardo mental seriam socialmente inadequadas”). Já no *thin facts* os juízes consideram um fato empírico para com base neles, justificar uma restrição a um determinado grupo (ex: *Nguyen vs. INS* quando se discutiu a constitucionalidade de lei de imigração que pelo fato das mulheres gestarem crianças, facilitou-se a estas a obtenção de nacionalidade quando comparadas aos homens) MARINONI, Luiz Guilherme. *Fatos constitucionais? A descoberta de uma outra realidade do processo*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024. p. 80-81.

menciona exemplificativamente a decisão proferida pelo STF na ADI 5.543, que considerou inconstitucionais dispositivos de normas do Ministério da Saúde e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), que excluía do rol de habilitados para doação de sangue os “homens que tiveram relações sexuais com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes nos 12 meses antecedentes”.

Em suma, pode-se dizer que o consequencialismo como uma derivação do utilitarismo não seria adequado tanto pela insuficiência de motivações, quanto pelo fato de que a moralidade a ser aplicada deve ser aquela contida somente no direito, além de sua incompatibilidade com a concepção mais humanista preconizada pela Constituição Federal, calcada em óticas mais ontológicas, representativas de um modo de pensar menos individualista e, por conseguinte, uma aplicação textual da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileira afigura-se inviável, sendo de rigor compreendermos o pragmatismo jurídico para que a semântica demonstre que o legislador pretendeu adotar tão somente o pragmatismo enquanto instrumento a ser adotado no Brasil extraído do realismo jurídico.

9. PRAGMATISMO

9.1. Pragmatismo filosófico

É impossível explicarmos o pragmatismo jurídico sem compreendermos a sua matriz filosófica – que é o pano de fundo do realismo jurídico com impacto na zelética jurídica – a partir de Charles Sanders Peirce (1839-1914), que participava do autodenominado círculo metafísico composto por William James (1842-1910), Oliver Wendell Holmes Jr. (1841-1935), John Fiske (1842-1901), Francis Ellingwood Abbot (1836-1903) e Chauncey Wright (1830-1875) entre o início e o fim de 1872.

Os estudos de Peirce⁵¹ intitulados *the fixation of belief*⁵² e *how to make our ideas clear*⁵³, publicados entre 1877 e 1878 resumem em grande parte os estudos do círculo metafísico.

51. Chauncey Wright foi considerado o verdadeiro criador do pragmatismo filosófico a partir de exemplos do evolucionismo darwiniano, com estudos como *the evolution of self-consciousness* de 1873 apresentando a sua teoria sobre a evolução do autoconhecimento humano, a ponto de influenciar William James, Charles Sanders Peirce e por intermédio destes, George Herbert Mead e John Dewey. PARRAVICINI, Andrea. *Il pensiero in evoluzione*: chauncey Wright tra darwinismo e pragmatismo. Pisa: Editore ETS, 2012.

52. Disponível em: 1877 Peirce – The Fixation Of Belief: Charles Sanders Peirce (1839-1914) Free Download, Borrow, and Streaming: Internet Archive]. Acesso em: 05.05.2023.

53. Disponível em: [http://bocc.ufp.pt/pag/fidalgo-peirce-how-to-make.pdf]. Acesso em: 06.05.2023.

O pragmatismo não tem origem no grego *pragmátikos*, mas no termo kantiano *pragmatisch*, que aparece na *fundamentação da metafísica dos costumes* e na *antropologia do ponto de vista pragmático*, expressando um liame entre o conhecimento racional e qualquer propósito humano definido⁵⁴.

Para Peirce existem vários métodos para fixar nossas crenças (tenacidade, *a priori* e científico), mas somente este último é confiável, na medida em que existem objetos cujas características são absolutamente independentes das opiniões que forjamos em torno delas, levando à conclusão de que a verdade é pública e se constrói aos poucos coletivamente, a partir de deduções e investigações da comunidade científica, e não a partir de fantasias ou percepções isoladas.

Em breve suma, para Peirce, o significado de uma ideia não é limitado à esfera do conhecimento, do pensamento, à sua familiaridade subjetiva ou à sua definição abstrata, como nos ensina tradicionalmente a filosofia, mas sobretudo da esfera da práxis⁵⁵.

Já Richard Rorty possuía um pensamento verdadeiramente antifilosófico, na medida em que entendera impossível alcançar a verdade e a justiça⁵⁶.

Assim, em contraposição àqueles que o fazem, afirma as consequências deste costumeiro reconhecimento de falsas legitimidades: a criação de um direito inexato que impõe sacrifícios aos demais seres humanos, mediante a aplicação de penas, além de acarretar grandes injustiças⁵⁷.

Rorty afirma ser dispensável a busca da natureza da verdade e também ser despicando a filosofia buscar fundamentos de índole metafísica ou epistemológica para toda e qualquer ação humana, e daí surgiu o antifundacionalismo, pois não se pode buscar por meio de definições a mera redução de conceitos como *verdade*, *conhecimento*, *crença*, *ação*, *causa*, *o bem* e *o certo*, para outros de menor complexidade, o que seria conhecido por *boa filosofia*.

Basicamente, Rorty entendia ser imprescindível o redirecionamento da filosofia enquanto instrumento de estudo em razão do mundo ter passado pelas revoluções

54. PARRAVICINI, Andrea. *Dewey: experimentar o pensamento*. São Paulo: Editora Salvati do Brasil, 2017. p. 17.

55. PARRAVICINI, Andrea. *Dewey: experimentar o pensamento*. São Paulo: Editora Salvati do Brasil, 2017. p. 18-23.

56. RORTY, Richard. *Consequences of pragmatism: essays 1972-1980*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1982.

57. RORTY, Richard. *Consequences of pragmatism: essays 1972-1980*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1982.

científica, política e industrial, que impactaram demasiadamente o cotidiano prático respectivamente com o surgimento do pós-modernismo (descrédito das grandes teorias que desejavam explicar de modo global a vida humana); a derrocada dos regimes comunistas (encetando qualquer esperança do surgimento de alguém dotado de uma filosofia da história apta a contar tudo sobre o destino dos humanos); e a nova articulação do mundo por meio da tecnologia (democratizando o conhecimento).

Por conta disso, na visão rortiana, um filósofo é aquele que antes de ser um contemplador ou um investigador, se dispõe a ouvir e conversar propondo alternativas razoáveis ao bem-estar da humanidade a partir da análise de um caso em sua inteligência por intermédio das suas especificidades e sempre em prol do pluralismo e da democracia⁵⁸.

9.2. Pragmatismo jurídico

Explicaremos sobre o pragmatismo jurídico a partir dos escritos de Stephen Breyer⁵⁹ que atribui peso às palavras contidas na Constituição ou nas leis por intermédio das intenções de um legislador razoável, sensato, extraíndo sempre as informações dos debates ocorridos no legislativo, tais como: os propósitos, as consequências e os valores dos textos, sempre à luz do devido processo legal em caráter substancial⁶⁰.

Stephen Breyer é claro ao informar que atribui menos peso à literalidade de uma lei ou da Constituição, em comparação aos seus colegas textualistas⁶¹, com o escopo de se chegar a uma interpretação mais fiel ao desejo dos autores da Constituição ou dos legisladores dentro de uma perspectiva de administração pública e sociedade duradouras⁶².

58. RORTY, Richard. *El giro lingüístico: Dificultades metafísicas de la filosofía lingüística*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 1998. p. 45-116.

59. BREYER, Stephen. *Reading the constitution: why i chose pragmatism, not textualism*. New York: Simon & Schuster, 2024.

60. O devido processo legal formal ou processual exige o respeito a um conjunto de garantias processuais mínimas, como o contraditório, o juiz natural, a duração razoável do processo, entre outras. O devido processo legal substancial ou material é uma forma de controle de conteúdo das decisões, sob a ótica da proporcionalidade e da razoabilidade.

61. BREYER, Stephen. *Reading the constitution: why i chose pragmatism, not textualism*. New York: Simon & Schuster, 2024. p. 16.

62. BREYER, Stephen. *Reading the constitution: why i chose pragmatism, not textualism*. New York: Simon & Schuster, 2024. p. 17.

Além disso, é enfático ao afirmar que interpretações simplesmente textualistas podem gerar consequências indesejáveis em detrimento de outras que os autores de uma lei pretendiam, e por essa razão adota uma visão orientada a propósitos, pautando-se em um dos ensaios de Michel de Montaigne – *on experience* –, para quem a vida humana é mais ampla, dotada de muito mais incidentes, vicissitudes, eventos e consequências inesperadas e imprevisíveis que as leis podem prever⁶³.

Em razão disso, o direito não pode ser considerado uma ciência, pois é dotado de um corpo desordenado de entendimentos entre grupos e instituições, herdado do passado e aberto a mudanças, principalmente em casos limítrofes.

Trata-se de uma tradição que comunica sua visão não por meio da aplicação de uma única teoria, mas do estudo detalhado de casos, instituições, histórias e as necessidades humanas que lhes estão subjacentes; portanto, exige aprendizado, sensibilidade e dedicação⁶⁴.

Pode-se afirmar que o pragmatismo de Breyer busca uma consensualidade sempre que possível em torno dos temas, além do respeito aos precedentes e a diplomacia entre as instituições, com vistas a representar os interesses de todo o povo e a afastar quaisquer interesses político partidários transitórios.

Em adição, entendemos que o pragmatismo deve ser aplicado à luz dos seguintes standards:

- (i) Pluralismo: existem tantas palavras quanto os seres humanos e por essa razão a realidade última não é uma, mas são muitas, na medida em que todos buscam a verdade e o objetivo da vida de acordo com as suas experiências;
- (ii) Ênfase na mudança: o mundo é um processo, um fluxo constante, ou seja, a verdade está sempre em formação, com vistas à evolução;
- (iii) Mudança de acordo com objetivos e valores: ambos mudam de acordo com a evolução da sociedade;
- (iv) Dignidade da pessoa humana: o pragmatismo deve cumprir propósitos humanos, isto é, devem satisfazer as necessidades humanas;
- (v) Mudança enfática nos aspectos sociais: nos desenvolvemos a partir e no entorno das circunstâncias sociais, e por essa razão, a educação é primordial para o desenvolvimento de nossas personalidades;

63. BREYER, Stephen. *Reading the constitution: why i chose pragmatism, not textualism*. New York: Simon & Schuster, 2024. p. 26.

64. BREYER, Stephen. *Reading the constitution: why i chose pragmatism, not textualism*. New York: Simon & Schuster, 2024. p. 27.

(vi) Experimentalismo: deve-se atribuir mais peso à ação do que às ideias, na medida em que a atividade é o meio para atingir o fim do conhecimento;

Além disso, uma decisão, na medida do possível, deve:

(vii) se opor a dogmas e valores preestabelecidos;

(viii) buscar resolver problemas e alcançar metas claramente definidas pelo comitê ou pelo legislador, e ser eficaz na consecução desses objetivos;

(ix) estar fundamentada em evidências cuja metodologia de pesquisa seja rigorosa;

(x) estar fundamentada em uma base legal sólida;

(xi) produzir benefícios que justifiquem os custos;

(xii) considerar a distribuição dos seus efeitos entre os diferentes atores e grupos;

(xiii) ser elaborada de modo transparente, com procedimentos adequados para a manifestação efetiva e tempestiva de atores e grupos interessados; e

(xiv) considerar os incentivos e mecanismos para alcançar os efeitos desejados, incluindo estratégias de implementação que potencializem seus resultados.

Em resumo, entre outros pontos, apresentamos um norte acerca da imprescindibilidade de se atentar ao espírito democrático da Constituição, tais como: linguagem, fontes históricas, precedentes, finalidades da norma e consequências concretas, sem prejuízo da autocontenção judicial e da seletividade para exclusivamente garantir as condições da própria democracia e a maior participação dos cidadãos (ampliar a participação de parcelas ideológicas e grupos sociais nas eleições); e favorecer o federalismo cooperativo⁶⁵.

Portanto, discordamos daqueles que afirmam ser o pragmatismo um tipo de consequentialismo, pois no primeiro se tenta obter o melhor resultado possível para a sociedade, e não apenas a determinados indivíduos.

Ademais, pelas lentes de um juiz ou árbitro pragmático, a decisão adequada em um caso é aquela que proporcionará as melhores consequências globais – quer essas sejam medidas em termos de felicidade, justiça, legalidade, etc., quer sejam alguma combinação destes, e não somente benefícios diretos e/ou imediatos.

10. CONCLUSÃO

A arbitragem no âmbito da Administração Pública não é apenas um mecanismo de composição de conflitos, mas sobretudo de celeridade e eficiência na prolação de

65. BREYER, Stephen. *Active liberty: interpreting our democratic constitution*. New York: Vintage Books, 2006. p. 3-34.

decisões em um curto átimo de tempo, atrelada à considerável segurança jurídica, levando em consideração os estudos da FGV, que mensuraram o baixo percentual de procedência das ações de sentença anulatória arbitral no período entre 2018 e 2023, em torno de 22,6%⁶⁶.

Há uma transmutação da arbitragem que passa não mais a ser um meio alternativo de resolução de litígios, mas sim um instrumento adequado para a resolução destes e, nesse cariz, deve haver extrema cautela na redação do compromisso de arbitragem ou da cláusula compromissória, especialmente quando da formulação das questões e dos pontos a serem decididos, bem como um controle cuidadoso em torno da *discovery* para evitar a produção em excesso de documentos que ao final deverão ser divulgados em observância à publicidade/transparência.

Concordamos com Marçal Justen Filho no sentido de que a cultura da arbitragem fará prevalecer as regras contidas nos contratos, além de examinar com minúcia a conduta das partes e exigirá sempre a comprovação dos pressupostos concretos que supostamente embasaram as decisões administrativas, o que resultará numa mudança de cultura no âmbito da Administração Pública⁶⁷.

Mas para ser um mecanismo legítimo de resolução de disputas que pode realmente substituir o Poder Judiciário não somente em determinadas situações, mas também em quase todas, é essencial a administração consistente de uma justiça imparcial e igualitária e, para tanto, essencial o contínuo aprimoramento de seu sistema de *accountability*.

No que atina ao pragmatismo, pelo fato de ter sido incorporado em nosso ordenamento jurídico pela LINDB, o consideramos uma teoria normativa que auxiliará o magistrado/árbitro em casos específicos, pois é essencial haver segurança jurídica minimamente a partir de critérios/standards preestabelecidos que apresentamos no presente artigo, de forma que os árbitros e juízes apliquem a *ratio* que melhor produza consequências para a sociedade de forma sistêmica e sempre devidamente motivada.

E adotando um dos parâmetros de Stephen Breyer, ao analisarmos o parecer que subsidiou a aprovação do projeto de lei de alteração da LINDB constatamos

66. Disponível em: [www.conjur.com.br/2024-abr-19/sentenca-arbitral-e-mantida-pelo-judiciario-em-68-dos-casos-diz-pesquisa-da-fgv/]. Acesso em: 05.05.2024.

67. JUSTEN FILHO, Marçal. A revolução secreta nos contratos públicos: como a arbitragem muda a vinculação aos contratos. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JORDÃO, Eduardo; MOREIRA, Egon Bockmann; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; BINEMBOJIN, Gustavo; CÂMARA, Jacintho Arruda; MENDONÇA, José Vicente Santos de; JUSTEN FILHO, Marçal; MONTEIRO, Vera. *Publicistas: direito administrativo sob tensão*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 113-114.

efetivamente a incorporação tão somente do pragmatismo, ao se afirmar que um dos maiores problemas atuais do direito brasileiro é que

“as normas mais importantes do ordenamento também são as mais vagas e genéricas, o que confere margem para amplas divergências interpretativas e contribui para o aumento da insegurança jurídica”, além da “crença de que todas as soluções aos problemas da vida já estão previamente definidas na lei, sendo preciso apenas descobri-las mediante a aplicação do texto.”⁶⁸

Também se extrai da menção ao texto de Floriano de Azevedo Marques Neto e Egon Bockmann Moreira que o Direito deve ser compreendido do ponto de vista do futuro e da plurissubjetividade das decisões, ou seja, todos *standards* aqui propostos devem ser aplicados em razão e com fundamento exclusivamente no pragmatismo.

Os desafios decorrentes da aplicação do pragmatismo são muito bem expostos por Luiz Guilherme Marinoni, porquanto ao se admitir que os fatos podem dar conteúdo a uma interpretação jurídica, ou ainda, permitir a adequação de uma norma a um fato pontual, conforme o estágio científico atual de uma discussão, é diametralmente diferente para um intérprete que supõe ser uma norma semanticamente estática.

Agora o desafio não é mais se apoiar na premissa de que a questão de direito depende exclusivamente da escolha da regra adequada à solução do litígio, pois a interpretação evolutiva no pragmatismo permite que se considerem fatos não circunscritos às fronteiras do litígio entre as partes, e esses fatos denominados sociais, que tenham impacto em uma decisão administrativa, judicial ou arbitral devem integrar a os motivos e a motivação⁶⁹ a partir de metodologias rigorosas e sempre garantindo-se o contraditório prévio.

Mas de que forma isso deve e pode ocorrer, uma vez que em muitos litígios o Poder Judiciário ou as Agências Reguladoras e os Tribunais de Contas criam

68. Disponível em: [www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1598338&filename=PRL%201%20CCJC%20=%3E%20PL%207448/2017]. Acesso em: 05.07.2024.

69. Quando o Poder Judiciário ou uma Agência Reguladora se preocupa com atos que dizem respeito às partes – quem fez o quê, onde, quando, como e com qual motivo ou intenção realiza-se uma *adjudicative function* e os fatos são chamados de *adjudicative facts*. Porém, quando ambos criam o direito que resulta ou ao menos deveria resultar de uma decisão legislativa, mas assim não ocorreu, cria-se o *judicial legislation* e esses fatos são conhecidos no *common law* como *legislative facts* ou *lawmaking facts*. MARINONI, Luiz Guilherme. *Fatos constitucionais? A descoberta de uma outra realidade do processo*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024.

normas baseadas em fatos gerais do mundo não circunscritas aos fatos apresentados pelas partes?

Evidente que não será permitida uma decisão proferida com base nas suposições de cada um, ou do que seria a experiência comum, mas sim com amparo nos fatos que constem nos autos do processo e sejam objeto de divergência entre as partes, naqueles que ampararam a criação de uma lei, assim como a partir da forma como a lei se comporta perante a realidade e seus efeitos concretos⁷⁰, afastando-se qualquer juízo moral cujas teorias sejam dissonantes, para nos aproximarmos de um método ou critério de aferição de compatibilidade entre um enunciado e um fato.

Por fim, não há se falar em eventual insegurança jurídica com a implementação do pragmatismo e da visão mutável dos fatos, porquanto o Código de Processo Civil sempre reconheceu que toda e qualquer decisão judicial possui eficácia enquanto se mantiverem inalterados o direito e o suporte fático sobre os quais foi prolatado o juízo de certeza.

Ocorrendo a mudança desses elementos altera-se o silogismo original da sentença, e por essa razão afirma-se que a força da coisa julgada deve observância à cláusula *rebus sic stantibus*, isto é, somente produz efeitos enquanto se mantiverem íntegras as situações de fato e de direito existentes quando da prolação da sentença⁷¹, independentemente se as relações jurídicas forem de trato imediato, permanente ou sucessivo, observadas obviamente as peculiaridades em cada uma dessas hipóteses.

11. REFERÊNCIAS

- ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James A. *O corredor estreito: estados, sociedades e o destino da liberdade*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2022.
- ALVIM, Agostinho. *Da equidade*. São Paulo: Ed. RT, 1941. 132, fascículo 494:4.
- ARAÚJO, Thiago Cardoso; FERREIRA JUNIOR, Fernando; MONTENEGRO, Lucas dos Reis. *Consequentialism, pragmatism and economic analysis of*

70. DAVIS, Keneth Culp. An Approach to Problems of evidence in the Administrative Process. *Harvard Law Review*, v. 55, 1942. Disponível em: [https://sci-hub.se/10.2307/1335092]. Acesso em: 10.10.2024; DAVIS, Keneth Culp. Judicial, Legislative and Administrative Lawmaking: A proposed reserach for the Supreme Court. *Minnessota Law Review*, v. 71, 1986. Disponível em: [https://core.ac.uk/download/pdf/217207155.pdf]. Acesso em: 15.10.2024.
71. ZAVASCKI, Teori Albino. *Coisa Julgada em matéria constitucional: eficácia das sentenças nas relações jurídicas de trato continuado*. In: Edição comemorativa 15 anos do STJ. Disponível em: [https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/16921/coisa_julgada_materia_zavascki_STJ.pdf]. Acesso em: 05.10.2018.

- law: similarities, differences and some misconceptions. *Revista Quaestio Iuris*, v. 14, p. 2106-2130, 04, 2021.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997. p. 146-160.
- BREYER, Stephen. *Active liberty: interpreting our democratic constitution*. New York: Vintage Books, 2006.
- BREYER, Stephen. *Reading the constitution: why i chose pragmatism, not textualism*. New York: Simon & Schuster, 2024.
- CAMMAROSANO, Marcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.
- CAMELO, Antonio. Critérios de arbitrabilidade dos litígios: revisitando o tema. *Revista de Arbitragem e Mediação*, Portugal, 2010.
- DAVIS, Keneth Culp. An Approach to Problems of evidence in the Administrative Process. *Harvard Law Review*, v. 55, 1942. Disponível em: [https://sci-hub.se/10.2307/1335092]. Acesso em: 10.10.2024.
- DAVIS, Keneth Culp. Judicial, Legislative and Administrative Lawmaking: A proposed reserarch for the Supreme Court. *Minnesota Law Review*, v. 71, 1986. Disponível em: [https://core.ac.uk/download/pdf/217207155.pdf]. Acesso em: 15.10.2024.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. A tradição da arbitragem e sua valorização contemporânea. In: PUCCI, Adriana Noemi (Coord.). *Aspectos atuais da arbitragem: coletânea de artigos sobre arbitragem*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.
- DA SILVA, Vasco Pereira. *O contencioso administrativo no divã da psicanálise: ensaio sobre as acções no novo processo administrativo*. 2. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2016. p. 160.
- DINIZ, Maria Helena. *As lacunas do direito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 8. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 202-204.
- GODOY, Luciano de Souza. Arbitragem nas Relações Público-Privadas. In: COUTINHO, Diogo R.; ROCHA, Jean-Paul Veiga da; SHAPIRO, Mario G. (Coord.). *Direito econômico atual*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

- GUEDES, Manuel de Almeida. Tribunais arbitrais administrativos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 14, 1960.
- JORDÃO, Eduardo. As mentiras que os administrativistas contam: é preciso re-fundar o direito administrativo sobre bases mais realistas. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JORDÃO, Eduardo; MOREIRA, Egon Bockmann; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; BINEMBOJIN, Gustavo; CÂMARA, Jacintho Arruda; MENDONÇA, José Vicente Santos de; JUSTEN FILHO, Marçal; MONTEIRO, Vera. *Publicistas: direito administrativo sob tensão*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.
- JUSTEN FILHO, Marçal. A revolução secreta nos contratos públicos – como a arbitragem muda a vinculação aos contratos. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JORDÃO, Eduardo; MOREIRA, Egon Bockmann; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; BINEMBOJIN, Gustavo; CÂMARA, Jacintho Arruda; MENDONÇA, José Vicente Santos de; JUSTEN FILHO, Marçal; MONTEIRO, Vera. *Publicistas: direito administrativo sob tensão*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.
- LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Aplicação do direito positivo*. In: Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Editora Saraiva, 1969. v. 7.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Comentários à Lei 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública)*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- OLIVEIRA, Gustavo Justino de. DOMINGUES, Rafael Augusto. Os critérios de direito e por equidade no julgamento das arbitragens envolvendo a Administração Pública no Brasil. *Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná*, Curitiba, n. 11, 2020.
- OLIVEIRA, Gustavo Justino de. ESTEFAM, Felipe Faiwichow. *Curso prático de arbitragem e administração pública*. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.
- PARRAVICINI, Andrea. *Il pensiero in evoluzione: chauncey Wright tra darwinismo e pragmatismo*. Pisa: Editore ETS, 2012.
- PAULO OTERO, *Equidade e arbitragem administrativa*. In: Centenário do Nascimento do Professor Doutor Paulo Cunha – Estudos em Homenagem. Coimbra: Editora Almedina, 2012.
- RORTY, Richard. *Consequences of pragmatism: essays 1972-1980*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1982.
- RORTY, Richard. *El giro lingüístico: Dificultades metafísicas de la filosofía lingüística*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 1998.
- SERRÃO, Tiago; CALADO, Diogo. A arbitragem de direito administrativo, em Portugal: uma visão panorâmica. *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution* – RBADR, Belo Horizonte, ano 01, 01, p. 249-266, jan.-jun. 2019.

- SOUSA, Marcelo Rebelo de. MATOS, André Salgado de. *Direito administrativo geral. Introdução e princípios fundamentais*. Lisboa: Editora Dom Quixote, 2004. t. I.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo: o novo olhar da LINDB*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.
- SUNDFELD, Carlos Ari. CÂMARA, Jacintho Arruda. *O Cabimento da arbitragem nos contratos administrativos*. Disponível em: [<https://repositorio.fgv.br/server/api/core/bitstreams/697cc2da-ce5c-4608-bf83-cb57dac82f4c/content>]. Acesso em: 01.2019.
- SUNDFELD, Carlos Ari. ROSILHO, André. Arbitragem na Administração Pública: é hora de parar de resistir. *Informativo de Licitações e Contratos – ILC*. Curitiba: Zênite, n. 285, p. 1074-1078, ISSN 1980-234X, nov. 2017.
- SUNDFELD, Carlos Ari. YASSER, Gabriel. Arbitragem no direito público brasileiro em três atos. In: MACHADO FILHO, José Augusto Bitencourt e outros (Orgs.). *Arbitragem e processo: homenagem ao Professor Carlos Alberto Carmona*. São Paulo: Quartier Latin, 2022. v. 1.
- TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 264, ano 42, p. 83-107, 2017.
- WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. USA: Oxford University Press, 2001.
- ZAVASCKI, Teori Albino. Coisa Julgada em matéria constitucional: eficácia das sentenças nas relações jurídicas de trato continuado. In: *Edição comemorativa 15 anos do STJ*. Disponível em: [https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/16921/coisa_julgada_materia_zavascki_STJ.pdf]. Acesso em: 05.10.2018.

12. LEGISLAÇÃO

- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm]. Acesso em: 30.05.2024.
- BRASIL. *Decreto-lei 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Brasília: Presidência da República, 1942. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm]. Acesso em: 30.05.2024.