



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

CAIO FEITOSA RAMALHO GALVÃO

O ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO JUÍZO ARBITRAL

SOUSA - PB
2011

CAIO FEITOSA RAMALHO GALVÃO

O ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO JUÍZO ARBITRAL

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Ma. Geórgia Graziela Aragão de Abrantes.

SOUSA - PB
2011

CAIO FEITOSA RAMALHO GALVÃO

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO JUÍZO ARBITRAL

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof. Geórgia Graziela Aragão de Abrantes

Banca Examinadora:

Data de aprovação: 7 de novembro de 2011

Orientador: Prof. Geórgia Graziela Aragão de Abrantes

Examinador interno

Examinador externo

AGRADECIMENTOS

A Deus.

A minha família.

Aos caros colegas de faculdade.

Aos professores da Faculdade de Direito de Sousa, em especial a professora Geórgia Graziela Aragão de Abrantes pelo inestimável auxílio e orientação neste trabalho.

RESUMO

Este trabalho focaliza o emprego do instituto da arbitragem no âmbito dos contratos comumente realizados pela Administração Pública com pessoas jurídicas de direito privado. Seu objetivo é demonstrar a viabilidade jurídica da Administração Pública firmar convenções de arbitragem com os contratantes particulares. Para a realização deste trabalho, parte-se das premissas gerais decorrentes dos conceitos de arbitrabilidade subjetiva e objetiva a fim de se alcançar até que ponto elas atingem a Administração Pública e os interesses que a envolvem, abordando, assim, o objeto deste trabalho à luz do método dedutivo. Por outro lado, a técnica de pesquisa adotada é a bibliográfica. O trabalho está dividido em três capítulos: no primeiro situa-se a arbitragem entre os meios de resolução de conflitos; no segundo, aborda-se a Administração Pública, os princípios administrativos e os contratos administrativos; e no terceiro, analisa-se a possibilidade da convenção de arbitragem em contratos da Administração a partir da investigação da arbitrabilidade subjetiva e objetiva de tais convenções. Constatou-se que a Administração Pública pode participar do juízo arbitral para solucionar questões que envolvam interesses eminentemente patrimoniais, inclusive aquelas que tratem de interesses públicos secundários, e que, diante do ordenamento jurídico atual, os princípios que regem a Administração Pública não são maculados pela prática da arbitragem pelo ente estatal. Outrossim, detectou-se que, em face do novo contexto da administração consensual, a Administração Pública, ao valer-se da arbitragem, pode auferir benefícios.

Palavras-chaves: Arbitragem. Arbitrabilidade. Administração Pública. Contrato Administrativo. Princípios Administrativos.

ABSTRACT

This paper focuses on the use of arbitration institute under contract commonly performed by public authorities with legal entities of private law. Your goal is to demonstrate the viability of Public Administration establish legal arbitration agreements with private contractors. For this work, is part of the premises arising from general concepts of subjective and objective arbitrability in order to reach that point until they reach the Public Administration and interests that involve addressing thus the object of this work in light the deductive method. On the other hand, the research technique adopted is the literature. The work is divided into three chapters: the first is located in the arbitration between the means of conflict resolution, in the second deals with the public administration, administrative principles and administrative contracts, and the third, we analyze the possibility of the arbitration agreement in Administration contracts from the investigation of subjective and objective arbitrability of such conventions. It was found that the Administration may participate in the arbitration to resolve issues involving predominantly equity interests, including those dealing with the public interest side, and that given the current legal system, the principles governing public administration are not tainted by practice of arbitration by the state entity. Furthermore, it was found that, given the new context of consensual government, public administration, to avail themselves of arbitration, can reap benefits.

Keywords: Arbitration. Arbitrability. Public Administration. Administrative Contract. Administrative Principles.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	7
2 MEIOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS.....	10
2.1 AUTOTUTELA.....	12
2.2 AUTOCOMPOSIÇÃO.....	13
2.3 PROCESSO JUDICIAL.....	14
2.4 ARBITRAGEM.....	15
2.4.1 Elementos da arbitragem.....	20
2.4.2 Natureza jurídica da arbitragem.....	28
2.4.3 Constitucionalidade da arbitragem.....	30
3 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	32
3.1 PRINCÍPIOS QUE REGEM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	39
3.1.1 Princípio da legalidade.....	41
3.1.2 Princípio da impessoalidade.....	42
3.1.3 Princípio da moralidade.....	44
3.1.4 Princípio da publicidade.....	45
3.1.5 Princípio da eficiência.....	45
3.1.6 Princípio da supremacia e indisponibilidade do interesse público.....	46
3.2 CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO.....	48
4 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO JUÍZO ARBITRAL.....	53
4.1 ADMINISTRAÇÃO CONSENSUAL.....	60
4.2 ARBITRABILIDADE.....	64
4.2.1 Arbitrabilidade subjetiva.....	64
4.2.2 Arbitrabilidade objetiva.....	71
4.3 VANTAGENS E DIFICULDADES DA ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	73

5 CONCLUSÃO.....	75
REFERÊNCIAS.....	78

1 INTRODUÇÃO

A arbitragem é um meio de resolução de conflitos cuja importância é mundialmente reconhecida, sendo amplamente utilizada nos países mais civilizados. A abertura dos mercados e o incremento das relações comerciais proporcionaram um incentivo à sua prática.

Paradoxalmente, no Brasil, tal instituto jamais encontrou franca acolhida, mesmo sendo, desde longa data, previsto em nosso ordenamento jurídico. Assim, sua aplicação ficou restrita, entre nós, a uma ínfima parcela de casos. Tal circunstância é fruto, em grande medida, de uma regulamentação que dispensa à arbitragem eficácia quase que nula.

A edição da Lei nº. 9307, de 23 de setembro de 1993, representou um importante avanço no tratamento desse instituto em nosso país na medida em que pôs abaixo muitos pontos que embaraçavam o seu desenvolvimento.

Essa lei veio em socorro dos órgãos do Poder Judiciário que, já bastante sobrecarregados pela quantidade assustadora de processo sob a sua égide, empurram seu fardo lentamente, de maneira muito formal, mas nem sempre eficiente.

Mas a Lei de Arbitragem pretende atender sobretudo aos anseios de litigantes que almejam, a todo custo, dispensarem os serviços do Judiciário brasileiro. É que já não é mais suportável, nem mesmo vantajoso, recorrer a esse Poder estatal para dirimir litígios cuja solução exige pressa.

Nesse diapasão, até mesmo em relação aos litígios envolvendo a Administração Pública, têm-se vislumbrado a possibilidade de intervenção do juízo arbitral.

Isto ocorre porque, diante da configuração de uma nova acepção da atividade administrativa, em que se busca situar a Administração Pública no novo panorama econômico existente, a resolução rápida e segura de conflitos de interesse envolvendo aquele ente apresenta valor inestimável.

Em outras palavras, quer dizer que a previsão de convenção de arbitragem no âmbito dos contratos administrativos possibilita a obtenção de uma série de benefícios pela Administração Pública.

Entretanto, em que pese o caráter contratual da arbitragem, a Lei nº. 9307/96 limita subjetiva e objetivamente o seu emprego, de modo que o seu artigo primeiro dispõe que somente “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.”

Desta forma, para verificar a incidência da arbitragem nos contratos administrativos, deve-se analisar de que forma a Administração Pública e os objetos dos contratos que firma se encaixam nos limites daquele artigo.

Contudo, tal análise não é tão simples, pois ocorre sob o influxo dos princípios que regem a Administração Pública.

Assim é que, apesar de alguns dispositivos legais, como o art. 23-A da Lei nº. 8987, de 13 de fevereiro de 1995, disporem sobre o emprego da arbitragem para resolução de disputas decorrentes da execução de contratos de concessão e permissão de serviços públicos, a inexistência de qualquer menção à arbitragem no âmbito da legislação pertinente as outras espécies de contratos administrativos gera perplexidade, dada a incidência do princípio da legalidade sobre os atos da Administração Pública.

Ademais, sendo a Administração Pública uma manifestação do Estado, e estando ela subordinada aos princípios da finalidade e da supremacia e indisponibilidade do interesse público, é controversa a participação da Administração Pública em procedimento arbitral, pois ela pressupõe a disponibilidade do objeto do contrato administrativo.

De todo o exposto, o presente trabalho de conclusão de curso pretende verificar a viabilidade da submissão da Administração Pública ao juízo arbitral diante do ordenamento jurídico brasileiro, especialmente confrontando a questão com os princípios que regem a Administração Pública.

Nesse sentido, o tema será abordado segundo método dedutivo de investigação, em que, partindo-se das premissas gerais decorrentes dos conceitos de arbitrabilidade subjetiva e objetiva, se alcançará o deslinde da questão. A técnica de pesquisa empregada é a bibliográfica, que atine a revisão da literatura existente sobre o tema, bem como o levantamento da jurisprudência e legislação correlata.

No primeiro capítulo, a arbitragem será situada dentre os meios de resolução de conflitos, fazendo-se breve explanação sobre seus elementos, sua natureza jurídica, bem como acerca da controvérsia existente sobre sua constitucionalidade.

No segundo capítulo, será abordado o que vem a ser Administração Pública e quais os princípios que a regem, além do que será feita suscita análise acerca dos contratos que esse ente efetua.

Por fim, cuidar-se-á da questão da possibilidade jurídica da Administração Pública firmar convenção arbitral, primeiramente focando essa questão sob o aspecto da administração consensual, e posteriormente alocando-a no âmbito da arbitrabilidade. Neste ponto, discorrer-se-á sobre a arbitrabilidade subjetiva juntamente com a perquirição da existência de autorização legislativa, bem como tratar-se-á da arbitrabilidade objetiva à luz do princípio da indisponibilidade do interesse público. Finalmente, se verificará quais vantagens a arbitragem tem a oferecer à Administração Pública e quais dificuldades existem ao seu implemento.

2 MEIOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

A vida em sociedade é por vezes marcada pela ebulição de dissídios que maculam a harmonia social. Diante dessa circunstância, e a fim de restaurar a ordem corrompida, foram desenvolvidos meios de solução de conflitos. Assim, impende inicialmente realizar breve análise das formas de solução de conflitos de interesses, dando, porém, especial destaque para a arbitragem.

Apesar do homem ser naturalmente gregário, pois é no convívio social que ele pode desenvolver plenamente suas potencialidades, daí porque chamá-lo de “animal político”, isto, por si só, nunca foi suficiente para estorvar o surgimento da discórdia entre ele e seus semelhantes.

Mesmo havendo um direito regulador das condutas humanas, também ele não foi capaz de dissipar os conflitos intersubjetivos de interesses, pois “no seio da sociedade os fatores de união não são os únicos a agir, havendo, igualmente, os fatores de desunião.” (ROCHA, 1999, p. 29).

Com efeito, o conflito entre os homens é uma constante em toda sua existência, sendo a História testemunha deste fato quando apresenta as guerras, revoluções e crises que sempre perseguiram o ser humano.

A compreensão das causas dos conflitos transcende ao aspecto meramente jurídico, posto que o conflito é antes de tudo um fato sociológico, que, no entanto, em face das finalidades essenciais para quais a ordem jurídica foi instituída, interessa de modo bastante particular à Ciência Jurídica. Neste viés, de forma sumária, pode-se afirmar que a causa dos conflitos está geralmente ligada à escassez de bens de vida e à luta do homem pela satisfação de seus interesses.

Com efeito, as necessidades humanas são muitas e crescentes, não havendo bens suficientes sobre a Terra capazes de amparar todas elas a um só tempo. Daí porque o homem tem buscado racionalizar a utilização dos bens da vida, sem, contudo, ter encontrado até o momento um equilíbrio ideal. É, pois, a partir desse desequilíbrio, ou seja, da impossibilidade dos bens da vida satisfazerem a todos, que os interesses humanos entram em choque. Conforme ensina Carreira Alvim (2000, p. 6), “ocorre conflito entre dois interesses, quando a situação favorável

à satisfação de uma necessidade exclui, ou limita, a situação favorável à satisfação de outra necessidade.”

Por esse conceito, vislumbra-se que possa ocorrer um conflito entre dois interesses de uma mesma pessoa. Com efeito, é possível que um homem encontre-se em uma situação em que, tendo mais de uma necessidade para satisfazer, não tenha meios de atender a todas, devendo, por isto, optar, segundo um juízo de prioridades, por qual necessidade satisfazer. Esse tipo de conflito, eminentemente individual, não traz maiores repercussões para vida social, resolvendo-se mediante a simples escolha pessoal do interesse que será atendido.

Por outro lado, há os conflitos intersubjetivos de interesses, caracterizados pelo fato de duas ou mais pessoas ambicionarem usufruir o mesmo bem. Tal modalidade de conflito tende a diluir-se naturalmente no meio social, mediante a acomodação dos interesses conflitantes. Nesse sentido, o contrato, por exemplo, é uma forma de compor conflitos, pois através dele ocorre a satisfação de interesses que, a princípio, estão diametralmente opostos, mas que, pelo acordo de vontades e concessões recíprocas, encontram um denominador comum capaz de atender a todos os interessados.

Todavia, Carnelutti (1989, p. 26) assinala que a incompatibilidade entre interesses de duas pessoas representa um perigo, mas não chega a corresponder a um dano para a paz social, pois pode ocorrer que um dos interessados aceite a insatisfação de seu interesse ou entre os interessados surja um acordo. Porém, afirma ainda Carnelutti (1989, p. 25) que o perigo, ou seja, o conflito de interesses, transforma-se em dano à paz social quando os interessados passam à condição de contendores, ou seja, quando cada um deles exige que se satisfaça o seu interesse.

Com razão, nem sempre é possível a formação pacífica de um acordo entre os interessados ou mesmo a sujeição serena ao interesse alheio. Por vezes, um dos sujeitos do conflito exige, mediante um ato de vontade, a subordinação do interesse alheio face ao próprio interesse, caracterizando assim, o surgimento daquilo que a doutrina chama de pretensão. Ocorre que, diante de uma pretensão, o sujeito cujo interesse deveria ser subordinado pode não concordar com tal estado de coisas e opor resistência à pretensão dirigida em face de seu interesse. É a partir deste momento que o conflito de interesse então existente assume nova roupagem, transfigurando-se numa lide, ou litígio.

Nem todo conflito de interesses transforma-se obrigatoriamente num litígio. É possível que um sujeito se curve diante da pretensão de outro. Neste caso, em que pese possa ter havido conflito de interesses, não existiu litígio, pois não houve resistência à pretensão (THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 36). De todo modo, o surgimento da lide constitui um dano à paz social. Sua existência é motivo de desunião entre os homens e altera o equilíbrio social. Ainda que, a princípio, somente duas pessoas estejam envolvidas numa lide, sua persistência causa grande mal-estar entre todos os membros da sociedade. Conforme salientam Cintra, Grinover e Dinamarco (2009, p. 26),

a experiência de milênios mostra que a insatisfação é sempre um fator anti-social, independentemente de a pessoa ter ou não ter direito ao bem pretendido. A indefinição de situações das pessoas perante outras, perante bens pretendidos e perante o próprio direito é sempre motivo de angústia e tensão individual e social.

É, portanto, a lide que repercute de forma mais intensa no âmago da sociedade. Ainda que comum e constante sua presença no meio social, as situações conflitantes não satisfazem ao homem. Pelo contrário, o aborrece. Diante desse quadro, surgindo uma lide, ela deve e pode ser solucionada, seja por obra das próprias partes litigantes (autonomia), seja a partir de decisão imperativa de terceiros estranhos ao litígio (heteronomia). Assim, apresentam-se como meios historicamente reconhecidos de resolução de litígios a autotutela e a autocomposição, como espécies de solução de conflitos operados pelas próprias partes, e o processo e a arbitragem, como espécies de resolução com decisão de terceiro imparcial.

2.1 AUTOTUTELA

A autotutela é geralmente tratada como a forma mais primitiva de resolução de conflitos, pois é comum inferir-se que nos primórdios, por não existir uma autoridade suficientemente forte para solucionar os litígios através da imposição de uma decisão às partes, caberia à própria parte interessada, unilateralmente e mediante o uso da força, fazer valer sua pretensão. Portanto, caracteriza-se a

autotutela pela ausência de intervenção de um terceiro na composição da lide e pela imposição da vontade de uma das partes à outra.

Em função dos inúmeros inconvenientes que esse meio de solucionar conflitos ocasiona, entre eles a substituição da tendência de concretização do ideal de justiça pela simples imposição pela força, bem como a recorrente prática de abusos, os Estados modernos proíbem, em regra, a autotutela, resguardando, entretanto, a possibilidade do indivíduo utilizá-la quando, diante um direito que esteja sendo violado ou prestes a sê-lo, não haja a possibilidade do Estado estar presente para socorrer o indivíduo e evitar a lesão. E mesmo nessas circunstâncias permissivas, os Estados modernos fazem um controle posterior para aferir se ela foi exercida legitimamente.

2.2 AUTOCOMPOSIÇÃO

Tão antiga quanto a autotutela, a autocomposição consiste em que uma das partes em conflito, ou ambas, abra mão do seu interesse ou parte dele em favor da outra parte, sem a necessidade de uma terceira pessoa para decidir o conflito. Eventualmente, entretanto, terceiros podem intervir junto às partes, seja para “receber as propostas das partes e tentar conciliá-las buscando um denominador comum”, como ocorre na conciliação, seja para auxiliar “de forma intensa as partes conflitantes, oferecendo inclusive uma proposta de autocomposição”, como se dá na mediação (ROCHA, 1999, p. 31). Em ambos os casos, o terceiro jamais se substitui às partes, pois a decisão final resulta delas, mas apenas interage com as mesmas, em maior ou menor intensidade, a fim de que cheguem a uma solução.

A autocomposição pode se dar de forma unilateral, ou seja, através da atuação de apenas uma das partes, como ocorre na desistência (renúncia à pretensão) e na submissão (renúncia à resistência oferecida à pretensão); ou pode ocorrer de forma bilateral, ocasião em que haverá concessões recíprocas (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 27). Nesta última hipótese, fala-se em transação, que consiste em acordo de vontades por meio do qual as partes interessadas previnem ou terminam um litígio mediante concessões mútuas, nos termos do artigo 840 da Lei nº. 10406 de 10 de janeiro de 2002, Código Civil.

Como bem observa Carreira Alvim (2000, p. 13), “a espontaneidade, que deveria ser o requisito essencial de toda modalidade autocompositiva, pode estar ausente”. Com efeito, é possível que na autocomposição a renúncia de interesse envolva uma transigência, à força das circunstâncias, do litigante de menor resistência ou mesmo um entendimento errôneo acerca do próprio interesse.

Em virtude de tal situação, a autocomposição deve pressupor sempre a faculdade do litigante de dispor sobre o próprio interesse, não sendo permitida a autocomposição quando envolvidos “direitos tão intimamente ligados ao próprio modo de ser da pessoa, que a sua perda a degrede a situações intoleráveis” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 35-36). Nesse viés, o Código Civil, quando trata do contrato de transação, dispõe em seu artigo 841 que tal contrato somente pode versar sobre direitos patrimoniais de caráter privado. Desta forma, não é admissível a autocomposição quando envolvidos direitos indisponíveis, os relativos ao estado e à capacidade das pessoas, os direitos da personalidade, os direitos pessoais de família e todos aqueles que estejam fora do comércio jurídico.

2.3 PROCESSO JUDICIAL

O Estado também atua a fim de compor os litígios. Sempre foi reconhecida a necessidade do mesmo desenvolver atividades visando à manutenção da paz social. Neste norte, primeiro o Estado criou seu ordenamento jurídico, composto por um sem-número de normas abstratas e genéricas destinadas a reger as mais variadas relações.

Contudo, a prescrição de modelos de conduta, acompanhadas das respectivas sanções em caso de descumprimento, não é o bastante para impedir o aparecimento de lides. De fato, a dúvida quanto à existência ou significado de uma norma jurídica, bem como a resistência a uma pretensão fundada numa norma, justifica a geração da atividade jurisdicional do Estado.

Assim, tendo o Estado proibido, em regra, a autotutela, dado o seu caráter pernicioso, e estabelecido uma ordem jurídica cuja efetividade é esperada, coube-lhe o dever de substituir-se às partes, quando acionado e através de seus órgãos especializados, para que, de forma prática, julgue os conflitos e faça executar as

resoluções que lhe ponham fim. Mas o Estado, para exercer a jurisdição, efetua uma seqüência de atos coordenados entre si tendentes à concretização do direito. Esses atos, que instrumentalizam a jurisdição, analisados em seu conjunto e finalidade, consubstanciam o processo.

Como meio de solução de controvérsias, o processo não pode ser compreendido apenas sob o aspecto material dos atos praticados pelo juiz e pelas partes. Mais que isso, o processo compreende também o estabelecimento de uma relação jurídico-publicista complexa envolvendo tais sujeitos, porém distinta da relação de direito material controvertida, e cujo movimento visa, principalmente, obter um provimento jurisdicional capaz de compor a lide.

É função estatal a administração da justiça, mas também constitui dever dos indivíduos cultivá-la, buscado, de pronto, solucionar suas contendas. Neste sentido, a intervenção do Estado só se faz necessária nos casos em que as partes não cheguem a um acordo sobre a solução de suas diferenças ou sobre o modo de solucioná-la. Somente então, e mediante provocação, poderá o Estado substituir-se legitimamente às partes no cumprimento do dever que cabia primeiramente a elas.

2.4 ARBITRAGEM

Por fim, ao lado da autotutela, autocomposição e do processo judicial, têm-se a arbitragem.

Em certos casos, a lei permite às partes, sob determinadas condições, submeterem suas controvérsias à decisão de juízes de sua escolha e estranhos ao aparelho judiciário estatal, que tomam o nome de árbitros, a fim de distingui-los dos magistrados.

Nestes casos, delineia-se a arbitragem, modalidade heterocompositiva de resolução de conflitos, em que as partes convencionam submeter querela, atual ou futura, à apreciação de um terceiro desinteressado com o propósito de que este decida a questão em definitivo.

A arbitragem é instituto antiquíssimo, anterior mesmo ao processo estatal, que, no entanto, sucumbiu, sem jamais desaparecer, diante do agigantamento do Estado nos últimos séculos. Por isso, foi justamente no âmbito internacional, onde

ainda não existe qualquer tipo de poder central superior ao das nações, que a arbitragem encontrou maior espaço para seu desenvolvimento. Conforme anotam Gagliano e Pamplona Filho (2008, p. 215), o Brasil, por exemplo, em várias oportunidades, já se valeu da arbitragem em questões envolvendo delimitação das fronteiras nacionais.

Também no comércio internacional, a arbitragem sempre foi amplamente utilizada, especialmente pelas grandes empresas transnacionais que encontram neste mecanismo extrajudicial uma alternativa flexível, célere e prática para resolução de conflitos que envolvem negócios vultosos.

Entre nós, o diploma jurídico que trata da instituição do juízo arbitral é Lei nº. 9307 de 23 de setembro de 1996, também conhecida por “Lei Marco Maciel”, em homenagem ao senador pernambucano autor do projeto de lei que culminou no referido estatuto. Entretanto, antes mesmo desta lei, a previsão da arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro remonta à primeira carta política de nossa nação. De fato, a Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março 1824, no artigo 160, quanto às causas, dispunha, *in verbis*: “Nas civeis, e nas penaes civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Arbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes (sic)”.

Tratando da história nacional da arbitragem, Furtado e Bulos (1997, p. 21) expõem que:

No Brasil, já se ocupara da matéria o Assento de 10 de novembro de 1644 e o Decreto n. 353. de 12 de julho de 1845. Mas foi o Regulamento n. 737, de 1850, que, à base do art. 160 da Constituição do Império, se propôs a lhe dar forma e desenvolvimento. O Decreto n. 3900, de 26 de julho de 1867, tratou minudentemente do assunto, abolindo a obrigatoriedade do juízo arbitral. As primeiras leis federais e os Códigos estaduais de Processo o regularam, sendo, dentre estes últimos, apontados como os mais completos os de São Paulo, Bahia, Minas Gerais, Distrito Federal e Rio Grande do Sul.

Em que pese essa longa tradição da inserção da arbitragem em nosso ordenamento jurídico, ela jamais foi amplamente utilizada no país. Sobre tal circunstância Theodoro Júnior (2010, p. 311) pondera que, “não obstante essa ampla disciplina legal, [...] muito se tem especulado sobre a causa dessa autêntica rejeição do instituto que tão franca acolhida encontrou em outras partes do mundo civilizado”, mas que no Brasil existia apenas como objeto de pura especulação teórica.

Neste sentido, o referido jurista aponta que o Decreto nº. 3900 de 1867, ao estatuir que o juízo arbitral só fosse obrigatório quando firmado o compromisso depois que eclodido o litígio, teria tornado inviável a prática arbitral no Brasil, posto que nesta ocasião “desapareceriam todas as condições favoráveis à formação do compromisso e à renúncia à tutela da Justiça oficial.” (THEODORO JÚNIOR, 2010, p. 311).

De acordo com a sistemática implantada por esse decreto, a cláusula compromissória não teria força para a criação do juízo arbitral, servindo apenas como promessa cujo cumprimento não era exigido. Assim, mesmo que existisse entre as partes contrato contendo cláusula compromissória, destinada a submeter lides futuras e eventuais decorrentes de determinada relação jurídica ao juízo arbitral, o desrespeito a essa cláusula resolver-se-ia tão somente em perdas e danos, e, mesmo assim, de difícil liquidação.

Além disso, Carmona (2009, p. 4) indica também que a exigência da homologação judicial do laudo arbitral para que este passasse a produzir os mesmos efeitos da sentença estatal é outro fator que obstava a ascensão da prática arbitral. Com razão, tal exigência retira muita das vantagens inerentes ao instituto.

Por óbvio, para que um meio alternativo de solução de conflitos se popularize na comunidade torna-se imprescindível que ele apresente vantagens que não se encontram nos meios usuais. Dentre as vantagens da arbitragem apontadas pela doutrina, apresentam-se as seguintes:

- a) flexibilidade. Na arbitragem as partes podem escolher livremente, segundo lhes convenha, qual questão será julgada, quem decidirá a questão, onde e quando decidirá, a partir de quais critérios decidirá e qual procedimento será seguido. Assim, por exemplo, as partes possuem a faculdade de escolher um ou mais árbitros, bacharéis em direito ou não. De todo modo, na medida em que a arbitragem visa atender primordialmente os interesses das partes, essa via mostra-se bastante flexível;
- b) simplicidade. Como decorrência da flexibilidade da arbitragem, têm-se que, em regra, ela tende a ser mais simples que o processo estatal, sempre muito formal e burocrático;
- c) celeridade. Outrossim, quem foge da notória morosidade da jurisdição estatal procurará um caminho que solucione o mais rápido possível sua

pendenga. Além disso, o fato de que as sentenças arbitrais não estarem sujeitas a recursos, diminui em muito o tempo para que se tenha por efetivada a decisão;

- d) ambiência. Consiste no fator psicológico decorrente do consensualismo que envolve a arbitragem e que encoraja a harmonização dos contendores. Neste sentido, Rocha (1998, p. 24) reconhece que, “por sua natureza consensual, a arbitragem cria uma atmosfera favorável ao entendimento, o que nem sempre ocorre com o ambiente judiciário, geralmente muito solene e impessoal”;
- e) segredo. Caso recorressem à máquina estatal, a imagem e credibilidade das partes envolvidas seriam inevitavelmente expostas a toda a sociedade, pois o processo judicial e seus atos devem ser públicos, haja vista consistir em exigência constitucional (artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal);
- f) ausência de certidão negativa. Em função da informalidade e sigilo do procedimento, não há qualquer tipo de anotação cartorial, preservando-se a credibilidade das partes, qualidade singular no mundo dos negócios;
- g) custo. Apesar da remuneração dos árbitros ser custeada pelas partes, na grande maioria dos casos a relação custo benefício decorrente da escolha da arbitragem a torna bem mais barata que a justiça estatal, ainda mais quando se leva em conta a rapidez com que pode ser operada, e, por fim;
- h) eficácia da decisão. Por ser a arbitragem um meio alternativo cuja implantação e desenvolvimento incumbem às partes, a decisão que resulte dela tende a obter uma adesão mais espontânea dos mesmos. Ou seja, quando se firma a convenção de arbitragem, existe entre as partes uma predisposição em acatar a decisão e cumpri-la sem maiores protestos. De todo modo, caso não haja o cumprimento pacífico da decisão, o interessado poderá requerer ao Judiciário que determine a sua execução, sem que se rediscuta o mérito da questão.

Portanto, percebe-se que a arbitragem possui uma série de atributos que a qualificam em relação ao processo judicial, reconhecidamente moroso e formal.

Destarte, submeter o laudo arbitral à homologação judicial procrastina em muito a resolução da lide, aumenta consideravelmente o custo do processo, e acaba

com todo o sigilo buscado pelas partes, dentre outros prejuízos. Portanto, a exigência de homologação põe a baixo tudo aquilo que é buscado com a arbitragem, contaminando-a, ao final, com todos os males próprios do processo judicial.

Tendo em vista isso, a lei que atualmente cuida do juízo arbitral mostra-se bastante promissora na medida em que procurou afastar esses entraves na aplicação do instituto.

Nesse sentido é que, diante da hipótese de resistência de uma das partes à instauração do tribunal arbitral, a lei, em seu artigo sétimo, prevê uma forma de execução específica da cláusula compromissória, possibilitando que o juiz estatal nomeie árbitro e fixe outros elementos necessários ou úteis ao desenvolvimento do processo arbitral.

Por outro lado, a Lei nº. 9.307/96 extinguiu a necessidade de homologação da sentença arbitral a fim de que ela produza entre as partes os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário, sem, contudo, impossibilitar o questionamento em juízo da validade e da eficácia da sentença arbitral.

De todo modo, à época da publicação da Lei de Arbitragem, já se fazia imperiosa uma reformulação no sistema arbitral brasileiro. Com efeito, desde meados da década de oitenta do século passado, têm-se observado um processo mundial de redução da interferência estatal na vida social. Isto se deve à constatação empírica de que o Estado não é capaz sozinho, de atender a todas as demandas que lhes são dirigidas e de modo eficiente. Era preciso, portanto, incentivar os indivíduos a serem provedores de si mesmos. O paternalismo estatal, pejorativamente referido pela expressão inglesa *nanny state* ("estado-babá"), deveria ser abandonado, seja por que o Estado não é capaz de tudo, seja porque esta pretensão de onipotência estatal não é bem vinda, pelo que atenta em muitos aspectos contra a liberdade individual.

Ora, o Judiciário, enquanto integrante da máquina estatal, também foi alvo de duras críticas que ao final resultaram na busca por meios alternativos ao mecanismo estatal de resolução de conflitos, culturalmente predominante em nosso país.

Foi nesse ambiente que a arbitragem encontrou terreno propício para sua divulgação. Apesar de já estar sendo vigorosamente praticada por grandes empresas mundo a fora, vislumbrou-se a possibilidade de propagá-la para além do mundo macro-empresarial.

O Brasil, apesar de submergido nessa crise do aparelho estatal, estava à margem desse processo de reforma do Estado. Nada mais natural, portanto, que viesse, mesmo que tardiamente, tomar medidas a fim de ajustar-se a nova ordem existente. Assim é que nasce a Lei nº. 9307 no ano de 1996.

Rocha (1998, p. 20), tratando das causas políticas da Lei de Arbitragem no Brasil, explica seu surgimento da seguinte forma:

No entanto, o que a crise do Judiciário não explica é porque a escolha recaiu, justamente, sobre a arbitragem, e não sobre outra forma. Nem explica também o conteúdo específico da Lei da arbitragem. Isso significa dizer que a função da crise foi suscitar a necessidade de alguma forma de providência para contorná-la. Entretanto, foi o liberalismo, enquanto ideologia, quem induziu o legislador a escolher a arbitragem e guiou-o quanto ao conteúdo de sua disciplina normativa. Em resumo, a crise provocou a reação do legislador, mas foi o liberalismo quem o orientou quanto à solução do problema. Por conseguinte, a arbitragem é uma resposta à crise do Judiciário, mas uma resposta de tipo liberal. Pelo que, poderíamos dizer, sinteticamente, ser a arbitragem uma resposta do liberalismo à crise do Judiciário.

Destarte, pode-se dizer que a arbitragem tem características liberais e ressurgiu em momento de forte propagação da ideologia liberal. No entanto, a existência da arbitragem não pressupõe necessariamente a hegemonia de determinada ideologia, pois constitui, antes de tudo, um mecanismo milenar de solução de lides.

2.4.1 Elementos da arbitragem

Apesar de mais simples que o processo judicial, a arbitragem também apresenta certo grau de complexidade em razão do conjunto de relações e efeitos jurídicos que a envolvem.

Debruçando-se sobre esse instituto, Carmona (2009, p. 15) o concebeu nos seguintes termos:

A arbitragem é uma técnica para resolução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção sem intervenção

do Estado, sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial.

Detecta-se, assim, a participação de múltiplos agentes, vinculados juridicamente, em torno de determinado objetivo jurídico.

Por seu turno, constata-se que a arbitragem é um meio heterocompositivo de solução de controvérsias, situado ao lado do processo judicial. Neste ponto, cumpre assinalar que, apesar de método heterocompositivo, a arbitragem guarda, pelo menos em sua formação, um teor autocompositivo, pois surge de um entendimento comum de submeter o conflito à terceiro. O mesmo não se pode dizer em relação ao processo judicial, pois este não depende do consentimento de ambas as partes para ser acionado.

Analisando a estrutura da arbitragem, Rocha (1998, p. 27-28) preceitua que ela é composta por três elementos, quais sejam: um contrato das partes entre si, pelo qual elegem a arbitragem; um contrato entre as partes de um lado e o árbitro de outro, conferindo-lhes poderes para decidir o conflito; e uma série de normas de direito público disciplinadas os requisitos de validade da convenção de arbitragem, a qualidade dos árbitros, a qualidade da sentença e alguns aspectos procedimentais.

Assim, a Lei de Arbitragem, em seu artigo primeiro, dispõe que: "As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis". Este artigo delimita subjetivamente e objetivamente a abrangência da arbitragem, visando proteger os interesses de pessoas que tenham a capacidade de discernimento reduzida, bem como, busca que se delegue ao árbitro a possibilidade de decidir sobre direitos acerca dos quais o Estado criou reserva específica em razão da proteção de interesses fundamentais da coletividade (CARMONA, 2009, p. 39).

Não obstante essa delimitação natural do negócio jurídico, temos o princípio da autonomia da vontade como princípio básico norteador da arbitragem. Destarte, a Lei de Arbitragem, em seu artigo segundo, possibilita às partes disporem sobre os critérios jurídicos que nortearão a arbitragem, ou seja, se a arbitragem será de direito ou de equidade.

Igualmente, as partes podem permitir ainda que ela seja orientada com base nos princípios gerais do direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de

comércio (*lex mercatoria*), desde que assim não violem os bons costumes e a ordem pública.

Para que se firme a arbitragem é necessário que as partes convençionem nesse sentido. Tal convenção é denominada de convenção de arbitragem. Ela constitui, portanto, o instrumento mediante o qual a arbitragem toma vida. Consiste no acordo em que as partes afastam determinado litígio da apreciação do Poder Judiciário, submetendo esse litígio a terceira pessoa estranha à relação controvertida e, conseqüentemente, acatando sua decisão.

Em nosso estatuto arbitral, essa convenção compreende duas espécies: a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

Nos termos da Lei de Arbitragem, “a cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato”. Tal cláusula refere-se a um litígio futuro e eventual que, se concretizado, motiva a instauração do juízo arbitral.

Interessante notar que, diferentemente da sistemática anterior à Lei nº. 9307/96, quando somente o compromisso arbitral teria o condão de instituir o juízo arbitral, pois a cláusula compromissória era tida como um simples pré-contrato de compromisso, atualmente o juízo arbitral pode ser instaurado sem que seja necessária a celebração de um compromisso arbitral.

Conforme anota Theodoro Júnior (2010, p. 315), “sendo obrigatório o cumprimento da cláusula compromissória, qualquer um dos contratantes pode compelir o outro a instaurar o procedimento arbitral quando o cumprimento do contrato incorrer em litígio”. Assim, concretizada a lide, a cláusula arbitral se transmutará em compromisso arbitral capaz de instaurar o juízo arbitral.

Depois de firmada cláusula compromissória, a resistência de uma das partes à instituição da arbitragem já não é mais suficiente para extingui-la, pois agora existe um mecanismo tendente a suprir a participação do resistente na criação do tribunal arbitral.

Neste ponto, cumpre assinalar que a doutrina faz a distinção entre cláusula compromissória cheia e cláusula compromissória vazia. A primeira refere-se aos casos em que as partes, no estabelecimento das regras que normatizarão a arbitragem, reportam-se àquelas instituídas por um órgão arbitral ou entidade especializada. No segundo caso, malgrado a previsão da cláusula compromissória,

as partes ficam silentes quando à escolha do árbitro e demais regras que deverão ser utilizadas na arbitragem.

Esta distinção é importante porque, ante a resistência de uma parte à instauração do tribunal arbitral, dependendo da espécie de cláusula compromissória o interessado precisará ou não ingressar em juízo para dar prosseguimento à arbitragem, de modo que: sendo a cláusula cheia, esta será completada pelas regras do órgão ou entidade e constituirá o próprio compromisso, ou seja, a cláusula valerá como compromisso, prosseguindo a arbitragem nos moldes previamente estabelecidos; por outro lado, se a cláusula for vazia, será necessário o recurso ao procedimento jurisdicional para que haja a complementação do compromisso arbitral.

Com efeito, não tendo sido previamente estipuladas as regras atinentes à arbitragem, e uma vez surgindo o litígio, cabe primeiramente às partes criar tais regras. Para isso, a parte interessada deverá manifestar à outra parte sua intenção de dar início a arbitragem convocando-o para firmar o compromisso. Não obtendo sucesso, poderá peticionar ao juiz para que este supra a colaboração da outra parte, ou seja, preencha a falta de seu compromisso, proferindo sentença disciplinando a matéria da arbitragem, possibilitando, por conseguinte, o processo arbitral.

Deve-se atentar que a Lei de Arbitragem, em seu artigo quarto, exige que a cláusula compromissória seja firmada por escrito, facultando-se a possibilidade de estar inserta no corpo do contrato principal ou figurar em documento apartado que a ele se refira.

Em todo caso, por razões práticas, o direito brasileiro adotou o princípio da autonomia da cláusula compromissória. Conforme observa Theodoro Júnior (2010, p. 318),

uma das manobras antigas detectadas na experiência estrangeira, utilizada para evitar o arbitramento, consistia justamente em recorrer à Justiça ordinária propondo demanda de invalidação do contrato, para assim alcançar a cláusula arbitral, como acessório do negócio questionado.

A fim de evitar mais um empecilho à arbitragem no Brasil, acolheu-se tal princípio, que atribui total autonomia da cláusula compromissória em relação ao contrato principal. Em decorrência dele, verifica-se que compete ao próprio árbitro

conhecer e decidir sobre a validade do contrato principal e da própria convenção de arbitragem.

Já o “compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial”, conforme o artigo nono da Lei nº. 9307/96. Distingue-se da cláusula compromissória por cuidar de um litígio atual.

Quando celebrado perante autoridade judiciária, após iniciado processo judicial, e lavrando-se termo nos autos, diz-se que o compromisso é judicial. Neste caso sua realização é causa de extinção do processo judicial sem resolução do mérito. Por outro lado, o compromisso é extrajudicial quando celebrado fora de qualquer processo judicial, por escritura pública ou particular, neste caso assinado por duas testemunhas.

Seja judicial ou extrajudicial, a Lei de Arbitragem estabelece que o compromisso contenha certos elementos obrigatórios, cuja ausência implica na nulidade do compromisso, quais sejam: qualificação das partes, qualificação dos árbitros, a matéria que será objeto da arbitragem e o lugar em que será proferida a sentença arbitral.

A par desses elementos obrigatórios, as partes podem disciplinar também outros elementos facultativos a fim de orientar a tarefa dos árbitros. Assim, podem fixar os locais onde se desenvolverá a arbitragem, autorizar que os árbitros julguem por equidade, determinar prazo para apresentação da sentença arbitral, indicar as leis ou regras corporativas aplicáveis à arbitragem, declarar a responsabilidade pelo pagamento dos honorários e das despesas com a arbitragem, e fixar os honorários dos árbitros.

Imbuído do princípio da salvação da convenção arbitral, a lei limitou em três as hipóteses de extinção do compromisso arbitral. São elas: escusa de qualquer dos árbitros, antes de aceita a nomeação; falecimento de algum dos árbitros ou impossibilidade de proferir seu voto; expiração do prazo previsto para a conclusão da arbitragem. Para que as duas primeiras hipóteses possuam o condão de extinguir o compromisso é preciso que as partes tenham declarado, expressamente, não aceitarem substitutos ao árbitro designado. Já na terceira hipótese, “a extinção dependerá, porém, de a parte interessada previamente notificar o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, concedendo-lhe 10 dias para a prolação e apresentação da sentença arbitral” (THEODORO JÚNIOR, 2010, p. 320).

A instauração, propriamente dita, do juízo arbitral ocorre quando os árbitros aceitam o encargo que lhes foi outorgado pelas partes. Com razão, após as partes terem firmado a convenção de arbitragem a fim de que terceiro decida a questão, torna-se imprescindível que o terceiro aceite tal encargo. Sem isto a arbitragem não prospera.

Nestes termos, assevera Rocha (1998, p. 71-70):

É a partir da aceitação que nasce para os árbitros o poder de decidir a controvérsia entre as partes e demais deveres, direitos e responsabilidades que lhes incumbem. Em poucas palavras, com a aceitação, instaura-se a relação processual e substancial entre as partes e o árbitro ou árbitros.

Portanto, as partes outorgam ao árbitro o poder de decidir, cabendo a este aceitar ou rejeitar este poder. Caso aceite, ele vincula-se às partes, devendo, inclusive, prestar contas de sua atividade às mesmas.

O árbitro é, pois, a pessoa física que, indicada pelas partes para solucionar uma controvérsia, aceita esse encargo. No entanto, prescreve a lei que ele deve ser capaz, ou seja, ter plena capacidade de exercício dos direitos civis. Não se exige especialização própria para tanto, podendo ainda o árbitro possuir ou não habilitação jurídica. As partes podem nomear um ou mais árbitros, desde que se garanta que sejam em número ímpar.

O árbitro, no cumprimento do encargo que lhe foi atribuído, deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição (artigo treze, parágrafo sexto, da Lei nº. 9307/1996). Nesse diapasão, estão impedidos de ser árbitro quem tenha alguma das relações que caracterizam os casos de impedimento e suspeição, devendo a pessoa indicada para atuar como árbitro revelar antes de sua nomeação qualquer fato que a torne suspeita, sob pena de ser responsabilizado civil e penalmente.

Outrossim, visando garantir lisura à arbitragem, a lei prescreve também que os árbitros, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, ficam equiparados a funcionários públicos, para os efeitos da legislação penal.

Ora, nada mais justo que seja assim, pois se a lei afirma que o árbitro é juiz de fato e de direito, não ficando a sentença que proferir sujeita a recurso ou homologação pelo Poder Judiciário (artigo 18 da Lei de Arbitragem), eventual

mácula no julgamento pode representar um dano irreparável para a parte prejudicada.

Por fim, cabe assinalar que a aceitação do encargo pelo árbitro não precisa ser manifesta por ato formal. Providências que tome para o seguimento do procedimento subtendem que a pessoa indicada tenha aceitado a função.

Quanto ao procedimento, a lei garantiu às partes amplos poderes para regularem o assunto, exigindo apenas que sejam respeitados os princípios decorrentes do devido processo legal, e que não haja incompatibilidade entre as regras estabelecidas e os mandamentos da legislação arbitral.

Não é permitido que o árbitro tome medidas coercitivas, sejam elas cautelares, instrutórias ou antecipatórias, sendo que aquelas que ele decretar deverão ser cumpridas com a ajuda do Poder Judiciário. De fato, embora o árbitro seja juiz de fato e de direito, ele carece do império inerente à toga. Referindo-se aos árbitros, Rocha (1998, p. 104) aduz que:

O poder dos primeiros limita-se a ditar as decisões, inclusive as decisões sobre a necessidade, ou não, das medidas coercitivas ou cautelares, certo que a única decisão que não podem tomar é a relativa a questão prejudicial tendo por objeto direito indisponíveis (art. 25 da LA). Nega-se-lhes, todavia, qualquer poder de executá-las, ou seja, de transformá-las pela força em realidade concretas, poder que permanece na competência do juízo comum, a quem os árbitros devem requerer a execução das medidas coercitivas ou cautelares que, eventualmente, determinem. A Lei refere-se a medidas coercitivas ou cautelares, o que lhe dá um alcance amplo, significando que aos árbitros falece o poder de usar a força em qualquer circunstância.

Assim, nega-se ao árbitro o exercício de medidas coercitivas em razão de sua autoridade decorre tão somente de um contrato e porque não seria conveniente delegar aos particulares o uso da força quando o Estado possa fazê-lo.

A sentença arbitral, ou laudo arbitral, é o ponto final da arbitragem. Através dela os árbitros exaurem o poder que lhes foi concedido para decidir o litígio. Ela deverá ser elaborada por escrito e proferida no prazo estipulado pelas partes ou em seis meses, depois de instituído o juízo arbitral, caso não tenha sido convencionado prazo.

Não é mais necessário que a sentença arbitral seja homologada pelo Poder Judiciário, pois agora ela se equipara a uma sentença emanada de um juiz togado. Nesse sentido, ficou estabelecido que a "sentença arbitral produz, entre as partes e

seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo” (artigo 31 da Lei de Arbitragem). De tal forma, uma vez publicada a sentença arbitral, a decisão de mérito constitui coisa julgada, “somente podendo ser rescindida quando proposta a ação de nulidade do art. 33 ou quando tal nulidade for agitada em embargos do devedor, se houver execução judicial, nos termos do art. 33, § 3º.” (FURTADO; BULOS, 1997, p. 111-112).

Tal como a decisão de juiz togado, ela conterà um relatório mencionando a qualificação das partes e um resumo do litígio, a motivação, ou seja, os fundamentos que embasam a decisão, o dispositivo em que os árbitros estabelecem o preceito que resolverá a questão, e a data e o local em que a decisão foi proferida.

O artigo 32 da Lei de Arbitragem elenca um conjunto de hipóteses em que a sentença proferida será considerada nula, tendo em vista a existência de vícios que afetam a sentença arbitral ou a própria convenção arbitral. Tal rol é taxativo, não podendo ser ampliado por convenção das partes.

Muito embora a sentença arbitral não se sujeite a recurso, ela poderá ser impugnada pelo Poder Judiciário, mediante a provocação da parte prejudicada, quando presente uma das hipóteses de nulidade previstas no artigo 32 da Lei nº. 9307/96.

Com efeito, não seria concebível impedir a análise das causas de nulidade da sentença arbitral pelos órgãos jurisdicionais, pois senão haveria evidente lesão ao princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional, nos moldes do artigo 5º, inciso XXXV da Constituição da República.

Neste ínterim, deve-se atentar que o objetivo da demanda anulatória é destituir o laudo arbitral, não havendo “devolução da causa ao Poder Judiciário para que, anulado o laudo, profira decisão que o substitua.” (CARMONA, 2009, p. 423).

Assim, se a nulidade é fundada em vício que afeta apenas a sentença arbitral (incisos III, IV e V do artigo 32), o Poder Judiciário, em homenagem ao princípio da preservação da arbitragem, bem como em respeito a convenção arbitral firmada, determinará apenas que o órgão arbitral profira nova sentença. Nessas hipóteses, “os vícios de que padece a sentença arbitral podem ser eficazmente corrigidos, sem prejudicar todo o trabalho realizado pelo árbitro.” (CARMONA, 2009, p. 28).

No entanto, caso a nulidade decorra de vício que afete a convenção de arbitragem (hipótese do inciso I do artigo 32), ou a estrutura do juízo arbitral (incisos II, VI, VII e VIII do artigo 32), têm-se que a própria arbitragem está arruinada, podendo os interessados recorrerem ao Poder Judiciário para a solução do litígio, ou firmar nova convenção de arbitragem.

Por último, a Lei de Arbitragem tratou do reconhecimento e da execução das sentenças arbitrais estrangeiras. Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional. É aqui que se visualiza a razão porque o local onde será proferida a sentença arbitral é tido como elemento essencial do compromisso arbitral.

Ao contrário do que ocorre com o laudo arbitral pronunciado em território nacional, a sentença arbitral estrangeira somente adquire eficácia no Brasil se homologada pelo Superior Tribunal de Justiça. Ocorreu, portanto, a equiparação entre sentenças judiciais estrangeiras com as sentenças arbitrais estrangeiras.

2.4.2 Natureza jurídica da arbitragem

Verifica-se que a arbitragem tem sua origem em um contrato e seu fim numa decisão equivalente àquela proferida pelo Poder Judiciário. Diante desse quadro, indaga-se qual seria a natureza jurídica desse instituto. Essa questão, bastante debatida no período anterior à edição da atual Lei de Arbitragem, continua a render frutos, desenvolvendo-se ao menos três correntes significativas sobre o tema.

A primeira corrente a se debruçar sobre o tema vê na arbitragem apenas um negócio jurídico em que as partes, de comum acordo, conferem poderes ao árbitro que, ao proferir a decisão, apenas manifesta a vontade das mesmas. Essa corrente acentua o aspecto contratual da arbitragem.

Tal corrente deteve bastante prestígio durante a vigência do regime anterior a Lei nº 9307/96, quando a homologação do laudo arbitral pelo Poder Judiciário era considerada condição de eficácia deste último, conferindo-lhe só então jurisdição.

No entanto, advindo da sistemática atual em que a sentença arbitral tem a força de uma sentença judicial, constituindo título executivo extrajudicial quando

condenatória, adquiriu robustez a corrente que sustenta a natureza jurisdicional da arbitragem. Segundo eia, a capacidade de pacificar pessoas e dirimir o conflito com justiça reveste a arbitragem de indiscutível caráter jurisdicional. Há, portanto, uma exaltação do resultado alcançado com a arbitragem.

Reforçando o partido daqueles que vêem a arbitragem como atividade jurisdicional, Theodoro Júnior (2010, p. 326) afirma:

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

Nossa lei atual, destarte, abraçou 'a teoria publicista da natureza jurídica da arbitragem', ao 'imprimir à sentença arbitral força obrigacional, com os mesmos efeitos da sentença proferida pelo Judiciário, inclusive condenatória'.

A última e mais enérgica demonstração da adoção da teoria jurisdicional ou publicística da arbitragem, pelo novo direito brasileiro, está na inovação introduzida no art. 584, VI (atual art. 475-N, IV), do Código de Processo Civil, que passou a qualificar como título executivo judicial 'a sentença arbitral', independentemente de cláusula de homologação em juízo.

Por último, existem aqueles que atribuem uma natureza híbrida à arbitragem. Para ela, a arbitragem é processo privado de solução de controvérsias, oriundo de uma convenção, do qual emerge uma sentença privada revestida do poder de decisão judicial. Tal concepção vislumbra que o laudo arbitral, embora se fundamente no compromisso arbitral, tem seus efeitos estabelecidos pela lei.

Defendendo o caráter jurisdicional da arbitragem, Netto (2008, p. 25) aduz:

Ao ser investido da qualidade de árbitro, o indivíduo está conferindo ao julgador competência, prevista e admitida em lei, para apreciar e solucionar a questão posta em toda a sua latitude.

Não importa o caráter momentâneo e privado da investidura, pois o exercício dessa atividade e assunção da função são do interesse estatal, sendo expressão de caráter público, o que imprime juridicidade à atuação.

Desta sorte, se o cidadão opta pela jurisdição privada e nomeia um árbitro para dirimir a pendência, o faz com pleno aval do Estado, que possibilita e põe à disposição do interessado tal forma de solução de conflito.

Em que pese tais considerações, e sem prejuízo das mesmas, deve-se atentar, como fazem Marinoni e Arenhart (2008, p. 778), que "a caracterização da arbitragem como jurisdição ou não depende, exclusivamente, da definição de jurisdição adotada". Neste diapasão, percebe-se que o tema ainda é bastante

obsкуро, de tal modo que Marinoni e Arenhart (2008, p. 780), sem olvidarem a importância ou a utilidade da arbitragem, e guiados pelas lições tradicionais acerca da jurisdição, negam o caráter jurisdicional da arbitragem.

2.4.3 Constitucionalidade da arbitragem

É freqüente o questionamento acerca da constitucionalidade da Lei de Arbitragem frente ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Este princípio está insculpido no artigo 5º, inciso XXV, da Constituição da República nos seguintes termos: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Argumentam os defensores de sua inconstitucionalidade que, ao afastarem o litígio da apreciação do Poder Judiciário, haveria flagrante lesão ao princípio constitucional.

Entretanto, tal argumento falha na interpretação dada ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Com efeito, seus defensores parecem querer inverter o sentido do dispositivo constitucional a fim de que os indivíduos não excluam lesão ou ameaça a direito ao Poder Judiciário. De tal modo, muito mais que um direito tal princípio implicaria num dever absurdo e autoritário.

Ora, entendido corretamente como um direito, o princípio da inafastabilidade possibilita que os indivíduos se socorram junto ao Poder Judiciário, que, uma vez provocado, não poderá eximir-se de decidir sobre o pleito. Quando a Constituição prevê tal princípio, não o faz visando obstar o desenvolvimento de outras práticas de resolução de conflito, mas apenas para garantir o pleno acesso do cidadão ao judiciário.

A arbitragem é um meio alternativo de solução de conflitos voluntário, ou seja, que advém da livre manifestação de vontade das partes, de modo que ninguém é obrigado a firmar convenção de arbitragem. Assim, firmado o compromisso, a exclusão do Poder Judiciário decorre da vontade das partes e somente quanto a direito indisponíveis.

Nesse sentido, observa Netto (2008, p. 21) que:

Destarte, conceber o instituto da arbitragem na forma disposta na Lei nº. 9307/1996 como inconstitucional, implica afirmar que qualquer ato de resolução de controvérsias, como uma negociação, por exemplo, só seria válida se homologada pelo juiz. Seria preciso, ainda, para sustentar que o juízo arbitral não poderia subsistir em face da Constituição Federal vigente, admitir o absurdo de não se poder renunciar a direitos disponíveis.

Ademais, a possibilidade de se pleitear a anulação da sentença arbitral atesta que o princípio da inafastabilidade não foi infringido pelo legislador. De fato, a lesão decorrente de sentença arbitral nula não fica excluída da apreciação pelo Poder Judiciário. Mas caso não ocorra essa lesão, o laudo arbitral é eficaz para decidir o litígio e pacificar as relações sociais.

Por outra banda, a Lei de Arbitragem não afeta também os princípios constitucionais do juiz natural e da vedação de tribunais de exceção, insculpidos, respectivamente, nos incisos LIII e XXXVII do artigo quinto da Constituição.

Isto se deve à circunstância de que tais princípios encerram uma proibição dirigida aos órgãos estatais, que não poderão criar mecanismos tendentes a ferir as regras objetivas de determinação de competência, afetando, assim, a imparcialidade e independência do Poder Judiciário.

Portanto esses princípios constituem uma proteção ao cidadão contra eventuais abusos do legislador, e não um preceito que limite a autonomia dos indivíduos em resolver um litígio.

3 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O Estado é, sem dúvida, uma das organizações mais complexas já concebidas pelo gênio humano. Sua origem é remota. Não se sabe ao certo quando surgiu o Estado.

É certo, porém, que com o seu surgimento, institucionalizou-se o poder de ordenar a sociedade, ou seja, incumbiu-se um ente de exercer o poder político (OLIVEIRA, 2007, p. 20). Nesse sentido, e firmando-se na teoria da soberania popular, pode-se dizer que o Estado-poder recebe da sociedade aval jurídico-político para cuidar da coisa pública e atuar visando o bem comum.

Malgrado a sociedade seja um dos elementos constitutivos do Estado, referimo-nos aqui ao Estado em seu aspecto dinâmico, ou melhor, enquanto entidade que exerce o poder político no seio da sociedade.

O poder constituinte originário, expressão genuína da soberania popular, ao estabelecer os contornos da organização política da nação por meio de uma constituição, não olvida a necessidade de instituir um centro de poder responsável pela direção e controle da sociedade.

Com efeito, é inviável assentar a ordem onde não haja autoridade. E é justamente por isso que a Constituição prevê órgãos que efetivamente a exercerão. Assim é que o poder constituinte, manifestando-se como ordem jurídica, confere personalidade jurídica ao ente estatal a fim de que, exercendo o poder político a ele conferido, atue no sentido de realizar os fins almejados pela coletividade.

Nesse sentido, pontifica Sundfeld (2009, p. 155):

A autoridade pública conferida ao Estado pelas normas jurídicas é a consequência, no mundo do direito, da qualificação, feita pelo constituinte ou pelo legislador, de certos interesses como mais relevantes que outros. Em outros termos: o interesse público surge como tal, para o mundo jurídico, quando as normas atribuem ao ente que dele cura poderes de autoridade.

Assim, constata-se que a autoridade só é conferida ao Estado em razão de um fim. Ora, o Estado não é gerado ao acaso. Ele é fundado diante da necessidade de se atingir determinadas finalidades. Sundfeld (2009, p. 154) afirma que “a

existência do Estado é justificada pela necessidade de atender a certos interesses coletivos, que os indivíduos isolados não podem alcançar”.

Mas para que o Estado atinja os fins em razão dos quais foi concebido, efetua um conjunto de atividades. Nesse sentido, o Estado edita leis, aplica pena, julga controvérsias, realiza obras públicas etc. Enfim, exerce suas funções públicas em atenção a seus fins sociais.

Bandeira de Mello (2009, p. 29) explica o que seja função pública da seguinte forma:

Comece-se por dizer que função pública, no Estado Democrático de Direito, é a atividade exercida no cumprimento do dever de alcançar o interesse público, mediante o uso dos poderes instrumentalmente necessários conferidos pela ordem jurídica.

Nesse viés, a função estatal compreende um poder-dever de agir no sentido de atendimento de determinado interesse visado pela ordem jurídica. Se o Estado é criado em função de uma finalidade, desviando-se dela, ele perde sua razão de ser. Daí porque se afirma que a atuação estatal só é legítima quando dirigida à finalidade que a gerou.

Hodiernamente, na teoria das funções do Estado está consagrada a doutrina que preleciona a existência de três funções estatais primordiais: legislativa, judiciária e executiva ou administrativa. Em síntese, pode-se dizer que a primeira função consiste na criação do direito novo (*ius novum*), ou melhor, na elaboração de normas gerais e abstratas, a fim de regular os demais atos estatais e as relações entre particulares; a função judiciária implica no julgamento de lides e aplicação coativa da lei, ou seja, na aplicação do direito aos casos concretos a fim de dirimir conflitos de interesses; e a função executiva compreende “atos concretos voltados para a realização dos fins estatais, de satisfação das necessidades coletivas” (DI PIETRO, 2001, p. 55).

Essa tripartição das funções estatais, fortemente influenciada pela doutrina da separação dos poderes, é patentemente artificial, ou seja, não passa de um arranjo político visando o controle do poder estatal. Nesse sentido é a lição de Bandeira de Mello (2009, p. 31):

Esta trilogia não reflete uma verdade, uma essência, algo de inexorável proveniente da natureza das coisas. É pura e simplesmente uma construção

política invulgarmente notável e muito bem sucedida, pois recebeu amplíssima consagração jurídica. Foi composta em vista de um claro propósito ideológico do Barão de Montesquieu, pensador ilustre que deu forma explícita à idéia da tripartição. A saber: impedir a concentração de poderes para preservar a liberdade dos homens contra abusos e tiranias dos governantes.

A teoria da tripartição dos poderes é, portanto, uma construção jurídica edificada sobre as bases de uma corrente política que pretende inviabilizar a concentração exacerbada de poder nas mãos de um único órgão e ao mesmo tempo proporcionar o controle efetivo do poder existente. Como construção jurídica, a doutrina da separação dos poderes situa-se no plano deontológico, no mundo do dever-ser.

Corroborando com tal entendimento, Zancaner (2009, p. 31), expondo o pensamento de Francis-Paul Benoît, esclarece:

Benoît afirma que nada no mundo tem significado próprio, que cabe aos seres humanos emprestar aos institutos do Direito e da Política seus respectivos significados. Dessa forma, a tripartição, o significado e as atribuições desta ou daquela função estatal nada mais são que interpretações humanas.

Assim, o doutrinador francês nos apresenta uma série de funções estatais, as quais foram convenientemente agrupadas, em três Poderes distintos, por Montesquieu. É interessante ressaltar que para Benoît a tripartição de Poderes não corresponde a uma verdade absoluta, constituindo – isso, sim – uma convenção muito bem sucedida e amplamente aceita em regimes democráticos.

Com efeito, estudando-se as origens do Estado, verificar-se-á que “nas primeiras fases de sua organização e evolução, o poder do Estado encontra-se concentrado em uma pessoa [...], e toda atividade é exercida por esse órgão único e supremo” (AZAMBUJA, 1977, p. 174). Entretanto, adotada a doutrina da separação dos poderes, seguiu-se conseqüentemente a especialização de órgãos estatais independentes no desempenho das funções públicas, de modo que a cada órgão, ou poder, termo normalmente empregado, compete determinada função.

Evidentemente, essa tripartição das funções em nada altera a essência do poder estatal, que se mantém uno, indivisível e indelegável. Ademais, tal separação das funções estatais não é absoluta, pois os órgãos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário necessitam praticar algumas atividades administrativas quando organizam seus serviços internos. Outrossim, a vigente Constituição Federal prevê que o Senado processe e julgue o Presidente da República e os Ministros do Supremo

Tribunal Federal nos crimes de responsabilidade (função materialmente jurisdicional), bem como que o Poder Judiciário elabore seu regimento interno (função materialmente legislativa). De fato, o que existe em cada Poder é a preponderância de determinada função, sem, contudo, elidir o desempenho de outras funções.

Diante destas ponderações, considera-se a Administração Pública como o conjunto de pessoas e órgãos incumbidos do exercício da função administrativa. Neste conceito a Administração Pública abrange não somente os órgãos integrantes das pessoas jurídicas políticas (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), denominada Administração Direta, mas também as pessoas jurídicas de direito público ou privado responsáveis pelo desempenho de funções administrativas de forma descentralizada (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas), formando a Administração Indireta.

Além dessa acepção eminentemente subjetiva de administração pública, ela também pode ser apreendida em outros sentidos. Assim é que Meirelles (2004, p. 64) aduz que a administração pública:

Em sentido formal, é o conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do Governo; em sentido material, é o conjunto de funções necessárias aos serviços públicos em geral; em acepção operacional, é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico, dos serviços próprios do Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade. Numa visão global, a Administração é, pois, todo o aparelhamento do Estado preordenado à realização de serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas.

Também Di Pietro (2001, p. 59-62) aborda a Administração Pública sob mais de um aspecto e afirma que, em seu sentido objetivo, ela abrange as atividades exercidas pelas pessoas jurídicas, órgãos e agentes incumbidos de atender concretamente às necessidades coletivas, ou seja, refere-se à função administrativa. Em seguida, expõe que, em sentido subjetivo, a Administração Pública compreende todos os entes aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa.

No que tange à Administração Pública sob o aspecto subjetivo, Carvalho Filho (2009, p. 11) pondera que:

não deve ser confundida com qualquer dos Poderes estruturais do Estado, sobretudo o Poder Executivo, ao qual se atribui usualmente a função administrativa. Para a perfeita noção de sua extensão é necessário pôr em

relevo a função administrativa em si, e não o Poder em que é ela exercida. Embora seja o Poder Executivo o administrador por excelência, nos Poderes Legislativo e Judiciário há numerosas tarefas que constituem atividade administrativa, como é o caso, por exemplo, das que se referem à organização interna dos seus serviços e dos seus servidores. Desse modo, todos os órgãos e agentes que, em qualquer desses Poderes, estejam exercendo função administrativa, serão integrantes da Administração Pública.

Do exposto, percebe-se que, independentemente do sentido dado à administração pública, ela sempre estará ligada ao exercício da função administrativa.

Entretanto, a conceituação da função administrativa não é tarefa fácil, principalmente em face da amplitude das atividades que abarca, bem como da variedade de sujeitos que a exercem. Por isso, vários critérios foram desenvolvidos pela doutrina a fim de diferenciar as funções estatais.

Nesse sentido, Oliveira (2007, p. 22) anota:

existem dois critérios para identificação das funções do Estado: a) o subjetivo, que se propõe a focar o sujeito; e b) o objetivo, que se propõe a focar um objeto. Dentro desta última posição, existem dois modos de enfoque do objeto: sob o aspecto material que pretende reconhecer na atividade administrativa uma essência própria, uma significação autônoma e independente do que a respeito dispuser o sistema jurídico, e o formal – que procura a identificação ou posicionamento da atividade dentro do sistema normativo. [...] O critério material leva em conta o conteúdo da atividade realizada no desempenho das distintas funções estatais. O subjetivo ou orgânico (também chamado de “formal” por Gabino Fraga) tem em mira o órgão do poder que pratica o ato. Pelo critério formal pesquisa-se o tipo de efeito jurídico próprio de determinados atos, enquadrando-os dentro do mesmo regime jurídico previsto normativamente.

O critério subjetivo, por visar a função em razão do órgão, é inadequado para identificar as funções estatais, pois “inexiste uma correspondência exata entre um dado conjunto orgânico e uma certa função” (BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 33). Como já mencionado, os Poderes Legislativo e Judiciário também exercem atividades tipicamente administrativas.

Igualmente, o critério material não merece prosperar, pois, se a doutrina da separação dos poderes é uma construção meramente jurídica sem correspondência ontológica, não há razão porque tentar buscar a distinção das funções estatais baseando-se em supostas características intrínsecas a cada função, olvidando, destarte, o aspecto eminentemente jurídico da questão. Neste sentido assevera Oliveira (2007, p. 25):

Não se pode, pois, servir-se de critério de análise do “ser” (buscando-se a essência de cada ato), uma vez que o direito é essencialmente normativo, ou do “dever ser”. Peca o critério objetivo material pela dispersão do objeto de análise, pela divagação do campo de estudo, que não pode ficar relegado a aspectos de simples possibilidade.

Ademais, os arautos do critério material falham ao pretenderem distinguir as funções estatais com base na substância da atividade desenvolvida, de modo que, dependendo dos caracteres distintivos que sejam apontados, têm-se uma maior ou menor abrangência da função administrativa. Por exemplo, ao considerar como elementos distintivos a praticidade e a concretude, “um regulamento, conquanto seja ato administrativo, não é atividade prática, do mesmo modo que não é atividade concreta, nem preposta a alcance direito e imediato da utilidade pública” (BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 35), resultando que necessitar-se-ia excluí-lo do bojo das atividades administrativas. Portanto, segundo o critério referido, atos tradicionalmente tidos com administrativos correm o risco de não serem abrangidos na função administrativa em face da casuística decorrente de tal critério.

Sobre o tema, Modesto (2006) observa que “os autores que defendem o emprego do critério objetivo material invariavelmente reconhecem o caráter administrativo de certos atos provenientes do Poder Legislativo e Judicial. E o fazem de modo direto e positivo, não por exclusão”. Entre esses autores, apresenta-se Carvalho Filho (2009, p. 5), quando afirma que:

constituem função materialmente administrativa atividades desenvolvidas no Poder Judiciário, de que são exemplos decisões em processos de jurisdição voluntária e o poder de polícia do juiz nas audiências, ou no Poder Legislativo, como as denominadas “leis de efeitos concretos”, atos legislativos que, ao invés de traçarem normas gerais e abstratas, interferem na órbita jurídica de pessoas determinadas, como, por exemplo, a lei que concede pensão vitalícia à viúva de ex-presidente.

Descerto, qualificar, por exemplo, leis de efeitos concretos como função administrativa reflete uma tentativa dos autores materialistas de contornar entraves pontuais decorrentes desse critério.

No entanto, em sentido contrário a corrente materialista, Modesto (2006) explica que:

As notas distintivas [utilizadas pelos partidários do critério material] decorrem antes de opções pessoais casuísticas do que uma dedução fundada nas diretivas do sistema normativo. O critério não consegue resolver numa síntese a heterogeneidade do conteúdo dos atos funcionais. Não explica porque atos de conteúdo legislativo e jurisdicional emanados da Administração permanecem regidos pelo direito administrativo (o regulamento e as decisões dos órgãos administrativos em recursos hierárquicos). Não informa porque leis individuais e concretas, leis meramente derogatórias e leis com "*fattispecie esclusiva*" (v. g., as leis que regulam apenas a criação de um órgão isolado do Estado), permanecem com a mesma força jurídica e submetidas ao mesmo regime jurídico das leis gerais e abstratas. Também não daria conta da heterogeneidade dos atos jurisdicionais (v. g., os atos de jurisdição voluntária, determinados atos de processo falimentar, sentenças normativas no âmbito da Justiça do Trabalho, a elaboração de regimentos internos, o controle abstrato da constitucionalidade das leis).

Diante o exposto, percebe-se que o critério objetivo-material não possibilita a correta apreensão das diferentes funções estatais. Por óbvio, face às críticas feitas ao critério material, têm-se a predileção pelo critério formal. Este critério baseia-se na forma de criação dos atos, nos seus efeitos perante o direito e no regime jurídico que os cerca.

Especificamente sobre a função administrativa, a doutrina aponta ao menos três características jurídicas que distinguem os atos administrativos dos demais atos estatais.

Primeiramente, destaca-se que a função administrativa é desempenhada sob a lei. Quer isso dizer que a função administrativa não pretende, tal como a função legislativa, inovar na ordem jurídica, mas busca tão somente executar a lei.

Em segundo lugar, considera-se que a Administração Pública age como parte nas relações em que intervém, tendo interesse naquilo que pratica. Daí porque a administração atua diretamente, ou seja, de ofício, distanciando-se, portanto, das atividades jurisdicionais e legislativas, nas quais os órgãos estatais permanecem aquém das relações a que seus atos se referem.

Por fim, apesar de a Administração Pública ser parte na relação, a sua posição nela é de superioridade, pois ainda aqui age o Estado portando autoridade e visando o interesse público.

Assim, na esteira dos ensinamentos de Di Pietro (2001, p. 55), têm-se que:

a administração é a emanção de atos de produção legislativa complementares, em aplicação concreta do ato de produção jurídica primário e abstrato contido na lei; nessa função, o órgão estatal atua como parte das relações a que os atos se referem, tal como ocorre nas relações

de direito privado. A diferença está em que, quando se trata de Administração Pública, o órgão estatal tem o poder de influir, mediante decisões unilaterais, na esfera de interesses de terceiros, o que não ocorre com o particular. Daí a posição de superioridade da Administração na relação de que é parte.

Portanto, os atos administrativos não se confundem com os demais atos estatais, pois possui efeitos jurídicos diferentes. Mesmo quando os órgãos do Poder Legislativo efetuam um ato administrativo, este ato jamais se confundirá com o ato tipicamente legislativo.

De modo semelhante, porém incluindo os atos de governo no âmbito da função administrativa, Oliveira (2007, p. 45) aduz:

Função administrativa é a atividade exercida pelo Estado ou por quem faça suas vezes, como parte interessada em relação jurídica estabelecida sob a lei ou diretamente realizada através de decretos expedidos por autorização constitucional, para a execução das finalidades estabelecidas no ordenamento jurídico.

Conclui-se, assim, que o Estado age diretamente visando à consecução dos interesses públicos que lhes são apresentadas pela sociedade através da legislação. Todavia, deve-se atentar que nesse agir o Estado é disciplinado por um regime jurídico próprio, assentado sobre princípios que lhe orientam.

3.1 PRINCÍPIOS QUE REGEM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Admitida a diferenciação entre regras e princípios, a moderna doutrina chegou à conclusão de que o ordenamento jurídico é um sistema normativo aberto composto tanto por regras quanto por princípios.

Destarte, princípios e regras são qualitativamente distintos. Isto ocorre porque essas espécies normativas possuem características intrínsecas que separam uma da outra espécie normativa (BERTONCINI, 2002, p. 78-82). Assim é que os princípios e as regras diferem pelo grau de densidade semântico-normativa, forma de aplicação, grau de fundamentalidade, generalidade e dimensão de peso ou importância (SANTOS, 2008, p. 175).

Quanto ao grau de densidade semântico-normativa e à forma de aplicação, pode-se dizer que um princípio apresenta um leque de significações maior e, ao mesmo tempo, mais vago que uma regra, de modo que, para a aplicação de um princípio, é necessário que os operadores do direito realizem uma mediação concretizadora na medida do possível, ou seja, sopesando as circunstâncias fáticas e jurídicas, e aplique o princípio em diferentes graus.

O grau de fundamentalidade refere-se à precedência axiológica do princípio em relação à regra, no sentido de que os princípios informam os valores que atuam no processo de criação e aplicação das regras.

Em relação à característica da generalidade, nos princípios, ela consiste na inexistência de um campo predefinido de hipóteses fáticas sobre os quais um princípio incide. Assim, o princípio, enquanto possui uma abrangência maior que as regras, permitem uma série indefinida de aplicações.

Sobre o aspecto da dimensão de peso ou importância, constata-se que, enquanto os conflitos de regras, em função da impossibilidade da existência de antinomias reais no ordenamento jurídico, devem ser solucionados à luz dos critérios fixados no ordenamento para prevenir a incompatibilidade de regras, os conflitos de princípios resolvem-se a partir de uma técnica de ponderação de princípios que leva em conta a força normativa dos mesmos e que não exclui nenhum princípio do sistema normativo.

Após observar que os princípios são multifuncionais, Bertoncini (2002, p. 56), amparado nos ensinamentos de José Joaquim Gomes Canotilho, afirma:

os princípios são normas jurídicas de "otimização", enquanto as regras "prescrevem imperativamente uma exigência"; a relação entre os princípios é "conflitual", e a das regras é antinômica – o que significa dizer que diante de um conflito entre princípios é possível o "balanceamento de valores e interesses", o que já não ocorre entre as regras, cuja lógica é a do "tudo ou nada"; os princípios produzem questionamentos de "validade e peso", e as regras apenas de validade.

Do exposto, conclui-se que existem diferenças entre princípios e regras, e que cada espécie normativa, em função de suas qualidades próprias, desempenha um papel no ordenamento jurídico.

Tratando sobre o regime jurídico-administrativo, Bandeira de Mello (2009, p. 51) apresenta que:

Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico.

Nesse diapasão, constata-se que o Direito Administrativo, ramo do direito público responsável pela disciplina da Administração Pública, é composto por um conjunto de princípios e regras específicas que o distingue dos demais ramos do direito. Esses princípios e regras dão o tom da atuação administrativa e possuem uma lógica interna que lhes confere coerência e unidade. Daí porque se falar em regime jurídico-administrativo.

Entretanto, impende notar que os princípios, em razão de suas características intrínsecas, possuem maior importância para a compreensão e desenvolvimento das atividades administrativas. Com efeito, os princípios são normas de abrangência superior às regras, existindo entre as espécies normativas uma relação de continência, no sentido de que os princípios dão fundamento às regras e determinam o sentido e o alcance delas. As regras, assim consideradas, são concretizações dos princípios. Deste modo, além do valor retórico ou argumentativo, os princípios têm função diretiva para as regras e auxiliam na interpretação e integração do ordenamento jurídico.

Dada a importância dos princípios para o direcionamento jurídico da Administração Pública, cumpre destacar os principais princípios norteadores da Administração Pública brasileira, em especial aqueles elencados em nível constitucional.

3.1.1 Princípio da legalidade

Não se concebe mais que a Administração Pública, imagem concreta do Estado perante o povo, relacione-se com os indivíduos de forma arbitrária. Os desmandos, favorecimentos e perseguições outrora praticadas pela Administração Pública e fundadas no mero capricho do príncipe já não encontram respaldo jurídico.

Nesse contexto, o princípio da legalidade decorre diretamente do princípio do Estado de Direito. Com efeito, a moderna concepção de Estado, intimamente ligada à proteção dos direitos individuais, não poderia descuidar do controle do poder estatal.

No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da legalidade está insculpido no artigo 37 da Constituição Federal, dentre outras normas infraconstitucionais. Tal princípio prescreve que a Administração Pública, no exercício de suas atividades, na sua organização interna, nos procedimentos de atuação e no que tange à competência e poderes de seus agentes, deve atuar nos estritos termos da lei, de forma que todo funcionamento geral da Administração Pública ocorra debaixo da lei.

Assim é que o administrador público não pode expressar liberalmente sua vontade pessoal, mas, por estar vinculado à lei, apenas busca realizar a vontade coletiva contida na legislação.

De tal modo, percebe-se que o princípio subordina a atividade administrativa ao Poder Legislativo. Nessa esteira, Bertoni (2002, p. 93) aduz:

Portanto, quando se fala, no Brasil, em obediência estrita à legalidade quer-se dizer que a Administração Pública deve observar integralmente o que dispõem os atos normativos primários produzidos pelo Poder Legislativo, competido ao Poder Executivo, tão-somente, a expedição de atos normativos secundários destinados à execução da lei e do Direito – portanto, de natureza meramente instrumental.

Assim, o princípio da legalidade opera negativamente, limitando a atividade administrativa, podendo proibir sua atuação no que se refere à finalidade, aos meios e as formas; e opera positivamente, prescrevendo atuação positiva da Administração Pública, apontando-lhe igualmente os contornos dessa atuação, das quais não pode se afastar. Decorre disso que a conduta do administrador deve sempre estar em consonância com a lei, de modo que ela deverá ser corrigida caso constate-se sua ilicitude.

3.1.2 Princípio da impessoalidade

O princípio da impessoalidade também se encontra inscrito no artigo 37 da Constituição de 1988, regendo a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados-membros, dos Municípios e do Distrito Federal.

Entretanto, este princípio, conforme anota Di Pietro (2001, p. 71), “está dando margem a diferentes interpretações, pois, ao contrário dos demais, não tem sido objeto de cogitação pelos doutrinadores brasileiros”. Com efeito, não há ainda uma delimitação precisa quanto ao objeto desse princípio, existindo pelo menos três correntes doutrinárias divergentes quanto ao conteúdo desse princípio (BERTONCINI, 2002, p. 99).

Uma corrente assinala que o princípio da impessoalidade corresponde ao princípio da finalidade, ou seja, que eles se equivalem. Assim, a impessoalidade diria respeito ao dever, cogente e indisponível, do agente público de agir sempre buscando o fim de interesse público disposto em lei. Tal princípio implica, destarte, a proibição de a Administração realizar fins não previstos na norma, sob pena de invalidade. Por outro lado, o princípio vincula o administrador no sentido de que interprete a norma administrativa de forma que garanta o atendimento do fim público a que se dirige (artigo 2º, parágrafo único, inciso XIII, Lei nº. 9784/99).

Outra corrente confunde o princípio da impessoalidade com o princípio da igualdade ou isonomia, implicando em dizer que ambos os princípios referem-se ao dever de o administrador público manter, em relação aos administrados, uma postura objetiva, desestimulando tratamentos diferenciados aos particulares sem justificativa plausível.

Por fim, há uma corrente que apregoa que o princípio da impessoalidade detém conteúdo próprio e distinto daqueles dos princípios da finalidade e da igualdade. Nessa esteira, o princípio da impessoalidade atine a Administração Pública e ao agente público, no sentido de que “os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica mas ao órgão ou entidade administrativa em nome do qual age o funcionário” (SILVA, 2004, p. 648). Ou seja, quando o agente público atua, essa atuação deve ser considerada como realizada pelo próprio Estado, sendo o agente público apenas um meio, ou instrumento, utilizado pelo Estado. Portanto, o agente público deve agir institucionalmente, como se fosse a mão do próprio Estado.

3.1.3 Princípio da moralidade

Como é cediço, nem tudo que é legal é honesto. Um velho brocardo romano assinala essa discrepância entre legalidade e moralidade: *non omne quod licet honestum est*. Tendo em vista isto, a vigente Constituição Federal, em seu artigo 37, também acolhe o princípio da moralidade administrativa.

A partir desse princípio, o agente público “não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto” (MEIRELLES, 2004, p. 89). Aliás, nesse mesmo sentido dispõe o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal (Decreto nº. 1171/94, Capítulo I, Seção I, nº. II).

Cuida-se, portanto, da exigência de uma atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé (Lei nº. 9784/99, artigo 2º, parágrafo único, inciso IV). Exigência essa que constitui pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública (MEIRELLES, 2004, p. 89).

A respeito do tema, Bertoncini (2002, p. 107) assevera:

Na atualidade, portanto, a legalidade do ato administrativo não é o bastante para conferir-lhe higidez e validade perante o Direito. O ato também deve ser moral, no sentido de possuir legitimidade de conteúdo, ou seja, conteúdo pautado pela Ética e pela boa-fé, além de perseguir o bem comum, sob pena de vício de imoralidade, sujeito a controle interno, externo e judicial. Trata-se de uma moral administrativa, que não é igual à moral comum individual, como visto.

Portanto, esse princípio configura uma exigência a mais na atuação do administrador público. Ele requer do administrador atenção e respeito às regras de moral e bons costumes em voga.

Neste íterim, é o ideal do “bom administrador” que se busca realizar com o princípio da moralidade. Ele corresponde à figura do “homem médio” do direito privado, padrão da conduta normalmente aceitável e incentivada, posto que amparada na moral comum.

3.1.4 Princípio da publicidade

A legalidade e moralidade dos atos administrativos somente poderão ser aferidas mediante o conhecimento destes atos pela população. Por isso, exige-se a ampla publicidade dos atos administrativos, bem como da conduta interna de seus agentes.

Carvalho Filho (2009, p. 24) afirma que o princípio da publicidade:

Indica que os atos da Administração devem merecer a mais ampla divulgação possível entre os administrados, e isso porque constitui fundamento do princípio propiciar-lhes a possibilidade de controlar a legitimidade da conduta dos agentes administrativos. Só com a transparência dessa conduta à que poderão os indivíduos aquilatar a legalidade ou não dos atos e o grau de eficiência de que se revestem.

Destarte, pode-se afirmar que, se o Estado é incumbido de administrar interesses públicos, os titulares desses interesses têm o direito de serem informados acerca da conduta dos administradores. Assim é que a Administração deve prestar contas de suas atividades à sociedade.

Entretanto, sem embargo do dever da Administração Pública de noticiar sua atuação, a Constituição de 1988 prevê instrumentos utilizáveis pelo cidadão para se investigar o cumprimento deste princípio, tais como: direito de certidão, habeas datas, mandado de segurança entre outros

Contudo, o princípio da publicidade deve ser mitigado diante de hipóteses em que a divulgação de informações possa por em risco a segurança da sociedade e do próprio Estado (artigo 5º, inciso XXXIII, Constituição/88).

3.1.5 Princípio da eficiência

A mera legalidade da atuação da Administração Pública não é suficiente para o atendimento dos interesses coletivos. Hoje, compreende-se que a Administração Pública tem o dever de qualificar essa atuação a fim de atender ao interesse público da forma mais eficiente possível. Com esse raciocínio, a Emenda

Constitucional nº. 19 de 1998 acrescentou o princípio da eficiência no rol de princípios do *caput* do artigo 37 da Constituição.

Segundo Meirelles (2004, p. 96), o princípio em questão:

É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.

É de se observar que a aplicação desse princípio não exclui a do princípio da legalidade e demais princípios administrativos. Pelo contrário, a eficiência vem somar-se à legalidade, moralidade, publicidade etc., a fim de formar um conjunto normativo inclinado ao aperfeiçoar a conduta administrativa.

Nesse norte, quanto ao princípio da eficiência, Vitta (2001, p. 95) assevera:

Trata-se do dever de boa administração, inerente no regime democrático de direito, adotado no país. Ora, o princípio da legalidade, apesar disso, deve ser respeitado. Quando se alude ao princípio da eficiência não se tem como olvidar do sistema normativo; antes, o cumprimento da lei, sobretudo de sua finalidade, atende ao princípio da eficiência, pois ser eficiente é cumprir as determinações constitucionais e legais, e não, a pretexto de ser eficiente, rechaçar o sistema normativo.

Esse princípio diz respeito, portanto, ao dever de o administrador proceder de modo a possibilitar a realização do melhor resultado possível em relação ao fim estabelecido na norma. Compreende, ao mesmo tempo, uma série de medidas tendentes a submeter a Administração Pública ao controle de resultado, fortalecer o sistema de mérito, recomendar a demissão ou dispensa do servidor comprovadamente ineficiente ou desidioso, otimização dos recursos públicos, de maneira a evitar-se desperdícios, dentre outras medidas.

3.1.6 Princípio da supremacia e indisponibilidade do interesse público

O princípio em epígrafe não se encontra expresso em nossa Constituição Federal. Ele é mencionado apenas no artigo segundo da Lei nº. 9784/99, sob a rubrica "princípio do interesse público", sendo explicitado no inciso II desse mesmo

artigo quando alude ao "atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei".

Pode-se afirmar que, em vista do critério nominal adotado pelo legislador, o princípio do interesse público tem sentido dúplice: por um lado refere-se à superioridade do interesse público sobre o interesse particular; por outro, cuida da indisponibilidade daquele interesse.

Sobre o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, Bandeira de Mello (2009, p. 96) observa que ele:

é princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência. Assim, não se radica em dispositivo específico algum da Constituição, ainda que inúmeros aludam ou impliquem manifestações concretas dele, como, por exemplo, os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor ou do meio ambiente (art. 170, III, V e VI), ou tantos outros. Afinal, o princípio em causa é um pressuposto lógico do convívio social.

Com efeito, se a razão de ser do Estado é o interesse público, pois ele é criado para atender esse interesse, deve-se conferir ao Estado condições de atuar visando aquele fim. Assim, concede-se à Administração Pública prerrogativas para que possa cumprir seu dever funcional nas relações que mantém com os particulares.

Ao conjunto de atributos que mantém a Administração Pública em situação sobranceira frente aos particulares liga-se o princípio da supremacia do interesse público. Esse princípio possui caráter instrumental, pois se justifica diante da perseguição da finalidade pública apontada no ordenamento jurídico (BERTONCINI, 2002, p. 184).

Com a prevalência do interesse público sobre o particular buscou-se solucionar as dificuldades que invariavelmente adviriam da equiparação desses interesses. Assim, havendo colisão entre o interesse privado e o interesse público, e diante da impossibilidade de compatibilização dos interesses, deve prevalecer o interesse público, em virtude de seu maior peso.

Bertoncini (2002, p. 184) assevera:

O princípio do interesse público confere à Administração Pública, exatamente em razão de essa voltar-se à consecução das finalidades públicas, uma condição especial em relação aos particulares, que lhe confere – através do Direito – prerrogativas incomuns e privilegiadas em

face desses últimos nas relações que com eles mantém, que se denomina "relação de administração".

Decorre, portanto, que a situação da Administração Pública nas relações que integra deve ser privilegiada, gozando de benefícios jurídicos não aferíveis aos particulares, bem como de supremacia, correspondente ao poder de intervenção nos bens e direitos dos particulares. Daí porque, em Direito Administrativo, normalmente se recorre à imagem da verticalização da relação jurídica, contrapondo-a a imagem da horizontalidade da relação de direito privado.

A indisponibilidade do interesse público assenta-se na idéia de que a Administração Pública não é o titular dos bens e do interesse público, mas apenas gerencia-os em prol da coletividade, verdadeiro titular do interesse público. Deste modo, "a Administração não tem a livre disposição dos bens e interesses públicos, porque atua em nome de terceiros" (CARVALHO FILHO, 2009, p. 32).

Por seu turno, o princípio da indisponibilidade do interesse público concretiza-se na exigência de que a alienação de bens públicos somente possa ocorrer na forma que a lei dispuser, na necessidade de realização de procedimento licitatório, na proibição de o agente público renunciar seus poderes. Enfim, consubstancia-se no conjunto de práticas voltadas à preservação e cuidado da coisa pública, vedando-se as condutas que representem prejuízo injustificado ao patrimônio público.

3.2 CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO

A Administração Pública não é autosuficiente, ou seja, nem sempre detém em suas mãos os meios necessários para realizar sua finalidade. Por isso, a Administração procura ajuda de outras pessoas a fim de suprir suas carências, além de buscar auxílio para o desempenho de suas funções. Diante desse quadro, a Administração Pública firma contratos com particulares.

Em clássica lição, Pereira (2003, p. 14) leciona que "contrato é um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos."

Trata-se, pois, de ajuste firmado entre duas ou mais pessoas vinculando-as em torno de determinado objeto e tendente a gerar efeitos jurídicos.

Meirelles (2004, p. 206) acrescenta que, “em princípio, todo contrato é negócio jurídico bilateral e comutativo, isto é, realizado entre pessoas que se obrigam a prestações mútuas e equivalentes em encargos e vantagens.”

Como negócio jurídico, os contratos devem atender aos requisitos de validade dos negócios jurídicos em geral, a saber: capacidade das partes; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; forma prescrita ou não defesa em lei (artigo 104 da Lei nº. 10406 de 2002, Código Civil Brasileiro). Eles guiam-se basicamente pelos princípios da autonomia da vontade, *lex inter partes* (o contrato faz lei entre as partes) e *pacta sunt servanda* (observância do pactuado).

Desde que se concebeu o Estado como portador de uma personalidade jurídica, tem-se defendido a possibilidade do mesmo contratar. Denominam-se “contratos da Administração” os contratos em que a Administração Pública figure como uma das partes contratantes.

Evidentemente, os contratos da Administração participam da teoria geral dos contratos. Desse modo, também nos contratos da Administração, a vontade do particular em acordar com a Administração se faz necessária.

Entretanto, têm-se os “contratos da Administração” como gênero, dos quais são espécies os “contratos privados da Administração” e os “contratos administrativos”.

Essa especificação tem em vista o regime jurídico que regula o contrato da Administração. Assim é que os contratos privados da Administração subordinam-se, em maior grau, às regras próprias do direito privado, aproximando-se a Administração Pública do plano jurídico em que está situado o particular, gozando de quase nenhum privilégio que extrapole o direito comum.

Já os contratos administrativos referem-se aos “ajustes que a Administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo regime jurídico de direito público.” (DI PIETRO, 2001, p. 232).

Atuar na qualidade de Administração Pública significa agir em função da causa pública. É em nome desta causa que, nos contratos administrativos, a Administração derroga os preceitos de direito privado e convencionam com o particular sob a égide do direito público.

Assim, tendo-se consciência da primazia de um dos interesses envolvidos no ajuste, é que se desnivelam as partes contratantes, de modo a proteger o interesse de maior peso para a sociedade. Portanto, os contratos administrativos caracterizam-se pela defesa mais firme que a lei faz do interesse público em jogo no contrato.

Sem prejuízo dessas considerações, a existência dos contratos privados da Administração deve-se à circunstância de que muitas vezes a submissão destes contratos ao regime de direito público atende a um interesse da Administração.

Entretanto, tratando da diferenciação das duas modalidades de contratos da Administração, Meirelles (2004, p. 209) observa:

Não é, portanto, o objeto, nem a finalidade pública, nem o interesse público, que caracterizam o contrato administrativo, pois o objeto é normalmente idêntico ao do Direito Privado (obra, serviço, compra, alienação, locação) e a finalidade e o interesse público estão sempre presentes em quaisquer contratos da Administração, sejam públicos ou privados, como pressupostos necessários de toda atuação administrativa. É a participação da Administração, derogando normas de Direito Privado e agindo *publicae utilitatis causa*, sob a égide do Direito Público, que tipifica o contrato administrativo.

De fato, qualquer que seja a espécie de contrato firmado pela Administração Pública, a sua causa deverá ser sempre a busca da realização do interesse público. Nesse sentido, Carvalho Filho (2009, p. 167) aduz que “a **contratação** em geral, seja qual for a sua modalidade, caracteriza-se indiscutivelmente como **atividade administrativa**, cuja execução resulta de critérios de conveniência e de oportunidade privativos da Administração Pública.” (grifos do autor). Portanto, o princípio da finalidade irradia-se sobre todos os atos e contratos da Administração Pública.

No entanto, o interesse que a Administração envolve no contrato nem sempre possui um mesmo grau de relevância para coletividade, de sorte que muitas vezes o objeto do contrato apenas reflexamente corresponde aos imediatos anseios sociais.

É nesse sentido que a doutrina reconhece a existência dos contratos privados da Administração, que os denomina também de contratos administrativos atípicos. Segundo ensina Di Pietro (2001, p. 239), para que um contrato se submeta ao regime de direito privado, o objeto desse contrato deve apenas indiretamente ou

acessoriamente dizer respeito ao interesse geral. São exemplos dessa espécie, conforme ensinam Alexandrino e Paulo (2008, p. 457):

os contratos de locação em que a Administração figura como locatária; os contratos de compra e venda em que uma sociedade de economia mista esteja vendendo bens de sua produção; os contratos de abertura de conta corrente firmados entre os particulares e os bancos estatais (Banco do Brasil, Caixa Econômica); os contratos de compra e venda de ações, quando, por exemplo, a União esteja alienando, em bolsa de valores, ações de sua propriedade relativas a parcela do capital de uma sociedade de economia mista, sem transferência do controle; etc.

Por outro lado, quanto aos contratos administrativos, destes resulta diretamente uma utilidade pública, e, por isso, tais contratos devem ser regidos pelas suas cláusulas e pelos princípios de direito público, aplicando-se-lhes, apenas supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado (artigo 54 da Lei nº. 8666 de 21 de junho de 1993).

Ora, se um contrato visa alcançar um fim diretamente útil para a sociedade e tem como uma de suas partes a Administração, nada mais natural que haja uma sobreposição da Administração na relação ao contratado.

Assim é que se detectam nos contratos administrativos certas prerrogativas especiais conferidas à Administração, na relação do contrato administrativo, que excedem do direito comum a fim de assegurar a posição preponderante da Administração. São as cláusulas exorbitantes, que, segundo ensina Meirelles (2004, p. 210),

em nosso sistema se exteriorizam na possibilidade de alteração e rescisão unilateral do contrato; no equilíbrio econômico e financeiro; na revisão de preços e tarifas; na inoponibilidade de exceção de contrato não cumprido; no controle do contrato, na ocupação provisória e na aplicação de penalidades contratuais pela Administração.

As cláusulas exorbitantes, malgrado desiguale as partes da relação contratual, se justificam na necessidade de proteger o interesse público e, desde que prevista em lei, é válida no nosso sistema jurídico-administrativista. Tais cláusulas, no entanto, estão ausentes nos contratos privados da Administração, pois do contrário, desnaturaria essa espécie contratual.

Conclui-se, assim, que a Administração Pública possui plena capacidade de contratar, sendo absolutamente natural que ela se valha desse mecanismo de

compatibilização de interesses. Porém, quando contrata, deve atentar para sua qualidade especial, e conseqüentemente para o regime jurídico em que está inserido, sem descuidar, ademais, de sua finalidade primordial.

4 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO JUÍZO ARBITRAL

Muito se tem debatido acerca da possibilidade da Administração Pública firmar compromisso arbitral com particulares a fim de solver conflitos decorrentes de contratos administrativos. No entanto, a utilização da arbitragem nesses contratos não é novidade alguma em nosso país.

Com efeito, desde a época do Império há registros da existência de cláusulas arbitrais em contratos de concessão de serviços públicos e de obras públicas nos setores portuários, estradas de ferro, serviços urbanos, fornecimento de energia etc.

Lemes (2007, p. 64) cita alguns contratos firmados pelo Governo com empresas particulares em que constavam cláusulas arbitrais:

Em 1857, foi firmado o contrato de concessão de serviço público entre o Governo e "*The Rio de Janeiro City Improvement Company Ltd.*" Também houve outorga pelo governo imperial, por meio do Decreto n. 9.753, de 06 de maio de 1887, para que a Companhia Paulista de Vias Férreas e Fluviais explorasse por 10 anos, em regime de concessão, a navegação a vapor nos rios Mogy-Guassu, Pardo e Rio Grande. Em 1869, na província de São Paulo é celebrado contrato de concessão, por 90 anos, para que a Companhia Paulista de Estrada de Ferro Jundiaí a Campinas (instituída pelo Decreto n. 4.283, de 28 de novembro de 1869), para a construção, uso e custeio de uma estrada de ferro de Jundiaí a Campinas. Em outro contrato firmado em 1881, com a mesma Cia Paulista, para a construção de um ramal de Estrada de Ferro de Porto Ferreira a Descalvado. Em todos os contratos de concessão acima referidos havia a previsão de solução arbitral.

Um dos casos marcantes na história da utilização da arbitragem pela Administração Pública no Brasil, principalmente em virtude das personalidades que intervieram no processo, é o que envolveu o Estado de Minas Gerais e o engenheiro Américo Werneck.

Neste caso, o Estado de Minas Gerais havia firmado com Werneck contrato de arrendamento da instância hidromineral de Lambari no ano 1912. Contudo, em face de inadimplência pelo Estado das obrigações contratualmente previstas, o engenheiro acionou-o pretendendo a rescisão contratual e indenização por perdas e danos. O Estado de Minas, representado por Rui Barbosa, propôs a arbitragem como meio para resolver a questão, pelo que foi aceito por Werneck e contou com

as presenças de José Xavier Carvalho de Mendonça e Edmundo Pereira Lins como árbitros (LEMES, 2007, p. 69-70).

Apesar de ter tomado a iniciativa da proposta do juízo arbitral, diante de laudo arbitral desfavorável, o Estado de Minas Gerais recorreu á justiça comum. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento que contou com a participação de Pedro Lessa, João Mendes dentre outros, manteve a decisão arbitral.

Tanto era normalmente admitida no Brasil a utilização da arbitragem em contratos administrativos que, em 1880, o Decreto nº. 7959, criado a fim de uniformizar os termos dos contratos de concessão de estradas de ferro gerais, estatuiu que, em caso de desacordo entre o Governo e a companhia concessionária sobre a interpretação das cláusulas contratuais, a questão deveria ser decidida por árbitros nomeados.

Tecendo sobre os motivos da inclusão de cláusulas arbitrais em contratos firmados pelo Estado brasileiro no século XIX, Lemes (2007, p. 67-68) observa

Naquela época, até o início do século XX, a concessão de serviços públicos teve papel importante, pois o setor público não dispunha de capital para fazer face às necessidades sociais e que competia ao governo supri-las. Diversos investidores estrangeiros se interessaram em explorar os serviços públicos necessários, especialmente nas áreas de energia elétrica e estradas de ferro. Todavia, com as alterações e restrições econômicas do Estado após a Primeira Guerra Mundial, que passaram a privilegiar a atividade política e afeta a segurança nacional na época da Guerra Fria "as concessões foram perdendo sua importância nesses setores tradicionais e os serviços públicos passaram a ser executados, preferente, quando não exclusivamente, por empresas paraestatais".

De fato, desde o fim da Primeira Grande Guerra, a arbitragem perdeu espaço como meio de solução de conflitos envolvendo agentes estatais e particulares. A política do Estado de Bem Estar Social, que implicou na maior interferência do Estado na vida econômica e social, desestimulava a utilização da arbitragem na administração pública. Assim é que o Decreto nº. 15783 de 1922, que regulamentou o Código de Contabilidade da União (Decreto Legislativo nº. 4536/22), ao contrário do Decreto nº. 7959/1880, não mencionou a arbitragem como meio de resolução de conflitos entre a Administração e particulares, prevendo apenas que:

§ 1º. A estipulação dos contratos administrativos compreende cláusulas essenciais e cláusulas acessórias. São cláusulas essenciais, e como tais não podem ser omitidas em contrato algum, sob pena de nulidade:

[...]

e) nos contratos com pessoas naturais ou jurídicas domiciliadas no estrangeiro, a cláusula que declare competente o foro nacional brasileiro, para dirimir quaisquer questões originadas dos mesmos contratos.

Assim, o legislador deixou de fazer qualquer menção à utilização do juízo arbitral em contratos administrativos firmados seja com pessoas domiciliadas no país, seja com pessoas domiciliadas no estrangeiro, passando apenas a dispor sobre o foro de competência. Tal alteração acabou gerando dúvidas quando a possibilidade do juízo arbitral no âmbito administrativo.

É bem verdade que a arbitragem em si, antes da Lei nº. 9307/96, jamais foi amplamente praticada em solo nacional em função dos entraves que a legislação colocava à eficácia das decisões arbitrais. Contudo, é de se observar que no Brasil partiu-se de uma autorização legal expressa para o ajuste da arbitragem em contratos administrativos (Decreto nº. 7959 de 1880) para uma legislação posterior que apenas estabelecia a exigência de inserção, dentro de contratos administrativos, de cláusula que declare o foro competente para dirimir disputas originadas daqueles contratos quando firmados com pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas no estrangeiro (Decreto nº. 15783 de 1922). E por sete décadas essa foi a orientação legal da Administração Pública brasileira.

Entretanto, nesse período, mais precisamente em 1973, o Supremo Tribunal Federal, apreciando o “Caso Lage”, reconheceu a constitucionalidade da arbitragem para as questões contratuais envolvendo o Estado.

Tal caso se formou em 1942, quando na constância de estado de guerra, foi emitido o Decreto-Lei nº. 4648 que incorporou ao patrimônio nacional os bens das Organizações Lage, conjunto de empresas relacionadas à navegação marítima.

Cabendo indenização aos espólios de Henrique Lage, Renaud Lage e outros, e não havendo consenso quanto ao montante devido, por sugestão do então Consultor Geral da República, Themístocles Brandão Cavalcanti, foi criado o Decreto-Lei nº. 9521, de 26 de junho de 1946. Este decreto determinou que, entre outras questões, o *quantum* indenizatório seria fixado por juízo arbitral, em única instância e sem recurso (LEMES, 2007, p. 87).

Tendo sido expedido o laudo arbitral, o Procurador Geral da Fazenda, Haroldo Renato Ascoli, questionou a constitucionalidade do juízo arbitral, alegando

que ele consistia na instauração de tribunal de exceção e atentava contra o monopólio da jurisdição pelo Poder Judiciário.

Em primeira instância, foi acolhida a tese da constitucionalidade da arbitragem. Igualmente, o antigo Tribunal Federal de Recursos, com base no relatório do Ministro Godoy Ilha, entendeu pela juridicidade da arbitragem.

Por fim, o Supremo Tribunal Federal rejeitou o agravo de instrumento interposto pela União, tendo o Ministro Bilac Pinto, relator do acórdão, adotado na íntegra o voto do Ministro Godoy Ilha (Agravo de Instrumento nº. 52181-GB).

O “Caso Lage” é considerado um marco na arbitragem envolvendo a Administração Pública, sendo recorrente a citação da síntese, elaborada por Ministro Godoy Ilha (Apud MOREIRA NETO, 2001, p. 229), das conclusões a que chegou:

Juízo Arbitral – Na tradição de nosso direito, o instituto do Juízo Arbitral sempre foi admitido e consagrado, até mesmo nas causas contra a Fazenda. Pensar de modo contrário é restringir a autonomia contratual do Estado, que, como pessoa “sui juris”, pode prevenir o litígio pela via do pacto de compromisso, salvo nas relações em que age como Poder Público, por insusceptíveis de transação.

Natureza consensual do pacto de compromisso – O pacto de compromisso, sendo de natureza puramente consensual, não constitui foro privilegiado, nem tribunal de exceção, ainda que regulado por lei específica.

Ademais, em seu voto, o Ministro assegurou a legitimidade da cláusula de irrecorribilidade presente no Decreto-Lei nº. 9521/46, bem como acentuou a tradição histórica do instituto arbitral em questões que enredam o Estado brasileiro.

Posteriormente, o Decreto-Lei nº. 2300 de 1986, que veio disciplinar as licitações e contratos na Administração Pública, no artigo 45, parágrafo único, em sua redação original, após determinar que nos contratos com pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas no estrangeiro deveria constar, necessariamente, cláusula que declarasse competente o foro do Distrito Federal para dirimir qualquer questão contratual, vedou expressamente a instituição de juízo arbitral.

Contudo, pouco menos de um ano após o Decreto nº. 2300/86 entrar em vigor, seu artigo 45, parágrafo único, foi alterado pelo Decreto nº. 2348/87, passando a ter a seguinte redação:

Art. 45. [...]

Parágrafo único. Nos contratos celebrados pela União Federal ou suas autarquias, com pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar, necessariamente, cláusula que declare competente o foro

do Distrito Federal para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no § 13 do art. 25, permitido nesse caso o juízo arbitral.

Desta forma, a arbitragem voltava a ser expressamente autorizada pelo legislador brasileiro, porém, de modo bastante restrito, pois apenas seria concebida nos casos de concorrência internacional, para a aquisição de bens ou serviços cujo pagamento seja feito com o produto de financiamento concedido por organismo internacional, de que o Brasil faça parte, e nos casos de contratação com empresa estrangeira, para a compra de equipamentos fabricados e entregues no exterior, desde que para este caso tenha havido prévia autorização do Presidente da República, nos termos do artigo 25, parágrafo treze, do Decreto nº. 2300/87.

Portanto, o uso da arbitragem estava vedado para os contratos celebrados com pessoas estrangeiras, salvo os casos do artigo 25, parágrafo 13. Porém, a restrição se estenderia também aos contratos celebrados com pessoas domiciliadas no Brasil, pois, segundo comenta Netto (2008, p. 40)

não faria sentido o legislador vedar o uso da arbitragem para os contratos celebrados com sociedades estrangeiras, onde com mais razão se justificaria a sua adoção, tendo em vista a prática usual do Instituto no exterior, e permitir a utilização nos contratos com sociedades brasileiras.

Saliente-se que a mudança operada na redação do parágrafo único do artigo 45 do Decreto nº. 2300/86 pelo Decreto nº. 2348/87 é reflexo das exigências dos organismos financiadores internacionais e das sociedades empresariais estrangeiras no tocante à segurança dos investimentos, pois a arbitragem possibilita a resolução da controvérsia de forma célere e por árbitros especializados. Além disso, o compromisso arbitral sinaliza um maior comprometimento da Administração Pública em respeitar os termos do contrato.

Tendo em vista esses fatores e buscando angariar cada vez mais fundos para o país, Netto (2008, p. 38) observa que:

a Lei nº. 5662 de 1971, que transformou o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico em empresa pública, autorizou-o, em seu art. 5º, a realizar no exterior operações bancárias necessárias ao desenvolvimento nacional, bem como a aceitar cláusulas usuais em contratos internacionais, como a arbitragem. Tal dispositivo, segundo Jacob Dolinger, foi o precursor do art. 11 do Decreto-Lei nº. 1312/1974, que estendeu tal permissão ao Tesouro Nacional.

A Lei nº. 8666 de 21 de junho de 1993 (Lei das Licitações e Contratos Administrativos), regulamentando o disposto no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, substituiu o Decreto nº. 2300/86, passando a dispor sobre licitações e contratos da Administração Direta e Indireta, além das demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios (artigo 1º).

O artigo 55, parágrafo segundo, dessa lei, contém dispositivo correspondente ao parágrafo único do artigo 45 do decreto revogado, dispondo, porém, de modo diverso sobre o tema. *In verbis*:

Art. 55. [...]

§ 2º. Nos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar necessariamente cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no § 6º do art. 32 deste Lei.

Conforme se infere do parágrafo transcrito, manteve-se a regra geral da proibição de escolha de foro estrangeiro, ao passo em que foi ampliada a obrigatoriedade da declaração do foro da sede da Administração também aos contratos celebrados com pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas no Brasil, excetuando-se tal obrigatoriedade apenas para as hipóteses delineadas no parágrafo sexto do artigo 32 da lei em comento.

Por seu turno, as hipóteses do parágrafo sexto do artigo 32 abrangem aqueles mesmos casos de licitações internacionais descritas no artigo 25, parágrafo 13, do Decreto nº. 2300/86, acrescida da hipótese de aquisição de bens e serviços realizada por unidades administrativas com sede no exterior.

Por outro lado, a nova lei suprimiu a autorização outrora existente para a instituição de juízo arbitral nessas hipóteses de licitação internacional, bem como não fez qualquer menção ao instituto. Portanto, no bojo da lei não há qualquer indicação precisa acerca da utilização da arbitragem no âmbito dos contratos administrativos.

Em razão disso, Netto (2008, p. 41) assinala que

o § 2º do art. 55 da Lei nº 8.666 representou um retrocesso, na medida em que a omissão fez surgir dúvidas desnecessárias em parte da doutrina e jurisprudência, que passou a entender necessária a edição de lei expressa

autorizando o juízo arbitral e, conseqüentemente, gerou insegurança nos administradores públicos para utilizar a arbitragem.

Com efeito, para muitos estudiosos a supressão realizada passou a indicar a inequívoca intenção do legislador em desprestigiar a arbitragem administrativa. No entanto, tal conclusão não é pacífica. Por exemplo, diante da Lei nº. 8666/86, Tiburcio (2010) afirma que “é possível chegar-se a uma conclusão e a um questionamento: nos contratos administrativos, como regra geral, não se admite eleição de foro internacional e a aceitação da cláusula compromissória é duvidosa.”

Nesse diapasão, o tema recebeu nova contribuição da Lei nº. 8987 de 13 de fevereiro de 1995, que trata da concessão e permissão da prestação de serviços públicos, quando, ao listar as cláusulas essenciais aos contratos de concessão, incluiu aquela relativa ao estabelecimento do foro e modo amigável de solução de divergências contratuais (artigo 23, inciso XV). Por “modo amigável de solução de divergências” entende-se compreender a mediação, a conciliação e a arbitragem.

Igualmente, outras leis passaram também a dispor sobre a arbitragem em contratos administrativos. Como exemplo, cite-se a Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº. 9472/97), a Lei do Petróleo (Lei nº. 9478/97), a Lei do Mercado Atacadista de Energia Elétrica (Lei nº. 10433/02), a Lei nº. 10848/04, que trata da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica, e a Lei das Parcerias Público-Privadas (Lei nº. 11079/04). Ademais, existem ainda alguns exemplos a nível estadual, como a lei paulista (Lei nº. 7835/82) e a lei fluminense (Lei nº. 1481/89) sobre concessões.

Destaque-se a Lei das Parcerias Público-Privadas que, em seu artigo 11, inciso III, prevê a possibilidade do emprego dos mecanismos privados de resolução de dissídios relacionados ao contrato de parceria, acentuando inclusive a utilização da arbitragem, desde que tal procedimento seja realizado no Brasil, na língua nacional e nos termos da Lei de Arbitragem. Também há autorização para arbitragem na Lei nº. 11688 de 19 de maio de 2004, que instituiu as Parcerias Público-Privadas no Estado de São Paulo.

Apesar dessa evolução no tratamento da matéria, curiosamente, no bojo da Proposta de Emenda Constitucional nº. 29/2000, que veio a se transformar na Emenda Constitucional nº. 45, concernente à “Reforma do Judiciário”, havia a sugestão de “inclusão de dispositivo legal na Constituição Federal que inviabilizaria o uso da arbitragem no setor público.” (NEVES). Malgrado o dispositivo tenha sido

rejeitado, verifica-se ainda uma enorme incerteza a respeito da questão, visto que o tema não tem recebido tratamento uniforme da doutrina e da jurisprudência.

É, pois, diante desse quadro de insegurança, que se impõe a necessidade de analisar a viabilidade jurídica da Administração Pública valer-se da arbitragem, visando com isso a realização de maiores saltos nesse campo.

4.1 ADMINISTRAÇÃO CONSENSUAL

Antes de adentrar no cerne da questão referente à arbitragem na Administração Pública, é imperioso tecer algumas considerações sobre o fenômeno da administração consensual ou paritária.

Conforme já mencionado, após a Primeira Guerra Mundial, o Estado passou a ter um papel mais atuante na vida econômica e social. Esta interferência estatal é caracterizada pela estatização da exploração de uma série de atividades econômicas, por uma política econômica protecionista, bem como pelo surgimento de várias empresas públicas criadas com o propósito de fomentar o desenvolvimento nacional. Além disso, o Estado passou a diversificar os serviços públicos então prestados, atendendo às crescentes demandas sociais.

Nesse quadro, os poderes do Estado foram ampliados a fim de que ele pudesse, com mais firmeza, cuidar dos interesses da nação. Disto decorreu o aumento da atribuição de prerrogativas para a Administração Pública frente aos particulares, de modo que a busca do desenvolvimento e a manutenção da segurança nacional impunham sempre a prevalência do interesse público sobre os interesses particulares. Daí porque se aludir a uma verticalização das relações envolvendo a Administração Pública e os particulares, no sentido de que aquele sempre estaria numa posição acima dos particulares.

Contudo, essa constante intervenção estatal na vida econômica tinha um preço. A multiplicação dos serviços prestados, por requererem altos investimentos, representou um aumento considerável dos gastos estatais. Neste diapasão, o crescente endividamento dos Estados foi conseqüência natural dessa política. Assim é que, no Brasil, a construção de estradas, portos, usinas e outras obras de grande porte, só foram possíveis mediante a realização de empréstimos junto a organismos

internacionais. Mesmo nos países desenvolvidos o endividamento alcançou níveis alarmantes.

Nesse ínterim, a partir da década de 1980, constatou-se a falência do modelo de Estado exacerbadamente intervencionista, de modo que se fazia imperiosa a realização de reformas institucionais visando diminuir o papel do Estado como grande e único provedor das necessidades populares.

Assim, já não podendo mais atormentar seus cidadãos com o aumento de impostos, os Estados Unidos da América e a Inglaterra assumem a vanguarda nesse processo de reforma dando início a um amplo programa de privatização de empresas públicas, de concessão de serviços públicos, de parcerias com o setor privado, de diminuição das regulamentações e da intervenção do Estado no domínio econômico, e outros artifícios visando dotar o aparelho estatal de um dinamismo semelhante aquele das empresas privadas.

Tal programa acabou sendo seguido por muitas outras nações, principalmente porque os financiadores internacionais, apreensivos quanto ao ressarcimento do investimento realizado, passaram a exigir o cumprimento de uma série de medidas de cunho liberal tendentes a assegurar a solvência dos Estados financiados.

Essa reforma não poderia ser realizada sem abalar a estrutura econômica e social das nações. Em vista disso, os Estados, ao invés de interromperem abruptamente a prestação de serviços públicos, passaram a buscar na iniciativa privada, já então bastante desenvolvida, parceiros capazes de lhes auxiliarem em sua missão.

Diante da crise, a Administração adota postura mais flexível frente aos interesses públicos e transforma o contrato num instrumento importante para angariar a colaboração dos particulares

Com efeito, passa a ser cada vez mais comum o Estado contratar com os particulares visando, segundo as palavras de Lemes (2007, p. 54),

contar com a cooperação e colaboração do setor privado em investimentos que demandam valores vultuosos e operações complexas, geralmente vinculadas a obras de infra-estrutura nos mais variados setores, desde energia, transportes, saneamento etc, que o Estado isoladamente não tem recursos suficientes para suportar.

De fato, o Estado tem buscado o apoio dos particulares, e com esse desiderato cria os mecanismos hábeis para alcançar tal apoio. Nesse sentido, cite-se, por exemplo, a edição no Brasil da Lei das Concessões em 1995 e da Lei das Parcerias Público-Privadas de 2004. Essas leis cuidam de contratos de coordenação para a prestação de serviços públicos entre a Administração e o setor privado.

Portanto, verifica-se um fenômeno em que a Administração Pública dispõe-se a negociar com os particulares, a fim de obter sua colaboração na realização das atividades administrativas. Diante da necessidade, a Administração mostra-se mais flexível perante o particular contratado, "pois, mais do que um simples contratado, é parceiro efetivo, que se une com a Administração em um negócio econômico-financeiro; mais do que isso, é considerado um 'investidor'." (LEMES, 2007, p. 55).

É a partir desse novo enfoque dado a forma de administrar que se tem falado em Administração Consensual. Perante a crise, o Estado deixa de impor unilateralmente sua vontade e admite realizar acordos com particulares, pretendendo com isso ganhar a colaboração efetiva dos mesmos.

Nesse norte, é o ensinamento de Justino (2005):

Eis uma das principais conseqüências da intensificação das relações e do estreitamento dos laços entre Estado, empresas e organizações da sociedade civil no mundo contemporâneo. O **caminho da negociação** – e não o **percurso da imposição** – para a composição de eventuais dissensos entre as partes, pressupõe o reconhecimento (ainda que relativizado pelo regime jurídico-administrativo) da autonomia das partes envolvidas. Com isso, a **verticalização** entre a Administração pública (sic) e o particular nas relações contratualizadas é – em algumas hipóteses – fortemente atenuada ou mesmo afastada. É que em um cenário em que vigora a necessidade da realização de **parcerias**, não há como sustentar uma relação de total subordinação entre a Administração e as entidades parceiras. (grifos do autor)

Assim, modernamente, os contratos da Administração têm denotado uma nova feição: consensual, dinâmica e em consonância com os novos paradigmas sociais vigentes.

Por outra banda, sob o ponto de vista econômico, observa-se que, assim como os organismos internacionais, os particulares, quando contratam com o Estado, também querem segurança relativamente ao investimento efetuado, de modo que a relação contratual construída seja dotada de certo equilíbrio.

Outrossim, em face da razoável estabilidade sócio-econômica vigente, já não é possível sustentar uma prevalência tão acentuada das prerrogativas da Administração Pública ante aos interesses particulares.

Portanto, a fim de conquistar o investidor particular, a Administração Pública necessita ceder parte de suas prerrogativas e, de certo modo, nivelar-se ao mesmo patamar dos particulares.

Assim é que os princípios do direito privado, inspirados na isonomia das partes, vêm somar-se ao regime jurídico-administrativo, a fim de corroborar nesse processo de modernização estatal. Nesse sentido, Lemes (2007, p. 56) anota:

Estas novas formas de conceber a participação privada nos contratos administrativos, a mudança de paradigma que orientam essas contratações autorizam invocar e acrescentar aos princípios jurídicos administrativos os princípios jurídicos de Direito Privada. Assim, aos contratos administrativos, não obstante terem como norte o interesse público que autorizam invocar as cláusulas excepcionais (cláusulas exorbitantes), tais como o da alteração unilateral do contrato ou sua rescisão, mediante equivalente ressarcimento prevendo o equilíbrio econômico financeiro do contrato, conforme salientado, também se aplicam os princípios da boa-fé, da lealdade, da confiança legítima, do respeito aos compromissos assumidos etc. E, em complemento, os corolários do princípio republicano da previsibilidade da ação estatal e da lealdade informadora da ação pública.

Destarte, dá-se o processo de “privatização da administração pública”, no sentido de que, sem deixar de acatar as cláusulas exorbitantes, peculiares aos contratos administrativos, reconhece-se a influência recíproca entre o direito administrativo e o direito privado, e, com isso, abrem-se as portas para que as partes, no afã de viabilizarem o contrato, realizem concessões recíprocas.

É, pois, através dessas concessões recíprocas entre a Administração Pública e o setor privado que surgirá um ambiente propício para o investimento privado no setor público.

Saliente-se que, nivelando-se de tal modo, a Administração Pública jamais **deixa** de resguardar os interesses públicos, mas apenas age tendo em vista despertar o interesse particular em investir nas necessidades coletivas. Procura-se, assim, compatibilizar o interesse particular com os interesses públicos.

De todo exposto, vislumbra-se o desenvolvimento de um direito administrativo consensual e paritário como armadura utilizada pela Administração Pública para enfrentar as crises pelas quais recorrentemente se vê atordoado.

Dentro dessa nova tendência administrativa é que se insere a convenção de arbitragem em contratos públicos.

4.2 ARBITRABILIDADE

Aspecto inafastável e que deve ser necessariamente avaliado quando da perquirição da viabilidade da arbitragem na administração pública é aquele referente à arbitrabilidade.

A arbitrabilidade envolve a resposta a duas perguntas: 1) quem pode valer-se da arbitragem? e 2) quais matérias podem ser resolvidas via juízo arbitral?

Ela consiste em condições de validade da convenção arbitral criadas em face da proteção dispensada pelo legislador a certos interesses. Assim é que a Lei de Arbitragem, logo em seu artigo primeiro, dispõe que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

A arbitrabilidade cuida, portanto, de verificar quais são os sujeitos e objetos passíveis de atuação no juízo arbitral. Daí porque se fala em arbitrabilidade subjetiva e arbitrabilidade objetiva.

4.2.1 Arbitrabilidade subjetiva

Sobre o aspecto subjetivo da arbitrabilidade, a Lei de Arbitragem limitou-se a dispor que as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem.

A capacidade jurídica decorre da aquisição da personalidade jurídica. Assim, toda pessoa é capaz de direito e obrigações.

Entretanto, a capacidade consiste ainda na extensão da personalidade jurídica. Deste modo, faz-se a distinção entre capacidade de direito e capacidade de fato.

A primeira refere-se à aptidão genérica das pessoas serem titulares de direitos. Essa capacidade é comum a todos aqueles que possuam personalidade jurídica.

A segunda está relacionada à aptidão pessoal para o exercício de direitos. Neste caso, a capacidade está condicionada aos aspectos psico-fisiológicos do sujeito, de modo que a possibilidade de autodeterminação do indivíduo interfere no grau de aptidão para exercício efetivo de direitos. Assim, em que pese uma criança gozar da capacidade genérica para titularizar direitos, ela jamais poderá exercer por conta própria tais direitos, pois suas limitações psicológicas, decorrentes de sua tenra idade, desautorizam-na a manifestar sua vontade de modo desembaraçado.

Outrossim, não se deve reconhecer no alienado mental, em face de sua condição psicologicamente instável, aptidão para que ele cuide, por si só, de seus interesses.

Destarte, sendo imprescindível para formação de um contrato a manifestação de duas ou mais vontades provindas de sujeitos que possuam discernimento de suas ações, a capacidade de contratar vincula-se, portanto, à capacidade de exercício pessoal de direito, ou seja, à capacidade de fato.

Nesse diapasão, detecta-se que o artigo primeiro da Lei de Arbitragem, quando menciona as pessoas capazes de contratar, está referindo-se à capacidade de fato.

Todavia, impende verificar se o Estado possui essa capacidade de contratar.

Primeiramente, cumpre assinalar que o Estado é resultante de uma vontade humana criadora. Sua existência decorre de um ato de vontade tendente a constituí-lo fático e juridicamente.

Nesses termos, o Estado recebe sua personalidade jurídica diretamente da constituição política. Esse é o ensinamento de Sundfeld (2009, p. 67), quando aduz:

Ficaram superadas, com a implantação do Estado de Direito, as lições de juristas antigos no sentido de que o Estado jamais poderia ser pessoa jurídica, pois, sendo criador do Direito (quer dizer, sendo incumbido de fazer as leis), não poderia ele próprio ser criatura do Direito, ou, em outras palavras, uma criatura de si próprio. No novo regime [ou nova concepção], o Estado não cria todo o Direito, mas apenas as leis e atos sublegais (sentenças, atos administrativos). A primeira norma jurídica, a Constituição, não é criada pelo Estado, mas sim pelo Poder Constituinte. É o Poder Constituinte quem cria o Estado e lhe dá a incumbência de produzir normas jurídicas. Assim, o Estado não exerce um poder soberano, no sentido de "poder sem limites jurídicos". As competências do Estado são limitadas

pelas normas constitucionais que as outorgaram. Poder soberano, quem exerce é, exclusivamente, o Constituinte. Decorre disso que a personalidade jurídica do Estado lhe é atribuída pela Constituição. Logo, é uma personalidade jurídico-constitucional.

Assim, constata-se que o Estado possui personalidade jurídica própria, advinda da vontade do legislador constituinte em tornar este ente um centro de direitos e deveres.

De fato, o Estado engloba um conjunto de direitos, deveres e poderes, insculpidos no mesmo em razão do especial objeto para o qual foi criado: promover o bem comum.

Ainda em face dessa circunstância, é que a personalidade jurídica do Estado não pode reger-se semelhantemente às pessoas jurídicas de direito privado. Sua especial condição jurídico-constitucional requer que sua organização e relação com terceiros seja regida pelos princípios e regras de direito público.

Diante de tais considerações, notadamente sua condição de pessoa jurídica de direito público, é que não se pode negar ao Estado a capacidade jurídica de exercício de fato.

Com efeito, constitui heresia jurídica negar a plena capacidade ao Estado para gerir os seus negócios, pois isto equivaleria em desnaturar este ente e aniquilar a sua utilidade.

Em face de tal circunstância, é possível defender que o Estado, sendo detentor de capacidade contratual, pode firmar convenção arbitral. Foi tendo em vista isso que, no julgamento do caso Lage, em sede do antigo Tribunal Federal de Recursos, o relator, Ministro Godoy Ilha (Apud MOREIRA NETO, 2001, p. 229), quanto à admissibilidade da arbitragem em causas da Fazenda, afirmou que “*pensar de modo contrário é restringir a autonomia contratual do Estado, que, como pessoa ‘sui juris’, pode prevenir o litígio pela via do pacto compromissório, salvo nas relações em que age como Poder Público, por insusceptíveis de transação.*” (grifo nosso).

Portanto, é inaceitável arguir a incapacidade contratual do Estado como fator a obstar a celebração de convenção arbitral, dada a sua personalidade especial.

Contudo, a questão da capacidade estatal toma novos rumos quando focada à luz do princípio da legalidade, pois, de longa data, especula-se acerca da necessidade de autorização legal específica para a realização da arbitragem, pois

muitos se têm perguntado se, diante do ordenamento jurídico atual, há necessidade de edição de lei autorizativa.

Como é cediço, a Administração Pública deve ter todos seus passos previamente traçados pelo legislador, de sorte que, ao contrário do particular, somente pode fazer o que está prescrito em lei.

Nesse viés, quanto aos meios de resolução de conflitos, a Lei das Concessões e a Lei das Parcerias Público-Privadas autorizaram expressamente a arbitragem no âmbito daqueles contratos. Entretanto, em relação às outras espécies de contratos firmados pela Administração, sobre os quais não há qualquer menção legislativa à arbitragem, é que pairam as dúvidas quanto a sua aplicabilidade.

A Lei da Arbitragem mantém-se no mais absoluto silêncio sobre essa questão, muito embora a expressão “pessoas capazes de contratar” abarque também as pessoas jurídicas tanto de direito privado como de direito público.

Nesse íterim, Di Pietro (2006, p. 208-209) analisando o artigo 55, parágrafo segundo, da Lei das Licitações e Contratos Administrativos, argumenta que “o fato da lei exigir, como cláusula obrigatória nos contratos administrativos, a indicação do foro da sede da Administração não é compatível com a possibilidade de eleição de juízo arbitral, especialmente no exterior.”

Além disso, a mencionada doutrinadora, comparando aquele dispositivo com o seu antecessor, o artigo 45, parágrafo único, do Decreto nº. 2300/86, afirma que o legislador, ao não repetir a parte final deste dispositivo, relativo ao juízo arbitral, agiu deliberadamente com o intuito de extinguir a permissão da arbitragem.

Portanto, para Di Pietro, sem embaraço da coexistência e compatibilidade entre a Lei de Arbitragem e a Lei de Licitações e Contratos Administrativos, cada qual, porém, cobrindo campo próprio, não é possível sustentar a possibilidade da previsão de cláusulas de arbitragem nos contratos regidos por esta lei em razão da exigência de eleição de foro e da omissão intencional do legislador.

Contudo, tal raciocínio é falho, pois não há qualquer incoerência entre a obrigatoriedade de se definir no contrato o foro de eleição e a possibilidade de firmar cláusula arbitral.

Nesse sentido, Carmona (2009, p. 48) assevera que:

É preciso notar, antes de mais nada, que a Lei de Licitações não determina que toda e qualquer controvérsia oriunda dos contratos celebrados com a

Administração seja dirimido pelo Poder Judiciário, pois se assim fosse não poderia haver resolução de pendências contratuais através da transação; o texto legal exige, isso sim, que se as partes tiverem que acorrer ao Poder Judiciário, será competente o juízo do foro da sede da Administração, e não órgão judicial situado em outra região geográfica. Explico: o vocábulo *foro*, na técnica processual, significa território, indicando, portanto, um local (Município ou pluralidade de Municípios sujeitos à competência de um ou vários juizes, ou ainda, como ocorre na Justiça Federal, o espaço geográfico que forma uma seção judiciária) onde o juiz exerce a jurisdição. (grifo do autor)

Assim, a simples indicação, dentro do contrato administrativo, do foro da sede da Administração não exclui, peremptoriamente, a viabilidade do juízo arbitral, pois ela não representa, propriamente, uma proibição, mas tão somente o caminho a ser seguido caso o Judiciário seja invocado.

A eleição de foro nesses contratos pode mesmo complementar a cláusula arbitral porventura existente, pois poderão advir situações para as quais o árbitro não detenha competência, necessitando, logo, do concurso do juiz do foro indicado. É o que ocorre, por exemplo, quando, no curso do procedimento arbitral, desponta controvérsia acerca de direitos indisponíveis, constituindo questão prejudicial para o julgamento arbitral (artigo 25 da Lei de Arbitragem). Nesse caso, esta questão deverá ser apreciada pelos órgãos judiciais do foro da sede da Administração.

Por outro lado, não se pode sustentar a incontestada intenção do legislador em afastar a arbitragem dos contratos administrativos.

Com efeito, a legislação posterior à edição da Lei nº. 8666/93 testemunha o oposto. Cite-se a previsão da arbitragem na lei que regulamenta os contratos de concessões de serviços públicos de 1995, na Lei Geral das Telecomunicações de 1997, na Lei das Parcerias Público-Privadas de 2004, entre outras.

Verifica-se, por conseguinte, um movimento em sentido inverso, em que o legislador, diante do novo panorama sócio-econômico existente, sente a necessidade de ampliar os meios de solução de conflitos à disposição da Administração.

Por motivo semelhante, também o artigo 109, inciso I, da Constituição Federal, não pode ser levantado como óbice à prática da arbitragem pelo Estado, pois ele apenas dispõe sobre a competência da Justiça Federal nas causas que envolvam a União, entidades autárquicas e empresas públicas federais, sem, contudo, afastar em absoluto a arbitragem. A competência, compreendida corretamente, refere-se ao critério de distribuição de causas dentro do Poder

Judiciário. Aquele artigo quer dizer apenas que: caso a União, autarquia federal ou empresa pública federal necessitem se apresentar ao Poder Judiciário, eles dirigir-se-ão aos juízes federais.

Quanto à autorização legal para arbitragem nos contratos da Administração, têm-se sustentado que a permissão para tal artifício está consubstanciada no artigo 54, *caput*, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos que estatui, *in verbis*: “Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, *aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.*” (grifo nosso).

Essa aplicação supletiva das disposições de direito privado, faculta a imersão da arbitragem no recinto contratual da Administração, pois, sendo esse instituto de caráter eminentemente privado (muito embora não se negue que possua um aspecto processual), aquele ente, reconhecidamente detentor de capacidade contratual, não sofreria nenhum embaraço caso adotasse esse meio extrajudicial. Apenas, entretanto, far-se-á restrição ao seu uso nas causas que envolvam direitos patrimoniais indisponíveis, em função da vedação imposta à arbitragem em tais casos.

Nesse sentido, não havendo restrição legal para utilização da arbitragem no âmbito do contrato administrativo, é possível que a Administração se valha dela, mesmo que supletivamente.

Ademais, como visto, é pacífico o entendimento que a própria Lei nº. 8666/93, faz distinção entre contratos administrativos, referidos no artigo 54, e contratos privados da Administração, delineados no artigo 62, § 3º, de sorte que nestes, com maior razão, seriam admitidas as cláusulas arbitrais, dada a preponderância das normas de direito privado nestes contratos.

Há ainda, alguns posicionamentos que sugerem que a autorização legal é genérica, posto que provinda do artigo primeiro da Lei de Arbitragem, que, ao se referir às pessoas capazes de contratar, não faz distinção entre as pessoas de direito privado e as de direito público.

Esta é a opinião de Meirelles (2004, p. 248), consoante se infere da seguinte passagem:

Se é verdade que "na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza", "enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe", a Lei 9.307 permitiu expressamente a *todas pessoas capazes de contratar* (aí incluindo-se a Administração Pública direta e indireta) a possibilidade de se valerem da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Autorização legal, portanto, existe. Facultativa é a sua utilização. Somente nos contratos de concessão e permissão de serviços públicos torna-se obrigatória a inserção de cláusula que disponha expressamente sobre o foro e sobre o modo amigável de solução das divergências contratuais (Lei 8.987/95, art. 23, XV). (grifo do autor)

Esse posicionamento, muito embora válido e perfeitamente aplicável às empresas públicas e sociedades de economia mista, conforme será comentado adiante, não é de todo correto, pois a Lei de Arbitragem possui conotação geral e dirigido, principalmente, às relações privadas.

Nesse sentido, cumpre trazer a colação observação de Di Pietro (2006, p. 209), quando aduz que:

[...] não poderia a Lei nº 9.307 ter o efeito de revogar implicitamente preceitos da Lei nº 8.666, diante do artigo 2º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo o qual "a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior". A lei de arbitragem é lei geral, que não revoga nem modifica a Lei nº 8.666, que contém normas específicas sobre licitação e contratos.

Portanto, verifica-se que os dispositivos da Lei de Arbitragem não podem se sobrepor às normas constantes na Lei de Licitações e Contratos Administrativos, por ser esta lei de caráter especial. Deste modo, o artigo primeiro da Lei de Arbitragem não possui o condão de, por si só, permitir a arbitragem em contratos da Administração.

Por outro lado, para as empresas públicas e sociedades de economia mista, a autorização legal para o uso da arbitragem é de cunho constitucional (artigo 173, § 3º, II, da Constituição Federal) e de caráter genérico, pois advinda do enunciado do artigo primeiro da Lei de Arbitragem. Quer dizer: quando em seu artigo 173, parágrafo terceiro, inciso segundo, a Constituição sujeita aquelas entidades ao regime jurídico de direito privado, ela está, automaticamente, subtraindo delas a necessidade de uma autorização legal específica para a contratação da arbitragem.

Ou seja, dada a submissão ao regime jurídico próprio das empresas privadas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e suas

subsidiárias que explorem atividade econômica, com maior razão, podem livremente convencionarem pela arbitragem com o simples fundamento de possuírem capacidade contratual, sem perigo, assim, de infringirem o princípio da legalidade.

Ademais, Carmona (2009, p. 46) assevera que:

É preciso lembrar que tanto as empresas públicas quanto as sociedades de economia mista foram imaginadas para dotar a Administração de instrumento ágil e adequado para desempenhar atividades comerciais ou industriais. não sendo razoável restringir as vantagens do funcionamento e organização dessas empresas pelo simples fato da presença do Estado.

Assim é que, no desempenho de atividades comerciais, a utilização da arbitragem por essas entidades da Administração Indireta, em muitas situações, será imposta pela necessidade de adequação às práticas mercantis.

Do exposto, conclui-se que, no nosso ordenamento jurídico, é da combinação entre o artigo 54, *caput*, ou artigo 63, § 3º, ambos da Lei nº. 8666/93 e o artigo 1º da Lei nº. 9307/96 que provém a autorização legal para que a Administração Pública firme convenção arbitral, em nada contrariando o princípio da legalidade administrativa.

4.2.2 Arbitrabilidade objetiva

Quanto à arbitrabilidade objetiva, a Lei de Arbitragem instituiu que apenas os litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis serão submetidos à arbitragem.

Direitos patrimoniais disponíveis são aqueles que possuem valor econômico, passíveis de avaliação pecuniária, e que estejam inseridos no comércio, sendo, por isso, alienáveis (VENOSA, 2010, p. 170).

Na técnica do artigo 852 do Código Civil, os direitos patrimoniais disponíveis correspondem às questões que não digam respeito ao estado da pessoa, aos direitos pessoais de família e outras que não tenham caráter estritamente patrimonial. Do mesmo modo, tais direitos não abarcam as questões atinentes ao direito penal, ao direito de sucessão, as relativas às obrigações naturais entre outras.

Cuidam, portanto, do conjunto de direitos acerca dos quais o Estado não dispensou tamanha proteção que impossibilitasse a livre disposição dos mesmos.

Nesse contexto, ainda visando avaliar a arbitrabilidade das causas que envolvem a Administração Pública, cumpre verificar se o objeto de contrato firmado pela Administração pode corresponder a um direito patrimonial disponível. Esta avaliação deve ser realizada sobrepesando-se a existência do princípio da supremacia e indisponibilidade do interesse público no âmbito da Administração Pública.

Como foi observado outrora, a Administração Pública objetiva a perseguição ao interesse público e nele tem sua razão de ser. É em função do interesse público que a Administração é munida de seus poderes e prerrogativas, ou seja, é dotada de império, pois as peculiaridades decorrentes da proteção desse interesse assim exigem. Quer dizer: não pode o interesse público ser nivelado ao interesse de particular, devendo-se garantir especial cuidado com aquele interesse. Disto é que deriva o princípio da supremacia e indisponibilidade do interesse público.

Entretanto, deve-se tomar cuidado para que os limites do que seja interesse público sejam bem compreendidos, pois é freqüente a confusão no sentido de tomar por interesse público, propriamente dito, aquilo que é apenas interesse da Administração Pública, enquanto aparato e organização.

O Estado, para que possa realizar concretamente suas atividades, necessita estruturar-se formando um corpo capaz de agir e intervir nas relações sociais. Este corpo é constituído por recursos humanos, edificações, máquinas, geradores, material de experiente, material de limpeza, alimentos; enfim, um patrimônio. Sem esses recursos é impossível efetuar qualquer ação em prol da coletividade.

Esse patrimônio é vital para a Administração Pública. Porém, ele não constitui um fim em si mesmo. Ele tem caráter instrumental, na medida em que é erguido para viabilizar a realização do interesse público propriamente dito. Não se edifica um prédio sem que haja uma destinação previamente definida para o imóvel. Ele é levantado para receber uma escola, um hospital ou divisão de departamento de polícia.

Há, evidentemente, dada sua instrumentalidade, um interesse na preservação desse patrimônio. Mas esse interesse não se confunde com o interesse público em si. No exemplo exposto, o interesse público principal é o fornecimento de

educação, saúde ou segurança para população, integrando interesse instrumental a edificação e preservação do imóvel utilizado para aquele fim.

Deste modo, detecta-se a existência de um interesse público principal, ou primário, e de um interesse público derivado, ou secundário. Um a serviço do outro, e cada qual com características próprias.

A Administração Pública quando gere o interesse público secundário não se situa em condição diversa do particular, pois apenas está cuidando de um patrimônio que só indiretamente refere-se ao interesse público principal. Nesse sentido, nada obsta que a Administração transacione sobre os interesses secundários, pois a pretensão dirigida à este interesse não encerra ato de império.

Diferentemente, quando atua mirando a consecução de um interesse primário, a Administração não tem qualquer discricionariedade para aliená-lo, pois tal interesse está ligado às finalidades últimas do próprio Estado, para as quais foi dotado de império.

Portanto, a partir da distinção entre interesse público primário e interesse secundário, constata-se, facilmente, que em relação a estes a Administração Pública detém a faculdade de dispor, e, conseqüentemente, submetê-lo à arbitragem.

4.3 VANTAGENS E DIFICULDADES DA ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Sendo bastante amplo o complexo de vantagens oferecidas pelo instituto arbitral, não é de se estranhar que tais benefícios também sejam auferidos pela Administração Pública quando se aproveita dele. Assim, são várias as vantagens da arbitragem na Administração Pública apontadas pela doutrina.

Meirelles (2004, p. 249), citando artigo de Cláudio Vianna de Lima, elenca as seguintes vantagens da arbitragem:

[...] a) a possibilita a intervenção de especialistas na matéria em litígio; b) desafoga o Poder Judiciário, resguardando-o para atuar nas demandas que lhe são próprias; c) tende ao ideal de pronta justiça do caso; d) promove uma justiça coexistencial, pois leva à obtenção de um consenso, antes do que uma condenação.

Esponaneamente, essas vantagens se irradiam para a relação arbitral administrativa, promovendo a otimização da relação estabelecida com o particular.

Quanto às dificuldades à sua implantação, têm-se que ainda resta certa resistência à sua prática, fundamentada numa possível infringência ao princípio da publicidade administrativa, pois se argumenta que o sigilo característico do procedimento arbitral não condiz com o dever de publicidade dos atos administrativos.

Nesse sentido, Tiburcio (2010) cita a decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro no Caso Guggenheim, referente à cláusula contratual firmada entre o Município do Rio de Janeiro e a Fundação Solomon R. Guggenheim que previa a arbitragem. Nessa decisão foi consignado que a existência de cláusula arbitral em contratos administrativos fere o princípio constitucional da publicidade (TJRJ, j. 29 out. 2003, Agravo de Instrumento 2003.002.07839, Rel. Des. Ademir Pimentel).

No entanto, deve-se atentar para o fato de que o sigilo não é característica essencial à arbitragem, mas sim faceta que as partes imprimem ao instituto. Nessa esteira, a Administração Pública, quando acorda cláusula compromissória, deve impor a publicidade de todos os atos relativos ao procedimento arbitral, de modo a evitar a violação daquele princípio constitucional.

Por outro lado, há questões práticas que precisam ser superadas, pois, apesar de prevista a arbitragem, não foi esmiuçadamente detalhada a forma como a Administração Pública manuseará esse instrumento, pois, entre outras coisas, a legislação federal não definiu critérios para a escolha dos árbitros, nem estabeleceu regras procedimentais a serem seguidas pelos mesmos.

Assim é que Nardi (2006) cita como exemplo de obstáculo a ser superado a questão relativa à necessidade de realização de licitação para a escolha de câmara arbitral que decidirá a questão contratual, bem quanto ao momento oportuno para a realização dessa licitação: se antes ou depois do aparecimento do conflito.

De todo modo, a matéria ainda precisa evoluir, sendo necessária a intervenção do legislador na disciplina de aspectos pontuais referentes à aplicação do instituto arbitral nos contratos administrativos.

5 CONCLUSÃO

Restringir a arbitragem ao mundo macro-empresarial não condiz com a nova roupagem que a Administração Pública adquiriu nos últimos tempos. A necessidade de contemporanizar o ente público a fim de que possa tomar parte nas técnicas mais modernas de administração implora a flexibilização dos tradicionais paradigmas do direito administrativo.

O mito da “não-contratualidade” das relações de direito público precisa ser superado, substituindo-o por uma nova mentalidade que privilegie o princípio da consensualidade na Administração Pública.

Assim, ao invés de agir sempre acobertado por um rol de privilégios e prerrogativas, atuando sempre unilateralmente, diante das novas circunstâncias econômicas, a Administração Pública vem buscando a cada dia, através de meios negociais, o auxílio dos particulares para a execução de suas atividades.

É dizer que contratar passou a ser uma necessidade para a Administração Pública, pois, para corresponder às inúmeras demandas sociais e fazer frente aos vultosos investimentos que o atendimento daquelas demandas reclamam, o Estado procura repartir com o setor privado o cumprimento de tais exigências.

A sociedade já não suportaria mais a elevação da carga tributária para munir a Administração de recursos imprescindíveis para prestação de serviços públicos. Como é cediço, o aumento de impostos emperra o desenvolvimento econômico de um país, retirando dos particulares os frutos de seu trabalho e, conseqüentemente, desestimulando as atividades produtivas.

Em várias oportunidades, o Estado já sentiu na pele a exaustão de seus recursos. O endividamento nacional, ainda gritante, bem como as crises enfrentadas pelas nações no decorrer da década de oitenta do século XX e as que ainda atormentam os países, conforme se constata na atual crise da Grécia, evidenciam a necessidade de se repensar o papel do Estado no desenvolvimento nacional e modo como ele deve gerir os interesses nacionais.

Ao mesmo tempo, deve-se equipar a Administração Pública de meios mais ágeis e modernos de prevenir e solucionar os litígios em que se encontra envolto.

É, pois, diante desse contexto, que a arbitragem deve ser incentivada e aplicada aos contratos que envolvam entes estatais.

Primeiramente porque ela constitui um atrativo para o investidor privado, na medida em que diminui os riscos do investimento, notadamente diante do perigo de se ter que recorrer ao Poder Judiciário para a resolução de questões complexas que demandam uma resposta imediata e especializada, o que jamais será alcançado no âmbito de organismo excessivamente formal, moroso, e desabilitado para apreciar miudezas técnicas que invariavelmente acercam alguns contratos administrativos.

Nesse viés, a diminuição de riscos para o particular pode refletir-se na diminuição de custos para a Administração, pois acaso ela inspire no investidor confiança quanto à correta execução das cláusulas contratuais, ela adquirirá aquilo que em linguagem mercadológica se refere por "poder de barganha". Ou seja, apresentando-se como parceiro confiável, a Administração conquistará mais interessados em sua parceria e atizará a cobiça dos investidores em contratar com ela, o que implica numa posição ideal para a Administração selecionar as propostas economicamente mais vantajosas. Enfim, é a aplicação prática dos fatores de mercado a favor da Administração Pública.

Por outro lado, a arbitragem na administração pública imprime maior eficiência às atividades administrativas, pois os litígios podem ser rapidamente dissolvidos sem interrupção daquelas atividades. Aplicada aos contratos de concessão de serviços públicos, a arbitragem prestigia o princípio da continuidade de tais serviços.

Simultaneamente, a incidência da arbitragem nas questões que envolvem cláusulas financeiras permite que seja preservado o equilíbrio econômico-financeiro das relações contratuais.

Nesse ínterim, verifica-se que em nosso país há uma cultura no uso da arbitragem pela Administração Pública brasileira que remonta à época do Império, quando foram firmados os primeiros contratos de concessão de serviços públicos.

Na esteira dessa tradição, no nosso ordenamento jurídico atual, detecta-se a existência de permissão legal para a Administração Pública firmar convenção de arbitragem. Essa autorização encontra-se assentada na Lei das Licitações e Contratos Administrativos e decorre da previsão, no bojo desta lei, de contratos que se submetem ao regime jurídico de direito privado, bem como da aplicação subsidiária dos princípios norteadores deste regime aos contratos propriamente administrativos.

A par do reconhecimento de que o Estado tem plena capacidade contratual, e, portanto, estar subjetivamente habilitado para participar do juízo arbitral, não se pode conceber que ele possa transigir sobre todo e qualquer interesse que lhe toque.

Com efeito, apenas os interesses que atinem à administração estatal enquanto aparato instrumental é que podem ser objeto de atos de disposição pela Administração Pública. Isto se deve ao fato de que a Administração Pública posiciona-se quanto a esses interesses semelhantemente a maneira de um particular ao gerir interesses privados, donde desponta que aqueles interesses apresentam conotação eminentemente patrimonial, podendo assim serem alienados.

Dessa forma, é tão somente nas questões que envolvam os denominados interesses públicos secundários que, em função de seu caráter patrimonial, a Administração Pública poderá remetê-la aos tribunais arbitrais.

Isto, porém, não atenta de modo algum contra o princípio da indisponibilidade do interesse público, haja vista defluir do próprio ordenamento jurídico, notadamente do artigo 23, inciso XV, da Lei de Concessões e Permissões de Serviços Públicos, o entendimento da existência de um campo de interesses sobre o qual é lícito, e até mesmo preferível, que a Administração coloque sobre sua esfera de disposição.

Portanto, é perfeitamente possível a submissão da Administração Pública às decisões emanadas de juízo arbitral.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 16. ed. São Paulo: Método, 2008.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do estado**. 16. ed. Porto Alegre: Editora Globo, 1977.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. **Princípios de direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 01 de setembro de 2011.

_____. **Lei nº. 9307, de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 01 de setembro de 2011.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del proceso civil**. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ed. Juridicas Europa-America, 1989. v. 1.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Elementos de teoria geral do processo**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. **Da arbitragem em contratos administrativos**. In: LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coord.). *Temas de direito administrativo: estudos em homenagem ao Professor Paulo Neves de Carvalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FURTADO, Paulo; BULOS, Uadi Lammêgo. **Lei da arbitragem comentada: breves comentários à lei n. 9.307, de 23-9-1996**. São Paulo: Saraiva, 1997.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: obrigações**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 2.

JUSTINO, Gustavo Henrique. **A arbitragem e as parcerias público-privadas**. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 2, maio-jun-jul, 2005. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 17 de outubro de 2011.

LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na administração pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 2.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MODESTO, Paulo. **Função Administrativa**. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 5, janeiro/fevereiro/março, 2006. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 25 de setembro de 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

NARDI, Luciana. **A arbitragem na administração pública**. CAMARB, 2006. Disponível em: <http://www.camarb.com.br/areas/subareas_conteudo.aspx?subareano=320>. Acesso em: 19 de outubro de 2011.

NETTO, Cássio Telles Ferreira. **Contratos administrativos e arbitragem**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

NEVES, Flávia Bittar. **A arbitragem e a Administração Pública no Brasil: avanços legislativos que modernizam o cenário nacional**. CAMARB. Disponível em: < http://www.camarb.com.br/areas/subareas_conteudo.aspx?subareano=314>. Acesso em: 19 de outubro de 2011.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Ato administrativo**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 3.

ROCHA, José de Albuquerque. **A lei de arbitragem: uma avaliação crítica**. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Teoria geral do processo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SANTOS, Sergio Roberto Leal dos. **Manual de teoria da constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 1.

_____. **Curso de Direito Processual Civil: procedimentos especiais**. 42. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 3.

TIBURCIO, Carmen. **A arbitragem envolvendo a administração pública**. Revista da Faculdade de Direito da UERJ, n. 18, 2010. Disponível em: < <http://www.e->

publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1353>. Acesso em: 20 de outubro de 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. v. 1.

VITTA, Heraldo Garcia. **Aspectos da teoria geral no direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2001.

ZANCANER, Gabriela. **As competências do Poder Legislativo e as comissões parlamentares**. São Paulo: Malheiros, 2009.