



Centro Universitário de Brasília
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento – ICPD
Programa de Pós-Graduação em Direito

ANDRÉ LUIS NASCIMENTO PARADA

A ARBITRAGEM NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: uma análise crítica aos obstáculos jurídicos normalmente suscitados para afastar a utilização da arbitragem como meio de solução de conflitos em contratos administrativos

Brasília-DF

2014

ANDRÉ LUIS NASCIMENTO PARADA

A ARBITRAGEM NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: uma análise crítica aos obstáculos jurídicos normalmente suscitados para afastar a utilização da arbitragem como meio de solução de conflitos em contratos administrativos

Dissertação apresentada como requisito para conclusão do curso de Mestrado em Direito e Políticas Públicas do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Professor Doutor Carlos Bastide Horbach.

Brasília-DF

2014

Parada, André Luis Nascimento.

A arbitragem nos contratos administrativos: uma análise crítica aos obstáculos jurídicos normalmente suscitados para afastar a utilização da arbitragem como meio de solução de conflitos em contratos administrativos.

André Luis Nascimento Parada – Brasília, 2014.

181 f.

Dissertação (Mestrado) – Centro Universitário de Brasília. Instituto Ceub de Pesquisa e Desenvolvimento, 2014.

Orientador: Professor Doutor Carlos Bastide Horbach.

1. Direito Administrativo. 2. Arbitragem. 3. Arbitragem nos Contratos Administrativos.

FOLHA DE APROVAÇÃO

Nome: André Luis Nascimento Parada

Título: **A arbitragem nos contratos administrativos:** uma análise crítica aos obstáculos jurídicos normalmente suscitados para afastar a utilização da arbitragem como meio de solução de conflitos em contratos administrativos.

Dissertação apresentada como requisito para conclusão do curso de Mestrado em Direito e Políticas Públicas do Centro Universitário de Brasília.

Aprovado em: _____

Banca Examinadora

Professor Dr. Carlos Bastide Horbach
Orientador

Professor Dr. Jefferson Carús Guedes
Examinador Interno

Professor Dr.
Examinador Externo

AGRADECIMENTOS

a Deus, porque sem ele nada
é possível;

aos meus pais Jorge e Ivone que me ensinaram os valores essenciais à formação do homem
que sou hoje; e ao meu irmão Thiago, pessoa que admiro;

à minha amada esposa Rita, companheira de longa data, que me incentivou a cursar o
mestrado e que, ao mesmo tempo, faz-me refletir que a vida não é somente um emaranhado
de livros, a quem aproveito para me desculpar pelos períodos de ausência dedicados ao
estudo;

à minha filha Letícia cujo nome significa alegria, mas alegria realmente é ser pai de uma
menina doce e maravilhosa como Letícia;

ao meu filho André Júnior, meu pequeno e espirituoso xará, basta ouvir a voz dele ou ver seu
sorriso puro todas as manhãs para o meu dia ficar mais belo;

ao Professor Doutor Carlos Bastide Horbach por me apoiar na orientação desta dissertação;

aos amigos de trabalho Estevão e Liomara por abdicarem de parte de seu tempo com o
objetivo de contribuir sempre com valiosas sugestões nesta empreitada;

aos servidores e terceirizados da biblioteca do TCU pelo grande auxílio na busca das
fontes de pesquisa que subsidiaram este trabalho.

RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo de analisar os principais óbices jurídicos erigidos contra a utilização da arbitragem em contratos administrativos firmados pela Administração Pública. Examinam-se, criticamente, os supostos obstáculos da inafastabilidade de jurisdição, da legalidade estrita e da indisponibilidade do interesse público, com a finalidade de contrapô-los. A pesquisa compreende uma teorização inicial sobre a arbitragem, com o fim de conhecer certas particularidades do instituto. Após, centram-se as atenções na arbitragem em contratos administrativos, em especial na matéria relativa à arbitrabilidade objetiva e subjetiva. Firmado esse substrato teórico, enfrentam-se os referidos óbices suscitados contra a arbitragem. A pesquisa conclui que a arbitragem pode ser empregada como meio de resolução de controvérsias nos contratos celebrados pela Administração Pública e que os empecilhos referentes à inafastabilidade de jurisdição, legalidade estrita e indisponibilidade do interesse público não se sustentam. Em seguida, analisam-se como os precedentes judiciais e do Tribunal de Contas da União tratam os casos concretos relativos ao tema. Por fim, são gizadas algumas boas práticas para aplicação do instituto aos contratos administrativos.

Palavras-Chave: 1. Direito Administrativo. 2. Arbitragem. 3. Arbitragem nos Contratos Administrativos.

ABSTRACT

The present study aims to analyze the main legal barriers erected against the use of arbitration in administrative contracts signed by the Public Administration. Examine, critically, the alleged obstacles of the irreplaceable jurisdiction, the strict legality and unavailability of public interest, in order to align them. The research comprises an initial theorizing on arbitration, in order to have knowledge of certain particularities of the Institute. After, they focus the attention on arbitration in administrative contracts, especially in the matter concerning the objective and subjective arbitrability. Fixed this theoretical substrate, face such obstacles raised against the arbitration. The research concludes that arbitration can be used as a way of resolving controversies in contracts concluded by the Public Administration and that the obstacles concerning the irreplaceable jurisdiction, strict legality and unavailability of public interest don't support themselves. Then it examines how the judicial precedents and the Federal Court of Accounts treat individual cases relating to the topic. Finally, are written some practices for application of the Institute in the administrative contracts.

Keywords: 1. Administrative Law. 2. Arbitration. 3. Arbitration in Administrative Contracts.

SUMÁRIO

| | |
|--|------------|
| INTRODUÇÃO..... | 9 |
| Parte I - ARBITRAGEM E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: estática jurídica | 16 |
| Capítulo 1 - Arbitragem..... | 16 |
| 1.1 Conceito de arbitragem..... | 16 |
| 1.2 Tipos de arbitragem | 18 |
| 1.3 Natureza jurídica da arbitragem..... | 22 |
| 1.4 As modalidades de convenção de arbitragem..... | 26 |
| 1.5 A exclusão da jurisdição estatal..... | 32 |
| 1.6 Autonomia da vontade das partes, celeridade e tecnicidade dos julgamentos | 35 |
| Capítulo 2 - Arbitragem nos contratos administrativos | 39 |
| 2.1 Arbitrabilidade subjetiva e objetiva | 41 |
| 2.1.1 Arbitrabilidade subjetiva | 41 |
| 2.1.2 Arbitrabilidade objetiva | 44 |
| 2.2. Análise crítica das teses contrárias à arbitragem | 48 |
| 2.2.1 O princípio da inafastabilidade de jurisdição | 50 |
| 2.2.2 O princípio da legalidade | 55 |
| 2.2.2.1 O princípio da legalidade e a Administração Pública..... | 56 |
| 2.2.2.2 Leis que autorizam o uso da arbitragem em contratos administrativos | 70 |
| 2.2.2.3 A arbitragem na Lei n. 8.666/1993 | 75 |
| 2.2.3 O princípio da indisponibilidade do interesse público | 84 |
| PARTE II - ARBITRAGEM E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: dinâmica jurídica | 98 |
| Capítulo 3 - A arbitragem na casuística judicial e na Corte de Contas da União .. | 98 |
| 3.1. Casuística judicial | 98 |
| 3.2. Casuística no Tribunal de Contas da União | 116 |
| Capítulo 4 - Arbitragem na Administração Pública: definição de boas práticas administrativas..... | 136 |
| 4.1 O procedimento para escolha dos árbitros | 137 |
| 4.2 Escolha da lei aplicável..... | 144 |
| 4.3 Flexibilidade do procedimento arbitral..... | 147 |
| 4.4 Publicidade..... | 149 |
| 4.5 A arbitragem por equidade..... | 155 |
| CONCLUSÃO | 160 |
| REFERÊNCIAS..... | 169 |

INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem o objetivo central de analisar os principais óbices jurídicos erigidos contra a utilização da arbitragem em contratos administrativos firmados pela Administração Pública, quais sejam: a inafastabilidade de jurisdição, a legalidade estrita e a indisponibilidade do interesse público.

Nessa linha, busca-se examinar criticamente esses supostos obstáculos normalmente suscitados como forma de impedir ou dificultar o emprego da arbitragem em avenças administrativas, com o desígnio de contrapô-los.

O problema a ser investigado resume-se nas seguintes questões: a arbitragem pode ser meio de solução de controvérsias em contratos administrativos entabulados pela Administração Pública? A inafastabilidade de jurisdição, a legalidade em sentido estrito e a indisponibilidade do interesse público são realmente empecilhos para utilização da arbitragem nesses contratos?

Para o desenvolvimento do trabalho, as hipóteses de pesquisa adotadas neste estudo são as de que a arbitragem pode ser clausulada em contratos administrativos e os mencionados óbices não resistem a um exame um pouco mais de aprofundado da matéria.

Fixados o objetivo, o problema e a hipótese de investigação, explica-se a delimitação do tema. Preferiu-se restringir o estudo do instituto ao âmbito dos contratos administrativos a buscar uma abordagem mais abrangente das relações da arbitragem com o Direito Administrativo ou com a Administração Pública, o que seria tarefa complexa e de extensão incompatível com a pesquisa que se pretende empreender.

Fundamenta-se essa escolha nas justificativas de que o contrato tem sido atualmente um importante instrumento do Direito Administrativo e de que o legislador pátrio tem inserido a arbitragem reiteradamente nesses domínios.

Especialmente sobre o contrato administrativo, entende-se que se trata de uma categoria jurídica autônoma e submetida a um regime jurídico próprio, na medida em que a Constituição Federal expressa que as compras, as obras, as alienações e os serviços serão contratados pela Administração Pública (art. 37, inc. XXI), assim como prevê que lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos, bem como o caráter

especial desse contrato e de sua prorrogação (art. 175, parágrafo único, inc. I). Por essa razão, e ainda no objetivo de delimitar o objeto de pesquisa, não se discutirá o contrato administrativo como instituto teórico, apesar de se reconhecer que o tema não é isento de questões polêmicas.

Ilustra-se, para fins deste trabalho, que se considera contrato administrativo todos os contratos entabulados pela Administração Pública, independentemente de se incidir em maior ou menor medida o regime jurídico de direito público ou o regime jurídico de direito privado, pois, em um ou outro caso, essa dicotomia ou teorização a respeito é irrelevante para o emprego da arbitragem.

Outra limitação é necessária em face da amplitude que a arbitragem tem logrado alcançar. Refere-se à questão de que alguns órgãos e entidades que compõem a estrutura da Administração Pública Federal têm desenvolvido sistemas de solução de conflitos que lançam mão da arbitragem. A exemplo, mencionam-se o caso da Advocacia-Geral da União, que possui a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF, e algumas agências reguladoras.

A CCAF contempla atribuições de solucionar administrativamente controvérsias de natureza jurídica entre órgãos e entidades da Administração Pública Federal por meio de conciliação ou arbitragem. Promove ainda o deslinde, mediante conciliação, de controvérsias de natureza jurídica entre a Administração Pública Federal e a Administração Pública dos Estados, do Distrito Federal, e de Municípios que sejam capital de Estado ou que possuam mais de duzentos mil habitantes.

O arbitramento ocorre por parecer elaborado pela Consultoria-Geral da União. Não se trata propriamente da arbitragem delineada na Lei n. 9.307/1996 em que o árbitro é escolhido pelas partes para solução de conflitos e as decisões por ele tomadas são irrecorríveis, razão pela qual essa sistemática, apesar de relevante, não será abordada na dissertação.

O mesmo ocorre com as arbitragens conduzidas por agências reguladoras. Essas entidades, mesmo quando arbitram, atuam em atividades tipicamente administrativas e não utilizam a arbitragem em sentido próprio, conforme as disposições da Lei n. 9.307/1996. Assim, a arbitragem desenvolvida por agências reguladoras na solução de litígios surgidos entre os agentes do setor regulado, como atividade administrativa que é, pode ser examinada de forma ampla pelo Poder Judiciário, o que destoa do modelo delineado pela Lei n.

9.307/1996. Logo, a atuação das agências reguladoras na pacificação de conflitos não receberá atenção neste trabalho.

Com essa demarcação, quer-se repisar que o presente estudo tem em foco a análise da arbitragem disciplinada pela Lei n. 9.307/1996, especificamente acerca de seu emprego para resolver controvérsias no bojo de contratos administrativos.

Restringe-se ainda um pouco mais o tema para centrar o exame na arbitragem interna ou doméstica, sem se ocupar com as peculiaridades das arbitragens internacionais.

Esclarecidas essas delimitações necessárias, vale contextualizar que a inserção do Brasil na economia mundial, imersa em um cenário de globalização, em que se assiste o crescimento da complexidade da vida econômica e da abertura comercial entre diversos países, fez com que o mercado passasse a demandar instrumentos jurídicos específicos que buscassem a resolução rápida de possíveis conflitos.

O mercado funciona com mais eficiência, aperfeiçoa transações econômicas, quando conta com instituições jurídicas que são seguras na medida em que as decisões são emitidas por órgãos julgadores imparciais, independentes e quando esses julgamentos são proferidos em tempo razoável.¹

A arbitragem, nesse contexto, encontra um terreno fértil. Houve a promulgação da Lei n. 9.307/1996 (Lei de Arbitragem) e a veiculação de dispositivos legais em importantes normas que regulam contratos administrativos, especificamente no ponto em que passaram a prever a adoção de mecanismos arbitrais para solucionar controvérsias.

O desenvolvimento da arbitragem no Brasil pode ser creditado a quatro fatores principais: a) a promulgação da Lei n. 9.307/1996 (Lei de Arbitragem) que imprimiu agilidade e modernidade ao instituto, apesar de a arbitragem não ser nova no ordenamento jurídico brasileiro; b) a declaração de constitucionalidade, *incidenter tantum*, dessa Lei pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2001, em decisão proferida no Agravo Regimental na Sentença Estrangeira n. 5.206/EP-Espanha; c) a ratificação pelo Brasil da Convenção de Nova Iorque de 1958, internalizada pelo Decreto n. 4.311, de 23.07.2002, a qual concede aos países signatários a execução imediata de suas sentenças arbitrais no país; d) o assentamento de

¹ LEMES, Selma Maria Ferreira. *Arbitragem na administração pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 31-32.

jurisprudência favorável à arbitragem por parte de alguns tribunais judiciais brasileiros, especialmente do Superior Tribunal de Justiça – STJ.²

No que se refere ao contrato administrativo, algumas leis que disciplinam contratos de concessão de serviços públicos – seja em sua configuração comum seja como parceria público-privada (PPPs) – e de concessões em setores específicos da atividade administrativa, em geral, passaram a contemplar a previsão expressa de emprego da arbitragem, com a tendência de atrair a participação do capital privado nas atividades estatais. Nesse sentido o disposto na Lei n. 11.079/2004 (PPPs) e na Lei n. 8.987/1995 (concessão comum), esta com a redação conferida pela Lei n. 11.196/2005.

Em 2013, dada a importância crescente conferida à arbitragem no Brasil, o Senado Federal nomeou uma comissão especial, presidida pelo Ministro do STJ Luís Felipe Salomão e composta por juristas, para atualizar a Lei de Arbitragem e elaborar normas sobre mediação. Essa reformulação tem como um dos principais objetivos sanar as diversas dúvidas surgidas ao longo da vigência da Lei n. 9.307/1996, entre as quais, a utilização da arbitragem em contratos entabulados pela Administração Pública.

Mesmo ciente de que parte da doutrina oferece bons argumentos para sufragar a tese da aplicabilidade da arbitragem pela Administração e de que há decisões judiciais pró-arbitragem, o legislador está em vias de "reduzir as complexidades" com vistas a eliminar as possíveis controvérsias sobre o emprego do procedimento arbitral na intimidade da Administração, uma vez que resolveu deflagrar o Projeto de Lei do Senado n. 406, de 2013, que, entre outras medidas, pretende "estabelecer que a Administração Pública direta e indireta poderá utilizar-se de arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis decorrentes de contratos por ela celebrados."³

Apesar de atualmente ter aumentado a segurança em relação ao tema, principalmente com as luzes lançadas na matéria pela jurisprudência mais moderna do STJ, a possibilidade de a Administração Pública clausular arbitragem em seus contratos é tradicionalmente polêmica, notadamente no campo do Direito Administrativo.

² WALD, Arnaldo, e BORJA; Ana Gerdau de. *Decisões de tribunais revelam posição pró-arbitragem*. Matéria publicada no *site* Consultor Jurídico em 21.12.2012. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2012-dez-21/decisoes-tribunais-pais-revelam-posicao-favoravel-arbitragem>>, acesso em 16.05.2013.

³ Art. 1º do Projeto de Lei n. 406, de 2013, que acrescenta o § 1º ao art. 1º da Lei n. 9.307/1996, disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=114641>, acesso em 03.11.2013.

Assim, a importância do estudo revela-se no fato de que a utilização do juízo arbitral para dirimir conflitos em contratos administrativos em que a Administração Pública entabula é controvertida. A doutrina oferece opiniões dissonantes ao tratar do assunto, razão pela qual o trabalho buscará “dialogar” com as lições de autores avessos e concordes com a ideia da arbitragem.

Em consequência, a articulação desse tema permite revisitar alguns problemas ainda não resolvidos no Direito Administrativo, como o sentido da vinculação da Administração à lei e a noção de indisponibilidade do interesse público, pelos menos nos aspectos relacionados ao objetivo principal deste trabalho.

A justificativa teórica para escolha do tema centra-se na possibilidade de emprego da arbitragem nos contratos administrativos, conforme orienta parte da doutrina, da jurisprudência e inclina-se o legislador. A justificativa empírica está assentada na posição defensiva do Tribunal de Contas da União em relação à arbitragem, o que possivelmente restringe o uso do instituto devido à competência constitucional da Corte de Contas de julgar as contas dos gestores públicos.

Esta dissertação pretende contribuir com o Direito Administrativo, especificamente no ponto de verificar a possibilidade de adoção de arbitragem como mecanismo de solução de conflitos nos contratos administrativos, com o desafio de observar certos condicionantes e procedimentos próprios do Direito Administrativo, sem desfigurar o instituto da arbitragem.

No desígnio de verificar se as hipóteses de pesquisa se confirmam, o trabalho será metodologicamente dividido em duas partes ou seções: uma será classificada como estática jurídica e a outra, dinâmica jurídica na linha de Hans Kelsen.⁴ É sabido que Hans Kelsen, em sua Teoria Pura do Direito, aborda o estudo da teoria estática e da teoria dinâmica do direito. A primeira tem por objeto o direito como um sistema de normas vigentes, fala-se no direito em seu momento estático. A segunda tem por escopo o processo jurídico em que o direito é produzido e aplicado, isto é, o direito em movimento.

Neste trabalho, essa classificação serve apenas para divisão metodológica em uma parte estática e outra dinâmica. São duas grandes aproximações. Naquela serão gizados os aspectos legais e doutrinários da arbitragem, com reflexões que vão desde o conceito do

⁴ KELSSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado, 7. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 121-306.

instituto até o ponto principal relativo à análise crítica das teses contrárias à arbitragem. Nesta (seção dinâmica), receberá atenção a casuística de Tribunais Judiciais, especialmente do STJ e do TCU, e, ainda, serão definidas algumas boas práticas administrativas sobre o uso da arbitragem pela Administração Pública nos contratos que firma.

Acredita-se que essa conformação metodológica trará melhor compreensão da arbitragem em contratos administrativos, porque em primeira linha desenvolve-se um substrato teórico para posteriormente examinar os casos que chegam aos tribunais e como são decididos.

A parte estática é dividida em dois capítulos. O primeiro versa a arbitragem e o segundo, a arbitragem nos contratos administrativos. Para um contato inicial com o instituto, investiga-se o conceito da arbitragem, os tipos normalmente utilizados, a sua natureza jurídica, as modalidades de convenção e seus efeitos, bem assim algumas características marcantes do instituto como a exclusão da jurisdição estatal, a autonomia da vontade das partes, a celeridade e a tecnicidade dos julgamentos. É preciso conhecer certas particularidades da arbitragem para melhor subsidiar teoricamente o seu uso nos contratos firmados pela Administração.

Igualmente importante é investigar, no capítulo relativo à arbitragem em contratos administrativos, a arbitragem em sentido subjetivo e objetivo. Fala-se em arbitrabilidade subjetiva quando se quer centrar as atenções em "quem" pode submeter-se ao juízo arbitral (sujeito). Na arbitrabilidade objetiva, estuda-se o conjunto de conflitos que podem ser resolvidos por meio do instituto, isto é, qual é a matéria objeto de controvérsia.

Firmado esse arcabouço teórico necessário para auxiliar o exame seguinte, passa-se a ocupar do problema a que se propõe este trabalho, que é o enfrentar os principais óbices jurídicos normalmente erigidos contra a utilização da arbitragem pela Administração Pública, notadamente nos contratos administrativos. Realiza-se uma análise crítica a respeito das teses desfavoráveis à arbitragem, com o objetivo de contraditá-las.

Finalizada a parte estática do estudo, percorre-se a parte dinâmica. Por dinâmica, rememora-se, deve-se compreender aquela seção em que o trabalho apresenta a interpretação da matéria pelo Poder Judiciário e pelo TCU. Em especial, essa seção tem o objetivo de investigar se as decisões judiciais e da Corte de Contas Federal estão alinhadas com o marco teórico pró-arbitragem antes teorizado.

Assim, colhe-se de deliberações judiciais uma exegese favorável à adoção da arbitragem como mecanismo válido para resolução de conflitos em contratos administrativos. O Superior Tribunal de Justiça apresenta relevantes julgados que reforçam a importância da arbitragem e reconhecem a aplicabilidade do instituto em contratos firmados pela Administração. A escolha dessa Corte em especial leva em consideração o fato de que o seu entendimento acerca do tema está em consonância com o que se expõe neste trabalho.

Todavia dessa linha destoa o TCU. A Corte de Contas oferece uma interpretação defensiva sobre a utilização da arbitragem em avenças administrativas. Justifica-se a opção de mencionar algumas deliberações da Corte de Contas da União com desígnio de trazer ao presente estudo outra visão, mais restritiva, da arbitragem.

Por fim, e ainda sob a seção dinâmica, são gizadas algumas regras de boas práticas para aplicação do instituto, sem a pretensão de exauri-las. O objetivo deste ponto é amoldar a arbitragem a certos condicionantes e procedimentos do Direito Administrativo e do Direito Público em geral, sempre com a preocupação de não desnaturá-la. Trata-se de questões sobre: a) o procedimento para escolha dos árbitros; b) a escolha da lei aplicável; c) a flexibilidade do procedimento arbitral; d) a publicidade; e) a arbitragem por equidade.

Em relação à linguagem utilizada no trabalho, adverte-se que serão empregadas como sinônimas as palavras conflito, contenda, controvérsia, lide, litígio e outras do gênero, mesmo ciente de que uma ou outra pode apresentar significados diversos em determinados contextos. A exemplo da palavra conflito que é vista, em geral, como um dissenso pré-processual e o litígio que corresponde a uma discussão no bojo de um processo. Essas especificações conceituais não serão úteis nesta dissertação.

Igualmente serão usadas como sinônimas as palavras ou expressões Administração, Administração Pública, Poder Público, apesar de a última oferecer maior abrangência do que as anteriores. Por fim, terão o mesmo tratamento as citações referentes às palavras árbitro ou árbitros, porquanto a legislação de regência permite a nomeação de um ou mais árbitros, desde que em número ímpar, ou ainda a composição de um tribunal arbitral.

Parte I - ARBITRAGEM E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: estática jurídica

Capítulo 1 - Arbitragem

Objetiva-se um contato inicial com a arbitragem. Ao examinar um instituto é importante estabelecer alguns conceitos, classificações e características que estabeleçam esclarecimentos básicos sobre o assunto.

Relativamente à arbitragem como meio de solução de conflitos, acredita-se que os principais aspectos desse instituto podem ser ressaltados com alguma teorização sobre o seu conceito, os tipos normalmente utilizados, a sua natureza jurídica, as modalidades de convenção e seus efeitos. Sobre a convenção de arbitragem, registram-se algumas notas relativas à autonomia da cláusula compromissória, ao princípio da competência-competência e à interpretação da convenção. Vale destacar ainda certas características marcantes da arbitragem como a exclusão da jurisdição estatal, a autonomia da vontade das partes, a celeridade e a tecnicidade dos julgamentos.

Esse enfoque teórico inicial é relevante não só para conhecer o modo básico de operação do mecanismo arbitral, mas para posteriormente subsidiar, em alguma medida, a análise crítica que será feita das teses contrárias à utilização da arbitragem pela Administração Pública, especialmente nos contratos administrativos que entabula. Para confrontar os supostos obstáculos erigidos em relação à arbitragem é preciso conhecer minimamente as peculiaridades do instituto. Por fim, esse estudo inicial servirá de base para a definição de boas práticas administrativas em que se tentará ajustar as características da arbitragem a certos condicionantes do Direito Administrativo e do Direito Público em geral.

1.1 Conceito de arbitragem

Com apoio na doutrina, colhem-se alguns conceitos que procuram delinear a arbitragem. Nas palavras de Carlos Alberto Carmona, a arbitragem é um meio alternativo de solução de controvérsias mediante a intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus

poderes de uma convenção privada, decidindo com base na convenção sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial.⁵

Para Selma Maria Ferreira Lemes arbitragem é um meio extrajudiciário de solução de conflitos em que as partes, de comum acordo, submetem a questão litigiosa a uma terceira pessoa, ou várias pessoas, que constituirão um tribunal arbitral. A autora acrescenta ao seu conceito as notas de que a decisão exarada pelo tribunal arbitral tem os mesmos efeitos de uma sentença judicial e de que a decisão das partes em estabelecer uma convenção de arbitragem as vinculam e, em tese, impede que o judiciário conheça da questão.⁶

Mauro Roberto Gomes de Mattos define a arbitragem como meio extrajudicial que as partes de uma relação contratual podem utilizar para resolver conflitos de ordem patrimonial, envolvendo direitos disponíveis, que serão solucionados pelos árbitros, escolhidos pelas partes.⁷

Rene David entende que arbitragem é uma técnica que visa a dar solução de questão, interessando às relações entre duas ou mais pessoas, por uma ou mais pessoas – o árbitro ou os árbitros –, as quais têm poderes resultantes de convenção privada e julgam, com base nessa convenção, sem estar investidos dessa missão pelo Estado.⁸

Para José Luis Esquivel é um meio de resolução de litígios fora dos quadros dos tribunais que integram a justiça oficial ou dos tribunais do Estado, também designada de jurisdição pública.⁹

Em Roque J. Caivano a arbitragem constitui uma jurisdição privada, instituída pela vontade das partes ou por decisão do legislador, em que se afasta a potestade de julgar de órgãos estatais, a quem investe por isso de faculdades jurisdicionais semelhantes a daqueles em ordem a resolução de um caso concreto.¹⁰

⁵ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*, 3. ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 31.

⁶ LEMES, Selma Maria Ferreira. *Arbitragem na administração pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 59.

⁷ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O contrato administrativo*, 2. ed., Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 449.

⁸ DAVID, René. *L'Arbitrage dans le commerce international*. Paris: Economica, 1982, p. 9.

⁹ ESQUIVEL, José Luís. *Os contratos administrativos e a arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 75-76.

¹⁰ CAIVANO, Roque J. *Arbitrage: su eficacia como sistema alternativo de resolución de conflictos*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1992, p. 49.

Antes de oferecer o conceito, esse autor ressalta que na doutrina argentina e estrangeira são diversas as definições acerca da arbitragem. Essas definições destacam, em maior ou menor alcance, algumas de suas características mais importantes. Revela ainda que vários autores entendem ser inútil formular definições prévias sobre a arbitragem, por compreenderem ser impossível estudá-la em base firme, com definições preliminares.¹¹

Apesar do registro feito por Roque J. Caivano, entende-se relevante trazer à baila definições que retratam alguns traços do instituto. É normal que conceitos coloquem em relevo um ou outro aspecto, com maior ou menor especificidade, ou que se apresentem de forma ampliativa, com o escopo de abarcarem o máximo de elementos possíveis. Entretanto, essas ocorrências não afastam a importância do conceito que, em alguma medida, serve para demarcar as características principais do objeto de estudo, mesmo sob o risco de serem incompletos ou inflados.

Com esses elementos colhidos na doutrina é possível compor, de forma simples, um conceito de arbitragem. Assim, a arbitragem pode ser considerada um meio privado de solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, em que as partes escolhem um ou mais árbitros para resolverem as controvérsias existentes ou que venham a existir.¹²

1.2 Tipos de arbitragem

Com vistas a obter maior aproximação com o tema proposto, objetiva-se mencionar os tipos mais utilizados de arbitragem e os mais relevantes para o desenvolvimento do trabalho. Essa tipologia, em detrimento de outras, foi escolhida pela possibilidade de, em tese, ser empregada nas arbitragens para solucionar controvérsias em contratos administrativos. Não há a pretensão de esgotar o assunto, porquanto fugiria ao escopo deste trabalho.

Dentre os mais usuais tipos de arbitragem estão a arbitragem institucional ou *ad hoc*, voluntária ou necessária, segundo a lei ou a equidade e, por fim, a arbitragem interna ou internacional.

¹¹ CAIVANO, Roque J. *Arbitrage: su eficacia como sistema alternativo de resolución de conflictos*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1992, p. 48.

¹² Esse conceito será útil no estudo das modalidades de convenção de arbitragem, subitem 1.4.

A classificação da arbitragem em institucional ou *ad hoc* está relacionada ao aspecto funcional da arbitragem. Naquela, como o próprio nome sugere, há uma instituição especializada nesse mister à qual as partes recorrem para solucionar os conflitos.¹³ Esses órgãos ou câmaras de arbitragem apresentam quadro de árbitros, regulamento e organização próprios. Ao optar por esse tipo, as partes aceitam submeter-se às regras pré-estabelecidas nos regimentos dessas unidades especializadas. Logo, pode-se afirmar que, na arbitragem institucional, a câmara ou centro de arbitragem gerencia todo o procedimento arbitral.

Por outro lado, na arbitragem *ad hoc*, não há intervenção de uma instituição especializada. As partes escolhem os árbitros que comporão o tribunal e também fixam os procedimentos a serem empregados, sem o prejuízo de observar a Lei n. 9.307/1996 e a legislação aplicada ao caso. Na *ad hoc*, o ônus de organizar e administrar todo o procedimento arbitral é das partes, uma vez que os árbitros não dispõem de uma assistência especial ou de um órgão externo.¹⁴

Em essência, a arbitragem institucional caracteriza-se por contar com um órgão ou câmara especializada, composta por árbitros que a integram, e com procedimento arbitral que segue as regras dessa entidade. A arbitragem *ad hoc* terá árbitro escolhido pelas partes e procedimentos cujas disposições são fixadas igualmente pelas partes.¹⁵

Acerca da arbitragem voluntária ou necessária, elas se diferenciam, em substância, porque aquela depende da vontade das partes para ser realizada e esta, de imposição legal. Na voluntária, as partes podem optar por resolver o conflito tanto por árbitros (ou tribunal arbitral) quanto por tribunais estatais. Ao revés, na arbitragem necessária não há essa opção, porquanto o legislador determina que o litígio deverá ser pacificado mediante arbitragem. Assim, em lugar de confiar a solução de litígios aos tribunais estatais, a lei impõe às partes recurso à arbitragem.

¹³ ESQUÍVEL, José Luís. *Os contratos administrativos e a arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 117.

¹⁴ MORAIS, José Luis Bolzan; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*, 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 180.

¹⁵ De ressaltar que as partes podem especificar na convenção arbitral que adotarão as regras de determinado órgão arbitral, sem que tal medida implique a escolha desse órgão para administrar o procedimento arbitral. Ou seja, podem as partes acordar a aplicação de regras institucionais de uma câmara de arbitragem sem que isso signifique necessariamente a escolha de arbitragem institucional. Essa interpretação encontra fundamento no art. 21 da Lei n. 9.307/1996 ao fixar "que a arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem[...]". (Conferir, nesse sentido, CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*, 3. ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 289).

A arbitragem necessária é exceção,¹⁶⁻¹⁷ pois o mais comum, notadamente em matéria de contratos administrativos, é a arbitragem voluntária. Em países como Portugal, há exemplo de arbitragem necessária no Código das Expropriações aprovado pela Lei n. 168/1999, que submete obrigatoriamente à via arbitral a fixação do montante de indenização devido por expropriação quando não houver acordo entre o expropriado e o expropriante.¹⁸

A arbitragem segundo a lei (também conhecida como arbitragem de direito) ou segundo a equidade está relacionada ao critério utilizado para solucionar o conflito. Assevera José Luís Esquível que na arbitragem segundo a lei os árbitros decidem o litígio consoante o direito estrito, interpretando e aplicando as normas jurídicas à semelhança do que ocorre com a justiça oficial. Diferentemente ocorre na arbitragem por equidade em que o árbitro não está limitado ao estabelecido na lei, uma vez que pode atender às "razões da justiça concreta."¹⁹ No Brasil, a Lei n. 9.307/1996 é expressa ao consignar que a arbitragem pode ser de direito ou equidade (art. 2º).²⁰⁻²¹

Por fim, cabe diferenciar a arbitragem interna (também conhecida como doméstica) ou internacional. Para Selma Ferreira Lemes, a arbitragem interna é aquela realizada no território nacional ou quando a sentença arbitral é aqui proferida. Sobre a arbitragem internacional, destaca a autora que os países adotam critérios variados como o de considerar internacional a

¹⁶ O Código Comercial brasileiro, introduzido pela Lei n. 536/1850, estabelecia em alguns de seus dispositivos, como no art. 294, o arbitramento obrigatório nas causas entre sócios de sociedades comerciais, durante a existência da sociedade ou companhia, sua liquidação ou partilha. Essa regra era confirmada no art. 348 do *Codex*. O Regulamento n. 737/1850 previa, no seu art. 411, que sendo as causas comerciais, o juízo arbitral seria obrigatório. Nesse sentido, v. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. "A arbitragem no sistema jurídico brasileiro." *Revista de arbitragem e mediação*. Ano 8, vol. 31, out.-dez., 2001, p. 286.

¹⁷ Atualmente a lei brasileira que dispõe sobre a comercialização de energia elétrica, Lei n. 10.848/2004, na parte relativa aos contratos da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE, permite que a cláusula arbitral seja estabelecida de forma obrigatória para os contratantes, conforme art. 4º, §§ 5º e 6º. Referida lei teve sua constitucionalidade questionada no STF por meio da ADI n. 3.100, com pedido de medida cautelar. O Relator Ministro Gilmar Mendes, ao analisar a questão sobre a imposição do uso da arbitragem para solução de conflitos, não vislumbrou essa inconstitucionalidade em juízo cautelar, porque os dispositivos atacados fazem remissão à Lei n. 9.307/1996 e, portanto, na inteligência do Relator, a arbitragem na CCEE deverá ter como "paradigma" a Lei n. 9.307/1996, que trata da arbitragem voluntária. A medida cautelar foi indeferida, mas a ADI aguarda decisão de mérito.

¹⁸ OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. *Arbitragem de litígios com entes públicos*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 13. Também com registro de arbitragem necessária no Código das Expropriações, ESQUÍVEL, José Luís. *Os contratos administrativos e a arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 114.

¹⁹ ESQUÍVEL, José Luís. *Os contratos administrativos e a arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 118.

²⁰ Art. 2º "A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes."

²¹ A possibilidade de se empregar ou não arbitragem por equidade nos contratos administrativos será desenvolvida em ponto específico deste trabalho, conforme subitem 4.5.

arbitragem entre pessoas jurídicas com domicílios distintos ou de entender internacional aquela arbitragem cujo objeto do contrato seja relativo ao comércio internacional.²²

A Lei n. 9.307/1996 preocupou-se em regular a arbitragem interna sem trazer disposições expressas sobre a arbitragem internacional.²³ Ou seja, na lei não há normas especiais para regular a arbitragem internacional. Nada obstante, no Capítulo VI, a lei estabelece regras sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras, que podem auxiliar nessa classificação.

Pode-se colher desse diploma legal critério distintivo entre arbitragem interna ou internacional de acordo com o local onde a sentença arbitral foi proferida. Será estrangeira a sentença arbitral prolatada fora do Brasil e deverá ser objeto de homologação para tornar-se exequível no território brasileiro. Ao revés, quando a sentença for proferida em nosso país, será nacional, ainda que árbitros, partes ou contrato sejam internacionais.²⁴

Nessa linha de intelecção, aplicada a lei brasileira à arbitragem, conduzida no vernáculo, mas sediada em outro país, estar-se-á diante de uma sentença estrangeira que deverá ser homologada no Brasil. Trata-se, segundo o critério legal estabelecido pela Lei n. 9.307/1996, de uma arbitragem internacional. Ao passo que se à arbitragem for aplicada lei estrangeira, conduzida em língua estrangeira, mas realizada no Brasil, a sentença será nacional e não precisará submeter-se à homologação. Logo, a arbitragem é interna.

Luiz Olavo Baptista e Sílvia Julio Bueno de Miranda asseveram que os critérios utilizados em outras legislações ou usados pela Lei Modelo da Uncitral²⁵ sobre a Arbitragem Comercial Internacional (Lei Modelo)²⁶ são irrelevantes para lei brasileira, uma vez que a lei

²² LEMES, Selma Maria Ferreira. "A Arbitragem Doméstica e Arbitragem Internacional." *Artigo Publicado no Jornal Valor Econômico em 05.08.2003*, Caderno Legislação e Tributos. Disponível em: <<http://www.selmalemes.com.br/artigos/artigo27.pdf>>, acesso em 04.05.2013.

²³ Diferentemente ocorre em Portugal em que a nova Lei de Arbitragem Voluntária – LAV, Lei n. 63/2011, no seu art. 49º, dispõe que "Entende-se por arbitragem internacional a que põe em jogo interesses do comércio internacional." A LAV anterior, Lei n. 31/1986, também contemplava esse conceito no art. 32º.

²⁴ Art. 34. "A sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos desta Lei. Parágrafo único. Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional." Art. 35. "Para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Supremo Tribunal Federal." Com a promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004 esse competência homologatória passou ao Superior Tribunal de Justiça.

²⁵ A Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional – Uncitral foi criada em 1966, com o objetivo de promover o alinhamento internacional de legislação comercial e criar modelos de propostas de leis para eventual adoção em países membros. O Brasil faz parte da Uncitral.

²⁶ Adotada pela Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Nacional em 21/06/1985, a Lei Modelo da Uncitral dispõe em seu art. 1º, n. 3, que uma Arbitragem é internacional se: a) as partes numa

não está interessada na internacionalidade dos contratos, pois essa internacionalidade depende de critérios que variam de lugar para lugar.²⁷

Fixados alguns tipos de arbitragem, passa-se ao estudo da natureza jurídica do instituto.

1.3 Natureza jurídica da arbitragem

A natureza jurídica da arbitragem tem sido objeto de algumas controvérsias por parte da doutrina. Em regra os autores afiliam-se a uma das três correntes normalmente cogitadas quando a questão refere-se à taxonomia da arbitragem. As correntes são: a contratualista, a jurisdicional e a híbrida ou mista.²⁸

A corrente contratualista²⁹ confere um caráter privatista à arbitragem. Os defensores dessa teoria sustentam que a arbitragem tem origem em uma convenção ou contrato³⁰ que se projeta sobre todo o instituto. É esse ajuste que dá poderes ao árbitro, que, por sua vez, não tem poder de *imperium* como na jurisdição, ou seja, não pode exercer coerção sobre particulares.

convenção de Arbitragem tiverem, no momento da conclusão desta Convenção, o seu estabelecimento em Estados diferentes; ou b) um dos lugares a seguir referidos estiver situado fora do Estado no qual as partes têm o seu estabelecimento: I) o lugar da Arbitragem, se estiver fixado na convenção de Arbitragem ou for determinável de acordo com esta; II) qualquer lugar onde deva ser executada uma parte substancial das obrigações resultantes da relação comercial ou o lugar com o qual o objeto do litígio se ache mais estreitamente conexo; ou c) as partes tiverem convencionado expressamente que o objeto da convenção da Arbitragem tem conexões com mais de um país.

²⁷ BAPTISTA, Luiz Olavo; MIRANDA, Sílvia Julio Bueno de. "Convenção de arbitragem e escolha da lei aplicável: uma perspectiva do direito brasileiro." *Revista de Arbitragem e Mediação*. n. 27, out.-dez., 2010, p. 19.

²⁸ Apesar de essas três correntes predominarem, há outras concepções acerca da natureza jurídica da arbitragem que ora não se enquadram perfeitamente nessas teorias ou ora delas muito divergem. A exemplo desta última, Ana Tereza Palhares Basílio e André R. C. Fontes entendem que a melhor teoria para explicar a arbitragem será aquela "lastreada na afirmação de que arbitragem é arbitragem, e não jurisdição, ou contrato ou ainda misto de jurisdição e contrato." Com um cariz diferenciado do instituto, asseveram que "não se justifica retirar da arbitragem a pretensão de ser objeto de um tratamento autônomo, de ser, ela mesma, um específico campo de estudo, sem muletas do Direito Processual ou do Direito Civil." (BASÍLIO, Ana Tereza Palhares; FONTES, André R. C. "A teoria autonomista da arbitragem." *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 17, abr.-jun., 2008, p. 51).

²⁹ Defende essa Teoria, v.g., RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*, 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 1.043-1.044.

³⁰ Apesar de o tipo arbitragem necessária não depender da vontade das partes para ser realizada, mas sim de imposição legal, vale registrar que se trata de uma exceção ao caráter convencional e, portanto, voluntário da arbitragem em geral.

Em essência, a teoria contratualista oferece seus fundamentos: a) inexistirá arbitragem sem convenção; b) o caráter fundante da arbitragem é o consenso entre as partes enquanto a jurisdição se assenta na soberania do Estado; c) o árbitro não compõe a estrutura judiciária; d) a sentença arbitral não tem sua coercibilidade assegurada.³¹

A teoria jurisdicional³² aborda a questão da natureza jurídica da arbitragem sob um viés público. Seus defensores entendem que após a convenção a arbitragem adquire características próprias de uma sentença proferida por um magistrado. Afirmam que o Estado, titular da jurisdição, possibilita o exercício da jurisdição a particulares por meio do ordenamento jurídico.

A tese mista ou híbrida, como a nomenclatura sugere, vai colher parte das outras teorias para assentar o caráter sincrético da arbitragem, no que ressalta ser a arbitragem "contratual na fonte, mas jurisdicional no objeto."³³ Ou, nas palavras de Francesco Carnelutti, "a arbitragem representa a transição da solução contratual para a judicial do litígio." Essa transição "está representada pela espécie híbrida de processo arbitral".³⁴

Nessa ordem de ideias, percebe-se que as dúvidas acerca da natureza jurídica da arbitragem remontam à antiga *summa diviso* do privado e do público ou, de forma mais específica, às noções de contrato (privado) e principalmente de jurisdição (público). Essa dicotomia do público e do privado não é isenta de críticas, mas qualquer exame aprofundado nesse sentido foge ao escopo deste trabalho.

Para se tatear alguma conclusão sobre a natureza jurídica da arbitragem é preciso antes verificar qual a concepção que se tem de jurisdição. Nessa linha, busca-se saber se a jurisdição representa ou não uma função que não pode ser transferida, ainda que parcialmente, ao particular. E mais, há que se refletir se a amplitude da noção de jurisdição (*iurisdictio*, poder

³¹ MORAIS, José Luis Bolzan; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*, 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 184.

³² São tributários dessa tese, entre outros: WALD, Arnoldo. "Algumas considerações a respeito da cláusula compromissória firmada pelos Estados nas suas relações internacionais." *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*. 18/295. São Paulo: Revista dos Tribunais, out.-dez., 2002; NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. *Código Processo Civil comentado*, 9. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 1.167; MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos sobre a lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 218; ALVIM, J. E. Carreira. *Comentários a lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 31.

³³ LEMES, Selma Maria Ferreira. *Arbitragem na administração pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 61. A autora entende que a natureza jurídica híbrida é a que melhor se coaduna com a arbitragem.

³⁴ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004, p. 281.

de decidir) deve abranger os elementos da solução imperativa (*imperium*, poder de executar decisões) de litígios e da coerção das decisões, como ocorre na jurisdição estatal, ou é desnecessária essa completude.

Giuseppe Chiovenda define a jurisdição como a função do Estado que visa à atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade dos órgãos públicos, da atividade dos particulares e de outros órgãos públicos.³⁵ Ao trazer uma noção mais restritiva de jurisdição, com a nota de substitutividade pela atuação de órgãos públicos, seria afastada a característica de jurisdição da arbitragem, uma vez que o árbitro não integra os quadros do Estado.³⁶ Entretanto, o Estado como titular que é da jurisdição pode optar por delegá-la ao particular com base no ordenamento jurídico. E assim ocorreu com a promulgação da Lei n. 9.307/1996, porquanto houve a transferência do Estado para um terceiro privado de parte da jurisdição.

³⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução de Paolo Capitanio, com anotações de Enrico Tullio Liebman, vol. 1, 1. ed., Campinas, SP: Bookseller, 1998, p. 8.

³⁶ O Código Civil de 1916, em seu art. 1.045, previa a possibilidade de o juiz estatal atuar como árbitro, dispensando, nesse caso, a necessidade de homologação da sentença arbitral, conforme a literalidade da norma: "A sentença arbitral só se executará, depois de homologada, salvo se for proferida por juiz de primeira ou segunda instância, como árbitro nomeado pelas partes." Esse dispositivo foi revogado pelo Código de Processo Civil de 1939 que passou a exigir homologação da sentença arbitral de forma indistinta, apesar de não trazer restrições ao juiz de ser nomeado como árbitro, assim como ocorre com Código de Processo Civil de 1973 (atual). A Lei Complementar n. 35/1979, Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Loman), só permite ao juiz exercer um único cargo de professor em curso superior, o que impossibilita o exercício da função de árbitro pelo magistrado (art. 26, inc. II, alínea "a"). Essa também parece ser a interpretação do Conselho Nacional de Justiça – CNJ e de um dos Ministros do STF, conforme decisão monocrática proferida nos autos do MS 30.893-MC. Trata-se de mandado de segurança, com pedido de medida liminar, impetrado pelo Estado de Goiás – Tribunal de Justiça do Estado de Goiás – contra decisão proferida pelo CNJ que, nos autos do Procedimento de Controle Administrativo 0001101.19.2011.2.00.0000, desconstituiu o Decreto Judiciário n. 779/2009 e os convênios que culminaram na instalação das 1ª, 2ª, 6ª e 8ª Cortes de Conciliação e Arbitragem de Goiânia/GO e a 1ª Corte de Conciliação e Arbitragem de Rio Verde/GO. A tese do CNJ, sustentada nesta e em deliberações anteriores, foi a de reconhecer a ilegalidade das cláusulas que permitiam a auto-executoriedade das sentenças arbitrais (Pedido de Providência n. 1315) e de entender indevida a utilização da arbitragem, por apresentar falsa imagem de órgão do Poder Judiciário, entre outros aspectos, haja vista a existência de um cargo de Juiz de Direito Supervisor da Corte Arbitral (PP 200810000009070). O Ministro Joaquim Barbosa, em decisão monocrática proferida no STF, assentou que o ato do tribunal goiano objeto da decisão do CNJ dispõe sobre matéria a que a Lei n. 9.307/1996 concentrou na esfera privada, ao possibilitar a solução privada e extrajudicial de litígios, exatamente naquelas situações em que as partes não desejam submeter suas eventuais controvérsias ao Poder Judiciário. Para o Relator, a "vinculação entre o Poder Judiciário e entidades de classe, com a designação, por Decreto Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, do corpo arbitral, de um Juiz de Direito Supervisor e de um Juiz de Direito Supervisor Geral para superintender as Cortes de Conciliação e Arbitragem, constitui um conjunto de normas dotado de tamanha ambiguidade intrínseca que poderá levar até mesmo o jurisdicionado 'de bom aviso' a acreditar que se está diante de uma estrutura interna do Poder Judiciário de Goiás." Diante desse contexto o Ministro indeferiu a medida liminar, estando o *mandamus* pendente de apreciação quanto ao seu mérito (MS 30893 MC, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, julgado em 13/10/2011, publicado em Processo Eletrônico DJe-199 Divulg 14/10/2011 Public 17/10/2011). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%2030893%20ENUNCIACAO%20E%20OU%2030893%20EDMS%20E%2029%209+NAO+S%20EPRES%20E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/lx8mqd>>, acesso em 02.09.2013.

Alguns dispositivos da Lei n. 9.307/1996 sugerem essa interpretação: a) o árbitro é juiz de fato e de direito, e sua sentença não necessita de homologação pelo Poder Judiciário (art. 18)³⁷⁻³⁸; b) o árbitro decide, em primeiro lugar, sobre a existência e eficácia da cláusula compromissória arbitral, em homenagem ao princípio da competência-competência (art. 8º, parágrafo único, c/c art. 20); c) a sentença arbitral produz os mesmos efeitos que a sentença judicial³⁹ e constituirá título executivo judicial se for de conteúdo condenatório (art. 31 c/c art. 475-N, inciso IV, do CPC).

Pelas disposições legais ora gizadas é cristalina a percepção de que com a Lei n. 9.307/1996 a teoria jurisdicional ficou mais fortalecida, especialmente ao considerar que a sentença arbitral produz iguais efeitos àquela proferida pelo Poder Judiciário, sem dele necessitar homologação, e ante as funções conferidas ao árbitro pelo legislador.

Em relação à amplitude do que seja jurisdição, entende-se adequado concebê-la com maior generalidade para compreender que o fato de o árbitro não possuir poder de executar suas decisões não afasta a natureza jurisdicional da arbitragem, porquanto na arbitragem o principal requisito apto a caracterizar a jurisdição, que é o de solucionar conflitos com aptidão para tornar as questões indiscutíveis, se faz presente. Nessa linha, Carlos Alberto de Salles entende que o núcleo do poder jurisdicional pode ser definido como a capacidade de decidir imperativamente controvérsias.⁴⁰

Ademais, ao mesmo tempo em que o Estado não confere poder de *imperium* ao árbitro para executar suas decisões coloca à sua disposição os mecanismos de coercibilidade estatal para que a sentença arbitral seja cumprida, complementando aquela parcela de poder antes transferida com base no ordenamento jurídico. Assim, crê-se inegável o caráter jurisdicional da arbitragem, mormente ao se levar em conta que o legislador decidiu equiparar a sentença arbitral à judicial, o que sugere que seus efeitos passam a decorrer especialmente da lei.

³⁷ Antes da promulgação da Lei n. 9.307/1996, Carlos Alberto Carmona denunciava que o procedimento homologatório de sentenças arbitrais já havia sido abolido em muitos países europeus (CARMONA, Carlos Alberto. "A crise do processo e os meios alternativos para resolução de controvérsias." *Revista de Processo*. São Paulo, n. 56, out.-dez. 1989, p. 96).

³⁸ Esse dispositivo revogou o antigo art. 1.100 do CPC que submetia o processo arbitral à homologação obrigatória.

³⁹ O Código do Processo Civil da Suíça também apresenta disposição nesse sentido em seu art. 387.

⁴⁰ SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 89.

Firmada a noção de que a arbitragem tem caráter jurisdicional, passa-se a considerar a possibilidade de o instituto apresentar uma natureza jurídica híbrida, que não exclui a conclusão acima, apenas a complementa.

Rememora-se a necessidade de uma convenção de base contratual para que haja arbitragem. Essa convenção estabelece que os conflitos atuais ou futuros serão solucionados pela via arbitral, ou seja, a convenção cria a arbitragem. Ao mesmo tempo em que cria, a convenção confere poderes ao árbitro ora aumentando-os nos limites da lei ora restringindo-os mediante um ajuste de vontades.

Nessa ordem de ideias, há uma fase preliminar convencional ou contratual (art. 1º da Lei n. 9.307/1996) e uma fase posterior de caráter jurisdicional (ver, entre outros, o art. 31 da Lei n. 9.307/1996). A primeira dá origem à arbitragem e pode restringir os poderes dos árbitros, a segunda dá os contornos jurisdicionais à arbitragem com base na lei de regência. Logo, para não desprezar ambas as naturezas contratual e jurisdicional da arbitragem, opta-se pela combinação dessas duas que a compõe, razão pela qual se reconhece a natureza jurídica mista ou híbrida da arbitragem como o modo mais adequado para explicá-la.

Assim, compreende-se que a natureza jurídica da arbitragem é híbrida, ante o inegável caráter sincrético do instituto.

1.4 As modalidades de convenção de arbitragem

Objetiva-se examinar algumas características da convenção arbitral referentes às suas espécies, à sua autonomia em relação ao contrato, ao princípio da competência-competência e à interpretação da convenção.

Rememora-se que após reunir diversos conceitos de arbitragem oferecidos por doutrinadores,⁴¹ elaborou-se um conceito, nos seguintes termos: arbitragem é um meio privado de solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, em que as partes escolhem um ou mais árbitros para resolverem as controvérsias existentes ou que venham a existir.

⁴¹ Ver subitem 1.1.

A definição propositalmente fala em "controvérsias existentes ou que venham a existir," porque os interessados em submeter as contendas ao juízo arbitral o fazem por meio de uma convenção de arbitragem que abrange duas modalidades ou espécies: a cláusula compromissória e o compromisso arbitral, conforme o art. 3º da Lei n. 9.307/1996,⁴² lei de regência da arbitragem.

Há uma relação de gênero – convenção de arbitragem – e espécies – cláusula compromissória e compromisso arbitral –, tal qual ocorre em outros ordenamentos jurídicos como na França⁴³ e em Portugal.⁴⁴⁻⁴⁵

A cláusula compromissória⁴⁶ é a convenção assentada pelas partes para que as divergências oriundas de um determinado negócio jurídico sejam resolvidas pela arbitragem. Esse ajuste é feito prévia e abstratamente, pois é precedente ao possível litígio. Por outro lado, o compromisso arbitral⁴⁷ é acordo de vontades para levar uma controvérsia já existente à apreciação do juízo arbitral, portanto, nesta hipótese, o conflito é concreto, e naquela (cláusula compromissória) abstrato.

Apesar dessa distinção conceitual, que conta com base na Lei de Arbitragem, Luis Fernando Guerrero esclarece que não há qualquer impedimento para que antes de o conflito existir, desde que já estabelecida uma relação jurídica entre as partes, seja celebrado um compromisso arbitral, para o futuro, prevendo questões que serão solucionadas por arbitragem, mesmo não sendo essa uma situação comumente encontrada. O autor afirma que igualmente pode ser pactuada cláusula compromissória com vistas ao passado, a ser efetivada

⁴² Art. 3º. "As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral."

⁴³ O Código de Processo Civil francês regula, no livro V, Título I, a cláusula compromissória nos arts. 1.442 a 1.446 do Capítulo I, o compromisso nos art. 1.447 a 1450 do Capítulo II e ainda traz as regras comuns a essas espécies nos arts. 1.451 a 1.459. Disponível em: <<http://www.lexinter.net/NCPC/>>, acesso em 13.09.2013.

⁴⁴ Art. 1º, n. 3, da nova Lei de Arbitragem Voluntária lusitana (Lei n. 63/2011): "A convenção de arbitragem pode ter por objecto um litígio actual, ainda que afecto a um tribunal do Estado (compromisso arbitral), ou litígios eventuais emergentes de determinada relação jurídica contratual ou extracontratual (cláusula compromissória)."

⁴⁵ Destaca Luis Fernando Guerrero que a divisão da convenção de arbitragem em duas espécies não é recente no direito pátrio, pois o compromisso arbitral sempre foi a forma mais comum de submissão das partes ao juízo arbitral, tendo a cláusula compromissória previsão na Convenção de Genebra de 1923 (Ratificada no Brasil em 22/03/1932, pelo Dec. n. 21.187). A cláusula compromissória possuía natureza de pré-contrato, em que para se constituir a arbitragem era necessária a celebração de um compromisso arbitral entre as partes, o que dificultava a utilização da arbitragem, haja vista que a superveniência do conflito, em tese, minava os canais de negociação e comunicação entre as partes. (GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de arbitragem e processo arbitral*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 8-9.)

⁴⁶ Lei n. 9.307/1996, art. 4º, "A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato."

⁴⁷ Lei n. 9.307/1996, art. 9º, "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."

por meio de um adendo ao contrato que originou o litígio para incluir a cláusula compromissória.⁴⁸

Tanto na forma comum fixada pela Lei de Arbitragem quanto na forma incomum – compromisso arbitral com vistas ao futuro e cláusula compromissória com o escopo para o passado – as modalidades de convenção de arbitragem vão se alinhar no que se refere ao seu objetivo final que consiste em obrigar as partes à arbitragem e em afastar o litígio da jurisdição estatal.⁴⁹

A instituição de uma convenção de arbitragem afasta, em tese, o Estado da solução de um conflito, porquanto esse mister será confiado a um ou mais árbitros, em pacificação privada da controvérsia, tendo as decisões arbitrais efeitos de uma sentença judicial. É como ensina Carlos Alberto Carmona acerca do "duplo caráter" da convenção de arbitragem: sob o viés do acordo de vontades, vincula as partes aos litígios atuais ou futuros e os submete ao juízo arbitral; sob o aspecto do pacto processual, derroga a jurisdição estatal e conduz as partes à jurisdição dos árbitros.⁵⁰

Esse "duplo caráter" da convenção de arbitragem encontra respaldo no próprio texto da Lei n. 9.307/1996, notadamente nos arts. 6º, 7º e 41.⁵¹ Os primeiros referem-se aos procedimentos extrajudicial e judicial, respectivamente, colocados à disposição das partes para que seja cumprida a convenção de arbitragem. O art. 41 trouxe modificações ao Código do Processo Civil – em especial nos arts. 267, inciso VII, e 301, inciso IX – que criou mecanismos legais para que o juiz estatal remeta as questões controversas ao árbitro.

⁴⁸ GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de arbitragem e processo arbitral*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 6-7.

⁴⁹ Esse afastamento da jurisdição estatal foi considerado constitucional pelo Supremo Tribunal federal em decisão proferida no Agravo Regimental na Sentença Estrangeira da Espanha n. 5.206, julgado pelo plenário do STF em 12.12.2001, publicado no DJU de 30.04.2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%285206%20ENUME%2E+OU+5206%20EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cylsgt2>, acesso em 14.09.2013. Ver ainda o art. 267, inc. VII, do CPC, que determina a extinção do processo judicial, sem resolução do mérito, no caso de convenção de arbitragem.

⁵⁰ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*, 3. ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 79.

⁵¹ "Art. 6º Não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral." [...] "Art. 7º Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim." "Art. 41. Os arts. 267, inciso VII; 301, inciso IX; e 584, inciso III, do Código de Processo Civil passam a ter a seguinte redação: "Art. 267 [...] VII - pela convenção de arbitragem;" "Art. 301 [...] IX - convenção de arbitragem;" "Art. 584 [...] III - a sentença arbitral e a sentença homologatória de transação ou de conciliação;"

Rafael Francisco Alves fala em efeito positivo, que submete os conflitos aos árbitros, e efeito negativo, que afasta a competência do juiz estatal para resolver os conflitos. Aduz que o reconhecimento desses dois efeitos foi a inovação mais importante trazida pela Lei n. 9.307/1993 e que pode ser considerado como um dos principais fatores para o desenvolvimento da arbitragem no Brasil.⁵²

Assim, ambas as espécies de convenção arbitral quando pactuadas apresentam as consequências de atuar de forma imperativa em relação às partes e de afastar a jurisdição estatal.

Outro efeito decorrente da convenção arbitral é o de estabelecer os limites e a forma como o árbitro deve solucionar os conflitos, fixando elementos suficientes para que a arbitragem se inicie e se desenvolva sem a necessidade de promover outro acordo de vontades entre as partes. Nessa linha, para que a arbitragem seja instituída desde logo, a convenção arbitral, em ambas as modalidades, deverá conter, ao menos, a previsão de empregar as regras procedimentais de um órgão arbitral ou as regras estabelecidas pelas partes, a forma de nomear os árbitros e a composição do Tribunal, a lei aplicável, a sede da arbitragem.⁵³

Luis Fernando Guerrero refere-se a essa previsão como um "elemento de organização" para que a arbitragem seja instituída de plano. Esse elemento, segundo o autor, é fundamental nas arbitragens *ad hoc*, porquanto sua inexistência leva à necessidade de celebração de acordo entre as partes para a definição de regras aplicáveis ao litígio e à estruturação da arbitragem. Existindo o elemento de organização, mais amplo na arbitragem *ad hoc* e mais restrito na arbitragem institucional, a arbitragem será instituída após o requerimento de uma das partes.⁵⁴⁻⁵⁵

⁵² ALVES, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade das medidas antiarbitragem no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 9.

⁵³ Luiz Antônio Scavone Junior esclarece que a cláusula arbitral cheia é aquela que contém os requisitos mínimos para que seja instaurado o procedimento arbitral, como: a forma de indicação dos árbitros, o local da arbitragem etc, tornado prescindível acordo posterior. Na cláusula arbitral cheia, as partes podem pactuar todas as condições para instauração da arbitragem ou podem estabelecer que adotarão as regras de uma entidade especializada. A cláusula arbitral vazia (ou em branco) é aquela em que as partes se obrigam à arbitragem, sem estabelecer as regras mínimas para o desenvolvimento da solução arbitral e sem indicar as regras de uma entidade arbitral. (SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. *Manual de arbitragem*, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 84-86).

⁵⁴ GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de arbitragem e processo arbitral*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 13-14.

⁵⁵ Registre-se que a Lei de Arbitragem considera instituída a arbitragem quando o árbitro aceitar a investidura. "Art. 19. Considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários."

Nesse contexto, podem-se alinhar três efeitos que derivam da convenção arbitral, tanto em uma modalidade quanto em outra: a) vincula as partes aos litígios presentes e futuros submetendo-os ao juízo arbitral; b) afasta a jurisdição estatal; c) fixa os limites e a forma como o árbitro deve solucionar os conflitos.

Acerca da convenção da arbitragem, vale registrar mais algumas notas sobre a autonomia da cláusula compromissória, o princípio da competência-competência e a interpretação da convenção.

A Lei n. 9.307/1996, em seu art. 8º,⁵⁶ conferiu autonomia à cláusula compromissória. A nulidade (ou a anulabilidade) do contrato não implica a nulidade da cláusula compromissória. Há autonomia da cláusula em relação ao negócio jurídico em que ela está inserida. Se assim não fosse, a mera alegação de nulidade ou anulabilidade do contrato comunicar-se-ia à cláusula compromissória e afastaria a competência do árbitro em decidir a respeito de questões relacionadas justamente à nulidade do contrato.

Como explica Carlos Alberto Carmona, a causa do contrato principal difere daquela que leva às partes a fixarem a resolução de futuros conflitos por meio de arbitragem.⁵⁷ De fato, as finalidades do contrato e de sua cláusula compromissória não se baralham. Quando as partes entabulam contratos mediante fixação de obrigações recíprocas, esse ajuste tem o escopo de regular as relações jurídicas patrimoniais entre elas. Outro objetivo buscam as partes ao inserirem cláusula compromissória nas avenças contratuais, qual seja: o de estabelecer que os conflitos supervenientes serão resolvidos pelos árbitros. Assim, a autonomia da cláusula compromissória confere ao árbitro a competência para examinar questões relativas à nulidade do próprio contrato.

Ligada à questão anterior da autonomia está o princípio da competência-competência (*kompetenz-kompetenz*) extraído do parágrafo único do art. 8º da Lei n. 9.307/1996.⁵⁸ De acordo com esse princípio, o árbitro será competente para decidir sobre sua própria

⁵⁶ Art. 8º "A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserida, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória."

⁵⁷ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*, 3. ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 174.

⁵⁸ Art. 8º [...] "Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória."

competência, a exemplo de sua capacidade de julgar, da extensão de seus poderes conferidos pelas partes, da arbitrabilidade da controvérsia.⁵⁹

Esclarece Carlos Aberto de Salles que se trata de uma conveniência lógica e funcional trazida pela Lei da Arbitragem para que a decisão sobre competência fique a "carga do juízo cuja competência se determina por critérios de especialidade," ou seja, por aquela que por sua existência exclui a competência do órgão judicial de maior abrangência. Se a temática da competência envolve a apreciação de determinados requisitos, o juiz cuja competência desses requisitos decorrerem será o mais indicado para decidir sobre a questão.⁶⁰

De ressaltar que a decisão do árbitro sobre a sua competência não é imune ao controle do Poder Judiciário, que poderá examiná-la, mas posteriormente à decisão final proferida na arbitragem,⁶¹ quando for o caso de impugnação mediante ação anulatória prevista nos arts. 32 e 33 da Lei n. 9.307/1993 ou quando se exigir a execução da sentença arbitral.⁶²

Percebe-se que tanto a autonomia da cláusula compromissória quanto o princípio da competência-competência são dispositivos insculpidos na Lei de Arbitragem que revelam o objetivo do legislador em conferir certa proteção ao instituto.⁶³ A autonomia destaca a cláusula compromissória de questões sobre a nulidade dos contratos e remete ao árbitro a competência para examinar a validade do contrato. A competência-competência permite que o

⁵⁹ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*, 3. ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 175.

⁶⁰ O autor estabelece um paralelo entre a justiça estadual e a federal para explicar a lógica inspiradora do princípio da competência-competência. A justiça federal tem sua competência determinada por critérios de especialidade, interesse da União suas autarquias e empresas públicas (art. 109 da CF), razão pela qual compete à justiça federal decidir sobre a existência desse interesse jurídico, conforme o enunciado de Súmula n. 150 do STJ. SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 39-40.

⁶¹ Nesse sentido, Arnoldo Wald ensina que "à jurisdição estatal caberá rever a posição dos árbitros unicamente em momento posterior, quando instada a reconhecer, executar ou mesmo controlar a validade da sentença arbitral." (WALD, Arnoldo. "Algumas considerações a respeito da cláusula compromissória firmada pelos Estados nas suas relações internacionais." *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, n. 18, São Paulo: RT, out./dez., 2002, p. 303.

⁶² A legislação brasileira contempla as seguintes hipóteses para que o Poder Judiciário possa apreciar a convenção de arbitragem, após a decisão dos árbitros: a) ação de anulação da sentença arbitral (art. 32, inc. I, art. 33 da Lei n. 9.307/1996); b) embargos do devedor, desde que ajuizados no prazo de 90 dias (art. 33, § 3º, da Lei n. 9.307/1996); c) impugnação com base no art. 475-J, § 1º, do CPC, igualmente no prazo de 90 dias; d) na homologação de sentença arbitral estrangeira (art. 38, inc. II, da Lei n. 9.307/1996).

⁶³ Pedro A. Batista Martins afirma que a autonomia da cláusula compromissória e a competência-competência atuam como "verdadeiras blindagens jurídicas àqueles que buscam se afastar da obrigação assumida de submeter as controvérsias ao juízo arbitral." MARTINS, Pedro A. Batista. "Poder Judiciário – princípio da autonomia da cláusula compromissória – princípio da competência-competência – convenção de Nova Iorque – outorga de poderes para firmar cláusula compromissória - determinação da lei aplicável ao conflito – julgamento pelo tribunal arbitral." *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 7, 2005, p. 175.

árbitro decida sobre sua capacidade de julgar, limites de seus poderes, a arbitrabilidade da controvérsia, ou seja, sobre sua competência.

Por fim, uma nota sobre a interpretação da convenção arbitral no que se refere a formulações genéricas que cometem a árbitros a solução de litígios. Essas fórmulas, mais comuns em cláusulas compromissórias, porque no compromisso arbitral o conflito já existe em concreto, são veiculadas por termos semelhantes a "solucionar conflitos decorrentes deste contrato" e outras expressões congêneres, o que pode gerar dúvida acerca da extensão dos poderes conferidos pelas partes ao árbitro para resolução do litígio.

Nessas hipóteses, parece razoável interpretar de forma ampla a convenção arbitral para entender que todos os conflitos arbitráveis decorrentes da relação jurídica contratual devem ser submetidos à apreciação do árbitro, porquanto as partes não excluíram, de antemão, uma ou outra questão do exame arbitral. A existência de convenção arbitral sinaliza que a intenção das partes foi a de levar integralmente todas as questões controversas à solução arbitral. Carlos Alberto Carmona aduz que quem convencionou arbitragem para dirimir litígio não imagina fatiar a contenda entre o árbitro e o Poder Judiciário. Se houver alguma excludente, esta deve estar claramente marcada. Na ausência de qualquer exclusão, a exegese da convenção deve envolver toda relação jurídica.⁶⁴

Interpretar a convenção de arbitragem de modo amplo quando a formulação para atuação do árbitro configurar-se de forma genérica, sem ressalvas claras, parece ser medida exegética mais adequada e em alinhamento com a intenção das partes ao firmar a convenção arbitral. Ademais, essa interpretação faz deferência à autonomia das vontades das partes, que se vinculam por meio da convenção arbitral.

1.5 A exclusão da jurisdição estatal

Como visto anteriormente, um dos efeitos da instituição da convenção arbitral é justamente privilegiar a autonomia de vontades das partes no que se refere ao acordo de afastar a jurisdição estatal da solução de determinados conflitos. O mais desejável é que o

⁶⁴ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*, 3. ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 84-85.

procedimento arbitral se desenvolva sem que as partes precisem recorrer à intervenção judicial.

Esse afastamento não ocorre de forma absoluta, porquanto o ordenamento jurídico reservou ao juiz algumas possibilidades de intervenção estatal para garantir o bom funcionamento da arbitragem.⁶⁵ As medidas judiciais destinadas à arbitragem representam, na opinião de Carlos Alberto de Salles, um "referencial simbólico" capaz de assegurar às partes, direta ou indiretamente, uma potencial utilização de meios com o fim de corrigir e moldar condutas.⁶⁶

Da Lei n. 9.307/1996 colhem-se alguns dispositivos que representam a ligação entre a arbitragem e a jurisdição estatal, o que sugere uma relação de coordenação ou cooperação:⁶⁷ a execução específica da cláusula compromissória (art. 7º da Lei n. 9.307), a fixação de honorários dos árbitros (art. 11, parágrafo único, da Lei n. 9.307), condução coercitiva de testemunhas renitentes (art. 20, § 2º, da Lei n. 9.307), a efetivação de medidas cautelares ou coercitivas (art. 22, § 4º, da Lei n. 9.307), a apreciação da questão prejudicial sobre direitos indisponíveis (art. 25 da Lei n. 9.307), a homologação de sentença arbitral estrangeira (art. 35 da Lei n. 9.307).

Igualmente configuram essa "coordenação ou cooperação" os meios de impugnação de sentença extraídos da Lei n. 9.307/1996 e de alguns dispositivos do CPC: ação de anulação da sentença arbitral (art. 33 da Lei n. 9.307), embargos do devedor (art. 33, § 3º, da Lei n. 9.307); impugnação com base no art. 475-J, § 1º, do CPC; execução de sentença arbitral (art. 475-N, inciso IV, do CPC).

Pode-se ainda acrescentar, nesse contexto, a concessão de tutela de urgência pelo juiz (art. 798 do CPC) previamente à instituição da arbitragem ou da convenção ou, ainda, na hipótese em que as partes tenham aderido ao regulamento de alguma instituição arbitral e esse

⁶⁵ Segundo Eduardo Damião Gonçalves, o bom funcionamento da arbitragem passa primordialmente pela fixação de limites claros às intervenções do juiz estatal no curso do processo arbitral. GONÇALVES, Eduardo Damião. *Breves Considerações sobre as Relações do Poder Judiciário com a Arbitragem (a propósito da participação dos tribunais estatais na fase de constituição do tribunal arbitral)*. In Pedro A. Batista Martins; José Maria Rossani Garcez (Org.). *Reflexões sobre Arbitragem: in memoriam ao Desembargador Cláudio Vianna de Lima*. São Paulo: LTr, 2002, p. 212.

⁶⁶ SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 47.

⁶⁷ As expressões "relação de coordenação" ou "relação de cooperação" são utilizadas por muitos autores para destacar especialmente que não se trata de relação de subordinação. Entre outros, citam-se: ALVES, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade das medidas antiarbitragem no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 14 e 217; e AMARAL, Paulo Ostermack. *Arbitragem e administração pública: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 89.

regulamento não contemplar solução capaz de resolver a solução urgente que se havia necessária.⁶⁸

Por fim, adita-se a hipótese excepcionalíssima mencionada pela doutrina sobre a concessão de medidas antiarbitragem que, apesar de não contarem com previsão legal expressa, visam a impedir a instituição de arbitragem em caso de ilegalidade da convenção de arbitragem ou arbitrariedade em procedimentos arbitrais.⁶⁹ Esclarece Rafael Francisco Alves que a concessão de medida antiarbitragem depende da existência de provas acerca de ilegalidades que a comprometam, a exemplo, a idoneidade do árbitro, como a sua pretensão, de fato, de favorecer uma parte em relação à outra, caso em que o juiz poderia decidir pela suspensão ou extinção de uma arbitragem em curso ou impedir seu início.⁷⁰

Todas as hipóteses de intervenção judicial ora mencionadas, tanto as medidas previstas em lei quanto as demais, devem ser compreendidas em um contexto de cooperação ou coordenação entre a arbitragem e a jurisdição estatal, em que essa intervenção seja comedida e restrita ao objetivo de conferir bom funcionamento à arbitragem, seja no apoio ao instituto seja no alinhamento de condutas das partes quanto a possíveis irregularidades que possam desvirtuá-lo. Noutras palavras, a atuação do Poder Judiciário deve ser excepcional, por isso se fala em exclusão "em tese" da jurisdição estatal, no desígnio de que seja evitada a interferência estatal excessiva e de que seja respeitada a vontade das partes em pactuarem a solução privada das controvérsias.

⁶⁸ O Projeto de Lei do Senado n. 406, de 2013, prevê, em capítulo destinado a regulamentar as tutelas cautelares e de urgência, que as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário, antes de iniciado o processo arbitral, com vistas à concessão de medidas cautelares e de urgência. Quando a arbitragem estiver instituída, o árbitro tem o poder de manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo juiz estatal. Assim são as proposições legislativas: “Art. 22-A. Antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medidas cautelares ou de urgência. *Parágrafo único.* Cessa a eficácia da medida cautelar ou de urgência se a parte interessada não requerer a instituição da arbitragem no prazo de trinta (30) dias, contados da data da efetivação da respectiva decisão. Art. 22-B. Instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário. *Parágrafo único.* Estando já instituída a arbitragem, as medidas cautelares ou de urgência serão requeridas diretamente aos árbitros.” O referido Projeto de Lei está disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=114641>, acesso em 03.11.2013.

⁶⁹ SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 48.

⁷⁰ ALVES, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade das medidas antiarbitragem no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 225. O autor explica ainda que não se trata de meras hipóteses de suspeição e impedimento do árbitro, conforme o art. 14 e 15 da Lei n. 9.307/1996, há que se comprovar a má-fé do árbitro.

1.6 Autonomia da vontade das partes, celeridade e tecnicidade dos julgamentos

As características acima mencionadas e algumas outras revelam que a autonomia de vontades das partes norteia a sistemática arbitral delineada pela Lei n. 9.307/1996. Essa autonomia está, primeiramente, relacionada à liberdade que a lei confere às partes de optarem pela via arbitral, uma vez que a regra no nosso ordenamento é a de que a arbitragem seja do tipo voluntária, pois as partes têm a liberdade de escolher se os conflitos serão resolvidos mediante arbitragem ou por meio da jurisdição estatal.

Outras características também estão relacionadas à autonomia de vontades das partes, como a escolha do tipo de arbitragem, da modalidade de convenção, dos julgadores, da lei aplicável ao caso, da sede, dos procedimentos, do prazo para prolação da sentença etc. Percebe-se, portanto, que a autonomia das vontades na arbitragem é ampla e permeia a sua instituição, a definição dos procedimentos, até desaguar na sentença que põe fim à arbitragem.

Apesar de ampla, a autonomia das vontades das partes não é irrestrita, porquanto a própria Lei n. 9.307/1996 cuidou de estabelecer algumas limitações. Assim, para que escolha desse meio de solução de conflitos seja válido, há os condicionantes legais de que as partes sejam capazes de contratar e de que a matéria trate de direitos patrimoniais disponíveis.⁷¹

Igualmente ocorre com os procedimentos arbitrais, que são flexíveis. Podem as partes criar um procedimento especial para determinado caso concreto, reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, ou ainda delegar ao próprio árbitro (ou tribunal arbitral) a definição do procedimento que será seguido na arbitragem.⁷² Mesmo assegurada essa flexibilidade, é imprescindível observar o princípio constitucional do devido processo legal ou, nos termos da lei, os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.⁷³

Assim, em que pese a autonomia das vontades das partes apresentar-se de forma ampla na arbitragem, ela sofre algumas limitações decorrentes da própria lei de regência e de princípios constitucionais, notadamente o do devido processo legal.

⁷¹ Art. 1º da Lei n. 9.307/1996.

⁷² Art. 21, *caput*, da Lei n. 9.307/1996.

⁷³ Art. 21, § 2º, da Lei n. 9.307/1996.

Outra característica relevante ligada à autonomia da vontade e especialmente à liberdade procedimental consiste na possibilidade de as partes estipularem prazo para prolação da sentença que, caso não seja convencionado, será de seis meses contados da instituição da arbitragem (a instituição da arbitragem ocorre quando o árbitro aceita o encargo, art. 19 da Lei 9.307) ou da substituição do árbitro.⁷⁴⁻⁷⁵ Essa disposição confere celeridade à solução dos conflitos submetidos à arbitragem.

Selma Maria Ferreira Lemes afirma que o tempo médio de duração de um processo arbitral compreende um período de oito meses a um ano e meio, ressaltando que procedimentos muito complexos podem levar mais tempo e que esse fato ocorre no Brasil e no exterior.⁷⁶ Para Flávia Bittar Neves, a arbitragem costuma encerrar a disputa entre seis meses a dois anos.⁷⁷

Contribui ainda para celeridade a definitividade das decisões arbitrais, uma vez que prolatada a sentença ela não desafia recursos como ocorre na jurisdição estatal em que há um plexo recursal à disposição das partes. Não há previsão de recursos da sentença arbitral na Lei n. 9.307/1997. Somente pode ser manejado contra a sentença pedido ao árbitro para que corrija erro material, esclareça alguma obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral, ou, ainda, que se pronuncie sobre ponto omitido a respeito do qual devia manifestar-se a decisão.⁷⁸⁻⁷⁹

A regra da irrecorribilidade das decisões arbitrais (tanto das interlocutórias quanto das finais) e da previsibilidade quanto ao momento de prolação da sentença, além de contribuir

⁷⁴ Art. 23, *caput*, da Lei n. 9.307/1996. Há a possibilidade de as partes e os árbitros, de comum acordo, prorrogar o prazo estipulado, conforme parágrafo único desse dispositivo.

⁷⁵ Explica Carlos Alberto Carmona que, apesar de a Lei de Arbitragem estabelecer que o marco inicial para contagem do prazo seja da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro, podem as partes fixar outro marco como a data: da assinatura do compromisso arbitral, se essa a modalidade; da primeira audiência; do término da instrução processual. Os regulamentos dos órgãos arbitrais nacionais, em regra, adotam o termo inicial para contagem de prazo para os árbitros a partir do término da instrução, em especial, quando expirar o prazo para alegações finais. CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*, 3. ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 341.

⁷⁶ LEMES, Selma Maria Ferreira. Entrevista concedida ao *site* Consultor Jurídico em 12.05.2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-12/entrevista-selma-lemes-advogada-professora-especialista-arbitragem>>, acesso em 16.05.2013.

⁷⁷ Flávia Bittar Neves, vice-presidente do Comitê Brasileiro de Arbitragem. Conferir: NEVES, Flávia Bittar. "Brasil é quarto país com mais usuários de arbitragem." Matéria publicada no *site* Consultor Jurídico em 29.03.2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mar-29/brasil-quarto-pais-usuarios-arbitragem-mundo>>, acesso em 30.03.2014.

⁷⁸ Art. 30, incisos I e II, da Lei n. 9.307/1996.

⁷⁹ Carlos Alberto de Salles entende que dada a base convencional da arbitragem e a essencialidade do valor da autonomia privada nada impede de as partes convencionarem recursos no âmbito da arbitragem. SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 56-57.

para celeridade da solução de conflitos, constituem importante atrativo da arbitragem em relação ao sistema judicial estatal que, de regra, é mais sobrecarregado e vagaroso, além de contar com uma plethora de recursos.

Por fim, e não menos relevante, está a característica da tecnicidade dos julgamentos. Com a possibilidade de escolha dos árbitros, espera-se que as partes elejam, entre outros atributos,⁸⁰ um especialista⁸¹ na matéria objeto da controvérsia a ser solucionada, o que, em tese, terá como corolário uma decisão de maior qualidade técnica em relação a que seria prolatada pelo Poder Judiciário, haja vista que os juízes, pelo aspecto funcional, são generalistas.⁸²

Um exemplo interessante é mencionado por Paulo Osternack Amaral ao se referir à demanda que verse sobre a qualidade da fundação de um edifício em que aduz ser conveniente que as partes nomeiem árbitros engenheiros com profundo conhecimento em edificações, para que tenham a possibilidade técnica de aferir sobre adequação da fundação utilizada no empreendimento.⁸³

Mesmo que o juiz utilize a expertise de peritos⁸⁴ para realizar os trabalhos de maior complexidade técnica, eles deixam de ter contato direto com as especificidades das questões, porque vão decidir (concordando ou não) com base nos laudos elaborados pelos peritos, sem que tenha o magistrado familiaridade com a matéria objeto do litígio.⁸⁵

⁸⁰ Pode contar como fator determinante para escolha do árbitro a sua experiência em certo assunto.

⁸¹ Em palestra ministrada no I Seminário Internacional de Mediação e Arbitragem ocorrido no Centro Universitário de Brasília – CEUB, nos dias 27 e 28.05.2013, o Ministro aposentado do STF Francisco Resek mencionou que existem árbitros especialistas na construção civil operada em terrenos pantanosos. Em Londres, afirmou o Ministro, há árbitros especialistas em comércio de caroço de algodão desidratado.

⁸² "Quer-se do árbitro, não se pode esquecer, decisão técnica, especializada, melhor do que aquela que seria de esperar de um juiz estatal." CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*, 3. ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 243.

⁸³ AMARAL, Paulo Osternack. *Arbitragem e administração pública: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 38.

⁸⁴ José Renato Nalini esclarece que não deve "pretender que juízes sejam onipotentes e devam entender de todos os assuntos e assumir tarefas para as quais não foram formados. Se o juiz sabe confiar no perito dentro do processo, por que não entregar a *experts* os setores de que não sabe desincumbir-se?". NALINI, José Renato. Nem tudo é dinheiro. O Estado de São Paulo, publicado em 02.07.2007, Espaço Aberto, p. 2. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/328640/noticia.htm?sequencia=1>>, acesso em 15.09.2013.

⁸⁵ A propósito, calha trazer à baila as palavras reflexivas da Ministra Eliana Calmon proferida em palestra realizada no I Seminário de Mediação e Arbitragem organizado pela OAB/SP, em 21/08/2009, no Centro de Convenções da Fundação Armando Alvares Penteado – FAAE. "Eu sou juíza de carreira e posso dizer quantas e quantas vezes eu julguei, eu dei uma decisão absolutamente conduzida pela mão de um perito, porque eu não tenho nenhum conhecimento sobre o assunto e eu estou sendo conduzida inteiramente pela mão dele. Lógico que o perito é um perito escolhido, é da minha confiança, mas e se falha? Eu não tenho a responsabilidade do meu grau para dizer aquelas coisas que eu disse pela boca de um perito. Então, no momento em que se fala em

Como visto, a autonomia da vontade das partes, a celeridade e a tecnicidade dos julgamentos são características marcantes da arbitragem que trazem maiores esclarecimentos sob o modo de funcionamento da sistemática arbitral.

justiça arbitral, fala-se em uma justiça especializada [...]. Ultimamente, eu venho pensando muito nisso, quando chega ao Judiciário e muitas vezes já no STJ, e que nós temos sim de dar uma solução, e uma solução de âmbito nacional, para aqueles atos regulatórios. Até antes de entrar aqui, estávamos conversando e eu estava dizendo isso: hoje o grande tema do Direito Administrativo é o controle dos atos regulatórios pelo Poder Judiciário. Até onde vai a força do juiz para imiscuir-se nesses atos regulatórios? Porque esses atos regulatórios são altamente específicos, eles têm um conteúdo técnico muito grande, e o juiz não pode ser um palpiteiro. Ele tem de saber ter, inclusive, consciência da repercussão de seus atos. E nós vimos o desfile de absurdos que foi, por exemplo, o Judiciário se meter em conta de telefone, em pulsos além da franquía, porque há, por parte do consumidor, uma desconfiança, tanto em relação ao concessionário quanto às próprias agências reguladoras, e correm para o Judiciário e o Judiciário fica a dar meros palpites, daí porque um dá uma liminar, outro cassa liminar, e não se chega a um denominador comum. E por que isto? Porque efetivamente o juiz está sem um instrumento necessário para solucionar essas questões técnicas. Daí porque a arbitragem é, sim, importante nessas áreas contratuais, porque ela define através de um especialista.” CALMON, Eliana. “Arbitragem e poder público.” *Revista de Arbitragem e Mediação*. Ano 7, n. 24, jan-mar., 2010, p. 15-16.

Capítulo 2 - Arbitragem nos contratos administrativos

Busca-se examinar as questões relacionadas à arbitragem como meio de solução de conflitos nos contratos administrativos⁸⁶ sob o enfoque da arbitrabilidade subjetiva e objetiva, porquanto há algumas condições ou requisitos estabelecidos no ordenamento jurídico brasileiro para se valer do instituto como aqueles relativos à capacidade de contratar (arbitrabilidade subjetiva) e à disponibilidade de direitos (arbitrabilidade objetiva).

Essa análise, juntamente com a que foi realizada no capítulo precedente, permitirá a formação de um substrato teórico dentro dos limites necessários para enfrentar a questão principal da dissertação, que consiste em fomentar uma apreciação crítica aos obstáculos normalmente suscitados para afastar a utilização da arbitragem como meio de solução de conflitos em contratos administrativos.

Antes, porém, é oportuno rememorar que não se discutirá o contrato administrativo como instituto teórico, apesar de se reconhecer que o tema é cercado de questões polêmicas. Essa opção metodológica justifica-se pela necessidade de delimitar o objeto de pesquisa e por se considerar que o contrato administrativo, atualmente, é uma categoria jurídica autônoma e submetida a um regime jurídico próprio, na medida em que a Constituição Federal determina que as compras, as obras, as alienações e os serviços serão contratados pela Administração Pública (art. 37, inc. XXI).

⁸⁶ A arbitragem para revolver controvérsias nos contratos entabulados pela Administração não é novidade. Explica Selma Maria Ferreira Lemes que desde os idos de 1850 alguns contratos de concessão de obras e serviços públicos do Brasil Império faziam menção à arbitragem, sob o fundamento do Código Comercial igualmente de 1850. Com o Decreto n. 7.959/1880 uniformizaram-se os termos das concessões de estrada de ferro gerais, cuja cláusula XXXV dispunha: "no caso de desacordo entre o Governo e a companhia, sobre a inteligência das presentes cláusulas, esta será decidida por árbitros[...]". Outros contratos, como o de arrendamento de imóveis, também utilizavam a arbitragem, a exemplo do caso em que atuou Rui Barbosa, representando o Estado de Minas Gerais em conflito surgido no contrato de arrendamento firmado em 1912 entre o Estado e o arrendatário Américo Werneck. O Estado estava inadimplente com suas obrigações contratuais. O laudo arbitral prolatado em 1915 foi favorável ao arrendatário, condenando Minas Gerais ao pagamento de perdas e danos. Irresignado, o Estado ingressou com ação no Supremo Tribunal Federal que confirmou o laudo arbitral. Para maior aprofundamento sobre o histórico da arbitragem em contratos firmados pela Administração conferir: LEMES, Selma Maria Ferreira. *Arbitragem na administração pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 63-70. Conferir ainda Francisco Campos em trecho de sua obra que tratou de um contrato de concessão de linha férrea de 1888, com previsão de solução arbitral. (CAMPOS, Francisco. *Direito administrativo*. Rio de Janeiro: Freitas Fontes, 1958, p. 197-219).

Noutra passagem, a Constituição estipula que lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos, bem como o caráter especial desse contrato e de sua prorrogação (art. 175, parágrafo único, inc. I). E, ainda, nos termos do art. 22, inciso XXVII, estabelece que compete privativamente à União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação para União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

As leis infraconstitucionais que trazem as providências normativas em atenção aos dispositivos constitucionais precitados seguem essa linha. A exemplo da Lei n. 8.666/1993, art. 54 (e outros), que se refere a "contratos administrativos". A Lei n. 8.987/1995, quando define que a concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, dispõe que será formalizada mediante contrato (art. 4º), igualmente ocorre com permissão de serviço público (art. 40).⁸⁷ A Lei n. 11.079/2004 que conceitua a parceria público-privada como "contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa", art. 4º.

É como ensina Sônia Yuriko Kanashiro Tanaka, a existência dos contratos administrativos é incontroversa e confirmada pela realidade, estando os referidos contratos submetidos a um regime próprio, situados dentro da categoria jurídica dos contratos (gênero). Aduz ainda a autora que a presença da Administração Pública em um dos pólos contratuais é suficiente para atribuir a "*la marque administrative*" a esses contratos.⁸⁸

Tendo em vista a presença da Administração como uma das partes contratantes e o tratamento normativo conferido ao instituto pelo ordenamento jurídico, considera-se contrato administrativo, para fins deste trabalho e para emprego da arbitragem, todos os contratos entabulados pela Administração, independente de se incidir em maior ou menor medida o regime jurídico público ou o regime jurídico privado, pois essas peculiaridades não interferem no emprego da arbitragem para a solução de conflitos.

⁸⁷ Embora nessa norma não conste a expressão "contrato administrativo."

⁸⁸ TANAKA, Sônia Yuriko Kanashiro. *Concepção dos contratos administrativos*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 190. Vale conferir os fundamentos lançados pela autora: "O fato que deu origem à necessidade de especificar os contratos regidos pelo direito público daqueles do direito privado (distinção das jurisdições administrativa e comum) foi o que atribuiu premissa errônea para a caracterização dos contratos administrativos, levando ao entendimento de que a Administração Pública pode celebrar as duas espécies de contrato. Na realidade, em função da finalidade pública, a Administração tem prerrogativas para assegurar a supremacia do interesse público sobre o particular; e diante de tais características, dentre outras relacionadas, ela jamais poderá submeter-se às normas de direito privado. Dessa forma, subsume-se que todos os contratos da Administração são administrativos." (mesma obra, p. 190).

2.1. Arbitrabilidade subjetiva e objetiva

A arbitrabilidade, em sentido simples, pode ser definida como a possibilidade de sujeição de determinadas pessoas e determinados conflitos à arbitragem. O seu estudo pode ser dividido sob o aspecto subjetivo e objetivo.

Na arbitrabilidade subjetiva, investiga-se quem pode se submeter ao juízo arbitral (sujeito). Por outro lado, na arbitrabilidade objetiva, atenta-se para o plexo de conflitos que podem ser resolvidos por meio do instituto, vale dizer, tem-se em foco a matéria escopo da controvérsia (objeto).

A Lei n. 9.307/1996 faz menção tanto ao campo subjetivo quanto ao objetivo, prevendo, em seu art. 1º, que as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Extrai-se da norma que a parte inicial traz a lume a arbitrabilidade subjetiva – pessoas capazes de contratar –, enquanto a arbitrabilidade objetiva verifica-se *in fine* – litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

2.1.1 Arbitrabilidade subjetiva

Para investigar se o Estado pode figurar como sujeito em arbitragem é preciso considerar duas questões principais: uma relativa à própria capacidade do Estado enquanto pessoa jurídica e outra referente à existência ou não de restrições na Lei n. 9.307/1996 direcionadas ao Estado, sob o aspecto da arbitrabilidade subjetiva.⁸⁹

Acerca da primeira questão, vale observar preliminarmente que a legislação brasileira pretérita, ao tocar o tema, arrimou-se no critério de que as pessoas capazes de contratar podem se valer da arbitragem. Assim, o Código Civil de 1916, no art. 1.037, estabelecia que as pessoas capazes de contratar poderiam submeter aos árbitros pendências judiciais ou

⁸⁹ A questão da necessidade ou não de uma prévia autorização legal específica para a Administração Pública fazer uso da arbitragem guarda correlação com a arbitrabilidade subjetiva. Todavia, por questões metodológicas, optou-se por tratar dessa problemática no subitem 2.2.2, "O princípio da legalidade", em que será analisado, de forma mais abrangente, a desnecessidade dessa autorização.

extrajudiciais. Ainda em linguagem de semelhante teor, o art. 1.072 do Código de Processo Civil atual, em dispositivo revogado pela Lei n. 9.307/1996, havia fixado a mesma regra.⁹⁰⁻⁹¹

A tradição foi mantida na Lei n. 9.307/1996, visto que esse diploma vinculou a capacidade de contratar à possibilidade de utilizar a arbitragem. De acordo com a premissa contida na norma, impende verificar se o Estado é uma “pessoa capaz” e se, em consequência, pode obrigar-se mediante estipulação contratual de que é partícipe.

Francisco Amaral assevera que ser pessoa é ter personalidade de ser sujeito de direitos, de relações jurídicas, como credor, devedor. Explica ainda que, na linguagem jurídica, pessoa é o ser com personalidade jurídica, isto é, com aptidão para titularidade de direitos e deveres.⁹² Marcello Caetano ensina que a personalidade é “conceito que exprime a qualidade de sujeito de direitos e obrigações que a Ordem Jurídica atribui ou reconhece a certos substratos.”⁹³ Com base nesses ensinamentos, pode-se entender, em substância, que a personalidade jurídica é a susceptibilidade (capacidade de contrair) de direitos e obrigações.

Ora, é sabido e consabido que as pessoas jurídicas de direito público – União, Estados, Distrito Federal e Municípios (ou pessoas políticas ou entes federativos) – e as autarquias, associações públicas, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista (pessoas jurídicas administrativas)⁹⁴ – têm personalidade jurídica,⁹⁵ portanto possuem aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações, o que lhes permite figurar como sujeitos em contratos.

Também conexa à ideia de personalidade está a de capacidade. Sobre a capacidade, os entes federativos ou pessoas políticas, cuja existência decorre do texto constitucional, também

⁹⁰ Art. 1.072. “As pessoas capazes de contratar poderão louvar-se, mediante compromisso escrito, em árbitros que lhes resolvam as pendências judiciais ou extrajudiciais de qualquer valor, concernentes a direitos patrimoniais, sobre os quais a lei admita transação.”

⁹¹ Observa-se ainda que a arbitragem tradicionalmente liga-se à transação, com a concepção de que somente poderiam celebrar compromisso aqueles com poderes para transigir. O Decreto n. 3.900/1867, em seu art. 4º, esclarecia que “podem fazer compromisso todos os que podem transigir”. Também nessa linha era a regra contida no art. 414 do Regulamento n. 737/1850, que regulamentava o Código Comercial de 1850.

⁹² AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*, 6. ed, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 216.

⁹³ CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Almedina. Reimpressão Ed. Brasileira de 1977, p. 47.

⁹⁴ Essa classificação não é unânime na doutrina. Adota-se, neste trabalho, o escólio de Raquel Melo Urbano de Carvalho para quem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios são considerados pessoas políticas ou entes federativos; e as autarquias, associações públicas, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista são pessoas jurídicas administrativas. (CARVALHO, Raquel Mello Urbano. *Curso de direito administrativo*, 2. ed., Salvador: Juspodium, 2009, p. 655 e 662).

⁹⁵ O art. 41 do Código Civil estabelece que são pessoas jurídicas de direito público interno: I - a União; II - os Estados, o Distrito Federal e os Territórios; III - os Municípios; IV - as autarquias, inclusive as associações públicas; V - as demais entidades de caráter público criadas por lei. Sobre a personalidade jurídica de direito privado das empresas públicas e sociedades de economia mista, ver art. 5º, incisos II e III, do Decreto-lei n. 200/1967.

a possuem, pois fica evidenciada pelo simples fato de o poder constituinte originário tê-los instituído, tornando-os aptos a exercer direitos e contrair obrigações, segundo as regras de competência disciplinadas na Constituição Federal. As pessoas administrativas igualmente detêm capacidade nos termos das leis que as criam ou autorizam a sua criação.

Parece não haver dúvidas quanto à capacidade do Estado,⁹⁶ enquanto pessoa jurídica que é, de entabular contratos com terceiros com a firma de compromissos recíprocos. Até porque o Estado para atingir as suas finalidades orientadas pelo interesse público necessita da cooperação de terceiros, que pode ser instrumentalizada, entre outros modos, sob a forma de contratos.

A segunda questão, rememora-se, consiste em saber se na Lei n. 9.307/1996 há algum óbice ao Estado para utilizar a arbitragem. Não há obstáculo algum por parte da norma de regência. Pelo contrário, quando a lei estabelece que "as pessoas capazes de contratar" podem se valer da arbitragem, oferece um critério amplo e inclusivo, uma vez que na expressão "as pessoas..." deve-se interpretar o "as" como "todas", de modo a se ler e entender que "todas as pessoas", sem qualquer restrição, que tenham a capacidade de comprometer-se em obrigações e direitos e, portanto, de contratar podem empregar a arbitragem.

Selma Maria Ferreira Lemes registra que Rui Barbosa conferiu a mesma exegese a dispositivo legal semelhante ao precitado, mas pertencente às Ordenações Filipinas. Sobre os ensinamentos de Rui Barbosa, a autora lamenta que "talvez, se a lição do insuperável mestre não tivesse injustamente caído no limbo do esquecimento, a arbitragem no setor público não teria sofrido reveses."⁹⁷

Observa-se que a Lei n. 9.307/1996 não distingue entre pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou de direito privado, pessoas políticas ou administrativas, porquanto quis o legislador alcançar todas as pessoas, de forma genérica, que sejam capazes de contratar.⁹⁸

⁹⁶ No Estado Federado brasileiro, todos os componentes da Federação – União, Estados, Distrito Federal e Municípios – materializam o Estado, cada qual atuando nos limites de competência traçados na Constituição Federal.

⁹⁷ LEMES, Selma Maria Ferreira. *Arbitragem na administração pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 120-121.

⁹⁸ Nesse sentido, Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara apontam que na Lei de Arbitragem não há referência expressa aos entes estatais, como também não há a qualquer espécie de pessoa. "A lei foi dirigida a todas as pessoas, genericamente." (SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. "O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos." *Revista de Direito Administrativo*. São Paulo, n. 248, mai.-ago., 2008, p. 122).

Conferir interpretação restritiva à norma em foco limitaria indevidamente a autonomia contratual do Estado, sem qualquer respaldo no ordenamento jurídico.

Diante desse contexto, em que se verifica a plena capacidade de o Estado contratar e a inexistência de qualquer restrição na Lei de Arbitragem para tanto, crê-se possível o Estado recorrer à via arbitral para solucionar os conflitos surgidos no bojo de seus contratos administrativos. Satisfeito está, portanto, o critério da arbitrabilidade subjetiva por parte do Estado.

2.1.2 Arbitrabilidade objetiva

Consoante mencionado alhures, em termos de arbitrabilidade objetiva busca-se identificar quais são as contendas que podem ser resolvidas por meio desse método de solução de controvérsias, com luzes na matéria objeto de conflito.

A Lei n. 9.307/1996, sob o viés objetivo, estabelece que a arbitragem pode ser empregada quando se tratar de direitos patrimoniais disponíveis (art. 1º). Os critérios adotados pela lei de regência são o da disponibilidade combinado com a natureza patrimonial dos direitos envolvidos em controvérsia. Em geral, os ordenamentos jurídicos de outros países têm-se orientado pelos critérios precitados. Ora os aplicam de forma combinada, como ocorre no Brasil, ora de modo isolado ou ainda harmonizando-os com outros.

Ana Parestrelo de Oliveira identifica nos principais ordenamentos jurídicos os seguintes critérios: a) da disponibilidade dos direitos, nos ordenamentos suíço, acerca da arbitragem interna, italiano, espanhol e francês, neste conjugado com o critério da ordem pública; b) da patrimonialidade, na lei suíça de direito internacional privado e no código civil alemão, embora neste conjugado com o critério da disponibilidade do direito.⁹⁹

Como exemplo do direito estrangeiro, vale mencionar a nova Lei de Arbitragem Voluntária – LAV portuguesa ao dispor no seu art. 1º, n. 1, que qualquer litígio referente a interesses de natureza patrimonial pode ser resolvido pelas partes mediante convenção arbitral, desde que por lei especial não esteja submetido exclusivamente aos tribunais do Estado ou à

⁹⁹ OLIVEIRA, Ana Parestrelo de. *Arbitragem de litígios com entes públicos*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 32-33.

arbitragem necessária. O n. 2 do mesmo artigo complementa a regra para estabelecer que é válida uma convenção de arbitragem relativa a litígios que não envolvam interesses de natureza patrimonial, desde que as partes possam celebrar transação sobre o direito controvertido.¹⁰⁰⁻¹⁰¹

Percebe-se que a norma portuguesa combina o critério da natureza patrimonial do direito envolvido no litígio como o critério da transigibilidade do direito. De forma semelhante, rememora-se, a Lei de Arbitragem brasileira refere-se à disponibilidade e à natureza patrimonial do direito.

Vale ressaltar que os critérios, tanto no nosso ordenamento quanto em outros, estão assentados em conceitos vagos, cuja estabilização semântica oferece dificuldades e interpretações variadas sobre o que ou como seria definido um direito patrimonial disponível. Em De Plácido e Silva, patrimônio, no sentido jurídico, seria o conjunto de bens, de direitos e obrigações, aplicáveis economicamente, pertencente a uma pessoa natural ou jurídica, e constituindo uma universalidade. Integra um sentido de um complexo de direitos apreciáveis em dinheiro ou com um valor econômico.¹⁰²

Os direitos patrimoniais são aqueles referentes a esse conjunto de bens, em relações jurídicas que se estabelecem entre pessoas, que os têm por objeto.¹⁰³ Em linha semelhante, há quem considere os direitos patrimoniais como um conjunto de relações jurídicas economicamente apreciáveis.¹⁰⁴ Ou quem ressalte que tais direitos revestem-se de valor

¹⁰⁰ Art. 1.º Convenção de arbitragem, n. 1- "Desde que por lei especial não esteja submetido exclusivamente aos tribunais do Estado ou a arbitragem necessária, qualquer litígio respeitante a interesses de natureza patrimonial pode ser cometido pelas partes, mediante convenção de arbitragem, à decisão de árbitros. 2 - É também válida uma convenção de arbitragem relativa a litígios que não envolvam interesses de natureza patrimonial, desde que as partes possam celebrar transação sobre o direito controvertido." A lei antiga, Lei n. 31/1986, previa apenas o critério da disponibilidade do direito conforme seu art. 1º, n. 1, "Desde que por lei especial não esteja submetido exclusivamente a tribunal judicial ou a arbitragem necessária, qualquer litígio que não respeite a direitos indisponíveis pode ser cometido pelas partes, mediante convenção de arbitragem, à decisão de árbitros."

¹⁰¹ Sofia Martins revela trecho da exposição de motivos com a justificação do legislador para alteração da norma portuguesa: "O presente diploma vem, assim, alterar o critério de arbitrabilidade dos litígios, fazendo depender esta não já do caráter disponível do direito em litígio, mas antes, em primeira linha, da sua natureza patrimonial, combinando, porém esse critério principal [...] com o critério secundário da transigibilidade do direito controvertido, de modo a que mesmo litígios que não envolvam interesses patrimoniais, mas sobre os quais seja permitido concluir transação, possam ser submetidos à arbitragem." (MARTINS, Sofia. "A nova lei da arbitragem voluntária portuguesa [parte 1]." *Revista de Arbitragem e Mediação*. Ano 9, vol. 32, jan.-mar., 2012, p. 121).

¹⁰² SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho (Atualizadores), 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 569.

¹⁰³ CRETELLA NETO, José. *Comentário à lei de arbitragem brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 38-39.

¹⁰⁴ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*, 6. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 216.

econômico ou cujo inadimplemento pode ser reparado, compensado ou neutralizado por medidas de cunho econômico.¹⁰⁵

Parece que a importância de considerar um direito patrimonial é para diferenciá-lo do extrapatrimonial. Este, em tese, estaria fora do comércio e aquele poderia ser transmissível, transferível e destinado a satisfazer determinados interesses econômicos. Vale registrar que essa aproximação do que seria um direito patrimonial não é absoluta e tampouco precisa, pois há diversas interferências ou comunicadores entre essas categorias (patrimonial e extrapatrimonial).¹⁰⁶

Pedro A. Batista Martins resume que direito patrimonial disponível é aquele passível de conversão monetária e que pode ser livremente disposto pelo seu titular.¹⁰⁷ Para Selma Maria Ferreira Lemes os direitos patrimoniais disponíveis são aqueles que as partes e seus detentores têm a livre disposição para praticar atos da vida civil, como alienar. Acrescenta que o conceito de disponibilidade está ligado com o de negociabilidade e de bens suscetíveis de valor e livres no mercado.¹⁰⁸

O Código do Processo Civil atual, em dispositivo revogado pela Lei n. 9.307/1996, dispunha que os direitos patrimoniais eram aqueles a respeito do qual a lei admitia transação (art. 1.072).¹⁰⁹ Luis Fernando Guerrero afasta a idéia de que a arbitrabilidade objetiva envolve apenas direitos passíveis de transação para asseverar que a referida arbitrabilidade abrange todos os bens e direitos que podem ser objeto de contrato. Ou seja, são bens e direitos sobre os quais as partes podem criar obrigações.¹¹⁰

Dessarte, sem a pretensão de estabelecer demarcações precisas para conceitos indeterminados, mas apenas com o objetivo de tatear uma noção aproximada, parece que se

¹⁰⁵ HILST, Silvia de Lima. *Arbitragem na administração pública: o caso das parcerias público-privadas*. In Eduardo de Oliveira Leite (Org.). *Grandes temas da atualidade: mediação, arbitragem e conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 325. Ver também TALAMINI, Eduardo. “Arbitragem e parceria público-privada (PPP).” In Eduardo Talamini; Mônica Spezia Justen (Org.). *Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar*. Revista dos Tribunais, 2005, p. 335.

¹⁰⁶ A exemplo do direito a alimentos que compreende o aspecto extrapatrimonial, o dever moral de prestar alimentos, e o aspecto patrimonial relativo ao valor fixado pelas partes ou pelo juiz.

¹⁰⁷ MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos sobre a lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 3.

¹⁰⁸ LEMES, Selma Maria Ferreira. *Arbitragem na administração pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 124.

¹⁰⁹ Carlos Alberto Carmona entende que a Lei n. 9.307/1996, no ponto, foi contemplada com técnica legislativa superior em relação ao revogado art. 1.072 do CPC, que se reportava a direitos transacionáveis. (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*, 3. ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 38.)

¹¹⁰ GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de arbitragem e processo arbitral*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 44-45.

pode considerar o direito patrimonial como aquele susceptível de avaliação pecuniária ou que tenha valor econômico e o direito disponível seria aquele que as partes podem constituir ou extinguir por meio de ato ou acordos de vontades, ou seja, pode ser objeto de contrato.

Os contratos têm caráter patrimonial porque os bens e serviços que compõem a relação jurídica contratual são quantificáveis monetariamente, noção que se estende aos contratos administrativos. Ensina Enzo Roppo que as situações, as relações, os interesses que constituem a substância real de qualquer contrato podem ser resumidos na ideia de operação econômica.¹¹¹

Para o autor, o contrato-conceito jurídico e o direito dos contratos são instrumentais das operações econômicas e constituem a sua veste formal. Conclui que onde não há operação econômica não pode haver também contrato. Aduz ainda que o Código Civil Italiano, ao estabelecer que contrato é "acordo de duas ou mais partes para constituir, regular ou extinguir, entre si, uma relação jurídica de patrimonial", vai ao encontro de sua interpretação quando a norma específica que se trata de uma "relação jurídica patrimonial," o que justifica, com força de lei, que uma iniciativa que não se configure como operação econômica "não pode constituir matéria de contrato, e que, portanto, o contrato opera exclusivamente na esfera do econômico."¹¹²

Nesse contexto, parece razoável reconhecer, preliminarmente, que quando há possibilidade de se estabelecer contratos sobre determinados objetos (contratuais), em que ocorre a transferência de bens e direitos, está-se diante de uma situação que se reveste das características da disponibilidade e da patrimonialidade, contemplando a exigência normativa

¹¹¹ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, reimpressão 2009, p. 8.

¹¹² O autor explica que "existe operação econômica – e portanto matéria possível de contrato – onde existe circulação de riqueza de um sujeito para o outro (naturalmente, falando de riqueza não nos referimos só ao dinheiro e aos outros bens materiais, mas consideramos todas as utilidades susceptíveis de avaliação econômica, ainda que não sejam coisas em sentido próprio: nestes termos até a promessa de fazer ou não fazer alguma coisa em benefício de alguém, representa, para o promissário, uma riqueza verdadeira e própria.)". Exemplifica: um grupo político pode dar em locação, por renda muito baixa ou até emprestar, um imóvel para destinar às reuniões ou atividades do grupo. Ou um proprietário de um quadro deteriorado aceita emprestá-lo a uma galeria em troca do compromisso desta de restaurá-lo e expô-lo ao público. No primeiro caso, a transferência econômica corresponde em ceder um apartamento e no segundo, ao trabalho de restauro e à concessão da disponibilidade temporária de uma obra de arte. A doação também é um contrato porque por meio dela transferem-se direitos ou se assumem obrigações a favor de outrem, mecanismo típico de circulação de riqueza. Por outro lado, se duas pessoas se comprometem, mesmo que por escrito, a conservar sempre sua crença política comum ou algum determinado credo, não se trata de contrato, porque falta a patrimonialidade, ou seja, não há qualquer forma de transferência de riqueza, que constitui o necessário substrato de contrato. ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, reimpressão de 2009, p. 11-14.

ora referida como arbitrabilidade objetiva, ponto que será mais bem explorado adiante ao se examinar o alegado óbice da indisponibilidade do interesse público à arbitragem.

Como se nota, a possibilidade de sujeição de determinadas pessoas e conflitos à arbitragem, que se refere à questão da arbitrabilidade, está atendida pelo menos em relação aos requisitos traçados na Lei n. 9.307/1996, tanto sob o aspecto subjetivo quanto o objetivo. Todavia, para que se possa afirmar que a arbitragem pode ser meio de solução de controvérsias em contratos administrativos celebrados pela Administração Pública, é necessário ampliar a investigação para verificar se os óbices normalmente suscitados para afastar utilização do instituto nesses contratos resistem ou não a um exame um pouco mais de aprofundado da matéria. Tarefa que se desenvolverá no tópico seguinte.

2.2. Análise crítica das teses contrárias à arbitragem

Objetiva-se examinar, de forma crítica, os principais argumentos contrários ao emprego da arbitragem pela Administração, notadamente nos contratos em que entabula com terceiros. Para tanto, recorre-se aos principais fundamentos oferecidos pela doutrina, que impossibilitariam ou dificultariam a utilização do instituto nas avenças administrativas.

Lúcia Vale Figueiredo defende, em essência, que a arbitragem prevista na Lei n. 9.307/1996 estaria absolutamente descartada, porque o instituto destina-se a resolver conflitos relativos a direitos disponíveis, logo não poderia servir para dirimir questões em que está envolvido o interesse público. Acrescenta que a adoção da arbitragem representaria ofensa ao art. 5º, inciso XXXV, da CF, princípio da inafastabilidade de jurisdição, porquanto, nos termos do art. 18 da Lei n. 9.307/1996, o árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário, o que implicaria impossibilidade de haver recurso ao Judiciário.¹¹³

Também opina contra a arbitragem Luís Roberto Barroso. O autor realizou estudo sobre a validade da inserção de cláusula arbitral em contrato administrativo de compra e venda de energia elétrica. O contrato havia sido celebrado por uma sociedade de economia mista prestadora de serviço público, com fundamento na Lei n. 8.666/1993. Entendeu o autor

¹¹³ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*, 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 106.

que a Administração direta e indireta¹¹⁴ somente pode clausular arbitragem em seus ajustes se houver autorização legal nesse sentido. Aduziu ainda que a Lei n. 8.666/1993 (art. 55, § 2º), ao atribuir a obrigatoriedade de se incluir nos contratos firmados pela Administração cláusula de eleição de foro, veda a previsão de arbitragem.¹¹⁵

Sidney Bittencourt afirma que aos contratos administrativos, em princípio, não é permitido o uso da arbitragem sob pena de ofensa ao princípio da indisponibilidade do interesse público. Admite, no entanto, a arbitragem nos contratos que a Administração celebra com predomínio do direito privado, a exemplo do contrato de locação em que a Administração seja locatária, porquanto nessas condições não há falar em direitos indisponíveis.¹¹⁶

Suzana Domingues Medeiros alinha que deve haver autorização expressa em lei para que a Administração celebre contrato contendo cláusula arbitral. A autora analisa ainda a Lei n. 8.666/1993 para concluir, igualmente a Luís Roberto Barroso, que o art. 55, § 2º, desse diploma (cláusula de foro) constitui obstáculo à utilização da arbitragem nos contratos celebrados pela Administração.

Há ainda quem considere inconstitucionais as leis que autorizam expressamente a arbitragem em contratos administrativos de concessão (concessão comum, Lei n. 8.987/1995, e parcerias público-privadas, Lei n. 11.709/2004), conforme a opinião de Celso Antônio Bandeira de Mello. Para o autor, é inadmissível mecanismos privados de solução de conflitos nos contratos administrativos de concessões de serviço ou obra pública, inclusive a arbitragem, por estar em causa a indisponibilidade do interesse público, a respeito do qual somente o Poder Judiciário poderia emitir juízo decisório. Permitir que "simples árbitros" disponham sobre matéria litigiosa que circunde um serviço público, ofenderia o "papel constitucional do serviço público e a própria dignidade que o envolve."¹¹⁷

¹¹⁴ Segundo o art. 4º, incisos I e II, do Decreto-lei n. 200/1967, a Administração Federal compreende a Administração Direta e a Administração Indireta. Aquela constitui os "serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios" e aquela, as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações públicas.

¹¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. "Sociedade de economia mista prestadora de serviço público: cláusula arbitral inserida em contrato administrativo sem prévia autorização legal. Invalidez." *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e de Arbitragem*, São Paulo, n. 19, jan.-mai., 2003, p. 415-439.

¹¹⁶ BITTENCOURT, Sidney. "A cláusula de arbitragem nos contratos administrativos." *Direito Administrativo, Contabilidade e Administração Pública*. Rio de Janeiro, n. 9, set. 2000, p. 5-12.

¹¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, 25. ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 705, 766 e 777.

Como se percebe desses posicionamentos, pode-se divisar três grandes linhas consideradas pelos doutrinadores como obstáculos ao uso da arbitragem nos contratos administrativos: a) a inafastabilidade ou indeclinabilidade de jurisdição; b) a legalidade em sentido estrito ou a necessidade de prévia autorização mediante lei em sentido formal para pactuar a arbitragem em contratos; c) a indisponibilidade do interesse público.

O óbice da cláusula de foro decorrente da interpretação conferida ao art. 55, § 2º, da Lei n. 8.666/1993, parece subjacente à questão do princípio da legalidade ou, de forma mais específica, à possibilidade de se permitir a arbitragem em contratos administrativos regidos por essa norma, uma vez que nela não há autorização legal expressa para tanto. O outro obstáculo suscitado relativo à inconstitucionalidade das leis que regulam as concessões de serviços públicos está radicado na tese da indisponibilidade do interesse público, apesar de se referir ainda à apreciação da matéria concernente a serviços públicos por árbitros. Nesse contexto, entende-se que aquele argumento (cláusula de foro) será, sob o aspecto metodológico, mais bem contraposto se abordado em subitem referente ao princípio da legalidade e este (inconstitucionalidade) junto com o exame da indisponibilidade do interesse público, razão pela qual se opta pela redução do objeto em análise às três grandes linhas precitadas.

Por fim, sobre a possibilidade de a arbitragem figurar apenas em contratos que a Administração celebra com predomínio do regime jurídico de direito privado (ex: locação), vale rememorar que se entende irrelevante, para o presente estudo, a dicotomia entre contratos de direito público ou de direito privado, haja vista que se defende o emprego da arbitragem em todos os contratos firmados pela Administração indistintamente, consoante mencionado na introdução da dissertação e deste Capítulo.

2.2.1 O princípio da inafastabilidade de jurisdição

Reza o art. 5º, inciso XXXV, da CF que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito." Essa norma tem sido conhecida na doutrina e na jurisprudência como princípio da indeclinabilidade ou da inafastabilidade de jurisdição, do acesso ao Judiciário, do direito de ação ou, ainda, do monopólio de jurisdição.

O dispositivo está no ordenamento jurídico pátrio desde a Constituição de 1946 em redação bem semelhante à atual, quando assim foi vazado: "lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual."¹¹⁸ É cediço que quando a norma foi insculpida pela primeira vez na Lei Maior vivenciava-se uma época da história brasileira em que as arbitrariedades cometidas por governos não eram raras.

Comenta Cretella Júnior que a recomendação à lei refere-se à tendência de certa legislação integrante do regime constitucional de 1937, que excluía da apreciação do Judiciário as providências nele consagradas. O interesse público era geralmente o fundamento invocado para essas medidas.¹¹⁹ Em linha semelhante, Ilmar Galvão afirma que a intenção do Constituinte de 1946 era constituir escudo contra a reiteração de práticas realizadas no período político conhecido como "Estado Novo" (1937-1945), quando inquéritos policiais e de outra natureza eram instaurados contra pessoas as quais não se propiciavam garantias como contraditório e ampla defesa, e que, ao final, pronunciavam-se decisões sumárias, finais, impositivas, e insusceptíveis de reexame pelo Poder Judiciário.¹²⁰

Apesar da mudança do cenário em relação ao passado, na linha do preceito antecessor (1946), o atual (1988)¹²¹ busca coibir que o legislador produza normas que embarquem ou obstem o acesso à justiça. Assim, pode-se compreender que a norma constitucional tem o desígnio de proibir que a lei, e não as partes contratantes, suprima questões da apreciação do Poder Judiciário. Não se vislumbra qualquer vedação direcionada aos interessados em pactuar a resolução de conflitos fora do eixo judicial.

Essa interpretação tem o beneplácito do STF no caso em que o Pretório Excelso afirmou a constitucionalidade, *incidenter tantum*, da Lei de Arbitragem, conforme trecho do voto proferido pelo Ministro Nelson Jobim:

¹¹⁸ Art. 141, § 4º, da Constituição Federal de 1946, "lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual."

¹¹⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à constituição brasileira de 1988*, vol. 1, art. 1º a 5º, LXVII. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989, p. 434.

¹²⁰ GALVÃO, Ilmar. *O juízo arbitral*. In Diogo Leite de Campos; Gilmar Ferreira Mendes; Ives Gandra da Silva Martins (Coord.). *A evolução do direito no Século XXI: estudos em homenagem ao Prof. Arnold Wald*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 153. Ver ainda Uadi Lammêgo Bulos para quem "não raro, demitia-se alguém de uma função vitalícia, como tanto tem sucedido na história da República. Bastava invocar, para justificar a brutalidade de tais atos, aquela medida de exceção [estado de sítio] e logo o Poder Judiciário se abrigava numa incompetência fundada na natureza política da espécie, quando a vítima do arbítrio administrativo lhe exorava um *habeas corpus*." (BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição federal anotada*, 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 223).

¹²¹ Igualmente havia previsão nesse sentido na Constituição de 1967, art. 153, §4º.

A Constituição proíbe que lei exclua da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV). Ela não proíbe que as partes pactuem formas extrajudiciais de solução de seus conflitos, atuais e futuros. Não há nenhuma vedação constitucional a que as partes, maiores e capazes, ajustem a submissão de conflitos, que possam decorrer de relações jurídicas decorrentes dos contratos específicos, ao sistema de arbitragem. [...] Não há que se ler na regra constitucional (art. 5º, XXXV), que tem como destinatário o legislador, a proibição [de as] partes renunciarem à ação judicial quanto a litígios determináveis, decorrentes de processo específico. Lá não se encontra essa proibição. Pelo contrário, o texto proíbe o legislador, não o cidadão.¹²²

Observa-se que a linha exegética desenvolvida pelo STF foi a de que a vedação constitucional teve como foco o legislador, e não as partes contratantes maiores e capazes de ajustarem a solução de conflitos na forma extrajudicial por meio do mecanismo da arbitragem.

De ressaltar que o dispositivo em exame proclama uma garantia ou um direito de acesso ao Judiciário. Não é uma imposição para que as pessoas ingressem em juízo com vistas a pleitear seus direitos subjetivos, porque podem escolher outras vias para resolver controvérsias, atendidas as demais regras do ordenamento jurídico. Ou seja, a norma precitada representa um direito de ação, e não um dever.

De mais a mais, conforme mencionado alhures,¹²³ adota-se a formulação teórica de que a jurisdição deve ser compreendida com maior generalidade, porquanto o principal requisito do poder jurisdicional, que é o de solucionar conflitos com aptidão para tornar as questões indiscutíveis, está presente na arbitragem, haja vista que o ordenamento jurídico conferiu parcela da jurisdição aos árbitros, nos termos do que ocorreu com a promulgação da Lei n. 9.307/1996, com reserva dos atos de coerção aos juízes.

¹²² Agravo Regimental na Sentença Estrangeira n. 5.206/EP-Espanha. Relator Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 12.12.2001, DJ 30.04.2004, p. 1063-1064. Ficaram vencidos o Relator e os Ministros Sydney Sanches, Moreira Alves e Néri da Silveira, que entendiam inconstitucionais a prévia manifestação da vontade da parte na cláusula compromissória em face da indeterminação do seu objeto, e a possibilidade de a outra parte recorrer ao Judiciário para compelir a parte recalcitrante a firmar o compromisso, razão pela qual opinaram pela violação do princípio do livre acesso à jurisdição estatal em relação aos seguintes dispositivos da Lei n. 9.307/1996: parágrafo único do art. 6º, art. 7º e seus parágrafos; a nova redação conferida pelo art. 41 ao art. 267, inc. VII, e art. 301, inc. IX, ambos do CPC.

¹²³ Ver subitem 1.3.

Mesmo no clássico entendimento restritivo de jurisdição de Giuseppe Chiovenda – que define a jurisdição como a função do Estado que visa à atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade dos órgãos públicos, da atividade dos particulares e de outros órgãos públicos –, lembra Rodolfo de Camargo Mancuso que essa "substitutividade" judicial não implica "assunção monopolística" de todo e qualquer conflito de interesse pelo aparelho judicial estatal, haja vista que o art. 102 da Constituição Italiana, apesar de garantir o acesso à justiça tal qual a nossa (art. 5º, XXXV), sinaliza para uma acepção mais pluralista de jurisdição, *verbis*: "Podem apenas ser instituídos juntos aos órgãos judiciários ordinários seções especializadas para determinadas matérias, inclusive com a participação de cidadãos estranhos à magistratura[...]"¹²⁴

Assim, na hipótese da arbitragem, não há falar em ofensa ao art. 5º, inciso XXXV, da CF, porque o próprio ordenamento consente outras formas de resolução de controvérsias para além de órgãos judiciários estatais. Nelson Nery Junior explica que não se pode tolerar é a exclusão, pela lei, da apreciação de lesão a direito pelo Poder Judiciário, caso que não ocorre no juízo arbitral. O que se exclui pelo compromisso arbitral é o acesso à via judicial, mas não à jurisdição, uma vez que a lide será resolvida pela justiça arbitral e, em ambas, há atividade jurisdicional.¹²⁵

Jefferson Carús Guedes lembra a existência no nosso ordenamento jurídico de "jurisdições anômalas", como são exemplos o julgamento do Presidente da República pelo Senado Federal no caso de crimes de responsabilidade, e os julgamentos proferidos pelos Tribunais de Contas, Justiça Desportiva e arbitragem, apesar de não estarem totalmente excluídos de controle pelo Poder Judiciário.¹²⁶

Há ainda a possibilidade de a própria Administração solucionar controvérsias por meio de uma autotutela¹²⁷ procedimentalizada, com vistas a estabelecer instâncias parajudiciais capazes de recepcionar e resolver conflitos internamente, desfazendo-se a ideia de que a via

¹²⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 300.

¹²⁵ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*, 9. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 162.

¹²⁶ GUEDES, Jefferson Carús. *Transigibilidade de interesses públicos: prevenção e abreviação de demandas da fazenda pública. Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. In Jefferson Carús Guedes; Luciane Moessa de Souza (Coord.). Estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli. Belo Horizonte: Fórum, 2009, 254-255.

¹²⁷ Conforme consagrado pelo Enunciado das Súmulas ns. 346 e 473, ambas do STF, e pelo art. 53 da Lei n. 9.784/1999. No contexto de procedimentalização, define-se a autotutela como um poder-dever de a Administração Pública zelar e controlar seus atos, condutas e atividades, com vistas a evitar lesão a direitos de terceiros, no desígnio de restaurar a legalidade e de atender o interesse público.

judicial é o fim único e último de toda pretensão resistida ou insatisfeita. Nesse caso, a Administração ordena seu mecanismo decisório administrativo e assegura a participação do administrado, agentes públicos, órgãos técnicos, para melhor subsidiar suas escolhas e tomar decisões relativas à resolução de controvérsias, sem precisar recorrer ao Poder Judiciário.¹²⁸

Assim, a Administração opta pela solução de determinadas contendas na sua intimidade, mediante a procedimentalização da autotutela, que, caso não logre êxito em dirimir o conflito, ao menos embasará com informações, provas e argumentos técnicos as demandas que ingressarem no Poder Judiciário.¹²⁹

No contexto de reavaliar a função judicial no Estado brasileiro, Rodolfo de Camargo Mancuso propõe a implementação de uma política judiciária voltada para meios alternativos ou complementares que ofereçam “estradas vicinais” por onde podem e devem transitar os conflitos que, por sua singeleza, valor envolvido, opção dos interessados, conduzam à resolução de litígios para fora e além da estrutura judiciária estatal.¹³⁰

Nessa linha de exegese, surge uma tendência natural – acolhida pelo legislador e por parte da jurisprudência e da doutrina – de consentir e incentivar a adoção de meios de solução de conflitos extrajudiciais, entre os quais se destaca a arbitragem, conferindo-lhes resolução técnica e célere.

Por fim, vale lembrar que, quando é instituída a arbitragem em contratos administrativos, o acesso ao Judiciário não fica obstado. Como antes mencionado,¹³¹ a convenção de arbitragem apresenta alguns efeitos. Um deles é o de privilegiar a autonomia de vontades das partes relativamente ao acordo por elas firmado de afastar, em tese, a jurisdição estatal da solução de determinados conflitos. Esse afastamento não ocorre de forma absoluta,

¹²⁸ PARADA, André Luis Nascimento. "A procedimentalização da autotutela administrativa como meio alternativo de solução de conflitos." *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 13, n. 148, jun. 2013, p. 15-27. Após desenvolver a parte teórica, o autor relata a experiência de entes federativos pátrios que optaram por adotar a procedimentalização da autotutela por meio de órgãos colegiados e mediante parcerias em ações concertadas, cujos bons resultados refletem na diminuição da litigiosidade, no tratamento adequado de informações e no mapeamento de necessidades e falhas da Administração. Foram destacadas a experiência da Junta Administrativa de Indenizações de Porto Alegre, do Conselho de Administração de Pessoal de Minas Gerais e a sistemática empreendida por órgãos da estrutura organizacional paulista para o fornecimento de medicamentos e tratamentos de saúde.

¹²⁹ É como ensina Araken de Assis, há a necessidade de “criar-se a ‘justiça administrativa’. Realmente, os conflitos entre o cidadão e os Estados-membros [...] carecem da instalação de estrutura própria e independente para resolvê-los, desfazendo a orfandade atual do direito administrativo.” (ASSIS, Araken. "O direito comparado e a eficiência do sistema judiciário." *Revista do Advogado*, n. 43, jun. 1994, p. 19).

¹³⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito*. Belo Horizonte: Fórum, ano 12, n. 60, mar.-abr., 2010, p. 92-93.

¹³¹ Ver subitem 1.5.

porquanto o ordenamento jurídico reservou ao juiz algumas possibilidades de intervenção estatal para garantir o bom funcionamento da arbitragem.

Há hipóteses em que a Lei n. 9.307/1996¹³² prevê a comunicabilidade entre arbitragem e a jurisdição estatal em uma relação de cooperação ou coordenação. Essa intervenção deve ser cautelosa, sob pena de configurar indevida a atuação estatal, limitando-se a conferir ao procedimento arbitral adequado funcionamento ou apoio quando necessário, para que seja respeitada a vontade das partes em pactuarem a solução privada das controvérsias.

Diante de todo contexto, entende-se que o art. 5º, inciso XXXV, da CF, não pode ser considerado como obstáculo ao emprego da arbitragem em contratos administrativos: a uma porque o dispositivo precitado proíbe que a lei, e não as partes contratantes, suprimam questões da apreciação do Poder Judiciário; a duas porquanto se trata de uma garantia ou um direito de acesso ao Judiciário (direito de ação), e não uma imposição (dever de ação); a três porque se compreende a jurisdição com maior generalidade, em que o Estado pode delegar parcela dessa jurisdição especialmente para consentir outras formas extrajudiciais de resolução de controvérsias; a quatro porquanto a instituição de arbitragem é uma faculdade das partes e ainda assim não afasta a jurisdição estatal de forma absoluta, mas com ela mantém uma relação de coordenação ou cooperação, na medida em que o ordenamento jurídico confere ao juiz algumas possibilidades de intervenção estatal para garantir o bom funcionamento da arbitragem.

2.2.2 O princípio da legalidade

O princípio da legalidade tem sido suscitado como um dos principais obstáculos ao emprego da arbitragem em contratos administrativos firmados pela Administração Pública. Especificamente, aduzem os tributários desse entendimento que há necessidade de autorização

¹³² Citam-se: a execução específica da cláusula compromissória (art. 7º da Lei n. 9.307), a fixação de honorários dos árbitros (art. 11, parágrafo único, da Lei n. 9.307), condução coercitiva de testemunhas renitentes (art. 20, § 2º, da Lei n. 9.307), a efetivação de medidas cautelares ou coercitivas (art. 22, §4º, da Lei n. 9.307), a apreciação da questão prejudicial sobre direitos indisponíveis (art. 25 da Lei n. 9.307), a homologação de sentença arbitral estrangeira (art. 35 da Lei n. 9.307). Também há a impugnação de sentença, extraída de dispositivos da Lei n. 9.307/1996 e do CPC: ação de anulação da sentença arbitral (art. 33 da Lei n. 9.307), embargos do devedor (art. 33, § 3º, da Lei n. 9.307); impugnação com base no art. 475-J, § 1º, do CPC; execução de sentença arbitral (art. 475-N, inciso IV, do CPC).

legal expressa ou lei específica para que a Administração clause arbitragem em suas avenças.

Sob o ponto de vista metodológico, crê-se que a essa questão será mais bem estudada se, preliminarmente, for estabelecida uma releitura do referido princípio, notadamente com objetivo de se descobrir o sentido atual de vinculação da Administração à lei, ponto que reúne interpretações díspares e muitas das vezes simplistas e dissociadas da realidade que permeia a prática administrativa.

Após o assentamento teórico do que seria uma interpretação razoável para o princípio da legalidade, com foco na vinculação da Administração à lei, vale citar algumas leis que mencionam a possibilidade de a arbitragem figurar como cláusula contratual de solução de conflitos em avenças administrativas, especialmente para lembrar que o legislador, há tempos, tem apontado para o instituto da arbitragem como meio possível de solucionar controvérsias no bojo de contratos administrativos.

E, por fim, enfrenta-se a problemática de a Lei n. 8.666/1993, que fixa as normas gerais sobre licitações e contratos administrativos, não contemplar a autorização expressa para o emprego da arbitragem nos contratos que regula.

2.2.2.1 O princípio da legalidade e a Administração Pública

O princípio da legalidade, ligado à noção de limitação de poder, nasceu da ideia de separação de poderes conjugada com a de Estado Liberal. A separação de poderes, de acordo com a teoria de Montesquieu,¹³³ consiste em dividir as tarefas de criação e de aplicação do

¹³³ Transcreve-se trecho da obra de Montesquieu (Charles-Louis de Secondat) que reflete seu pensamento: “Quando em uma só pessoa, ou em um mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não pode existir liberdade, pois se poderá temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado criem leis tirânicas para executá-la tiranicamente. Também não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se o poder executivo estiver unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria o legislador. E se estiver ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo então estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse estes três poderes: o de criar as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes e as querelas dos particulares.” (MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 166). Não se afirma que Montesquieu foi o criador da teoria da separação de poderes. Essa teoria foi formulada ao longo de um processo histórico que atingiu um bom grau de teorização na doutrina de Montesquieu. Aristóteles, em “A Política”, fazia menção a três poderes: poder deliberante, poder executivo e poder de fazer justiça. Também John Locke, no “Tratado do Governo Civil”, reconhecia o poder federativo,

direito. Aquela seria função do Poder Legislativo e esta dos Poderes Executivo e Judiciário. Era uma forma de garantir a liberdade, ou seja, proteger os direitos individuais dos cidadãos em face do Estado. Nessa concepção, a Administração Pública deveria aplicar o direito legislado, uma vez que a lei representava a vontade geral. A lei era a formadora do direito enquanto a Administração era a executora.¹³⁴

Sobre o Estado Liberal, marcado pela ideia do não intervencionismo estatal, vale registrar que, antes da Revolução Francesa de 1789, a organização política era baseada em governos absolutistas. Governos dessa natureza fundamentavam-se na noção de que o soberano era escolhido de Deus e, entre outras implicações, concentrava em suas mãos o poder de dizer o direito, o que lhe permitia atuar tanto por normas gerais e abstratas quanto por atos singulares que poderiam, em alguns casos, contrariar aquelas.

Alexis de Tocqueville ensina que a "obra peculiar" ou efeito da Revolução Francesa foi justamente o de abolir as instituições políticas que durante séculos dominaram totalmente a maioria dos povos europeus, para substituí-las por uma ordem social e política mais uniforme e mais simples, baseada na igualdade de condições.¹³⁵

A Revolução Francesa afastou o quadro político-jurídico anterior e, lastreada na doutrina clássica de Montesquieu da separação de poderes, estabeleceu que a fonte do direito não se encontraria em instância supostamente transcendental, mas na vontade da comunidade que se consubstanciava na lei geral. A lei determinava a cada um dos membros da comunidade individualmente e a cada um dos atos singulares do poder.¹³⁶ Substituíam-se a vontade individual do soberano por uma vontade geral a ser veiculada pelo Poder Legislativo mediante a lei. Logo, o Poder Legislativo passou a gozar de maior proeminência em relação aos outros Poderes, pois era quem elaborava as leis.

Assim, o Estado Liberal adotou a lei em igual medida de vinculação tanto para o Estado quanto para os demais cidadãos. Era suficiente estabelecer uma relação de

poder legislativo e o poder executivo, propondo a entrega dessas funções estatais a órgãos independentes, conforme TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*, 13. ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 119-120.

¹³⁴ FAGUNDES, Miguel de Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*, 7. ed., atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 3.

¹³⁵ TOCQUEVILLE, Alexis. *O antigo regime e a revolução*. Tradução de Yvonne Jean da Fonseca. Brasília: Universidade de Brasília, 1979, p. 63.

¹³⁶ SANTOS NETO, João Antunes dos. *O impacto dos direitos humanos fundamentais no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 209.

compatibilidade¹³⁷ das condutas e atos com a lei para que se configurasse a licitude da situação. Fala-se, nesse contexto, da vinculação negativa ao princípio da legalidade haja vista que se podia fazer tudo o que a lei não proibisse. Bastava, repisa-se, a compatibilidade.

João Antunes dos Santos Neto atribui essa exegese a uma interpretação simplista do que dispunha o art. 5º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 ao estabelecer que "a lei não proíbe senão ações nocivas à sociedade; tudo o que não é vedado pela lei não pode ser impedido e ninguém pode ou será forçado a fazer o que ela não ordena."¹³⁸

Assim, o princípio da legalidade, com o aspecto de limitação de Poder do Estado, nasce do ideário revolucionário de proteção a direitos subjetivos e individuais atrelado à noção de separação clássica de poderes, sob a influência do Estado Liberal marcadamente não intervencionista.

Já o conceito de Estado de Direito surgiu no século XIX na doutrina jurídica alemã, *Rechtsstaat* (Estado de Direito), antes de ser transposto à França e a outros países europeus com algumas modificações.¹³⁹ Nessa concepção, há o enquadramento jurídico do poderio do Estado cuja ação é inteiramente submetida e regida pelo direito. Os órgãos só poderiam agir em face de uma habilitação jurídica e somente poderiam fazer uso dos meios autorizados pelo direito.¹⁴⁰⁻¹⁴¹

Na França, em decorrência da ideia de vontade geral da lei e de supremacia do Parlamento, a lei passou a ser entendida não apenas como limite da atividade administrativa, mas como condição dessa atividade. Destaca Patrícia Baptista que os juristas franceses do século XIX ao formularem o princípio da legalidade não pensavam tanto na limitação do Poder Executivo pelo direito, mas sim na subordinação à lei, isto é, ao Parlamento.¹⁴²

¹³⁷ Por relação de compatibilidade deve-se entender que se podia fazer tudo o que a lei não proibisse.

¹³⁸ SANTOS NETO, João Antunes dos. *O impacto dos direitos humanos fundamentais no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 209.

¹³⁹ Veja-se que o Estado Liberal e Estado de Direito não são expressões contemporâneas.

¹⁴⁰ CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Tradução de Marçal Justen Filho, Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 201-202.

¹⁴¹ A expressão Estado de Direito apareceu pela primeira vez em livro de Welcker, publicado em 1813, conforme FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de direito e constituição*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 5.

¹⁴² BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 99.

Assim, a doutrina do *Rechtsstaat* acarretou na submissão integral da Administração à lei, sob a ideia de vinculação positiva.¹⁴³ Por vinculação positiva à lei deve-se entender a necessidade de habilitação jurídica (existência de lei formal¹⁴⁴) para o agir da Administração.

Logo, o princípio da legalidade que antes era concebido na França revolucionária como protetivo de direitos individuais dos cidadãos em face do Estado – e que permitia à Administração, assim como ocorria com o particular, estabelecer uma relação apenas de compatibilidade com a lei, vinculação negativa –, passou a ser interpretado sob o viés da vinculação positiva à lei.

A ideia da vinculação positiva à lei ou legalidade em sentido estrito encontra respaldo em grande parte da doutrina brasileira.¹⁴⁵ No magistério doutrinário administrativista mais antigo, rememora-se a lição de Seabra Fagundes quando asseverava que "administrar é aplicar a lei de ofício"¹⁴⁶ e de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello para quem a "autoridade administrativa não pode querer senão o que a lei permite e na medida em que permite."¹⁴⁷

As palavras de Hely Lopes Meirelles dessa linha não destoavam. Afirmava que "enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza." E assim arrematava: "a lei

¹⁴³ Tércio Sampaio Ferraz Júnior explica que na Alemanha a legalidade teve o viés diverso da França. A legalidade germânica "verá a Administração como um poder do estado essencialmente livre nos termos da lei, isto é, dos direitos dos cidadãos por ela traçados. Só autorizado pela lei prévia pode o Administrador exigir o sacrifício daqueles direitos. Mas, quanto ao mais, pode executar tudo quando julgue necessário à prossecução do bem público." A legalidade francesa, segundo o autor, teve alcance diferente. "A lei foi vista como condição e não apenas como limite da atividade administrativa. Esta, qualquer que fosse o seu objeto e os seus efeitos, quer interferisse com os direitos dos administrados, quer tivesse efeitos fora desse campo, só poderia exercer-se com fundamento na lei. O primário e essencial é a norma legal." (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. "Ética administrativa num país em desenvolvimento." *Informativo Jurídico Consulex*, n. 23, Jun. 2009, p. 9).

¹⁴⁴ Lei formal é aquela criada por órgão estatal incumbido constitucionalmente de sua elaboração segundo o processo legislativo previamente estabelecido.

¹⁴⁵ Também há seguidores dessa linha no direito estrangeiro. Charles Eisenmann faz opção pela concepção mais restritiva de legalidade, "aquela que se funda na noção de lei, que é a do direito positivo." (EISENMANN, Charles. "O direito administrativo e o princípio da legalidade." *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 56, abr.-jun., 1959, p. 50.). Michel Stassinopoulos aduz que em um Estado de Direito a Administração está obrigada a agir sempre *secundum legem*. (STASSINOPOULOS, Michel. *Traité des actes administratifs*. Paris: Institute Français Athènes, 1954, p. 69.).

¹⁴⁶ FAGUNDES, Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder público*, 7. ed., atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 3. De ressaltar que a assertiva lançada pelo autor de que "administrar é aplicar a lei de ofício" foi proferida em um contexto em que se comparava a função administrativa com a função jurisdicional. Crê-se que o objetivo do autor não era limitar a função administrativa a uma atuação mecânica em relação à lei, mas apenas diferenciar a função administrativa da jurisdicional.

¹⁴⁷ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*, 2. ed., Belo Horizonte: Forense, 1979, p. 474.

para o particular significa ‘pode fazer assim’, para o administrador público significa ‘deve fazer assim.’”¹⁴⁸

Celso Antônio Bandeira de Mello, em lição semelhante a de Hely Lopes Meirelles, entende que o princípio da legalidade quer dizer que a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina. Ao contrário dos particulares, os quais podem fazer tudo o que a lei não proíbe. O autor admite que o princípio da legalidade pode sofrer restrições transitórias em face de situações anômalas ou excepcionais previstas na Constituição Federal como as medidas provisórias e a decretação de Estado de Defesa e de Sítio.¹⁴⁹ Em Weida Zancaner, sobressai exegese de que o princípio da legalidade exige que os atos administrativos sejam conformes à lei em sentido formal.¹⁵⁰

Mais recentemente, José dos Santos Carvalho Filho esclarece que o princípio da legalidade significa que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. Não o sendo, a atividade é ilícita.¹⁵¹⁻¹⁵² Por fim, Romeu Felipe Barcellar Filho defende que a adoção do sentido estrito da legalidade é exigência da própria Constituição Federal.¹⁵³

Como se percebe, parte da doutrina nacional filia-se à tese da legalidade em sentido estrito ou vinculação positiva à lei formal, o que parece ser uma visão um pouco dissociada da realidade atual e de difícil operacionalidade.

Rememora-se que a originária concepção do princípio da legalidade está ligada à ideia rígida da separação de poderes e às razões históricas de reação aos Estados absolutistas. Resta saber se essa exegese ainda pode ser sustentada nos dias atuais.

¹⁴⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, 18. ed., São Paulo: Malheiros, 1993, p. 83.

¹⁴⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, 25. ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 105-106.

¹⁵⁰ ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 25.

¹⁵¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 23. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 21.

¹⁵² Observa-se que se essa vinculação positiva à lei fosse levada ao extremo, de acordo com as palavras utilizadas pelo autor, todas as concessões de serviços públicos efetivadas no âmbito federal antes de 1995 seriam consideradas ilícitas, porque a Lei n. 8.987, que regula as concessões, só foi promulgada em 1995. Ainda os concursos públicos de provas ou de provas e títulos para provimento de cargos efetivos federais também seriam considerados ilícitos, porquanto não há uma lei formal e geral que regule a atividade administrativa de prover seus cargos efetivos mediante concurso público.

¹⁵³ BARCELLAR FILHO, Romeu Felipe. *A noção jurídica de interesse público no direito administrativo brasileiro*. In Romeu Felipe Barcellar Filho; Daniel Wunder Hachem (Org.). *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 99.

Preliminarmente, vale lembrar que o Estado deixou de ser aquele ente preocupado em proteger apenas os direitos subjetivos e individuais do cidadão (Estado Liberal) para, posteriormente, passar por um período intervencionista (Estado Social) e mais recentemente, conservando em boa parte as características dos "modelos" anteriores, assumir uma postura voltada à regulação (Estado Regulador).

Devido às desigualdades advindas do Estado Liberal, não intervencionista, passou o Estado a atuar na redução dessas desigualdades ampliando suas funções principalmente nas áreas social e econômica. Assume, portanto, com o Estado Social, diversas atribuições que antes não lhe reclamavam. Nesse contexto, o Estado atua de forma protagonista do desenvolvimento e da ordem econômica e social.

A assunção de maiores e complexas atribuições e a contínua exigência na adoção de medidas nas diversas áreas de atividade, mormente nas searas social e econômica, traz a necessidade de uma atuação mais célere e capaz de responder aos desafios. Essa dinamicidade passa a demandar uma ação técnica e ágil da Administração Pública,¹⁵⁴ cujo cenário revela-se incompatível com a lentidão do processo legislativo. Em consequência, o Poder Executivo passa a ter atividade legislativa intensa, a exemplo dos antigos decretos-lei e das sucedâneas medidas provisórias.¹⁵⁵ Nota-se que a concepção de separação de poderes inicial, com atividades totalmente distintas e estanques, passa a ter menos contornos nítidos.

Atualmente, após um movimento de privatização, o Estado inclina-se a manter as atividades sociais mais básicas, transferindo à iniciativa privada aquela atividade que não lhe é exclusiva. Surgem, nesse bojo, terceirizações, parcerias entre a Administração e a iniciativa privada e, ainda, a possibilidade de descentralização na produção de normas. Nesse contexto, fala-se em um Estado regulador e promotor dos serviços sociais básicos e econômicos estratégicos.¹⁵⁶

¹⁵⁴ GASPARETTO, Patrick Roberto. *A administração pública frente à lei inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 101.

¹⁵⁵ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 8. ed., 2004, p. 30.

¹⁵⁶ Segundo Paulo Modesto, "O Estado apenas regulador é o Estado Mínimo, utopia conservadora insustentável ante as desigualdades das sociedades atuais. Não é este o Estado que se espera resulte das reformas em curso em todo o mundo. O Estado deve ser regulador e promotor dos serviços sociais básicos e econômicos estratégicos. Precisa garantir a prestação de serviços de saúde de forma universal, mas não deter o domínio de todos os hospitais necessários; precisa assegurar o oferecimento de ensino de qualidade aos cidadãos, mas não estatizar todo o ensino. Os serviços sociais devem ser fortemente financiados pelo Estado, assegurados de forma imparcial pelo Estado, mas não necessariamente realizados pelo aparato do Estado. MODESTO, Paulo. "A reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil." Disponível em: <<http://bresserpereira.org.br/Terceiros/Autores/Modesto,Paulo/terceirosetorreforma.PDF>>, acesso em 12.09.2013, p. 5.

Essas transformações se comunicaram ao princípio da legalidade que deixou de ter aquele delineamento típico de um Estado Liberal para ser visto em um cenário de maior complexidade, em que a lei deixa de ser a única norma a embasar a atuação da Administração. Clèmerson Clève assevera que a emergência do Estado Social com o aumento das suas funções e dos instrumentos de intervenção atribuídos ao Poder Executivo e, ainda, o surgimento de uma sociedade técnica provocaram queda do prestígio da lei.¹⁵⁷

Odete Medauar alinha os seguintes fatores que levaram à alteração da ideia originária do princípio da legalidade: a) ocorreu o empenho da Administração na obtenção de poderes livres, o que gerou contrapesos ao princípio da legalidade, a exemplo da discricionariedade e dos atos de governo; b) as transformações do Estado deslocaram a primazia do Legislativo para o Executivo; c) reconheceu-se a existência de função de orientação política na cúpula do Executivo; d) a lei votada pelo Legislativo deixou de expressar a vontade geral para ser vontade de maiorias parlamentares controladas pelo Executivo; e) aumento da função normativa desempenhada pelo Executivo.¹⁵⁸

Na doutrina de Paulo Otero, o princípio da legalidade vinculativa da Administração Pública sofreu transfigurações durante as últimas décadas do século XX, uma vez que: a) a densidade ordenadora da legalidade reduziu-se e o pluralismo normativo converteu-se em um neofeudalismo normativo; b) a proliferação de um sistema constitucional projetou-se no conteúdo da própria legalidade administrativa, reconduzindo-a a um "Direito de Princípios"; c) a intensidade vinculativa da normatividade, observando-se o surgimento de diversas manifestações de *soft law* que envolve a degradação da força obrigatória das normas da legalidade administrativa.¹⁵⁹⁻¹⁶⁰

Nesse contexto, observa-se que o ambiente que inspirou o antigo Estado Liberal não mais se verifica, notadamente ao se considerar as transformações por que tem passado o próprio Estado. Essas mudanças inevitavelmente se comunicaram ao princípio da legalidade

¹⁵⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo*, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 55.

¹⁵⁸ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, 8. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 145-146.

¹⁵⁹ O autor esclarece ainda que "O mito liberal de divinização da perfeição da lei foi objeto de uma progressiva erosão durante o século XX, encontrando-se hoje desmistificado: não se pode negar autonomia da função administrativa na realização do Direito, nem deixar de reconhecer a impregnação da legalidade administrativa de uma dimensão constitucional que, sem prejuízo da imperfeição intrínseca da lei, se encontra eivada de uma conflitualidade de interesses contraditórios." (Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 198).

¹⁶⁰ Neste trabalho não se pretende analisar uma a uma as transformações do princípio da legalidade, mas apenas citar a constatação de alguns autores sobre o tema.

que deixa de contemplar a lei como a última e única espécie normativa de sujeição da Administração.

Em consequência desse cenário e tendo em vista que a formulação teórica de que a Administração deve atuar como mera executora da lei tem sido considerada “simplista e insatisfatória”¹⁶¹ ou “irrealizável”¹⁶² pelos próprios administrativistas, porque seria necessário uma lei para cada ato ou medida adotada pela Administração, sobressai de parte representativa da doutrina a substituição do princípio da legalidade, com aquela noção de vinculação positiva à lei, por uma legalidade em sentido amplo, denominada de princípio da juridicidade.

Em essência, por princípio da juridicidade deve-se entender que a Administração não vai se subordinar ou vincular somente à lei formal, mas às normas do ordenamento jurídico. É o que a doutrina francesa denomina de bloco de legalidade pelo qual se rege a atividade administrativa, consistente nas leis, regulamentos, princípios legais, costumes, conforme ensina Maurice Hauriou.¹⁶³⁻¹⁶⁴

Edilson Pereira Nobre Júnior interpreta que a legalidade alcançou sentida evolução, traduzindo hoje a necessidade de que todos os Poderes Públicos se achem submetidos ao Direito (no sentido de ordenamento jurídico), com a necessária lembrança de que essa vinculação respeita a todo o bloco de legalidade, inclusive aos princípios gerais do direito, positivados ou não na Constituição e nas leis.¹⁶⁵

¹⁶¹ ENTERRIA, Eduardo Garcia. *Legislación delegada, postestad reglamentaria y control judicial*. Madrid: Civitas, 1998, p. 354.

¹⁶² MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo em evolução*, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 145.

¹⁶³ HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif et droit public*. Paris: Library de la Société du Recueil Sirey, 1921, p. 61-62. Valer registrar que Romeu Felipe Barcelar Filho e Daniel Wunder Hachem atribuem a Maurice Hauriou a sistematização do bloco de legalidade (BARCELAR FILHO, Romeu Felipe, e HACHEM, Daniel Wunder. *Direito administrativo e interesse público*. Estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 96). Conferir ainda Jefferson Aparecido Dias para quem a concepção de vinculação positiva da Administração ao princípio da legalidade tem sido ampliada com vistas a complementar ou substituir a noção de subordinação à lei pela subordinação ao Direito, na linha do que a doutrina francesa tem chamado de *bloc legal*. (DIAS, Jefferson Aparecido. *Princípio da eficiência e moralidade administrativa*, 2. ed., Curitiba: Juruá, 2008, p. 53.

¹⁶⁴ Charles Eisenmann interpreta que André de Laubadère concebe o princípio da legalidade como o conjunto de: a) leis constitucionais; b) leis ordinárias; c) regulamentos; d) tratados internacionais; e) usos e costumes; f) normas jurisprudenciais. (EISENMANN, Charles. "O direito administrativo e o princípio da legalidade." *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 56, abr.-jun., 1959, p. 49).

¹⁶⁵ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *O princípio da boa-fé e sua aplicação no direito administrativo brasileiro*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 134.

Eurico Bitencourt Neto entende que a legalidade em sentido amplo caracteriza o princípio da juridicidade, ou seja, o respeito ao ordenamento jurídico.¹⁶⁶ Julio Rodolfo Comandira explica que a legalidade deve ser entendida como juridicidade, princípio que abrange todo o sistema normativo, desde os princípios gerais de direito e a Constituição, até os tratados internacionais, a lei formal, os regulamentos e certos contratos administrativos.¹⁶⁷

Sob a ótica de Germana Moraes de Oliveira, substitui-se, no Direito Administrativo, o princípio da submissão da Administração a uma norma pré-fixada pelo princípio da submissão da Administração ao direito.¹⁶⁸ Assim, esclarece a autora, o princípio da legalidade da administração é substituído por um princípio mais amplo, de juridicidade daquela ação.¹⁶⁹

Apesar de o *nomen iuris* juridicidade ter sido adotado por boa parte da doutrina para explicar o fenômeno, prefere-se, neste trabalho, a nomenclatura de legalidade em sentido amplo. A uma porque parece exprimir melhor a visão "alargada" que se quer dar à legalidade. A duas porquanto a utilização pioneira do termo juridicidade coube a Adolf Merkl¹⁷⁰ que não utilizou o termo juridicidade para indicar um grau determinado de vinculação à lei, mas somente para ressaltar a necessidade de um fundamento jurídico para atuação administrativa.¹⁷¹

Assim, deixa-se de se ver a lei votada pelo legislativo como o único parâmetro a guiar a atuação da Administração para se trazer à baila diversos preceitos normativos que permeiam o ordenamento jurídico. A lei em sentido formal é apenas uma das possibilidades de manifestação do princípio da legalidade. Como explica Cármen Lúcia Antunes Rocha, não é que se dispense a forma da lei, pois ela continua sendo o elemento de segurança jurídica dos

¹⁶⁶ BITENCOURT NETO, Eurico. *Improbidade administrativa e violação de princípios*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 127-128.

¹⁶⁷ COMANDIRA, Julio Rodolfo. *Derecho Administrativo: acto administrativo, procedimiento administrativo e otros estudios*, 2. ed., Buenos Aires: Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, 2003, p. 132-133.

¹⁶⁸ Nesta dissertação, submissão ao direito quer dizer submissão ao ordenamento jurídico.

¹⁶⁹ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*, 2. ed., São Paulo: Dialética, 2004, p. 31.

¹⁷⁰ Fabrício Motta atribui a Adolf Merkl a utilização pioneira do princípio. (MOTTA, Fabrício. *Função normativa da administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 129-130). Diogo de Figueiredo Moreira Neto igualmente credits a Adolf Merkl a expressão princípio da juridicidade (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*, 14. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 82).

¹⁷¹ Adolf Merkl explica que o princípio da juridicidade significa que, não só a Administração está condicionada pela existência de um Direito Administrativo, mas cada ação administrativa está condicionada pela existência de um preceito administrativo que admite semelhante ação. (MERKL, Adolf. *Teoría general del derecho administrativo*. Tradução de José Luis Monereo Pérez. Granada: Comares, 2004, p. 206.

indivíduos. Apenas se tem que nem a lei é um fim, nem a única fonte do direito, nem é suficiente pela sua só existência.¹⁷²

Essa tem sido uma tendência em outros países ao se constatar que alguns ordenamentos jurídicos têm assentado o princípio da legalidade em sentido amplo. A constituição espanhola de 1978 determina, em seu art. 103, item 1, que a Administração deve se sujeitar à lei e ao direito. Também a Constituição Lusitana de 1976 expressa que os órgãos e os agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei, conforme seu art. 266, item 2.¹⁷³ A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 1949 prevê que o Poder Legislativo está submetido à ordem constitucional e os Poderes Executivo e Judiciário obedecem à lei e ao direito (art. 20, § 3º).¹⁷⁴

Odete Medauar, sem mencionar o dispositivo precitado da Lei Fundamental de Bonn, explica que orientação semelhante – de vincular a atividade administrativa a valores consagrados constitucionalmente – tem ocorrido no direito alemão sobretudo por obra da jurisprudência que extrai da Constituição Alemã os princípios que atualmente informam a atividade administrativa como os princípios da segurança e da proporcionalidade. Em análise ao princípio da legalidade insculpido no art. 37, *caput*, da Constituição do Brasil, a autora assevera que a compreensão deve abranger não só a lei formal, mas os preceitos decorrentes de um Estado Democrático de Direito.¹⁷⁵

No nosso ordenamento jurídico, há, na Lei n. 9.784/1999, dispositivo que contempla essa ideia ao estabelecer que nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de atuação conforme a lei e o direito (art. 2º, parágrafo único, inciso I). Essa

¹⁷² ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 73. Arremata a autora: "[...] o administrador público submete-se não apenas à lei, mas ao Direito, e este pode ser instrumentalizado por outros meios que não a lei formal.", p. 79.

¹⁷³ Maria João Estorninho ao referir a esse dispositivo explica que apesar de constar a expressão "Constituição e à lei", tem-se entendido que o princípio da legalidade deve ter um sentido mais abrangente, um princípio da juridicidade da Administração, segundo o qual todo o direito deve ser tomado em conta na atividade administrativa (ESTORNINHO, Maria João. *Fuga para o direito privado*. Coimbra: Almedina, 1996, p. 175).

¹⁷⁴ Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. Traduzida por Assis Mendonça Aachen. Revisor jurídico Urbano Carvelli Bonn. Disponível em: <http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3254212/Daten/1330556/ConstituicaoPortugues_PDF.pdf>, acesso em 14.06.2013.

¹⁷⁵ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo em evolução*, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 148-149.

interpretação ampla do princípio da legalidade igualmente tem encontrado aceitação no Poder Judiciário pátrio.¹⁷⁶

Deve-se deixar bem vincado que a legalidade em sentido amplo não nega a necessidade de observar a lei formal. Tanto é que há na Constituição da República matérias que necessariamente estão submetidas à reserva legal. E por reserva legal deve-se entender que certos temas devem ser obrigatoriamente normatizados por lei formal votada pelo parlamento. Tampouco a legalidade em sentido amplo pugna pela aplicação pura e irrefletida somente de princípios, mas o que se pretende é a obediência do direito como um bloco normativo composto por leis formais, princípios explícitos e implícitos, regulamentos, atos normativos.

Como ensina Raquel Elita Alves Preto, ao enriquecer a ideia de legalidade, concebendo-se que nela coexistam outras normas do direito que não só a lei em sentido estrito, faz-se uma aproximação maior com os princípios imanentes ao sistema jurídico no momento da aplicação das normas que o compõem.¹⁷⁷ Assim, passa-se a compreender no bojo da legalidade administrativa novas bases, a exemplo dos princípios da eficiência, razoável duração do processo, celeridade processual etc.

O princípio da legalidade concebido sob a perspectiva ampla não se esgota na lei em sentido formal, porquanto esta é apenas uma das possibilidades de manifestação do princípio

¹⁷⁶ Deliberações do Tribunal Regional Federal da 1ª Região: "O princípio da legalidade adquire, atualmente, compreensão mais ampla, para significar princípio da constitucionalidade (Juarez Freitas), princípio da legitimidade (Diogo de Figueiredo Moreira Neto) ou princípio da juridicidade (Eduardo Soto Kloss), de modo a fazer prevalecer o fim do Direito (a justiça) sobre a literalidade da lei [...] (AMS 2000.01.00.082743-7/AP, Rel. Desembargador Federal Antonio Ezequiel, Rel. Acor. Desembargador Federal João Batista Gomes Moreira (conv.), Quinta Turma, DJ p.147 de 12/07/2002), disponível em:<<http://jurisprudencia.trf1.jus.br/busca/>>, acesso em 15.06.2013. Outro *decisum* do TRF 1ª Região: "Vem-se preconizando substituir a designação princípio da legalidade por princípio da juridicidade ou da legitimidade, doutrina que já se projeta na Lei n. 9.784/99, onde está prevista atuação da Administração segundo a lei e o Direito [...] (REO 0024332-66.2000.4.01.0000/DF, Rel. Juiz Plauto Ribeiro, Primeira Turma, DJ p. 20 de 06/11/2000), disponível em:<<http://jurisprudencia.trf1.jus.br/busca/>>, acesso em 15.06.2013. Também há decisão monocrática do Min. Dias Toffoli do STF proferida em agravo que não admitiu recurso extraordinário:"A doutrina moderna reconhece o princípio da legalidade material, também chamado de princípio da juridicidade, segundo o qual as regras jurídicas devem observar não somente as demais regras postas no ordenamento, mas também os princípios que as fundamentam." (ARE 682058, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 04/10/2012, publicado em Processo Eletrônico DJe-199, divulgado em 09/10/2012, publicado em 10/10/2012), disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2828682058%2E+O+U+682058%2EDMS%2E+29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/nhu4jw5>>, acesso em 15.06.2013.

¹⁷⁷ PRETO, Raquel Elita Alves. *Legalidade, competência normativa e competência regulamentar: contribuição analítica para um tema fundamental do direito público*. In Fernando Dias Menezes de Almeida *et al* (Coord.). *Direito público em evolução: estudos em homenagem à professora Odete Medauar*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p.106.

da legalidade. A lei deixa de ser o fundamento único e último da atividade administrativa. Em consequência, passa-se a entender por legal aquela solução extraída do ordenamento jurídico, e não somente das hipóteses descritivas pré-estabelecidas na lei formal.

Firmada essa premissa de que o parâmetro utilizado para nortear a atividade administrativa é o ordenamento jurídico como um todo, falta precisar melhor o sentido da vinculação da Administração à lei nos dias atuais.

Quando se pensa a questão da vinculação à lei é importante rememorar o estudo desenvolvido por Charles Eisenmann, na década de 50 do século passado, em que o autor assenta duas noções do princípio da legalidade: a noção máxima e a mínima. Segundo a noção mínima, a legalidade é uma relação de não-contrariedade ou de compatibilidade. Na noção máxima, a legalidade é uma relação de conformidade.

A relação de não-contrariedade ou de compatibilidade indica que a Administração não deve infringir dispositivo legal algum, podendo fazer tudo o que a lei não vede.¹⁷⁸ A relação de conformidade seria uma "relação muito mais rigorosa" segundo Eisenmann, pois nela a Administração só poderia praticar atos conforme uma regulamentação prévia, ou seja, só agiria com permissão da lei formal.¹⁷⁹

Esse estudo desenvolvido pelo autor sugere que há graus de vinculação à lei: uma representada pela relação de compatibilidade e outra pela de conformidade. Crê-se que a primeira não seria adequada para nortear as atividades da Administração Pública, notadamente ao se considerar o ordenamento vigente, sobretudo as teorizações sobre o Estado de Direito. Parece mais consentânea à realidade da Administração e à premissa da legalidade em sentido amplo adotar a relação de conformidade, mas com a releitura de que a Administração só pode agir com permissão do ordenamento jurídico, não se restringindo, portanto, somente à lei formal.

Esta noção sim reflete melhor as mudanças ocorridas no Estado desde a sua concepção inicial até os dias atuais e ainda se revela a maneira mais apropriada aos desafios e às complexidades sociais hodiernas, bem como vai ao encontro da exigência de uma ação técnica e ágil da Administração Pública.

¹⁷⁸ Tal qual hoje é interpretado o art. 5º, inciso II, da nossa Constituição para aplicação do princípio da legalidade aos particulares de um modo geral. É o que se chama de vinculação negativa.

¹⁷⁹ EISENMANN, Charles. "O direito administrativo e o princípio da legalidade." *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 56, abr.-jun., 1959, p. 54-56.

A concepção ampla de legalidade, repisa-se, não afasta a aplicação da lei em sentido formal, principalmente nos casos de reserva legal¹⁸⁰ estabelecidos pela Constituição, porque assim concebeu o Poder Constituinte, seja ele originário ou derivado. É o caso, por exemplo, do art. 37, inciso X, da CF o qual determina que a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 da CF somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica.

Vale registrar que alguns autores mencionam, à guisa exemplificativa, certas atividades administrativas ou temas que necessitam de legalidade estrita (lei formal) e outros que dela prescindem. É o caso de Juan Afonso Santamaria Pastor ao explicar que "todas as atuações da Administração de natureza gravosa" necessitam de prévia autorização legal, ou seja, lei formal. Essa atividade gravosa é aquela que incide em qualquer situação jurídica dos sujeitos (privados ou públicos) de forma limitativa ou extintiva. Ainda segundo o autor, em um Estado de Direito a liberdade dos cidadãos só pode ser limitada pela Administração se houver autorização legal para tanto.¹⁸¹

Em uma perspectiva mais liberal, Patrícia Baptista aduz que em certas áreas de atuação administrativa, especialmente as de organização, planejamento e prestação, há que se presumir dispensada, em princípio, a exigência de programação legal anterior para balizar a atuação da Administração.¹⁸²

Vera Monteiro entende que o princípio da legalidade deve ser visto de forma flexível,¹⁸³ ora como relação de compatibilidade ora como de conformidade. Representando a primeira (relação de compatibilidade), a doutrinadora oferece as seguintes possibilidades: na celebração de contratos, nas prestações positivas, nas afirmações de direitos constitucionais. No que se refere à relação de conformidade, menciona a necessidade de lei formal para temas

¹⁸⁰ A doutrina costuma dividir a reserva legal em relativa e absoluta. Esta ocorre quando não se admite a regulação de elementos essenciais por qualquer outro ato normativo, se não por lei formal. A reserva absoluta tem aplicação relevante em matéria penal e tributária. A reserva relativa existe quando se admite a regulamentação, em parte, por fonte diversa da lei, sob condição de que a lei formal indique as bases em que essa regulação deva produzir-se validamente. São hipóteses em que a Constituição prevê a prática de ato infralegal, impondo obediência a requisitos ou condições reservados à lei. MOTTA, Fabrício. *Função normativa da administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 123-125.

¹⁸¹ SANTAMARIA PASTOR, Juan Afonso. *Princípios de derecho administrativo*, 3. ed., Madrid: Ceura, 2000, p. 93-94.

¹⁸² BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 111.

¹⁸³ Paulo Otero também se alinha à tese da legalidade flexível para assentar que um modelo rígido, fechado, e indisponível de vinculação da Administração Pública à legalidade transfigurou-se em uma legalidade dotada de flexibilidade pela própria administração pública. (OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 198).

relativos às matérias tributária e penal.¹⁸⁴ Patrick Gasparetto afirma que as matérias que impliquem cerceamento de direito e as de natureza sancionatórias devem ser reguladas por lei em sentido formal.¹⁸⁵

André Gonçalves Pereira acolhe a concepção ampla do princípio da legalidade. Para ele, basta que o ato administrativo esteja conforme a lei em sentido material.¹⁸⁶ Sobre o princípio da legalidade aplicado aos contratos administrativos, aduz que ora basta uma relação de compatibilidade ora de conformidade com a lei em sentido material.¹⁸⁷

Observam-se que alguns apontamentos doutrinadores defendem a coexistência no âmbito do Direito Administrativo da relação de compatibilidade com a de conformidade à lei ampliada. Nada obstante, acolhe-se a formulação teórica de conformidade consoante alhures mencionado, mas com a correção ou releitura de que a conformidade se dá em face do ordenamento jurídico, e não somente da lei em sentido formal. Essa opção parece ser a mais realista e adequada para explicar o sentido atual da vinculação da Administração à legalidade ampla.

Diante das considerações ora gizadas, pode-se chegar às seguintes conclusões parciais: a) o Estado passou por transformações que se comunicaram ao princípio da legalidade; b) o princípio da legalidade em sentido amplo deixa de conceber a lei formal como única e última norma apta a orientar a atuação da Administração Pública; c) a Administração passa a vincular-se à lei e ao direito (ordenamento jurídico); d) a ideia ampliada de legalidade proporciona uma maior aproximação com os princípios do sistema jurídico no momento da aplicação das normas que o compõem; e) a legalidade em sentido amplo não despreza a lei formal tampouco pugna por uma aplicação irrefletida dos princípios, busca-se a obediência ao ordenamento jurídico, e não somente à lei formal; f) algumas matérias dependerão de prévia autorização legal (lei formal) para habilitar a atuação da Administração, como as que são objeto de reserva de lei, as que integrarem a "Administração de natureza gravosa", ou seja, as que limitam ou extinguem situações jurídicas; outras, a exemplo da atuação administrativa

¹⁸⁴ MONTEIRO, Vera. *Concessão*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 60-66.

¹⁸⁵ GASPARETTO, Patrick Roberto. *A administração pública frente à lei inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 130.

¹⁸⁶ Para o referido autor, lei em sentido material abrange leis constitucionais, leis ordinárias e regulamentos. A lei em sentido formal é todo ato genérico emanado do órgão constitucionalmente competente para legislar e revestido da forma externa prescrita para as leis. Explica ainda que toda lei em sentido formal igualmente o é em sentido material, mas nem toda lei em sentido material é formal, pois se excluem desta categoria os regulamentos. (PEREIRA, André Gonçalves. *Erro e ilegalidade no acto administrativo*. Lisboa: Ática, 1962, p. 42-43).

¹⁸⁷ PEREIRA, André Gonçalves. *Erro e ilegalidade no acto administrativo*. Lisboa: Ática, 1962. p. 50-51.

como organização, planejamento, prestação e contratação, hão de se presumir, em tese, dispensada de programação legal prévia; g) a relação de conformidade à lei é substituída pela relação de conformidade ao ordenamento jurídico; h) da legalidade em sentido amplo sobressai o relevante entendimento de que a solução válida é aquela extraída do ordenamento jurídico.

2.2.2.2 Leis que autorizam o uso da arbitragem em contratos administrativos

A legalidade em relação à arbitragem nos contratos administrativos não pode prescindir da análise, ainda que sucinta, de alguns diplomas legais. É sabido que não há uma autorização geral expressa que permita a Administração Pública se valer da arbitragem. Todavia há leis de Direito Administrativo que prevêm o uso da arbitragem e de outros mecanismos de solução de conflitos em grande parte dos contratos administrativos.

Nessa linha, mencionam-se as leis gerais de concessão de serviço público (concessão comum e parceria público-privada) e outras leis específicas que regulam setores como petróleo, telecomunicações, transporte, energia elétrica etc. A Lei n. 8.987/1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, estabelece entre as cláusulas do contrato de concessão aquelas relativas ao "foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais" (art. 23, inciso XV).

Com base nesse comando, parte da doutrina passou a entender que o dispositivo autorizou o uso da arbitragem nos contratos de concessão e permissão de serviços públicos. Nesse sentido, posiciona-se Diogo de Figueiredo Moreira Neto para quem a expressão "modo amigável de solução das divergências contratuais" abrange: a mediação, a conciliação e a arbitragem. Esclarece o autor que houve previsão de arbitragem, apesar de o legislador não explicitá-la como uma das modalidades a ser adotada.¹⁸⁸ O Tribunal de Contas da União

¹⁸⁸ Assim se expressa o autor: "Ora, como só há três modos de solucionar amigavelmente controvérsias contratuais: pela mediação, pela conciliação e pela arbitragem, não resta a menor dúvida de que o legislador brasileiro a previu expressamente, embora sem explicitar como uma das modalidades que devem ser necessariamente adotadas." (NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Mutações do Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 285). Ver ainda, nessa linha, o escólio de Caio Tácito, relativo à interpretação do art. 23, XV, da Lei n. 8.987/1995, para quem "a partir expresso critério quanto aos contratos de concessão, cujo modelo federal se transmite como norma geral aos planos estadual e municipal, a doutrina passou a reconhecer o ingresso do arbitramento em matéria administrativa". TÁCITO, Caio. *O Juízo Arbitral em Direito Administrativo*. In Pedro A. Batista Martins; José Maria Rossani Garcez (Org.). *Reflexões sobre Arbitragem: in memoriam ao Desembargador Cláudio Vianna de Lima*. São Paulo: LTr, 2002, p. 26.

sufragou esse entendimento, pois considerou que a arbitragem se amoldaria aos modos amigáveis de resolução de conflitos mencionados na Lei Geral de Concessão de Serviço Público.¹⁸⁹

Apesar deste trabalho apresentar tendência favorável à adoção da arbitragem em contratos administrativos, crê-se não ser razoável essa interpretação conferida ao dispositivo legal em foco. A norma traz a expressão "modo amigável de solução das divergências contratuais" e a arbitragem parece não estar inserida como espécie do gênero "modo amigável", que mais se coaduna com as características da mediação e da conciliação.¹⁹⁰

Na arbitragem, elege-se um terceiro (árbitro) para resolver um conflito, substituindo-se as partes que não conseguiram pacificá-lo por si mesmas. A decisão arbitral busca solucionar definitivamente a controvérsia, sendo a sentença arbitral equiparada à judicial pelo legislador, o que confere contornos jurisdicionais ao instituto, que, como mencionado alhures, possui natureza jurídica híbrida (fase preliminar contratual e fase posterior jurisdicional).

Logo, ante o nítido caráter jurisdicional ou híbrido (este engloba aquele), não há como confundir a arbitragem com a mediação e a conciliação (modo amigável) em que as partes são aproximadas pelo mediador ou conciliador no esforço de levá-las ao fim do conflito, uma vez que o árbitro atua como se juiz fosse (modo jurisdicional), ou seja, resolve uma situação conflituosa proferindo uma decisão terminativa equiparada à sentença judicial transitada em julgado.¹⁹¹

Crê-se mais razoável interpretar o art. 23, inciso XV, da Lei n. 8.987/1995 na linha de Clávio Valença Filho para quem essa norma traz uma autorização implícita para disponibilidade de direitos. Nesse caso, podendo a Administração dispor de direitos por meio

¹⁸⁹ Decisão n. 188/1995 – Plenário, Relator Ministro Paulo Affonso Martins Oliveira. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual/Jurisprudencia.faces>>, acesso em 15.07.2013.

¹⁹⁰ A doutrina costuma entender a mediação como mecanismo de solução de conflitos em que as partes outorgam ao mediador a função de aproximá-las para restabelecer a comunicação entre elas e conseqüentemente tentar resolver o conflito. Na conciliação, igualmente é dado ao conciliador a tarefa de aproximar as partes, mas nesta hipótese o conciliador opina e propõe soluções, esforçando-se para levá-las a um entendimento. Apesar da semelhança entre os dois institutos, a doutrina indica que o mediador não pode sugerir qual seria a melhor solução para controvérsia como ocorre na conciliação. Sua tarefa seria restrita a avizinhar as partes, para que estas possam resolver a contenda. Nesse sentido conferir: FERREIRA NETTO, Cássio Telles. *Contratos administrativos e arbitragem*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 4-6.

¹⁹¹ Nesse sentido, conferir Gustavo Henrique Justino de Oliveira para quem a arbitragem não é um método amigável de solução de conflitos, mas sim uma solução criada pelo legislador com alternativa à solução judicial. (OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. "A arbitragem e as parcerias público-privadas." *Revista eletrônica de direito administrativo econômico – Redae*, n. 2, mai-jul de 2005, p. 24, disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-2-MAIO-2005-GUSTAVO-JUSTINO.pdf>>, acesso em 25.09.2013).

da resolução de litígios pelos métodos amigáveis (conciliação, mediação), com muito mais razão poderá submetê-la a uma decisão equivalente à jurisdicional, prolatada por um árbitro. Ou seja, quem pode o mais pode o menos.¹⁹²

Registrada a exegese que se considera razoável sobre o art. 23, inciso XV, da Lei n. 8.987/1995, vale ressaltar que atualmente essa discussão parece não se revestir de maior importância, pois a ideia permissiva da arbitragem em contratos de concessão de serviço público tornou-se mais clara com a edição da Lei n. 11.196/2005 ao inserir na Lei n. 8.987/1995 o art. 23-A. O novel dispositivo trouxe a possibilidade de o contrato de concessão prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas relativas ao "contrato, inclusive a arbitragem."¹⁹³ Aliás, o art. 23-A da Lei n. 8.987/1995 é de teor semelhante ao que consta na Lei n. 11.079/2004, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada – PPP para a administração pública, conforme seu art. 11, inciso III.¹⁹⁴

Como se percebe, tanto nas concessões de serviços públicos comuns¹⁹⁵ (Lei n. 8.987/1995) quanto nas concessões empreendidas por meio de PPPs (Lei n. 11.079/2004) constam autorizações expressas do legislador para o uso facultativo da arbitragem na solução de controvérsias contratuais em avenças administrativas.

Sobre os setores específicos da atividade administrativa, vale lembrar alguns diplomas legais que regulam contratos administrativos: a) Lei n. 9.472/1997, Lei Geral de Telecomunicações, estabelece que o contrato de concessão indicará o foro e o modo para solução extrajudicial das controvérsias contratuais (art. 93, XV); b) Lei n. 9.478/1997, Lei do Petróleo e Gás, fixa que o contrato de concessão terá como cláusulas as regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional, art. 43, X; c) Lei n. 10.233/2001, Lei de Transportes Aquaviários Terrestres, prevê regras sobre solução de controvérsias relacionadas ao contrato e à sua

¹⁹² VALENÇA FILHO, Clávio. "Arbitragem e contratos administrativos." *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, n. 8, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr.-jun., 2000, p. 373.

¹⁹³ Art. 23-A. "O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996."

¹⁹⁴ Art. 11. "O instrumento convocatório conterá minuta do contrato [...], podendo ainda prever: [...] III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato."

¹⁹⁵ De ressaltar que a própria Lei n. 11.079/2004 refere-se à concessão regida pela Lei n. 8.987/1995 como concessão comum, consoante art. 2º, §3º.

execução, inclusive a conciliação e a arbitragem, arts. 35, XVI, 39, XI; d) Lei n. 10.438/2002 que traz a possibilidade de clausular arbitragem em contratos de aquisição de energia, art. 4º, §§ 4º e 5º; e) Lei n. 10.848/2004, Lei sobre Comercialização da Energia Elétrica, dispõe, na parte relativa aos contratos da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE, que as regras para a resolução das eventuais divergências entre os agentes integrantes da CCEE serão estabelecidas na convenção de comercialização e em seu estatuto social, que deverão tratar do mecanismo e da convenção de arbitragem, conforme art. 4º, §§ 5º e 6º; f) Lei n. 11.442/2007, Lei dos Transportes Rodoviários de Carga, faculta aos contratantes dirimir seus conflitos recorrendo à arbitragem, art. 19;¹⁹⁶ g) Lei n. 11.909/2009, Lei de Transporte de Gás Natural, dispõe que os contratos de comercialização de gás natural deverão conter cláusula para resolução de eventuais divergências, podendo, inclusive, prever a convenção de arbitragem, arts. 21, inciso XI, 48 e 49; h) Lei n. 12.351/2010, que dispõe sobre a exploração e a produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, sob o regime de partilha de produção, traz em seu art. 28, inciso XVIII, que os contratos de partilha de produção conterão regras sobre solução de controvérsias, que poderão prever conciliação e arbitragem;¹⁹⁷ i) Lei n. 12.815/2013, nova Lei dos Portos, autoriza a arbitragem para solução de litígios na gestão de mão de obra¹⁹⁸ (art. 37) e para dirimir litígios relativos aos débitos decorrentes de inadimplemento de concessionárias, arrendatárias, autorizatárias e operadoras portuárias no recolhimento de tarifas portuárias e outras obrigações financeiras.

Essas leis referentes a contratos administrativos de concessão de serviços públicos (comum e PPPs) e de concessões em setores específicos regulados da atividade administrativa, de um modo geral, são diplomas que versam novas maneiras de atuação do Estado, sob a égide de reforma do Estado, com tendência de privatização. Contexto em que se

¹⁹⁶ Essa lei não trata especificamente de concessão ou permissão administrativa. Ela exige a inscrição dos transportadores na Agência Nacional de Transporte Terrestre e regulamenta o contrato de transporte de carga.

¹⁹⁷ De ressaltar que essa lei não se refere propriamente ao regime de concessão para exploração de petróleo. O regime disciplinado pela norma em foco é o de partilha, operacionalizado por um contrato de partilha de produção para a exploração dos campos do pré-sal. No novel regime, a propriedade do petróleo extraído pertence exclusivamente ao Estado, e não ao concessionário como ocorre nas concessões de exploração de petróleo anteriores. O contratante extrai o petróleo sob suas expensas e recebe uma parte do petróleo extraído em contraprestação. Não só os custos, mais ainda os riscos de exploração são assumidos pelo contratante, ou seja, não pode perquirir indenização do Estado na hipótese de o local explorado não ser comerciável. Por outro lado, no regime de concessão vigente nos contratos de exploração petrolífera anteriores, a propriedade do petróleo retirado da área concedida é exclusiva do concessionário por certo interregno de tempo. Em troca, o concessionário paga ao Estado os tributos incidentes (em dinheiro) e os *royalties*, que é remuneração sobre a receita bruta auferida com a produção do petróleo, mais comumente paga em dinheiro ou, excepcionalmente, *in natura*, ou seja, em petróleo.

¹⁹⁸ A revogada Lei dos Portos, Lei n. 8.630/1993, somente previa a arbitragem para conflitos surgidos na gestão de mão de obra portuária. Observa-se que a lei revogada é anterior à Lei n. 9.307/1996, diploma legal que atualmente regula a arbitragem.

insere a arbitragem como um dos aspectos para atrair a participação do capital privado nas atividades estatais, a exemplo da Lei n. 11.079/2004 e a Lei n. 8.987/1995, com a redação dada pela Lei n. 11.196/2005.¹⁹⁹

Vale ressaltar que ora as leis mencionam expressamente a arbitragem, ora solução extrajudicial de controvérsias ou outras expressões congêneres. Entende-se que não há diferença, de essência, entre uma disposição e outra, porquanto se adota a noção de que expressões como "solução extrajudicial", "meio extrajudicial de solução de controvérsias" ou de teor semelhante veiculadas em normas alcançam a arbitragem.

Ademais, em vista da inserção do art. 23-A na Lei n. 8.987/1995, com expressa menção à arbitragem, as possíveis dúvidas quanto o emprego do instituto nas concessões foram diminuídas, mormente ao se considerar que o diploma retro veicula normas gerais de concessões de serviço público e portanto aplicam-se às demais concessões administrativas.

Observa-se que, mesmo para os defensores da legalidade em sentido estrito ou da vinculação positiva à lei formal, não há como negar a possibilidade de incidência da arbitragem nos contratos administrativos disciplinados pelas normas precitadas, pois o requisito da habilitação legal prévia, normalmente suscitado como óbice à arbitragem, encontra-se plenamente atendido, desde que acolhida a interpretação que ora se defende de que as expressões do gênero "solução extrajudiciais de conflitos" ou similares compreendem a arbitragem.

Pode-se concluir que a arbitragem tem o beneplácito do legislador para figurar como um meio capaz de solucionar conflitos nos contratos administrativos de concessões entabulados pela Administração Pública, o que sinaliza uma abertura maior para o emprego do instituto na Administração e para uma minimização dos obstáculos erigidos contra a arbitragem.

¹⁹⁹ SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 249. Para maior aprofundamento sobre a Reforma do Estado, consultar a mesma obra, p. 59-82.

2.2.2.3 A arbitragem na Lei n. 8.666/1993

Como visto no item precedente, diversas leis que regulamentam contratos administrativos de concessão veiculam a possibilidade de clausular arbitragem nas suas avenças, o que não ocorre na Lei n. 8.666/1993. O emprego da arbitragem nos contratos regidos por esse diploma é normalmente objetado mediante dois quesitos: a cláusula de foro e a ausência de previsão legal específica para o uso do instituto.

A questão da cláusula de foro decorre da previsão legal constante no art. 55, § 2º, da lei, que dispõe sobre a obrigatoriedade de constar no contrato a cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no § 6º do art. 32 daquela lei. Uma leitura pouco acurada da norma pode levar o exegeta a entender que estaria obstada a arbitragem no caso. Entretanto, essa interpretação não se afigura razoável pelos motivos adiante aduzidos.

De ressaltar que quando a norma contempla uma previsão legal de foro não quer dizer que a solução de qualquer questão seja obrigatoriamente resolvida pelo Poder Judiciário. O dispositivo legal apenas define que, se as partes tiverem que recorrer ao Judiciário, o foro adequado para solucionar a demanda será o da sede da Administração.

Isso porque foro é simplesmente o local onde o juiz exerce suas funções, ou seja, é uma unidade territorial sobre o qual se exerce a jurisdição.²⁰⁰ Logo, na Lei n. 8.666/1993, há apenas a obrigatoriedade de que as partes convençam expressamente que eventuais demandas levadas ao conhecimento do Poder Judiciário sejam resolvidas na sede da Administração, e não em outros foros como o do domicílio do licitante ou do lugar do fato. Objetiva a norma facilitar a defesa da Administração em eventuais demandas.²⁰¹

Vale notar que algumas das normas (gerais e específicas de concessões) antes mencionadas dispõem sobre a necessidade de cláusula de foro sem que essa previsão exclua o modo extrajudicial de solução de conflitos. A única diferença entre as demais normas e a Lei n. 8.666/1993 é que nesta o legislador, de antemão, elegeu o foro para eventual solução de conflito pelo Poder Judiciário, que será o da sede da Administração.

²⁰⁰ DIDIER, Fredie. *Curso de direito processual civil*, 7. ed., Salvador: Juspodium, 2007, p. 98.

²⁰¹ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*, 3. ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 48.

Para Eros Roberto Grau, a cláusula de eleição de foro dirige-se a situações que não possam sujeitar-se à arbitragem. O autor não vislumbra incoerência alguma, pois cláusulas de foro e de arbitragem se complementam e "têm por objetivo conferir o maior grau de efetividade possível ao sistema de resolução de conflitos que surgirem a respeito do contrato celebrado."²⁰²

A eleição de foro não oferece qualquer incompatibilidade com a arbitragem tanto nas leis especificadas acima quanto na Lei n. 8.666/1993. Noutras palavras, elegendo as partes foro no contrato e observado que nos contratos regidos pela Lei n. 8.666/1993 é obrigatório o foro da sede da Administração, os contratantes estarão apenas determinando que o eventual concurso do juiz para realização de ato de coerção – execução da sentença arbitral, adoção de medidas cautelares – seja efetivado pela comarca escolhida.²⁰³

Aliás, rememora-se que a própria Lei n. 9.307/1996 prevê hipóteses em que pode haver intervenção judicial, a exemplo da resistência à instituição da arbitragem quando existir cláusula compromissória em que se pode requerer ao juiz a citação da outra parte para lavrar o compromisso (art. 7º); da condução da testemunha renitente (art. 22, § 2º); da execução e anulação da sentença arbitral (arts. 31 e 33). Esse entendimento recebe o beneplácito da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça.²⁰⁴

Nessa linha de exegese, esclarece Selma Maria Ferreira Lemes que a previsão da eleição de foro é indicada para as medidas de apoio: como instituir a arbitragem, providências de urgência pré-arbitral, execução da sentença arbitral (arts. 7º, 16, § 2º, 22, § 4º, 31 da Lei n. 9.037/1993); e de revisão, a ação de anulação da sentença arbitral (art. 33 da mesma lei).²⁰⁵

²⁰² GRAU, Eros Roberto, "Da Arbitrabilidade de Litígios Envolvendo Sociedades de Economia Mista e da Interpretação de Cláusula Compromissória." *Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, n. 18, 2002, p. 404.

²⁰³ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*, 3. ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 48. Nessa linha, conferir ainda SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 244-245.

²⁰⁴ "A cláusula de eleição de foro não é incompatível com o juízo arbitral, pois o âmbito de abrangência pode ser distinto, havendo necessidade de atuação do Poder Judiciário, por exemplo, para a concessão de medidas de urgência; execução da sentença arbitral; instituição da arbitragem quando uma das partes não a aceita de forma amigável." (REsp 904813/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/10/2011, DJe 28/02/2012).

²⁰⁵ LEMES, Selma Maria Ferreira. "Cláusulas Combinadas ou Fracionadas: Arbitragem e Eleição de Foro." Disponível em: <<http://www.selmalemes.com.br/artigos/ClausulasCombinadas.pdf>>, p. 6, acesso em 14.09.2013. A autora classifica a previsão de eleição da arbitragem e foro judicial em um contrato como cláusula fracionada. Explica ainda que a cláusula fracionada ocorre em contratos firmados no âmbito da Administração Pública em que as partes fracionam o contrato e esclarecem o que será submetido à

Não se trata de mecanismos excludentes, mas complementares. As cláusulas de eleição de foro e de arbitragem podem perfeitamente coexistir em contratos administrativos.²⁰⁶ Certamente, havendo cláusula de arbitragem, os litígios serão solucionados por essa via, sem excluir da via judicial a solução de eventuais controvérsias sobre a arbitragem, de acordo com o foro eleito pelas partes ou o foro da sede da Administração, no caso da Lei n. 8.666/1993.

A outra questão delicada quando se trata da arbitragem em contratos regidos pela Lei n. 8.666/1993 é a ausência de previsão legal específica para o uso do instituto. Vale lembrar que norma antecessora à Lei n. 8.666/1993, o Decreto-lei n. 2.300/1986, que dispunha sobre licitação e contratos da Administração Federal, vedou expressamente à utilização da arbitragem.²⁰⁷

Pouco tempo depois, o Decreto-Lei n. 2.348/1987 reformou o Decreto-lei n. 2.300/1986 no ponto em que proibia a arbitragem nos contratos disciplinados pela norma, permitindo-a expressamente para a hipótese de licitações internacionais, relativas à aquisição de bens ou serviços cujo pagamento fosse feito com o produto de financiamento concedido por organismo internacional, de que o Brasil fizesse parte, e nos casos de contratação com empresa estrangeira, para a compra de equipamentos fabricados e entregues no exterior.²⁰⁸

arbitragem e o que é competência do Judiciário, inclusive por delimitar certas questões de direito indisponível. Cita como exemplo o contrato da Linha 4 do Metrô de São Paulo, cláusula 34.6. (idem p. 3-4).

²⁰⁶ Vale conferir exemplo dessa coexistência em contrato administrativo de arrendamento celebrado em 1997 entre a Nuclebrás Equipamentos Pesados S/A – Nuclep e a empresa Terminal Multimodal de Coroa Grande S/A - TMC, cujo objeto consistia na administração, exploração e operação do terminal portuário e de área retroportuária (Complexo Portuário), com as seguintes cláusulas: "Cláusula 21.1 – Para dirimir as controvérsias resultantes deste Contrato e que não tenham podido ser resolvidas por negociações amigáveis, fica eleito o foro da Comarca do Rio de Janeiro, RJ, em detrimento de outro qualquer, por mais privilegiado que seja. Cláusula 21.2 - Antes de ingressar em juízo, as partes recorrerão ao processo de arbitragem previsto na Lei 9.307, de 23.09.06." Retirado do Relatório constante no MS n. 11308/DF, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 09/04/2008, DJe 19/05/2008, disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200502127630&dt_publicacao=19/05/2008>, acesso em 15.09.2013.

²⁰⁷ Art.45 [...] "Parágrafo único: Nos contratos 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, vedada a instituição de juízo arbitral."

²⁰⁸ 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 § 13º do art. 25, permitido nesse caso o juízo arbitral." Por sua vez, o § 13º do art. 25 estabelecia, em essência, que o disposto no parágrafo único do artigo 45 não se aplicava às concorrências internacionais, 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, nem nos casos de contratação com empresa estrangeira, para a compra de equipamentos fabricados e entregues no exterior.

Com a promulgação da Lei n. 8.666/1993, que revogou o Decreto-lei n. 2.300/1986, foram reproduzidas as normas acima mencionadas com algumas modificações,²⁰⁹ todavia a autorização expressa para utilizar a arbitragem, mesmo nas estreitas bases do diploma anterior, fora suprimida.

Cássio Telles Ferreira Netto assevera que a Lei n. 8.666/1993, no ponto, representou um retrocesso na medida em que a omissão quanto à possibilidade de uso da arbitragem fez surgir dúvida na doutrina e na jurisprudência, que passou a entender necessária a edição de lei específica autorizando juízo arbitral e, conseqüentemente, trouxe insegurança aos administradores para utilizar o instituto.²¹⁰

Atualmente, do arcabouço jurídico traçado pela Lei n. 8.666/1993 pode-se afirmar que, se por um lado não há qualquer proibição à utilização da arbitragem, por outro a única referência expressa (e bem limitada) ao instituto que havia no diploma anterior (Decreto-lei n. 2.300/1986) não mais vige. Assim, a Lei n. 8.666/1993 foi mais restritiva que a sua antecessora acerca desse tema.

Considera-se que parte da resistência hodierna com relação à aplicação da arbitragem nos contratos administrativos decorre da falta de previsão de arbitragem na Lei n. 8.666/1993, principalmente ao se considerar que se trata de uma lei que traz normas gerais na disciplina dos contratos administrativos.²¹¹

Nada obstante, relembre-se que a *quaestio juris* que sobressai desse contexto consiste em saber se há necessidade ou não de lei específica para a utilização da arbitragem nos contratos regidos por essa lei. Vislumbra-se que podem ser alinhadas três ideias para responder essa questão.

²⁰⁹ 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 desta Lei." Este último dispositivo prevê que o constante do "§ 2º do art. 55, não se aplica às licitações internacionais para a aquisição de bens e serviços cujo pagamento seja feito com o produto de financiamento concedido por organismo financeiro internacional de que o Brasil faça parte, ou por agência estrangeira de cooperação, nem 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 Chefe do Poder Executivo, nem nos casos de aquisição de bens e serviços realizada por unidades administrativas com sede no exterior."

²¹⁰ FERREIRA NETTO, Cássio Telles. *Contratos administrativos e arbitragem*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 41.

²¹¹ SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 243.

A primeira colhe-se de parte da doutrina ao defender a interpretação de que a existência de lei específica para tanto seria dispensável. É como entende Selma Ferreira Lemes, quando esclarece que a autorização prevista no art. 1º da Lei n. 9.307/1996 abrange a Administração Pública, uma vez que não a exclui expressamente, o que revela ser desnecessária lei específica dispondo sobre eleição de arbitragem em contratos administrativos.²¹² Complementa que a negativa de autorização à Administração para utilizar a arbitragem deveria advir de dispositivo exposto, a exemplo do Decreto-lei n. 960/1938 que impede a arbitragem no caso de dívidas fiscais.²¹³⁻²¹⁴

Em linha semelhante, Gustavo Henrique Justino de Oliveira sustenta dispensável a expressa autorização legal, sob os seguintes fundamentos: a) a Lei n. 9.307/1996 é uma lei geral que pode ser aplicada a contratos privados e públicos, atendidos os requisitos de seu art. 1º, capacidade de contratar e direitos patrimoniais disponíveis; b) permitida a configuração dos interesses, bens e direitos da Administração como objeto contratual, haverá espaço para eleição do juízo arbitral, devendo ser apreciada a existência de vedação legal, se houver; c) a arbitragem não é um método amigável de solução de conflitos, mas um meio criado pelo legislador como uma alternativa à jurisdição e a ela equiparada, o que reforça a tese de que não há necessidade de expressa autorização legal para a arbitragem ser uma possibilidade nos contratos administrativos.²¹⁵

Em Sabino Cassese, colhe-se a interpretação de que o princípio da legalidade não pode constituir fundamento para recusa da arbitragem, primeiro porque a arbitragem é prevista em lei (no caso, o Código do Processo Civil Italiano, art. 806 e seguintes), o que satisfaz o princípio da legalidade; segundo porque a Administração Pública não necessita de uma

²¹² LEMES, Selma Maria Ferreira. *Arbitragem na administração pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 99.

²¹³ LEMES, Selma Maria Ferreira. "O uso da arbitragem na administração pública." Disponível em: <<http://www.selmalemes.com.br/artigos/artigo31.pdf>>, acesso em 17.10.2013. Em sentido contrário, Carlos Alberto de Salles assevera ser necessária lei específica para o emprego da arbitragem pelo Poder Público. Aduz o autor que o permissivo legal é um pressuposto de arbitrabilidade, que deve ser entendido a bem da validade da convenção arbitral (SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 237). Posição intermediária assume Sergio de Andréa Ferreira para quem o uso da arbitragem depende de lei, mas na ausência desse diploma entende o autor que a Lei n. 9.307/1996 pode ser aplicada (FERREIRA, Sergio de Andréa. *A arbitragem e a disponibilidade de direito no ius publicum interno*. In Pedro A. Batista Martins; José Maria Rossani Garcez (Org.). *Reflexões sobre Arbitragem: in memoriam ao Desembargador Cláudio Vianna de Lima*. São Paulo: LTr, 2002, p. 55.

²¹⁴ Decreto-Lei n. 960/1938, art. 59, "a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda não poderá ser submetida ao juízo arbitral."

²¹⁵ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. "A arbitragem e as parcerias público-privadas." *Revista eletrônica de direito administrativo econômico – Redae*, n. 2, mai-jul de 2005, p. 23-24, disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-2-MAIO-2005-GUSTAVO-JUSTINO.pdf>>, acesso em 25.09.2013.

autorização legislativa *ad hoc* para tanto, uma vez que seria estranho se assim o fosse, pois o sujeito mais importante do ordenamento jurídico não poderia empregar um instrumento utilizado por todos ou outros sujeitos, o que significaria, no escólio do autor, uma diminuição da capacidade do sujeito público relativamente ao privado. Sustenta ainda que o princípio da legalidade somente impossibilitaria o uso da arbitragem quando a Administração atuasse como autoridade, mas não nos casos em que agisse sob a égide do direito privado ou de forma consensual, uma vez que nessas matérias a Administração pode empregar a arbitragem sem a necessidade de autorização legislativa.²¹⁶

Concorda-se com a exegese oferecida pelos autores precitados de que não há necessidade de lei específica para autorizar o uso da arbitragem nos contratos administrativos firmados pela Administração. No entanto, especialmente no que se refere à Lei n. 8.666/1993, acrescenta-se outro fundamento com objetivo de trazer a segunda linha interpretativa para responder a *quaestio juris* antes lançada.

Apesar de razoável²¹⁷ a intelecção de que a autorização prevista no art. 1º da Lei n. 9.307/1996 abrange a Administração Pública, sabe-se que inexiste, de forma expressa, uma autorização geral para utilização da arbitragem em contratos administrativos,²¹⁸ o que há são permissivos legais veiculados em normas que regulam concessões administrativas. Nada obstante, a Lei n. 8.666/1993 apresenta em seu art. 54 a possibilidade de as disposições de direito privado serem aplicadas supletivamente aos contratos administrativos.²¹⁹

A arbitragem pode ser utilizada por pessoas capazes de contratar, ou seja, todas – sem distinção entre pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou de direito privado, políticas ou administrativas –, consoante exegese ampla e inclusiva antes defendida neste trabalho.²²⁰

Vale lembrar, no ponto, dos ensinamentos de Marcello Caetano quando afirma que “o Estado-administração e as demais entidades que num país formam a Administração Pública

²¹⁶ CASSESE Sabino. "L' arbitrato nel diritto amministrativo." *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, n. 2, Giuffrè: Milano, 1996, p. 313-314.

²¹⁷ Razoável no sentido de juridicamente aceitável.

²¹⁸ Lembrar que está em tramitação o Projeto de Lei do Senado n. 406, de 2013, que, entre outras questões, pretende "estabelecer que a Administração Pública direta e indireta poderá utilizar-se de arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis decorrentes de contratos por ela celebrados.", conforme o art. 1º desse projeto, que acrescenta o § 1º ao art. 1º da Lei n. 9.307/1996, disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=114641>, acesso em 03.11.2013.

²¹⁹ 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."

²²⁰ Ver subitem 2.1.1 sobre a arbitrabilidade subjetiva.

podem actuar usando formas e processos de Direito Privado, nos termos que o comum dos cidadãos, ou usando as prerrogativas do Direito Público.”²²¹

Nesse contexto, a arbitragem seria empregada em contratos administrativos regulados pela Lei n. 8.666/1993 com base no art. 54 da mesma lei combinado com o art. 1º da Lei n. 9.307/1996, que confere abrangência suficiente a todas as pessoas capazes de contratar. Fato que não é estranho à disciplina contratual administrativa, notadamente ao se observar as demais normas que regulamentam os contratos administrativos de concessão de serviço público e que contemplam a previsão de arbitragem, ou outra expressão congênere, na solução de controvérsias.

Referida intelecção encontra guarida na doutrina de Adilson Abreu Dallari, para quem o art. 54 da Lei n. 8.666/1993 seria o fundamento legal para aplicação da arbitragem em contratos administrativos, apesar de não explícito.²²²

Por essa interpretação é possível compreender que a Administração Pública pode firmar contratos administrativos com convenção arbitral em avenças reguladas pela Lei n. 8.666/1993, sem ofender o princípio da legalidade, porque ordenamento jurídico oferece a possibilidade de a Administração optar em acolher a arbitragem como instituto advindo do regime privado nos contratos em que for signatária, de acordo com o art. 54 da Lei n. 8.666/1993 c/c o art. 1º da Lei n. 9.307/1996, sempre que, obviamente, não houver disposição em sentido contrário, vedando o instituto para atividades ou objetos contratuais específicos.

Por fim, a terceira resposta à questão relativa à desnecessidade de autorização legal específica para clausular arbitragem em contratos administrativos advém das considerações anteriormente gizadas acerca do princípio da legalidade. Rememora-se que a noção ampla desse princípio baseia-se na interpretação de que a Administração se vincula ao ordenamento

²²¹ CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais de direito administrativo*. Almedina. Reimpressão Ed. Brasileira de 1977. p. 181.

²²² Explica o autor: “[...] efetivamente já havia naquela ocasião fundamento legal para a arbitragem, embora não explícito. [art. 54 da Lei n. 8.666/1993]...Isso significa que poder-se-ia ter aplicado, supletivamente e no que coubesse, o disposto nos arts. 1.037 a 1.048 do Código Civil (que trata do compromisso, ao dispor sobre o Direito das Obrigações), e nos arts. 1.072 a 1.102 do Código de Processo Civil (que cuida do Juízo Arbitral). DALLARI, Adilson Abreu. “Arbitragem na Concessão de Serviço Público.” *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, v. 32, n. 128, 1995, p. 65. De ressaltar que as anotações do doutrinador (1995) são anteriores à edição da Lei de Arbitragem (1996). Todavia a mera substituição das disposições supletivas pela Lei n. 9.307/1996 atualiza e não altera a interpretação que o autor confere ao tema. No mesmo sentido, entre outros: MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Contrato administrativo*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001, p. 460; FERREIRA NETTO, Cássio Telles. *Contratos administrativos e arbitragem*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 41.

jurídico como um todo normativo, e não somente à lei em sentido formal, porquanto esta é apenas uma das possibilidades de manifestação do princípio da legalidade.

Desse modo, busca-se no ordenamento jurídico mais um fundamento para conceber a arbitragem em contratos regidos pela Lei n. 8.666/1993, sem precisar de norma expressa nesse sentido, considerando o bloco normativo composto por leis formais e outras normas dispostas no ordenamento. Vale lembrar que a concepção ampliada de legalidade compreende nela a coexistência de outras normas do direito que não só a lei em sentido estrito, aproximando a noção de legalidade aos princípios do ordenamento jurídico no momento da aplicação das normas que o compõem.

Nesse sentido, desde que não haja disposição legal em sentido contrário, pode-se assentar a utilização do instituto em avenças administrativas com base na Lei n. 9.307/1996, art. 1º, princípio da legalidade, combinado com os princípios da eficiência (art. 37, *caput*, da CF) e da razoável duração do processo e celeridade processual (art. 5º, LXXVIII, da CF), uma vez que a solução legal é aquela extraída do ordenamento jurídico, e não somente da lei em sentido formal.

Especialmente sobre o princípio da eficiência, deve ser entendido como um melhor exercício das missões de interesses coletivos que incumbe ao Estado, de forma a obter a maior realização prática possível das finalidades do ordenamento jurídico.²²³ Ensina Celso Antônio Bandeira de Mello que o aludido princípio estaria radicado em outro mais amplo tratado no Direito italiano, o princípio da boa administração, que consiste em desenvolver a atividade administrativa "do modo mais congruente, mais oportuno e mais adequado aos fins a serem alcançados, graças à escolha dos meios e da ocasião de utilizá-los, concebíveis como os mais idôneos para tanto."²²⁴

²²³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. "O princípio da eficiência." *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – Redae*. Salvador, n. 4, nov.-dez. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodestado.com/revista/REDAE4NOVEMBRO2005ALEXANDRE%20ARAG%C3O.pdf>>, acesso em 15.10.2013, p. 1.

²²⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, 25. ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 122. Em Diogo de Figueiredo Moreira Neto, o princípio da eficiência apresenta-se, simultaneamente, como um atributo técnico da Administração, uma exigência ética a ser atendida, no sentido Weberiano de resultados, e como uma característica jurídica exigível de boa administração dos interesses públicos (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*, 14. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 107). Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o princípio da eficiência apresenta dois aspectos: um em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições para atingir melhores resultados; outro relativo ao modo de organizar a Administração, igualmente para alcançar melhores resultados na prestação

Nessa concepção, o princípio da eficiência não seria empregado de maneira contraposta ao princípio da legalidade, pois, segundo Alexandre dos Santos Aragão, aquele não visa a mitigar este, mas sim a "embeber a legalidade de uma nova lógica," a qual determina a insurgência de uma legalidade finalística e material – dos resultados práticos alcançados – e, não mais uma legalidade meramente formal e abstrata.²²⁵ Embora o autor não seja expresso, ao se referir à legalidade material, oferece interpretação que vai ao encontro da ideia que permeia este estudo sobre a legalidade ampliada.

Em Maria Paula Dallari Bucci, colhe-se que a introdução do princípio da eficiência no direito brasileiro deve levar a um incremento da dimensão material da ação administrativa, com declínio de concepções formalistas herdadas do Sec. XIX. Referido princípio, sustenta a autora, habilita os operadores do direito a buscar o cumprimento da legalidade material, em detrimento da interpretação formalística que perverta o seu sentido.²²⁶ Gustavo Binenbojm afirma que a legalidade é atendida quando a solução arbitral se afigura, a juízo do administrador, como aquela que realiza, da forma mais eficiente, o dever de bem administrar.²²⁷

Sobre o princípio da razoável duração do processo, judicial ou administrativo (art. 5º, LXXVIII),²²⁸ vale destacar o escólio de José dos Santos Carvalho Filho ao afirmar que esse princípio tem por conteúdo o princípio da eficiência relacionado com o acesso à justiça, o qual estampa a reação contra a insatisfação da sociedade pela excessiva demora na resolução dos processos.²²⁹

Como se percebe, sobram argumentos para fundamentar a *quaestio juris* antes lançada sobre a desnecessidade de lei específica para a utilização da arbitragem nos contratos administrativos, notadamente os regidos pela Lei n. 8.666/1993. As três respostas acima

de serviços públicos. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 23. ed., São Paulo: Atlas, 2010, p. 83).

²²⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. "O princípio da eficiência." *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – Redae*. Salvador, n. 4, nov.-dez. 2005. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-4-NOVEMBRO-2005-ALEXANDRE%20ARAG%C3O.pdf>>, acesso em 15.10.2013, p. 4.

²²⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 188.

²²⁷ BINENBOJM, Gustavo. *As parcerias público-privadas e a constituição*. In *Temas de Direito Administrativo e Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 138-139.

²²⁸ art. 5º, inciso LXXVIII, "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação."

²²⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 23. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 33.

alinhadas revelam que pode ser dispensada a exigência de lei específica para que a Administração clause em suas avenças administrativas convenção arbitral.

2.2.3 O princípio da indisponibilidade do interesse público

Busca-se pontuar que o argumento da indisponibilidade do interesse público suscitado por alguns doutrinadores para afastar o emprego da arbitragem em contratos administrativos não passa de uma confusão que se instaura em torno de conceitos jurídicos indeterminados, especialmente para aqueles que não divisam que dispor de direitos patrimoniais não significa dispor de interesse público.

É sabido que as questões relacionadas ao tema interesse público são polêmicas e costumam gerar algumas divergências na doutrina. A própria noção de interesse público suscita muitas dúvidas, por se tratar de um conceito jurídico indeterminado.

Nesse contexto, Eros Roberto Grau esclarece que os conceitos jurídicos indeterminados apresentam termos ambíguos e imprecisos, razão pela qual necessitam ser completados por quem os aplique, ou seja, devem ser preenchidos quando empregados. A realidade oferece os parâmetros para esse preenchimento, inclusive na consideração das concepções políticas predominantes, que variam conforme a situação das forças sociais.²³⁰

Interesse público não é só um conceito jurídico indeterminado, mas uma expressão de sentido plurívoco, cujos significados podem variar bastante, o que dificulta a estabilização de definições ou demarcações conceituais acerca do tema. Para Héctor Jorge Escola, interesse público é um querer majoritário orientado à obtenção de valores pretendidos, isto é, uma maioria de interesses individuais coincidentes.²³¹ Romeu Felipe Barcellar Filho afirma que o

²³⁰ GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 72. Na mesma linha, José dos Santos Carvalho Filho afirma que conceitos jurídicos indeterminados são termos ou expressões contidos em normas jurídicas, que, por não terem exatidão em seu sentido, permitem que o intérprete ou aplicador possa atribuir certo significado, mutável em função da valorização que se proceda diante dos pressupostos da norma. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 23. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 58).

²³¹ ESCOLA, Héctor Jorge. *El interés público como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1989, p. 240.

interesse público, sob o aspecto estrutural, é o interesse coletivo primário resultante da parcela coincidente dos interesses dos indivíduos enquanto membros da coletividade.²³²

Alice Maria Gonzalez Borges, ao examinar o assunto, conclui que a definição do interesse público corresponde a uma noção ideológica e que se trata de um conceito indeterminado que precisa ser preenchido para cada sociedade e para cada tempo, tendo em vista o atingimento do ideal aristotélico de bem comum que corresponda à aspiração dos indivíduos.²³³ Em Pietro Perlingieri, o interesse público deve ser entendido não como superestrutura burocrática e superindividual, mas como síntese e atuação equilibrada dos valores das pessoas consociadas na unidade de seus direitos, como titulares de um direito de igual *status personae*.²³⁴

Vale registrar, no entanto, que a dificuldade em se estabilizar um conceito de interesse público não significa um defeito, como leciona Marçal Justen Filho, mas um atributo destinado a permitir sua aplicação mais adequada caso a caso. Essa indeterminação dos limites do conceito, explica o autor, propicia a aproximação do sistema normativo ao mundo real.²³⁵

Nada obstante, a complexidade do tema interesse público não se resume à sua difícil conceituação e aumenta ao se considerar uma sociedade pluralista²³⁶ como a atual em que coexistem uma multiplicidade de interesses ora coincidentes ora contrapostos, inclusive no próprio Estado em que órgãos públicos ou entidades administrativas são chamados a atender a interesses públicos muitas vezes conflitantes.²³⁷

²³² BARCELLAR FILHO, Romeu Felipe. *A noção jurídica de interesse público no direito administrativo brasileiro*. In Romeu Felipe Barcellar Filho; Daniel Wunder Hachem (Org.). *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 95.

²³³ BORGES, Alice Maria Gonzalez. *Temas do direito administrativo atual: estudos e pareceres*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 201. Na mesma linha, Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que o interesse público, sob o aspecto jurídico, reveste-se de um aspecto ideológico e passa a confundir-se com a ideia de bem comum (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 26).

²³⁴ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco, 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 285.

²³⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, 8. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 208.

²³⁶ Explica José Afonso da Silva que "optar por uma sociedade pluralista significa acolher uma sociedade conflitiva, de interesses contraditórios e antinômicos. O problema pluralismo está precisamente em construir o equilíbrio entre as tensões múltiplas e por vezes contraditórias, em conciliar a sociabilidade e o particularismo, em administrar os antagonismos e evitar divisões irreduzíveis." (DA SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*, 31. ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 143).

²³⁷ Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy menciona quinze casos de litigância intragovernamental trazidos ao conhecimento da Câmara de Conciliação de Arbitragem da Administração Federal, em que órgãos e

A exemplo, menciona-se a necessidade de preservar um determinado ecossistema e por outro lado de assentar famílias de agricultores, no mesmo local, para cultivar a área e dela retirar seu próprio sustento. Ou o interesse público em gerar energia elétrica mediante a implantação de usinas hidrelétricas em contraponto com o interesse de preservar o meio ambiente.

A noção tradicional de interesse público monolítica centrada em uma homogeneidade social tornou-se incompatível com o plexo de interesses cuja proteção cabe ao Estado e com a conflitividade inerente à sociedade, razão pela qual a ideia de homogeneidade dá lugar a de heterogeneidade de interesses públicos. Em sociedades pluralistas, há tantos interesses públicos quantas forem as comunidades nelas existentes.²³⁸⁻²³⁹

Nessa linha, Marçal Justen Filho adverte, em relação ao interesse público, que é impossível afirmar a configuração de situações simples e homogêneas, pois uma das características do Estado contemporâneo é a fragmentação dos interesses, ou seja, a afirmação conjunta de posições subjetivas contrapostas e a variação dos arranjos entre os diferentes grupos. Assim, a utilização do conceito de interesse público deve ser feita com cautela, ante a pluralidade e contraditoriedade entre os interesses dos diferentes integrantes da sociedade.²⁴⁰

Sabino Cassese ensina que "após a afirmação do Estado pluriclasse, cada interesse coletivo é susceptível de reconhecimento e tutela específica. Não existe o interesse público, mas interesses públicos, no plural." Arremata, apontando que "as leis que jurisdicizam

entidades administrativas governamentais apresentam interesses públicos, em geral, contrapostos (GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Domesticando o leviatã: litigância intragovernamental e presidencialismo de articulação institucional*. Tese de Livre-docência em Teoria do Estado pela USP, 2013, p. 218-267 (versão em forma de e-book).

²³⁸ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 151-152.

²³⁹ Não se desconhecem ainda as críticas que parte da doutrina tem lançado ao princípio da supremacia do interesse público. Destaca-se artigo pioneiro de Humberto Ávila sob o título: "Repensando o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular" (*Revista Trimestral de Direito Público*, n. 24, São Paulo: Malheiros, 1998, p. 159-180). A partir de Humberto Ávila, outros autores têm igualmente questionado a existência e a validade do princípio da supremacia do interesse público, a exemplo da obra organizada por Daniel Sarmento denominada "Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público" (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007), em que são reunidos cinco artigos (de Alexandre Santos de Aragão, Daniel Sarmento, Gustavo Binbenojm, Humberto Ávila, Paulo Ricardo Schier) os quais questionam o princípio da supremacia do interesse público. Por outro lado, houve reação da doutrina que tratou de elaborar a "crítica da crítica" para sair em defesa do precitado princípio. Conferir, entre outros: *Direito Administrativo e interesse público. Estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Romeu Felipe Barcelar Filho; Daniel Wunder Hachem (Org.). Belo Horizonte: Fórum, 2010. Ver, ainda, *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). São Paulo: Atlas: 2010.

²⁴⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 8. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 116.

interesses não podem estabelecer uma escala entre si, indicando qual deva prevalecer. Por isso a existência de um grande número de interesses públicos.²⁴¹

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy lembra que a percepção do que seja interesse público é extremamente volátil e indefinida. Pode-se vincular o interesse público ao exato cumprimento da lei, de acordo com a tradição francesa, ou pode-se recorrer à doutrina italiana para divisar o interesse público em primário e secundário. Menciona ainda a possibilidade de noções distintas de interesse público a depender dos agentes que qualificam e utilizam tais critérios, razão pela qual se pode pensar, em tese, em um conceito de interesse público para o STF, para o TCU, outro para Controladoria-Geral da União, para o Presidente da República quando utiliza seu poder de veto a projetos de lei encaminhados para sanção.²⁴²

A volatilidade é tanta que alguns autores utilizam o interesse público a favor da arbitragem, como é o caso de Arnold Wald e André Serrão, ao apregoarem que o acesso à segurança jurídica, à celeridade e à especialização técnica de um tribunal arbitral pode constituir um interesse público primário, em que a indisponibilidade, ao revés de proibir sua utilização, estaria a exigir que a Administração Pública viesse a valer-se da arbitragem.²⁴³ Nessa linha é a lição de Eros Roberto Grau para quem a arbitragem é recomendável, porque privilegia o interesse público.²⁴⁴ Com intelecção semelhante, Gustavo Binenbojm assevera que a arbitragem poderá se apresentar como a melhor forma de resguardar o patrimônio público e promover o interesse público.²⁴⁵

Firmadas essas ideias iniciais acerca da complexidade que envolve a temática em foco, vale registrar que não se objetiva discutir as diversas concepções de interesse público ou pormenorizar os elementos que compõem as definições normalmente oferecidas pela doutrina para delinear a matéria, mas apenas ressaltar que se trata de uma noção fluída, normalmente caracterizada por conceitos dúcteis, variáveis, imprecisos, que se revelam em espécies heterogêneas, e que, não raro, ao serem empregados não são devidamente completados ou preenchidos com dados da realidade por quem o aplica. Por essa razão, crê-se que utilizar o

²⁴¹ CASSESE Sabino. *Le basi del diritto amministrativo*, 6. ed., Milano: Garzanti Editore, 2004, p. 442.

²⁴² GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Domesticando o leviatã: litigância intragovernamental e presidencialismo de articulação institucional*. Tese de Livre-docência em Teoria do Estado pela USP, 2013, p. 78-79 (versão em forma de e-book).

²⁴³ WALD, Arnold; SERRÃO, André. "Aspectos constitucionais e administrativo da arbitragem nas concessões." *Revista de Arbitragem e Mediação*. Ano 5, n. 16, jan.-mar., 2008.

²⁴⁴ GRAU, Eros Roberto. "Arbitragem e contrato administrativo". *Revista Trimestral de Direito Público*, vol. 32, 2000, p. 15.

²⁴⁵ BINENBOJM, Gustavo. *As parcerias público-privadas e a constituição*. In *Temas de Direito Administrativo e Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 139.

interesse público (ou a sua indisponibilidade) para justamente afastar o emprego da arbitragem nos contratos administrativos pode configurar um arbítrio ou no mínimo uma confusão que normalmente se põe em torno dessa questão.

É como ensina Héctor Jorge Escola, "a simples invocação do interesse público, como algo vago e 'sutil', não serve para nada: é como uma forma, dentro da qual nada existe. É uma aparência, quando em verdade deve ser uma realidade."²⁴⁶ Esclarece ainda Romeu Felipe Barcellar Filho que o interesse público não pode mais subsistir (nem na prática política, nem na formulação doutrinária) de modo absoluto ou autoritário, para evitar que ele se transforme em mera aparência com que muitas vezes se busca um excesso ou desvio de poder.²⁴⁷

Contextualizado esse panorama acerca da complexidade que envolve a noção de interesse público,²⁴⁸ passa-se a examinar a matéria especificamente no que toca o tema da arbitragem. Costuma-se manejar o argumento da indisponibilidade do interesse público como óbice ao uso da arbitragem em contratos firmados pela Administração. Essa indisponibilidade está assentada na noção igualmente imprecisa de que os interesses são próprios da coletividade e por isso não se encontram livres à disposição de quem quer seja. O órgão ou entidade administrativa não tem disponibilidade sobre eles, mas apenas o dever de curá-los nos termos das finalidades predeterminadas na lei.²⁴⁹

Como a arbitragem destina-se a solucionar conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, e há para a Administração (órgãos, entidades e agentes em geral) a obrigatoriedade de observar o princípio da indisponibilidade do interesse público, a resolução de controvérsias mediante arbitragem estaria afastada por violar o prefalado princípio. A objeção parece linear, atrativa e até sedutora, se não fosse equivocada, conforme se tentará descortinar adiante.

Parte da doutrina que considera possível a utilização da arbitragem em contratos administrativos busca contrapor o argumento da indisponibilidade do interesse público

²⁴⁶ ESCOLA, Héctor Jorge. *El interés público como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1989, p. 245.

²⁴⁷ BARCELLAR FILHO, Romeu Felipe. *A noção jurídica de interesse público no direito administrativo brasileiro*. In Romeu Felipe Barcellar Filho; Daniel Wunder Hachem (Org.). *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 151.

²⁴⁸ Adverte-se que será utilizada a expressão interesse público no singular, mas se considera que essa expressão refere-se a um conjunto de interesses públicos heterogêneos.

²⁴⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, 25. ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 73-75.

basicamente com critérios fundamentados na antiga divisão dos atos de gestão e de império ou ainda distinguem os interesses envolvidos. Na última hipótese, certa corrente doutrinária apoia-se na lição de Renato Alessi para assentar a diferença entre interesse público primário e secundário, respectivamente, indisponível e disponível. Essas interpretações não são isentas de críticas.

Os atos de império seriam aqueles praticados pela Administração com todas as prerrogativas de autoridade e geralmente são impostos unilateral e coercitivamente, sem a necessidade de autorização judicial para tanto. Os atos de gestão seriam levados a efeito pela Administração em uma situação de igualdade com os particulares, ora para a conservação do patrimônio público ora para gerir seus serviços.²⁵⁰ São exemplos dos primeiros a interdição de um estabelecimento, a apreensão de bens; dos segundos, a aquisição e alienação de bens.²⁵¹

Com base nessa noção, estudiosos consideram que o Estado ao contratar pratica ato de gestão desprovido das prerrogativas de direito público, razão pela qual pode sujeitar-se à solução arbitral de seus conflitos como via válida, tanto no trato das relações de direito interno quanto internacional.²⁵²

Essa parece ser a linha exegética de José Manuel Sérvulo Correia para quem, no contrato administrativo, a Administração não exerce, na maioria dos casos, poderes de autoridade. Por isso, os litígios decorrentes desses contratos podem ser decididos por arbitragem, com derrogação da competência dos tribunais administrativos para ação administrativa.²⁵³

A classificação entre atos de gestão ou de império tem recebido diversas críticas. Celso Antônio Bandeira de Mello registra que essa arcaica distinção está em desuso desde o final do século passado, pelo motivo de ser imprecisa e por ter perdido a sua principal função que era de excluir a responsabilidade do Estado pelos atos de império e por admiti-la nos atos de

²⁵⁰ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*, 2. ed., Belo Horizonte: Forense, 1979, p. 467-468. Conferir ainda: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 23. ed., São Paulo: Atlas, 2010, p. 219-220.

²⁵¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 23. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 142-143.

²⁵² MARTINS, Pedro Batista. "O poder judiciário e a arbitragem: quatro anos da lei n. 9.307/1996 (3ª parte)." *Revista Forense*, 359/165, p. 27.

²⁵³ CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Arbitragem voluntária nos domínios dos contratos administrativos: estudos em memória do Professor Doutor João de Castro Mendes*. Lisboa: Lex, 1995, p. 234. Ver ainda SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. "O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos." *Revista de Direito Administrativo*. São Paulo, n. 248, mai.-ago., 2008, p. 121, para quem a Lei de Arbitragem reservou para seu escopo as matérias objeto de atos de gestão.

gestão.²⁵⁴ Francis Paul Benoit, ao comentar o *arrêt Blanco* proferido pelo Tribunal de Conflitos francês em 8 de fevereiro de 1873,²⁵⁵ destaca que esse julgado foi de grande importância para marcar o fim das tentativas judiciárias de aplicar o critério de atos de autoridade e de gestão.²⁵⁶

De acordo com os registros desses autores, parece que essa classificação não se reveste de boa precisão para estabelecer um critério distintivo adequado, com vistas a fundamentar o emprego da arbitragem nos contratos administrativos. Veja-se o exemplo do ato encampação do serviço público²⁵⁷ que, apesar da falta de rigor do critério, pode ser considerado como um ato de autoridade praticado no bojo de um contrato administrativo. Mesmo nesse ato, porque envolve direitos patrimoniais, parece ser possível a adoção da arbitragem para discutir o valor da indenização eventualmente cabível em situações dessa natureza (não se fala em questionar a encampação em si, mas seus efeitos patrimoniais).

A distinção de Renato Alessi admite a existência de duas categorias de interesse público: o primário e o secundário. O primário seria o complexo de direitos individuais prevalentes em uma determinada organização jurídica da coletividade. O secundário seria o

²⁵⁴ Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, 25. ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 421.

²⁵⁵ O Tribunal de Conflitos decidiu a jurisdição competente para uma ação de ressarcimento pelos danos físicos causados a uma menina (Agnès Blanco), resultantes de acidente entre vagões que circulavam nas instalações de manufatura de tabacos de Bordeaux, uma atividade comercial desempenhada pela municipalidade. Referido Tribunal apreciou a questão entendendo que atividade era um serviço público, razão pela qual remeteu a matéria à jurisdição administrativa. Confirmou-se assim a derrogação das regras de Direito Civil no caso Blanco e proclamou-se o serviço público como critério de atribuição da competência à jurisdição administrativa. JUSTEN, Monica Spezia. *A noção de Serviço Público no Direito Europeu*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 23-24.

²⁵⁶ BENOIT, Francis-Paul. *Le Droit Administratif Français*. Paris: Dalloz, 1968, p. 397.

²⁵⁷ Nos termos da Lei n. 8.987/1995, art. 37, "Considera-se encampação a retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público, mediante lei autorizativa específica e após prévio pagamento da indenização, na forma do artigo anterior." Sobre a possibilidade de os árbitros apreciarem a legalidade de atos administrativos no direito estrangeiro, conferir a previsão do art. 180º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (Português) – CPTA, que admite essa hipótese em duas situações: quando se trate de atos relativos à execução do contrato e quando os atos "possam ser revogados sem fundamento na sua invalidade, nos termos da lei substantiva". Aliás, com base nesse dispositivo, a doutrina lusitana discute a possibilidade de atos pré-contratuais serem objeto apreciação por árbitros. Ana Perestrelo entende que esses atos estão no mesmo âmbito de disponibilidade que os atos administrativos referentes à execução contratual, razão pela qual se põe a favor da submissão dos atos pré-contratuais aos árbitros (OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. *Arbitragem de litígios com entes públicos*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 58). Esquível, apesar de criticar o legislador por não ter consagrado expressamente a admissibilidade de arbitragem para o julgamento da legalidade de atos pré-contratuais, rejeita a solução por considerar que a evolução do quadro normativo português parece não dar guarida a essa interpretação (ESQUÍVEL, José Luís. *Os contratos administrativos e a arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 244-246).

interesse da Administração enquanto aparato administrativo, unitariamente considerado, que só pode ser realizado quando coincidente com interesse público primário.²⁵⁸⁻²⁵⁹

Essa distinção é relevante para aqueles que a adotam, porque em relação aos interesses secundários e patrimoniais da Administração pode-se utilizar de meios jurídicos estabelecidos pelo direito privado, notadamente a arbitragem.²⁶⁰ Dessarte, sob o viés do interesse público primário a Administração atua no interesse da coletividade, com a expressão de interesses extrapatrimoniais situados fora do mercado, portanto indisponíveis.²⁶¹ Ao revés, o interesse público secundário tem natureza instrumental em relação ao primário, ou seja, são utilizados como meio para satisfação dos interesses públicos primários.

Nessa exegese, a Administração, no âmbito dos interesses secundários, põe em prática um plexo de medidas que podem ser quantificadas, tendo expressão patrimonial, e que são concertadas para atingir determinados resultados, os interesses públicos primários. Essas medidas revelam direitos patrimoniais de que a Administração poderia dispor, direitos disponíveis, sobre os quais nada obstará à adoção de soluções de controvérsias mediante arbitragem.

Como já mencionado alhures, a concepção versada na divisão de interesses primários e secundários não é isenta de críticas. Sobre o interesse público primário, Antonio Carlos Cintra do Amaral adverte que não existe "a sociedade como um todo" para que possa qualificar esse interesse (primário). Acrescenta ainda que os interesses públicos e privados se misturam.²⁶²

²⁵⁸ ALESSI, Renato. *Principi di diritto amministrativo*, vol. 1, 4. ed., Milano: Giuffrè, 1978. v. 1, p. 232-233. Conferir ainda: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, 25. ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 65-67.

²⁵⁹ Diogo de Figueiredo Moreira Neto aduz que as atividades da Administração, segundo a natureza do interesse público, podem ser classificadas em atividades-fim e atividades-meio. As primeiras referem-se às funções desempenhadas pelo Estado para satisfação dos interesses públicos primários e dizem respeito às próprias necessidades da sociedade. Por estarem relacionadas aos administrados, formam a Administração Pública Externa. As atividades-meio servem para operacionalizar os interesses institucionais do Estado, relativos, entre outros, aos seus atos, pessoas, serviços etc, destinando-se à satisfação dos interesses públicos secundários, na conformação de uma Administração Pública Interna (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*, 14. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 116).

²⁶⁰ Ver, entre outros: LEMES, Selma Maria Ferreira. *Arbitragem na administração pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 131-132; e MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do Rêgo. "Administração pública consensual e a arbitragem." *Revista de Arbitragem e Mediação*. Ano 8, vol. 31, out.-dez., 2012, p. 127.

²⁶¹ FERREIRA NETTO, Cássio Telles. *Contratos administrativos e arbitragem*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 53.

²⁶² AMARAL, Antonio Carlos Cintra do. "O princípio da publicidade no direito administrativo." *Revista Brasileira de Direito Público*, vol. 1, n. 2, jul.-set., 2003, p. 11-12.

Acerca do interesse público secundário, Marçal Justen Filho afirma que o interesse público não consiste no interesse do aparato estatal, que pode ter até certas "conveniências", como deixar de pagar suas dívidas em benefício material dos seus cofres. Assenta que essas vantagens não podem ser consideradas como interesse público, porque nenhum interesse público configura-se como "conveniência egoística da administração pública". O interesse secundário ou interesse da Administração Pública ou de seu aparato, no escólio do autor, não é público, pois não são nem mesmo interesses, mas apenas meras conveniências circunstanciais.²⁶³

Rafael Carvalho Rezende Oliveira, nessa linha, defende que não se pode confundir interesse público com interesse da Administração Pública. Exemplifica, nesse contexto, que, apesar da importância que a arrecadação tem para o erário, ela deve ser vista em seu caráter instrumental e não pode servir de fundamento para justificar atos ilegais da Administração. Também se refere à impossibilidade de a Administração negar pagar suas dívidas sobre o argumento de que isso é bom para o interesse público secundário.²⁶⁴

Em que pesem os argumentos centrados na remota classificação em atos de gestão ou de império e na concepção de interesses públicos primários e secundários servirem à parte da doutrina para contrapor o obstáculo da indisponibilidade do interesse público erigido contra a arbitragem, não serão adotados neste trabalho, porquanto carregam o peso das críticas de seus opositores e porque se vislumbra a possibilidade de tratar a questão de forma mais simples e consistente.

Retoma-se à objeção antes gizada de que a Administração não tem disponibilidade sobre o interesse público, porque eles são próprios da coletividade. Logo a arbitragem não se aplicaria haja vista que o instituto somente pode ser empregado na resolução de controvérsias relativas a direitos patrimoniais disponíveis. Como registrado anteriormente, essa interpretação parece insustentável.

Há uma dificuldade apenas aparente nas premissas e na conclusão retrocitadas. É aparente porque está ligada à ideia equivocada de entender indisponível tudo que está relacionado ao Estado ou à Administração Pública, o que inclui os seus contratos. É como se o

²⁶³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, 8. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 120.

²⁶⁴ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. "A releitura do direito administrativo à luz do pragmatismo jurídico." *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: FGV, n. 256, jan.-abr., 2011, p. 146 (ver nota de rodapé n. 53 do autor).

Estado fosse agraciado com o poder do "toque de Midas" para tornar indisponível tudo aquilo que tocar.

O cerne do dissenso recai sobre a confusão que se faz entre disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais com disponibilidade ou indisponibilidade de interesse público. Trata-se de questões que não se baralham, sob pena de inviabilizar a própria atividade administrativa contratual.

Esclarece Eros Roberto Grau que na relação contratual administrativa o Estado-aparato (Administração) atua vinculado pelas mesmas estipulações que vinculam o particular; ambos estão submetidos à lei (Estado-ordenamento). E para realizar o interesse público pratica atos da mais variada ordem, dispondo de direitos patrimoniais, ainda que não possa fazê-lo em relação a outros (a exemplo de bens públicos de uso comum). Mas é certo que algumas vezes deve dispor de direitos patrimoniais sem que isso signifique dispor de interesse público, porque a realização deste último é alcançada mediante a disposição daqueles.²⁶⁵

Como se observa, o doutrinador descortina aquilo que geralmente é objeto da confusão entre aqueles que entendem haver óbice ao emprego da arbitragem em contratos firmados pela Administração. Ou seja, dispor de direitos patrimoniais não significa dispor de interesse público, por isso o argumento contrário à arbitragem não se sustenta.

No contrato administrativo, o que estão em evidência são os interesses patrimoniais que por sua lógica são disponíveis. É dizer: contratos administrativos transferem bens e direitos patrimoniais disponíveis, pois se não contemplassem essa natureza não poderiam ser objeto de contratos. Vale lembrar a aproximação conceitual alhures delineada²⁶⁶ de que direito patrimonial é aquele susceptível de avaliação pecuniária ou que tenha valor econômico e o direito disponível seria o que as partes podem constituir ou extinguir por meio de ato ou acordos de vontades, ou seja, pode ser objeto de contrato.

Ora, a disponibilidade que a Administração tem de criar direitos e obrigações pela via contratual, em que, repisa-se, há transferência de bens e direitos entre o Estado e um terceiro interessado, é a mesma disponibilidade que ela tem de submeter os litígios contratuais à arbitragem. Noutras palavras, se é possível disciplinar obrigações contratuais futuras que

²⁶⁵ GRAU, Eros Roberto. "Arbitragem e contrato administrativo". *Revista Trimestral de Direito Público*. vol. 32, 2000, p. 17 e 20.

²⁶⁶ Reitera-se que não se trata de demarcação conceitual precisa, mas que somente tem o objetivo de tatear uma noção aproximada do que sejam esses termos vagos. Ver subitem 2.1.2, relativo à arbitrabilidade objetiva.

vinculam a Administração e o particular ao que fora pactuado, igualmente é cabível e coerente estabelecer a forma com que eventuais conflitos possam ser resolvidos.

Marçal Justen Filho sustenta que se trata de questão indissociável, uma vez que existe um único tema jurídico em foco, ou seja, a disponibilidade para impor a arbitragem é a mesma para criar direitos e obrigações pela via consensual. Afirmar ainda que, se o interesse público é indisponível ao ponto de excluir a arbitragem também o será para o efeito de produzir a contratação.²⁶⁷

De ressaltar que a arbitragem tem natureza jurídica híbrida, pois se fala em uma fase preliminar convencional ou contratual e uma fase posterior de caráter jurisdicional, conforme registros precedentes.²⁶⁸ A primeira dá origem à arbitragem, a segunda dá os contornos jurisdicionais ao instituto com base na lei de regência. A autonomia das vontades ou disponibilidade que possuem as partes para se vincularem por meio da convenção arbitral está ligada à autonomia contratual do Estado (Administração) para criar obrigações vinculantes. O autor Marco Antonioli explica que são manifestações da autonomia negocial tanto a celebração do contrato quanto a firma de compromisso arbitral, uma vez que a autonomia reconhecida para pactuar um deles implicaria a do outro.²⁶⁹

Eros Roberto Grau arremata seus apontamentos sobre o tema com a relevante conclusão de que sempre que a administração puder contratar, o que importa disponibilidade de direitos patrimoniais, poderá convencionar cláusula de arbitragem, sem que isso signifique disposição de interesse público.²⁷⁰ Para Gustavo Binbenbojm, o poder de pactuar a arbitragem é implícito ao poder de contratar.²⁷¹

Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara explicam que a Lei de Arbitragem afastou de seu âmbito de aplicação apenas os temas que não admitem contratação pelas partes, limitando a aplicação do procedimento arbitral às questões referentes a direito (ou interesse) passível de contratação. Asseveram ainda que quando a Administração contrata, ela assume um determinado ônus com a perspectiva de receber uma contrapartida estipulada, e, nesse

²⁶⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, 8. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 772.

²⁶⁸ Ver subitem 1.3, referente à natureza jurídica da arbitragem.

²⁶⁹ ANTONIOLI, Marco. *Arbitrato e giurisdizione esclusiva*. Milano: Giuffrè, 2004, p. 30.

²⁷⁰ GRAU, Eros Roberto. “Arbitragem e contrato administrativo”. *Revista Trimestral de Direito Público*, vol. 32, 2000, p. 20.

²⁷¹ BINENBOJM, Gustavo. *As parcerias público-privadas e a constituição*. In *Temas de Direito Administrativo e Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 138-139.

caso, algum direito patrimonial está sendo negociado, por isso há de ser considerado um direito disponível.²⁷²

Com base nessa ideia simples, mas relevante, de que onde cabe o contrato – uma vez que se cuida de disponibilidade de direitos patrimoniais – cabe a arbitragem, pode-se afirmar que o princípio da indisponibilidade do interesse público não impede o uso da arbitragem nos contratos administrativos tampouco constitui óbice ao reconhecimento da arbitrabilidade objetiva quando a Administração entabula seus contratos.

Firmada essa conclusão parcial antes gizada, colhe-se na doutrina rol exemplificativo de questões contratuais que, no caso de conflitos, usualmente podem ser solucionadas mediante arbitragem: a) quebra do equilíbrio da equação econômico-financeira;²⁷³ b) identificação e o cumprimento das obrigações contratuais de ambas as partes contratantes, inclusive as consequências do descumprimento;²⁷⁴ c) interpretação do contrato durante a sua execução como a abrangência do seu objeto, o reajuste, a declaração de que um serviço foi cumprido segundo o que fora estipulado para fins de aplicação de multa contratual; e após, para apuração de haveres decorrentes de rescisão;²⁷⁵ d) os pressupostos e decorrências da extinção do contrato, revestidos de cunho patrimonial;²⁷⁶ e) cláusulas técnicas, por exemplo, em que a avença estabelece determinado ângulo para lançamento de concreto.²⁷⁷

Por fim, vale examinar a alegação de inconstitucionalidade das leis que autorizam expressamente a arbitragem em contratos administrativos de concessão de serviço ou obra pública. Essa questão está relacionada ao emprego da arbitragem em matéria relativa à prestação de serviço público. Noutras palavras, quando o contrato referir-se a serviços

²⁷² SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. "O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos." *Revista de Direito Administrativo*. São Paulo, n. 248, mai.-ago., 2008, p. 120-121.

²⁷³ TALAMINI, Eduardo. "Arbitragem e parceria público-privada (PPP)." In Eduardo Talamini; Mônica Spezia Justen (Org.). *Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar*. Revista dos Tribunais, 2005, p. 346. Ver também: JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, 8. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 772.

²⁷⁴ TALAMINI, Eduardo. "Arbitragem e parceria público-privada (PPP)." In Eduardo Talamini; Mônica Spezia Justen (Org.). *Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar*. Revista dos Tribunais, 2005, p. 346.

²⁷⁵ LEMES, Selma Maria Ferreira. *Arbitragem na administração pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 146. No mesmo sentido, defendendo que a interpretação de cláusulas contratuais pode ser objeto de arbitragem, conferir: JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, 8. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 772.

²⁷⁶ TALAMINI, Eduardo. "Arbitragem e parceria público-privada (PPP)." In Eduardo Talamini; Mônica Spezia Justen (Org.). *Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar*. Revista dos Tribunais, 2005, p. 346.

²⁷⁷ REINERT, Edison Eduardo Borgo. "Contratos administrativos e a aplicabilidade da lei da arbitragem." *Revista Brasileira de Direito Público*, v. 8, n. 28, Jan.-mar., 2010, p. 103.

públicos não seria cabível a solução arbitral, por ofender o "papel constitucional do serviço público e a própria dignidade que o envolve."²⁷⁸

Essa assertiva tem como base a indisponibilidade do interesse público, ideia que já fora refutada com a conclusão de que se é dado à Administração contratar, direitos patrimoniais estão em evidência, e, portanto, não há falar em indisponibilidade de interesse público. Assim, resta analisar o ponto referente ao serviço público.

É no texto constitucional que se buscam as balizas para desfazer o equívoco da suposta incompatibilidade da arbitragem com os serviços públicos. Da Lei Maior é possível extrair a possibilidade de delegação de serviços públicos. Entre os mecanismos principais a operacionalizar essa delegação estão a concessão e a permissão de serviços públicos, cujo permissivo encontra-se no art. 175 da Constituição Federal, ao dispor que incumbe ao poder público prestar serviços públicos diretamente ou sob regime de concessão ou permissão.²⁷⁹

Dúvidas não há sobre a possibilidade da delegação de serviços públicos a particulares, o que ocorre por meio de contratação, nos termos da Lei n. 8.987/1995, quando define que a concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será formalizada mediante contrato (art. 4º), igualmente à permissão de serviço público (art. 40).

Ora, se os direitos referentes à exploração de determinado serviço público são possíveis de serem negociados mediante contratação, retoma-se à conclusão antes firmada de que são direitos patrimoniais disponíveis a respeito dos quais os conflitos a eles relacionados podem ser objeto de arbitragem.

Asseveram Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara que preços, condições de pagamento, cronograma de investimento, financiamento, enfim, tudo o que concernente à exploração econômica do serviço pode ser objeto de contratação e, conseqüentemente, podem ter seus conflitos dirimidos por arbitragem, se assim as partes pactuarem.²⁸⁰

²⁷⁸ Conforme sustenta Celso Antônio Bandeira de Mello, subitem 2.2.

²⁷⁹ Art. 175 Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. " A autorização vem disciplinada no art. 223 e nos incisos XI e XII do artigo 21 da CF/1988, uma vez que ao utilizar a expressão "autorização", o texto constitucional estabelece um terceiro tipo de delegação de serviços públicos aos particulares, em que pese não tenha feito menção a essa modalidade de prestação de serviços públicos na regra geral do art. 175.

²⁸⁰ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. "O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos." *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 248, mai.-ago., 2008, p. 125.

Não se vislumbra na Constituição Federal qualquer impedimento ao emprego da arbitragem em matéria relativa à prestação de serviço público. A maioria das leis que veiculam a arbitragem e/ou meios extrajudiciais de solução de conflitos refere-se à concessões de serviços públicos, a exemplo das Leis ns. 8.987/1995 e 11.079/2004 (PPPs) e muitas outras que regulam concessões em setores específicos. Essas leis presumem-se constitucionais até declaração em sentido contrário.

A suposta desconformidade ou incompatibilidade desses diplomas com a Constituição da República não deve prosperar. De mais a mais, o Poder Judiciário não tem considerado inconstitucionais as leis que veiculam a autorização expressa para uso da arbitragem em concessões de serviço público. Ao revés, colhe-se da jurisprudência uma exegese favorável ao emprego do mecanismo arbitral em contratos administrativos de concessão de serviço público, como será visto na parte seguinte deste trabalho, destinada ao exame de decisões judiciais relativas à arbitragem. Entende-se infundada a intelecção de afastar o uso da arbitragem sob alegação de inconstitucionalidade.

Firmadas essas considerações, vale lembrar que foram analisados os requisitos estabelecidos no ordenamento jurídico pátrio para a utilização da arbitragem, a capacidade de contratar e a disponibilidade de direitos. Defendeu-se que a questão da arbitrabilidade, isto é, a possibilidade de sujeição de determinadas pessoas e determinados conflitos à arbitragem, encontra-se atendida quando a Administração celebra seus contratos, pois foram contemplados os critérios (ou requisitos) da arbitrabilidade subjetiva e objetiva, fixados na Lei n. 9.307/1996.

Examinado o quesito da arbitrabilidade, passou-se a verificar se os óbices normalmente suscitados para afastar o emprego da arbitragem se sustentavam ou não. Dessa investigação, pode-se concluir que os alegados obstáculos não resistiram a uma análise um pouco mais aprofundada da matéria, conforme as considerações gizadas que tentaram contrapor as principais teses contrárias ao uso da arbitragem na solução de conflitos em contratos entabulados pela Administração.

PARTE II - ARBITRAGEM E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: dinâmica jurídica

Capítulo 3 - A arbitragem na casuística judicial e na Corte de Contas da União

Finalizada a parte estática do estudo, alcança-se a seção dinâmica em que o trabalho apresenta a interpretação conferida à matéria pelo Poder Judiciário e pelo TCU.

Objetiva-se saber se as decisões judiciais e da Corte de Contas Federal estão alinhadas com o marco teórico pró-arbitragem constante da seção precedente da dissertação.

Pretende-se trazer à discussão uma dimensão concreta das questões referentes ao problema que se propõe o presente estudo que é o de enfrentar os principais óbices jurídicos normalmente erigidos contra a utilização da arbitragem empregada em contratos administrativos avençados pela Administração Pública. É como ensinam Nitish Monebhurrun e Marcelo D. Varella ao se referirem ao estudo de jurisprudência, "uma pesquisa séria em direito dificilmente pode ignorar o direito vivo, tal como aplicado na prática."²⁸¹

3.1. Casuística judicial

Serão abordados alguns casos concretos levados ao crivo do Poder Judiciário. Uns receberão maior atenção do que outros, seja pela importância das questões ora tratadas neste trabalho relativas aos óbices à arbitragem seja pela relevância do órgão que prolatou a decisão na estrutura judiciária. Colhem para análise, quantitativamente, seis decisões: uma do Supremo Tribunal Federal – STF, uma do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDFT e quatro do Superior Tribunal de Justiça – STJ.

De ressaltar que não será objeto de considerações, neste ponto, a decisão do STF referente à constitucionalidade incidental da Lei n. 9.307/1996, porque já foi mencionada na

²⁸¹ MONEBHURRUN, Nitish; VARELLA, Marcelo D. "O que é uma boa tese de doutorado em direito? uma análise a partir da própria percepção dos programas." *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília, vol. 10, n. 1, 2013, p. 432-433.

parte precedente deste trabalho e porquanto não cuida de arbitragem em contratos administrativos, mas de homologação de sentença estrangeira.²⁸²

Na jurisprudência do STF, há o emblemático "Caso Lage" como ficou conhecida a deliberação daquela Corte proferida em 1973 nos autos do Agravo de Instrumento n. 52.181, relatado pelo Ministro Bilac Pinto, que versou sobre a incorporação dos bens particulares das Organizações Lage e do espólio de Henrique Lage.

Antes de adentrar o Caso Lage, é necessário destacar algumas peculiaridades desse julgado. A primeira é que se cuida de um precedente antigo, proferido em 1973,²⁸³ portanto em data bastante anterior à Lei n. 9.307/1996. A segunda refere-se ao fato de que aquela arbitragem, apesar de acordada entre as partes, foi instituída por um Decreto-lei (com força de lei ordinária à época), o Decreto-lei n. 9.521/1946, que se ocupou de delinear as regras específicas ao caso, e não de traçar regras gerais sobre o instituto.

A terceira e última refere-se à controvérsia propriamente dita, em que se discutia o valor da indenização a ser paga pela União em vista da incorporação de bens particulares, isto é, não há contrato administrativo ou ainda conflito no bojo de avenças administrativas firmadas pela Administração, aspecto central do objeto de pesquisa ora investigado. Apesar de todas essas ressalvas, o caso revela-se importante por reconhecer a legalidade do juízo arbitral em causas envolvendo a Administração Pública e por ter sido proferido pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário, consoante se passa a expor.

O Decreto-lei n. 4.648/1942 incorporou ao patrimônio nacional os bens e os direitos das empresas chamada "Organização Lage" (explorava navegação, portos) e do espólio de Henrique Lage, sob o fundamento de interesse da defesa nacional, em face do estado de guerra. Não houve consenso sobre o valor da indenização relativa ao patrimônio incorporado, razão pela qual as partes acordaram em resolver a questão via arbitragem, conforme proposta do Advogado do Espólio Levi Carneiro em audiência com o Presidente da República. O Chefe de Governo ouviu o Consultor-Geral da República Themístocles Brandão Cavalcanti

²⁸² Agravo Regimental na Sentença Estrangeira n. 5.206/EP-Espanha. Relator Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 12.12.2001, DJ 30.04.2004.

²⁸³ Vale registrar que Selma Maria Ferreira Lemes lança luzes sobre um precedente histórico do STF envolvendo o Estado de Minas Gerais que firmou contrato de arrendamento da estância hidromineral com o Engenheiro Américo Werneck. O Estado deixou de cumprir suas obrigações e o laudo arbitral foi favorável ao arrendatário (engenheiro). O caso foi levado ao STF que manteve o laudo arbitral. LEMES, Selma Maria Ferreira. *Arbitragem na administração pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 69-70.

que apoiou a solução arbitral, a qual foi acolhida pelo Presidente da República Eurico Gaspar Dutra.²⁸⁴

Nesse contexto, foi expedido o Decreto-lei n. 9.521/1946 que definiu, entre outras medidas, que: a) a União pagaria um *quantum* justo a ser fixado pelo juízo arbitral; b) esse pagamento seria efetuado em apólices da Dívida Pública, com juros anuais de 5%; c) o julgamento arbitral ocorreria em única instância, não seria admissível recurso e a decisão seria executável independente de homologação; d) o juízo arbitral seria composto por três membros, um nomeado pelo Ministro da Fazenda, outro indicado pelo espólio e um dentre os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em exercício ou aposentado.²⁸⁵

Em 21 de janeiro de 1948, o juízo arbitral proferiu sentença, por votação unânime, decidindo que a indenização a ser paga pela União era de Cr\$ 288.460.812,00. O Presidente da República enviou mensagens ao Congresso Nacional visando à abertura de créditos orçamentários para efetuar os pagamentos assentados pelo juízo arbitral. Os créditos foram aprovados na Câmara dos Deputados e em algumas comissões do Senado Federal.

Entretanto, sob o alicerce de parecer elaborado pelo Procurador-Geral da Fazenda Haroldo Renato Ascoli, que sustentava a inconstitucionalidade do juízo arbitral, foi enviada nova mensagem presidencial (novo governo)²⁸⁶ ao Congresso com a solicitação de cancelamento das anteriores, o que ocasionou a rejeição da abertura de créditos orçamentários pelo Legislativo.

A questão foi judicializada. O magistrado de primeira instância julgou procedente a ação para o fim de que fosse paga a indenização estabelecida no laudo arbitral.²⁸⁷ A sentença foi confirmada em sede de Apelação pelo antigo Tribunal Federal de Recursos – TFR em exame exaustivo da matéria efetuado pelo Relator Ministro Godoy Ilha, com reforma parcial apenas para excluir a condenação em honorários advocatícios.

²⁸⁴ Essas informações foram colhidas do Relatório que precede o voto do Ministro Bilac Pinto, Relator do Agravo de Instrumento n. 52.181, disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=22084>>, acesso em 15.11.2013.

²⁸⁵ O painel de árbitros foi composto por: Raul Gomes de Matos, por parte da União; Antônio Sampaio Dória, pelo espólio; Manoel da Costa Manso, Ministro aposentado do STF, conforme item 2.h do precitado Relatório.

²⁸⁶ Essa Mensagem foi a de n. 463, de 14 de novembro de 1952, do Governo de Getúlio Vargas.

²⁸⁷ Foram fixados ainda juros, custas e honorários advocatícios, este de 10% sobre o valor da condenação.

A questão finalmente chegou ao STF em 1955, por meio de recursos extraordinários e agravo de instrumento.²⁸⁸ No Agravo, a União sustentou, em essência: a) a nulidade do juízo arbitral, pois não se poderia criar órgão judicante estranho à justiça ordinária e porque não se exclui da apreciação do Judiciário ofensa a direito; b) a incompatibilidade do Decreto-lei n. 9.521/1946 com a Constituição de 1946; c) a insubsistência da cláusula de irrecorribilidade do laudo arbitral.²⁸⁹

O Relator do Agravo no STF, Ministro Bilac Pinto, como base na argumentação veiculada no voto do Ministro Godoy de Ilha (Relator do feito no TFR), refutou as alegações da União trazidas ao conhecimento do Pretório Excelso, em substância, da seguinte forma:

a) na carta de 1937, então vigente ao tempo da expedição do Decreto-lei n. 9.521/1946,²⁹⁰ não existia vedação, expressa ou implícita, à instituição de um juízo arbitral, o que igualmente ocorria com a Constituição de 1946;

b) não é possível a interdição ao juízo arbitral mesmo nas causas contra a Fazenda, o que importaria em uma restrição à autonomia contratual do Estado que, como toda pessoa *sui juris*, pode prevenir o litígio pela via transacional, não se podendo recusar esse direito pelo menos na sua relação de natureza contratual, dela excluídas aquelas em que o Estado age como Poder Público que não podem ser objeto de transação; a hipótese para qual se instituiu o Decreto-lei n. 9.521/1946 entra na primeira categoria;

c) a instituição do juízo arbitral não importou em constituir foro privilegiado tampouco tribunal de exceção, basta atentar para natureza consensual do tribunal arbitral que decorre de criação contratual, nascida de compromisso entre as partes, apesar de regulada em lei especial;

d) o Decreto-lei n. 9.521/1946 não é inconstitucional por ofender o § 4º do art. 141 da Constituição de 1946, ao disciplinar "que a lei não poderá excluir da apreciação do Poder

²⁸⁸ O *iter* processual completo (como a oposição de embargos de declaração e in fringentes) e as especificidades do que continha cada recurso (inclusive os extraordinários) parecem não ser relevante ao presente trabalho, portanto receberão maior atenção as questões veiculadas no agravo de instrumento. Consta na parte inicial do voto de outro Ministro, o Ministro Rodrigues Alckmin, um resumo sobre o caminho processual do feito até desembocar no STF. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=22084>>, acesso em 15.11.2013.

²⁸⁹ Algumas outras questões de somenos importância para esta análise foram suscitadas, como: nulidade da sentença arbitral, em face da negativa de créditos orçamentários, e a ilegalidade da condenação em juros de mora.

²⁹⁰ Esclareça-se que a Constituição de 1946 foi promulgada em 18 de setembro de 1946 e Decreto-lei n. 9.521 é de 26 de julho de 1946.

Judiciário qualquer lesão de direito individual", porque o dispositivo assegura o direito à jurisdição, o acesso às justiças regulares; ao inverso, o juízo arbitral supõe, no ato de sua constituição, o acordo entre as partes que consentem em subtrair a causa às justiças regulares; jamais se entendeu que pudesse o juízo arbitral infringir a norma precitada;²⁹¹

e) a cláusula "sem recurso" já estava consagrada no art. 1.040 do Código Civil, deixando à opção das partes a dispensa do recurso;

f) o juízo arbitral constitui uma jurisdição paralela à justiça ordinária e as suas decisões são equivalentes as dos juízes oficiais, fazem coisa julgada, devendo valer independente de homologação.

O STF, de acordo com o voto do Relator – no que foi acompanhado pelos demais ministros –, decidiu: a) negar provimento ao Agravo de Instrumento n. 52.181 interposto pela União; b) não haver inconstitucionalidade ou ilegalidade no juízo arbitral; c) condenar a União ao pagamento dos juros de mora; d) restabelecer a condenação em honorários advocatícios imposto na sentença prolatada em primeira instância.

Esse *decisum*, apesar de antigo, é de grande valia para verificar que a argumentação utilizada para contrapor as alegações de inconstitucionalidade e ilegalidade²⁹² da arbitragem, no voto do Relator, estão em consonância com o que se expôs na seção anterior deste trabalho.

Vale citar, nesse contexto, o entendimento de que a pactuação da arbitragem não ofende o princípio da inafastabilidade de jurisdição, uma vez que as partes podem optar validamente em solucionar os conflitos fora do eixo judicial. Outra questão bem assentada na deliberação foi a de que a vedação de uso da arbitragem importaria numa restrição à autonomia contratual do Estado, em que pese o caso não contemple contrato algum. O STF entendeu que o Decreto-lei n. 9.521/1946 trazia, em alguma medida, a formalização da arbitragem anteriormente acordada entre as partes, razão pela qual considerou tratar-se de uma relação jurídica de natureza contratual, disciplinada por um decreto-lei.

²⁹¹ O relator, a respeito desse quesito, transcreve trecho do parecer de Castro Nunes acostado aos autos.

²⁹² Vale conferir parte da ementa: "1 - Legalidade do Juízo Arbitral, que o nosso direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a Fazenda. Precedente do Supremo Tribunal Federal. 2 - Legitimidade da cláusula de irrecorribilidade de sentença arbitral, que não ofende a norma constitucional."

Como se percebe, esse remoto Acórdão da Corte Maior – mesmo sem se referir à arbitragem no âmbito de contratos administrativos, mas em caso específico de indenização decorrente de incorporação de bens particulares pela União com todas as peculiaridades que o permeiam – já havia descortinado alguns óbices jurídicos que até hoje alguns doutrinadores insistem em suscitar contra a arbitragem em causas envolvendo a Administração Pública.

Outro acórdão significativo para o presente trabalho foi emanado pelo Conselho Especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios em decisão havida em 1999 nos autos do Mandado de Segurança n. 1998.00.2.003066-9. O *writ* foi impetrado por Seveng Civilsan S/A – Empresas Associadas de Engenharia e Construtora Andrade Gutierrez S/A contra ato coator do Tribunal de Contas do Distrito Federal que determinava à Companhia de Água e Esgotos de Brasília – Caesb, sociedade de economia mista, que se abstinhasse de recorrer ao juízo arbitral para dirimir questões contratuais, mesmo com previsão editalícia de solução de controvérsias por arbitragem.²⁹³

O contrato foi celebrado entre as partes em 1987 sob a vigência do antigo Decreto-lei n. 2.300/1986 e notadamente anterior à Lei n. 9.307/1996 de arbitragem. O objeto contratual visava à adaptação e à ampliação da Estação de Tratamento de Esgoto de Brasília, com fornecimento de diversos bens, obras, serviços de montagens eletromecânicas etc.

A Relatora do *mandamus*, então Desembargadora Nancy Andrighi e atual Ministra do STJ, entendeu que a estipulação em edital de resolução de controvérsias por arbitragem deveria ser observada pelas partes ante o princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Acrescentou que, no caso, a solução de conflitos contratuais por juízo arbitral não afetaria a indisponibilidade do interesse público, tendo em vista o objeto do contrato examinado.

Apesar de a avença ter sido firmada sob a égide do Decreto-lei n. 2.300/1986, a Relatora lançou mão do art. 54 da Lei n. 8.666/1993, que prevê a possibilidade de as disposições de direito privado serem aplicadas aos contratos administrativos, para reforçar a possibilidade de adoção do juízo arbitral com vistas a pacificar questões controvertidas. Nesse contexto, concedeu-se a segurança, por unanimidade, para determinar o cumprimento do edital

²⁹³ MS 19980020030669, Conselho Especial do TJDF, julgado em 18/05/1999, Rel. Desembargadora Nancy Andrighi, disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>, acesso em 14.11.2013.

no ponto em que estipulava que as controvérsias entre os impetrantes e a Caesb fossem resolvidas por arbitragem.

Esse julgado é relevante por ter determinado observar o que anteriormente fora previsto no instrumento convocatório e ainda por entender ser possível clausular arbitragem em contratos administrativos. Também assentou não haver, no caso, qualquer ofensa ao princípio da indisponibilidade do interesse público, uma vez que possíveis discussões sobre o objeto contratual não afetariam a referida indisponibilidade.

Outra Corte que tem prolatado importantes decisões acerca da arbitragem em contratos administrativos é o STJ, órgão judiciário responsável por uniformizar a interpretação da lei federal no Brasil. Esse Tribunal atua como a última instância da Justiça para as causas relativas às normas infraconstitucionais, não relacionadas diretamente à Constituição, o que reveste de grande importância a interpretação que confere ao uso da arbitragem pela Administração Pública, notadamente nos contratos em que firma.

Do magistério jurisprudencial do STJ sobressaem relevantes deliberações acerca da arbitragem em contratos administrativos. O primeiro caso a ser destacado refere-se ao Recurso Especial – Resp. n. 612.439-RS, da Relatoria do Ministro João Otávio de Noronha, julgado em 2005. Inicialmente, a lide foi instaurada pela Companhia Estadual de Energia Elétrica – CEEE, sociedade de economia mista com sede no Estado do Rio Grande do Sul, sob o fundamento de que a AES Uruguaina Empreendimentos Ltda. havia descumprido contrato firmado entre as referidas sociedades para aquisição de potência e energia elétrica. Em contestação, a AES alegou a preliminar de extinção do processo em face da existência de cláusula compromissória arbitral na avença entabulada entre as partes.²⁹⁴

A decisão de primeira instância rejeitou a preliminar suscitada pela AES em razão de a CEEE ser prestadora de serviço público essencial relativo à produção e distribuição de energia elétrica e, como tal, não poderia, sem autorização legislativa estadual, abrir mão do devido processo legal para dirimir eventuais conflitos referentes ao serviço público por ela prestado. Ademais, destacou que a utilização da via arbitral é mera faculdade posta em favor dos litigantes, não sendo vedada a busca de tutela no Poder Judiciário.

²⁹⁴ Essas informações foram colhidas do Relatório que precede o voto do Ministro João Otávio de Noronha, Relator do Resp. n. 612.439/RJ, disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200302124603&dt_publicacao=14/09/2006>, acesso em 15.11.2013.

Irresignada, a AES Uruguaina Empreendimentos Ltda. interpôs agravo de instrumento, o qual não foi provido, porquanto o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – TJRS concluiu ser livre o acesso ao Poder Judiciário, no termos do art. 5º, inciso XXXV, da CF.²⁹⁵ Por fim, a AES Uruguaina Empreendimentos Ltda. manejou recurso especial ao STJ com pedido de que fosse conferido provimento ao recurso, com vistas a determinar a extinção do processo sem julgamento de mérito, dada a existência de convenção de arbitragem.

No voto condutor do julgado, o Ministro Relator trouxe ao conhecimento da Segunda Turma do STJ as seguintes razões de decidir:

a) uma das inovações consignadas na Lei n. 9.307/1996 foi a de conferir força cogente à cláusula arbitral, afastando a solução judicial do litígio, uma vez que estipulada a cláusula compromissória estará definitivamente imposta como obrigatória a via extrajudicial para solução dos litígios envolvendo o ajuste;

b) no julgamento do Agravo Regimental na Sentença Estrangeira 5.206, o STF concluiu que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o preceito inscrito no art. 5º, XXXV, da CF (inafastabilidade de jurisdição);

c) é equivocado o posicionamento consignado no voto impulsionador do acórdão recorrido de que a Lei n. 9.307/96 confere às partes mera faculdade de se socorrerem da cláusula compromissória, assim como a conclusão de que a celebração dessa cláusula não importa na extinção do processo com base no art. 267, inciso VII, do CPC;

d) submetida a sociedade de economia mista ao regime jurídico de direito privado e celebrando contratos situados nesta seara jurídica, não parece haver dúvida quanto à validade de cláusula compromissória por ela convencionada, sendo despicienda a necessidade de autorização do Poder Legislativo a referendar tal procedimento;

e) quando os contratos celebrados pela empresa estatal tratarem de atividade econômica em sentido estrito – serviços públicos de natureza industrial ou atividade econômica de produção ou comercialização de bens, suscetíveis de produzir renda e lucro –,

²⁹⁵ Após, a AES Uruguaina Empreendimentos Ltda. opôs embargos de declaração no TJRS, mas igualmente sem sucesso.

os direitos e as obrigações deles decorrentes serão transacionáveis, disponíveis e, portanto, sujeitos à arbitragem;

f) a energia elétrica é *commodity* de grande importância para o País, razão pela qual cumpre assegurar às empresas que se dedicam à sua comercialização e ao seu fornecimento, sejam elas privadas ou estatais, mecanismos ágeis, seguros e eficientes na gestão desses negócios.

Diante dessas considerações, a Segunda Turma do STJ conheceu e proveu o recurso para, em essência, extinguir o processo sem exame de mérito.

Como se nota, a decisão reforçou que a Lei n. 9.307/1996 trouxe força cogente à cláusula arbitral, afastando a solução do conflito pelo juiz, haja vista que as partes decidiram confiar a um ou mais árbitros a pacificação da controvérsia. Lembra-se o precitado "duplo caráter" da convenção de arbitragem em que vincula as partes aos litígios atuais ou futuros e os submete ao juízo arbitral, ao mesmo tempo em que afasta a jurisdição estatal.²⁹⁶ Houve ainda refutação da tese referente à inafastabilidade de jurisdição, objeto de registros anteriores na seção estática destinada a analisar as argumentações contrária à arbitragem.

Além dessas ideias destacadas, o *decisum* foi claro em reconhecer a validade da arbitragem em contratos administrativos, ainda que tenha apoiado sua exegese na particularidade de que o ajuste fora firmado por sociedade de economia mista exploradora de atividade econômica de produção ou comercialização de bens.

Análogo ao *decisum* anterior foi o Resp. n. 606.345-RS,²⁹⁷ prolatado em 2007 também pela Segunda Turma do STJ. O recurso versava as mesmas questões que envolveram o Resp. n. 612.439-RS, cujos autos estavam apensos ao Resp. n. 606.345-RS, por tratar de igual demanda original, idênticas partes e do mesmo objeto. Os recursos especiais chegaram ao STJ por autuações relativas a agravos diversos na origem. Como as razões recursais eram *ipsis litteris* as que constavam no processo apenso (Resp. n. 612.439-RS comentado acima), o Ministro João Otávio de Noronha, Relator, limitou-se a reproduzir o seu voto proferido no Resp. precedente, que foi igualmente acolhido pelo Colegiado.

²⁹⁶ Vale lembrar ainda que a esses dois efeitos foi acrescentado um terceiro, o de fixar os limites e a forma como o árbitro deve solucionar os conflitos, conforme subtítulo 1.4 "As modalidades de convenção de arbitragem."

²⁹⁷ Resp. n. 606.345-RS, Relator Ministro João Otávio de Noronha, disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200302052905&dt_publicacao=08/06/2007>, acesso em 15.11.2013.

Posteriormente, em 2008, o STJ voltou a decidir sobre arbitragem pactuada em contratos administrativos. Trata-se do Mandado de Segurança – MS n. 11.308/DF,²⁹⁸ de relatoria do Ministro Luiz Fux, que assentou na jurisprudência da Corte Cidadã importantes questões defendidas pela doutrina acerca da arbitragem em avenças administrativas, como se passa a expor.

O *mandamus* foi impetrado contra ato do Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia que publicou a Portaria Ministerial n. 782/2005, a qual ratificava os termos da rescisão contratual²⁹⁹ efetuada pela Nuclebrás Equipamentos Pesados S/A – Nuclep (sociedade de economia mista), de contrato administrativo de arrendamento celebrado entre a Nuclep e a empresa Terminal Multimodal de Coroa Grande S/A – TMC, cujo objeto consistia na administração, exploração e operação do terminal portuário e de área retroportuária (Complexo Portuário), lavrado em 1997.

O ato coator autorizou tanto a assunção imediata pela Nuclep do objeto do contrato de arrendamento, conforme permissivo legal expresso no art. 80, inciso I, da Lei n. 8.666/1993, como a ocupação e utilização do local, instalações, necessárias à continuidade do objeto do contratual, nos termos do art. 80, inciso II e § 3º, daquele diploma legal.

Ocorre que a referida avença contemplava cláusulas de seguinte teor:

Cláusula 21.1 – Para dirimir as controvérsias resultantes deste Contrato e que não tenham podido ser resolvidas por negociações amigáveis, fica eleito o foro da Comarca do Rio de Janeiro, RJ, em detrimento de outro qualquer, por mais privilegiado que seja.
Cláusula 21.2 - Antes de ingressar em juízo, as partes recorrerão ao processo de arbitragem previsto na Lei 9.307/1996.

Apesar da menção contratual ambígua – a uma porque se sabe que a arbitragem exclui, em tese, a solução judicial e a duas porquanto dá uma ideia de grau, ou seja, de que as partes deveriam ingressar em juízo caso a controvérsia não fosse pacificada pela via arbitral – não há dúvida sobre a expressa previsão de arbitragem.³⁰⁰

²⁹⁸ MS n. 11.308/DF, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 09/04/2008, DJe 19/05/2008, disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200502127630&dt_publicacao=19/05/2008>, acesso em 15.11.2013.

²⁹⁹ A rescisão decorreu de alegados descumprimentos de cláusulas contratuais por parte da contratada.

³⁰⁰ Vale ressaltar que o contrato foi firmando em 1997, um ano após a edição da Lei n. 9.307/1996.

O relator do feito recorreu a extenso acervo doutrinário para fundamentar seu voto que recebeu acolhida da Primeira Seção do STJ. O aludido voto contemplou as seguintes asserções:

a) a sociedade de economia mista que estabelece cláusula compromissória de submissão do litígio ao juízo arbitral não pode pretender exercer poderes de supremacia contratual previsto na Lei n. 8.666/1993;³⁰¹

b) a doutrina sustenta a legalidade da submissão do Poder Público ao juízo arbitral, calcado em precedente do STF (Caso Lage) de extrema importância, porque naquela assentada reconheceu-se especificamente "a legalidade do juízo arbitral, que o nosso direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a Fazenda";

c) não é qualquer direito público sindicável na via arbitral, mas somente aqueles cognominados como disponíveis, porquanto de natureza contratual ou privada, tendo-se por escorreita a exegese da distinção jus-filosófica entre o interesse público primário e o interesse da administração, interesse público secundário, com base nas lições de Carnelutti, Renato Alessi, Celso Antônio Bandeira de Mello e Min. Eros Roberto Grau;

d) o Estado, quando atestada a sua responsabilidade, revela-se tendente ao adimplemento da respectiva indenização, coloca-se na posição de atendimento ao interesse público; ao revés, quando visa a evadir-se de sua responsabilidade no afã de minimizar os seus prejuízos patrimoniais, persegue nítido interesse secundário, subjetivamente pertinente ao aparelho estatal em subtrair-se de despesas, engendrando locupletamento à custa do dano alheio;

e) é assente na doutrina e na jurisprudência que indisponível é o interesse público, e não o interesse da administração; dentre os diversos atos praticados pela Administração, para a realização do interesse público primário, destacam-se aqueles em que se dispõe de determinados direitos patrimoniais, pragmáticos, cuja disponibilidade, em nome do bem coletivo, justifica a convenção da cláusula de arbitragem em sede de contrato administrativo;

f) as sociedades de economia mista encontram-se em situação paritária em relação às empresas privadas nas suas atividades comerciais, conforme a leitura do art. 173, § 1º, inciso

³⁰¹ Sobre essa afirmação, conferir as considerações adiante gizadas no subitem 3.2 "Casuística no Tribunal de Contas da União."

II, da Constituição Federal, evidenciando-se a incoerência de quaisquer restrições quanto à possibilidade de celebrarem convenções de arbitragem para solução de conflitos de interesses, uma vez legitimadas para tal as suas congêneres;

g) a aplicabilidade do juízo arbitral em litígios administrativos, quando presentes direitos patrimoniais disponíveis do Estado, é fomentada pela lei específica, porquanto mais célere, consoante se colhe do art. 23 da Lei n. 8.987/1995, que dispõe acerca de concessões e permissões de serviços e obras públicas, e que prevê, em seu inciso XV, dentre as cláusulas essenciais do contrato de concessão de serviço público, as relativas ao "foro e ao modo amigável de solução de divergências contratuais";

h) a aplicação da Lei n. 9.307/1996 e do art. 267, inciso VII, do CPC à matéria *sub judice* afasta a jurisdição estatal, em obediência ao princípio do juiz natural (art. 5º, inciso LII, da CF), pois a arbitragem não subtrai a garantia constitucional do juiz natural, ao contrário, implica realizá-la, porquanto somente cabível por mútua concessão entre as partes, inaplicável, por isso, de forma coercitiva, tendo em vista que ambas as partes assumem o "risco" de serem derrotadas na arbitragem; de mais a mais, vige na jurisdição privada, tal como na pública, o princípio do *Kompetenz-Kompetenz*, que estabelece ser o próprio juiz quem decide a respeito de sua competência.

i) trata-se tão somente de contrato administrativo versando cláusulas pelas quais a Administração está submetida a uma contraprestação financeira, razão pela qual é indubitável o cabimento da arbitragem; não faria sentido ampliar o conceito de indisponibilidade à obrigação de pagar vinculada à obra ou serviço executado a benefício auferido pela Administração em face da prestação regular do outro contratante.

Diante desse contexto, foi concedida a ordem, porquanto o referido litígio deveria ser conhecido e solucionado por juízo arbitral competente, eleito pelas partes.

Essa deliberação está em consonância com o marco teórico pró-arbitragem teorizado na seção anterior deste trabalho. Diversos trechos do *decisum* vão ao encontro do que fora gizado na parte precedente. Pode-se citar, em primeira linha, a confirmação de que é plenamente legal a submissão da Administração ao juízo arbitral, notadamente quando entabula contratos administrativos. Reitera-se que a aplicação da Lei n. 9.307/1996 afasta a jurisdição estatal, com o acréscimo de que a arbitragem não subtrai a garantia constitucional

do juiz natural, ao revés, implica realizá-la. Também há menção ao princípio da competência-competência, igualmente objeto de registros anteriores.

Sobressaem ainda duas questões relevantes desse julgado: uma relativa à interpretação conferida ao art. 23 da Lei n. 8.987/1995 e outra referente ao interesse público. Acerca da Lei n. 8.987/1995, o julgado dá interpretação abrangente ao art. 23 desse diploma para entender que a disposição referente ao "modo amigável de solução de divergências contratuais" anuncia autorização legal para clausular arbitragem em contratos regulamentados por essa lei específica, conforme defende parte da doutrina citada na seção precedente deste trabalho. Todavia essa exegese de incluir a arbitragem entre os referidos modos amigáveis de resolução de conflitos não parece razoável, consoante mencionado alhures.³⁰²

Quanto ao quesito interesse público, a deliberação acolhe a teoria das categorias de interesses públicos primários e secundários. No caso examinado, prevaleceu o entendimento de que se tratava de interesse público secundário, em que se refere a determinados direitos patrimoniais, cuja disponibilidade justificaria a convenção da cláusula de arbitragem em contrato administrativo.

Como mencionado na parte anterior, esse critério distintivo, apesar de não ser o adotado nesta dissertação, é utilizado por alguns doutrinadores para contrapor, em matéria de arbitragem, o óbice da indisponibilidade do interesse público, ao lado da classificação entre atos de império e atos de gestão, e da ideia, acolhida neste estudo, de que onde cabe contrato cabe arbitragem. Ainda que por critério diverso, vale ressaltar a importância do julgado em divisar o interesse público do interesse patrimonial do Estado.

Também merece destaque o Recurso Especial n. 904.813/RJ apreciado pela Terceira Turma do STJ. Esse recurso foi manejado pela companhia Paranaense de Gás Natural – Compagas, uma sociedade de economia mista, em face de acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Paraná – TJ/PR. Esta decisão (do TJ/PR) negou provimento a recurso interposto contra sentença que julgou improcedente pedido veiculado na ação declaratória de nulidade de compromisso arbitral, proposta pela Compagas, tendo no pólo passivo o Consórcio Passarelli.

³⁰² Ver subitem 2.2.2.2, "Leis que autorizam a arbitragem em contratos administrativos", em que se discorda dessa interpretação. Vale rememorar ainda que a Lei n. 11.196/2005 inseriu na Lei n. 8.987/1995 o art. 23-A, que menciona expressamente a possibilidade de o contrato de concessão prever o emprego de arbitragem para resolução de disputas relativas ao contrato.

O TJ/PR disciplinou que a controvérsia levada ao juízo arbitral se referia exclusivamente à recomposição da equação econômico-financeira do contrato, decorrente de atrasos no início da execução da obra contratada com base na Lei n. 8.666/1993, razão pela qual não havia falar em direito indisponível, sendo adequada a solução do conflito mediante arbitragem. Também restou assentado na deliberação atacada que não existia qualquer irregularidade na delimitação do objeto do compromisso arbitral e ainda que era desnecessária a indicação de árbitro substituto.³⁰³

No Recurso Especial, a Compagas alegou basicamente que: a) a falta de previsão de arbitragem no edital e no contrato tornava nulo o compromisso arbitral posteriormente firmado entre as partes; acrescentou, no ponto, que havia previsão contratual relativa à competência do foro da Comarca de Curitiba/PR para dirimir futuras controvérsias; b) a decisão proferida por apenas dois árbitros era nula, em razão da ausência da necessária intervenção do Poder Judiciário para nomeação do terceiro árbitro.

No voto apresentado pela Ministra Nancy Andrighi, Relatora, as nulidades alegadas pela Compagas foram refutadas. Afirmou a Relatora que tanto a doutrina quanto a jurisprudência sinalizam que não existe óbice legal na estipulação de arbitragem pelo Poder Público, notadamente pelas sociedades de economia mista.

Houve destaque para peculiaridade do caso concreto relativa a não previsão de arbitragem no edital e no contrato. Após delinear a diferença entre cláusula compromissória e compromisso arbitral, a Relatora fixou a noção de que a ausência dessa previsão no instrumento convocatório não ofenderia o princípio da vinculação das partes ao edital do certame, pois a finalidade do aludido princípio seria o de estabelecer a todos os participantes o prévio conhecimento acerca do objeto em disputa, assegurando-lhes iguais condições de participação. Registrou a Relatora que não se pode vislumbrar que a licitação teria outro resultado ou dela participariam mais (ou menos) concorrentes, unicamente pelo fato de estar ou não previsto determinado foro (arbitral) para solução de controvérsias.

Destacou-se que apesar de figurar na Lei n. 8.666/1993 como cláusula obrigatória (art. 55, § 2º), a cláusula de foro não poderia ser considerada essencial aos contratos

³⁰³ Dados coletados do Relatório que impulsionou o Acórdão prolatado nos autos do Resp. n. 904.813, disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200600381112&dt_publicacao=28/02/2012>, acesso em 07.01.2014.

administrativos. Essa afirmação foi acompanhada de fundamentos doutrinários de Hely Lopes Meirelles e de Maria Adelaide de Campos França, autores citados pela Relatora.

Nesse contexto, ficou assentado ser desnecessária a previsão de arbitragem no edital do certame e no contrato, sob os fundamentos colacionados acima e com a conclusão de que o mais importante é verificar, no caso concreto, a possibilidade de adoção da arbitragem na solução de conflitos no bojo de contratos administrativos.

Sobre a existência de cláusula de foro judicial (Comarca de Curitiba/PR), o voto contemplou a tese de não ser incompatível com o juízo arbitral, pois o Poder Judiciário pode ser chamado a intervir nos casos de concessão de medidas de urgência, de execução da sentença arbitral, de não instituição da arbitragem quando uma das partes não aceita de forma amigável.

Acerca do objeto da arbitragem, foi reconhecido pelo *decisum* que o conflito girava em torno da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, de caráter eminentemente patrimonial e disponível, "tanto e assim que as partes poderiam tê-lo solucionado diretamente, sem intervenção tanto do juízo estatal, como do juízo arbitral." Acrescentou que se a recorrente teria autonomia para resolver a controvérsia relativa ao equilíbrio financeiro do contrato, igualmente teria autonomia para eleger um árbitro.

Houve crítica em relação à conduta da Compagas de recorrer ao Judiciário para impugnar seu próprio ato anterior de firmar compromisso arbitral com o consórcio Passarelli. Na opinião da Relatora, esse ato "beira as raias da má-fé, além de ser evidentemente prejudicial ao próprio interesse público de ver resolvido o litígio de maneira mais célere."³⁰⁴

Quanto à alegação de nulidade do compromisso arbitral pelo fato de a decisão ter sido proferida por apenas dois árbitros, assentou-se que o objetivo de o legislador exigir número ímpar de árbitros é para evitar empates e, na hipótese dos autos, não houve empate, porquanto os árbitros decidirão a questão no mesmo sentido, de forma unânime. Ou seja, foi alcançado o resultado pretendido pelo legislador, apesar de o árbitro nomeado pela recorrente ter deixado de participar do procedimento. Com base nessas considerações, a Terceira Turma do STJ, por unanimidade, negou provimento ao Recurso Especial manejado pela Compagas.

³⁰⁴ O voto proferido pelo Ministro Massami Uyeda, no mesmo Resp., também trouxe críticas à Compagas, classificando a atitude da sociedade de economia mista como "extremamente negativa".

Como se observa, o *decisum* está alinhado com o posicionamento acolhido neste trabalho de que a arbitragem pode figurar como instrumento válido para solucionar conflitos em contratos administrativos. Em especial, destacou-se que a cláusula de foro (judicial) pode coexistir harmonicamente com a arbitragem, seja na modalidade cláusula compromissória ou compromisso arbitral.

Nesse ponto, vale ressaltar a importante manifestação da Relatora ao considerar que a estipulação de arbitragem pela modalidade compromisso arbitral em nada vai de encontro ao princípio da vinculação das partes ao instrumento convocatório, cujo escopo é o de estabelecer as regras para o torneio licitatório, pois o Poder Público pode de lançar mão de ambas as modalidades de arbitragem disponível na legislação de regência.³⁰⁵

³⁰⁵ Há vozes dissonantes na doutrina acerca desse entendimento. Cita-se a opinião de Carlos Alberto de Salles para quem a possibilidade de a Administração convencionar a utilização da arbitragem fica limitada à modalidade cláusula compromissória, não podendo fazê-lo por meio de compromisso, em razão de as leis que disciplinam alguns contratos administrativos indicarem expressamente o estabelecimento de arbitragem por meio de cláusula. Acrescenta que a arbitragem, se agregada ao procedimento licitatório precedente ao contrato administrativo, poderia conduzir a licitação a um resultado diverso (SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 110-113.). Discorda-se dessa inteligência. Conforme já mencionado anteriormente, o doutrinador afirma ser necessária lei específica para o emprego da arbitragem pelo Poder Público (mesma obra, p. 237) em que considera o permissivo legal um pressuposto de arbitrabilidade (conferir subitem 2.3.2.3 deste trabalho, "A Arbitragem na Lei n. 8.666/1993", citada a opinião do autor em nota de rodapé). Essa concepção estrita do princípio da legalidade não é acolhida nesta dissertação, uma vez que se defende a legalidade em sentido amplo, cuja interpretação serve igualmente para afastar a ideia de restrição à arbitragem nos contratos administrativos firmados pela Administração somente à subespécie cláusula compromissória. Entende-se que tanto uma modalidade quanto a outra pode ser validamente empregada pela Administração para convencionar a arbitragem, uma vez que não há vedação legal alguma ao compromisso arbitral, considerando-se o ordenamento jurídico como um todo, com descarte da ideia de que a Administração é uma mera executora da lei em sentido formal. Ademais, as leis não exigem tal previsão em editais de certame licitatório (exceto a Lei n. 11.079/2004, PPPs, art. 11, inciso III, que traz essa exigência). É preciso lembrar que os requisitos para admissão da arbitragem são os que constam no art. 1º da Lei n. 9.307/1996, ou seja, pessoas capazes de contratar (arbitrabilidade subjetiva) e conflitos envolvendo direitos patrimoniais disponíveis (arbitrabilidade objetiva). Sobre a assertiva de que a previsão de arbitragem poderia trazer outro resultado ao certame licitatório, crê-se que a interpretação veiculada no voto condutor do Acórdão examinado oferece melhor exegese nesse quesito, pois não há como afirmar que a previsão editalícia, por si só, faria com que mais (ou menos) interessados acrescessem à disputa. Logo, não há como aferir objetivamente se essa previsão mudaria o resultado do torneio licitatório. De mais a mais, a restrição a uma única modalidade (cláusula compromissória) poderia afastar indevidamente a possibilidade de a Administração firmar acordo de vontades para levar uma controvérsia decorrente de contrato administrativo (em execução) à apreciação do juízo arbitral nas hipóteses em que o conflito é concreto, e não abstrato como normalmente ocorre na convenção de cláusula compromissória. Sobre a desnecessidade de previsão editalícia, conferir: AMARAL, Paulo Osternack. *Arbitragem e administração pública: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 77-80. Ver ainda Aline Lícia Klein para quem em toda e qualquer contratação administrativa que não exista a previsão no edital e no contrato de solução por arbitragem, se as partes concordarem, poder-se-á recorrer ao instituto. (KLEIN, Aline Lícia. *Arbitragem nas concessões de serviço público*. In Cesar A. Guimarães Pereira; Eduardo Talamini (Coord.). *Arbitragem e o poder público*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 94-95). Também nessa linha Thalita Duebla Mendes defende que os requisitos de validade da convenção de arbitragem envolvendo a Administração não incluem a previsão de arbitragem no ato convocatório de que tiver resultado o contrato. (MENDES, Thalita Duebla. *A concessão de tutela de*

De ressaltar que esse entendimento jurisprudencial aponta ainda um avanço na interpretação das normas que autorizam a utilização da arbitragem pela Administração, uma vez que as leis que regulam alguns contratos administrativos sinalizam a possibilidade de se estabelecer cláusulas arbitrais em contratos, o que revela a opção legislativa pela modalidade da cláusula compromissória.

No caso examinado, como se sabe, a arbitragem foi pactuada após a ocorrência do conflito por meio da subespécie compromisso arbitral. Essa deliberação deixa claro que qualquer modalidade de arbitragem pode ser empregada pela Administração nos seus contratos, haja vista que não há óbices para tanto, tampouco ofende o princípio da vinculação ao edital, consoante assentou o acórdão em foco.

Analisadas as deliberações acima, relembra-se que o objetivo de estudar a casuística judicial consiste em saber se as decisões estão alinhadas com a exegese pró-arbitragem constante da seção precedente da dissertação.

Pelos casos apreciados, percebe-se que o Poder Judiciário, notadamente o STJ que tem a função de uniformizar a interpretação da lei federal no Brasil, apresenta jurisprudência favorável à arbitragem. Seja no sentido de afastar os obstáculos normalmente cogitados contra a arbitragem em contratos administrativos, em consonância ao que fora gizado na seção anterior do trabalho, seja para aperfeiçoar a exegese acerca do emprego do instituto pela Administração Pública. Aliás, como mencionado na introdução deste trabalho, acredita-se que o assentamento dessa jurisprudência por parte dos tribunais judiciais brasileiros seja um dos fatores responsável pelo desenvolvimento da arbitragem no Brasil.

De um modo geral, os julgados enfrentam os óbices normalmente erigidos contra a arbitragem e os contrapõem. Assim ocorre com a inafastabilidade de jurisdição, legalidade e indisponibilidade do interesse público envolvido. As asserções sobre a possibilidade de a arbitragem figurar validamente como um meio de solução de conflitos em contratos administrativos são recorrentes nas deliberações examinadas. Nesse contexto, a jurisprudência coletada está consonância com a exegese desenvolvida na parte precedente da dissertação.

O único ponto a destacar quando se compara a parte estática com a dinâmica (casuística) é que naquela defendeu-se com maior abrangência a aplicação da arbitragem em contratos administrativos entabulados pela Administração Pública Direta e Indireta e nesta observou-se que algumas deliberações, vez ou outra, realçam o fato de que, nas relações jurídicas contratuais travadas, uma das partes era sociedade de economia mista (Administração Indireta), o que, por operarem sob o regime de direito privado, em tese seria mais facilmente identificável a disponibilidade em relação a qual a arbitragem revela-se juridicamente possível.

Esse ponto característico mencionado na maioria dos julgados ocorreu porque os casos examinados envolveram nos pólos das ações ou recursos sociedades de economia mista (exceto o peculiar Caso Lage). Pode-se afirmar que, no STJ, apesar da interpretação favorável à arbitragem, não há nessa Corte posicionamento relativo à arbitragem em contratos administrativos firmados pela Administração Direta, autarquias, fundações e empresas públicas, até porque nenhum caso concreto dessa natureza chegou ao conhecimento da Corte Cidadã.

Rememora-se que quando se entabula contratos administrativos, independente de emanados da Administração Direta ou Indireta, tem-se em evidência direitos patrimoniais disponíveis, consoante as razões gizadas na seção anterior do presente trabalho. Considerando a jurisprudência de vanguarda do STJ referente à arbitragem, seria razoável vislumbrar que aquele Tribunal manterá o mesmo entendimento (pró-arbitragem) caso se depare com a questão contratual afeta à Administração Direta, bem como às autarquias, que pertencem à Administração Indireta, mas têm personalidade jurídica de direito público.

Entende-se que as cortes judiciárias assim decidirão, principalmente o STJ que está na linha de frente em relação à interpretação do instituto, porque os requisitos traçados na lei de regência para o cabimento da arbitragem, é dizer, pessoas capazes de contratar (arbitrabilidade subjetiva) e conflitos envolvendo direitos patrimoniais disponíveis (arbitrabilidade objetiva), nos termos do art. 1º da Lei n. 9.307/1996, estão plenamente atendidos na hipótese de celebração de contrato administrativo pela Administração (Direta e Indireta).

E ainda porque os obstáculos argumentativos suscitados contra arbitragem em avenças administrativas não resistem ao exame mais aprofundado do tema, conforme esclarecido na

seção anterior da dissertação, com apoio em parte da doutrina e da jurisprudência ora analisada. Acrescente-se, nessa linha, que o Projeto de Lei do Senado n. 406, de 2013, que modifica a Lei n. 9.307/1996 pretende "estabelecer que a Administração Pública direta e indireta poderá utilizar-se de arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis decorrentes de contratos por ela celebrados."

Diante desse contexto, pode-se asseverar que as deliberações apreciadas estão alinhadas com a exegese pró-arbitragem constante da seção precedente da dissertação – com as achegas de que não há posicionamento no STJ sobre a Administração Direta, autarquias, fundações e empresas públicas – e que a análise crítica antes efetuada dos obstáculos erigidos contra a arbitragem em contratos administrativos tem respaldo em precedentes judiciais.

3.2. Casuística no Tribunal de Contas da União

Busca-se conhecer como a Corte de Contas trabalha os casos concretos relativos à arbitragem levados à sua apreciação.

É oportuno destacar que a exegese conferida ao tema pelo Órgão de Controle Externo³⁰⁶ reveste-se de grande importância, pois, ao oferecer uma interpretação historicamente restritiva, tem inibido o emprego do instituto pela Administração na solução de conflitos relativos aos contratos administrativos celebrados pela Administração.³⁰⁷

Sabe-se que o Tribunal tem a competência constitucional de julgar as contas de todos os administradores e responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos federais da Administração Direta e Indireta, com exceção do Presidente da República, caso em que somente emite parecer prévio.³⁰⁸ E, por consequência lógica, essa tradicional relutância da

³⁰⁶ O controle externo é exercido pelo Congresso Nacional. O TCU auxilia nesse mister, sem ser subordinado ao Congresso, conforme exegese dos arts. 70 e 71 da Constituição Federal.

³⁰⁷ Essa é igualmente a opinião de Gustavo Justino de Oliveira e de Sílvia Helena Johanson de Salvo ao afirmarem que o posicionamento dos órgãos de controle como o TCU tem coibido o uso da arbitragem pela Administração Pública. (OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de; DI SALVO, Sílvia Helena Johanson. "A reforma da lei de arbitragem: análise sobre a autorização do uso da arbitragem pela administração pública direta e indireta". *NDJ, Orientação Preventiva*, n. 1, jan. 2014, p. 2).

³⁰⁸ Ver art. 71, incisos I e II, da Constituição Federal. De registrar que a Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF (Lei Complementar n. 101/2000) estabelece que "Art. 56. As contas prestadas pelos Chefes do Poder Executivo incluirão, além das suas próprias, as dos Presidentes dos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário e do Chefe do Ministério Público, referidos no art. 20, as quais receberão parecer prévio, separadamente, do respectivo Tribunal de Contas." Com base nesse dispositivo, combinado com art. 20 da

Corte de Contas em face do instituto tende a provocar dúvida e hesitação nos gestores públicos federais que podem ficar temerosos em empregar o instituto.

Especificamente sobre os julgados envolvendo arbitragem em contratos administrativos, serão comentados apenas os mais significativos dada a maior incidência do tema na Corte de Contas em comparação aos tribunais superiores judiciais. Alguns deles serão examinados em bloco em vista das semelhanças sobre as questões apreciadas.

Antes de analisar os julgados, vale ressaltar que a processualística de contas contempla algumas diferenças em relação àquela encontrada no Poder Judiciário, mas não cabe neste trabalho esgotá-las ou especificá-las, a não ser em breves notas (de rodapé) quando necessário, a exemplo das explicações sobre algumas espécies processuais.

Nada obstante essa opção metodológica, dois esclarecimentos preliminares são necessários. O primeiro refere-se ao fato de que os processos no âmbito do TCU, de um modo geral, contemplam diversas questões, porquanto esses feitos abrangem atos da mais variada ordem praticados por administradores públicos, o que reflete em muitos e diferentes temas abordados em um mesmo julgado. Com alinhamento ao objetivo deste trabalho, apenas os pontos relativos à arbitragem receberão destaques.

O segundo esclarecimento relaciona-se às partes que compõem as decisões do Tribunal, que bastante se assemelha às do processo judicial. São elas: a) o relatório do Ministro Relator, no qual constarão as conclusões da instrução (do relatório da equipe de auditoria ou do servidor técnico responsável pela análise do processo, bem como do parecer das chefias imediatas) elaborada pela unidade técnica e o parecer do Ministério Público junto

LRF e com o art. 92 da Constituição Federal, passou-se a divisar as contas de governo das contas de gestão. Aquelas são julgadas pelo Congresso nacional e estas, pelo Tribunal de Contas da União. Segundo Márcio André Santos de Albuquerque e Estevão dos Santos Cunha, as contas de governo se preocupam, entre outras medidas, com a condução das políticas públicas, evolução de índices econômicos e sociais, atingimento de metas previstas na LRF etc; nas contas de gestão, o Tribunal afere se a aplicação dos recursos federais ocorreram de acordo com as normas que regulam a espécie. Esclarecem ainda os autores que, de acordo com interpretação das normas precitadas, as contas de governo compreendem as contas dos presidentes dos seguintes órgãos: Ministério Público, Senado Federal, Câmara dos Deputados, Supremo Tribunal Federal, Conselho Nacional de Justiça, Superior Tribunal de Justiça, Conselho da Justiça Federal, Tribunal Superior do Trabalho, Tribunal Superior Eleitoral, Superior Tribunal Militar e o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Ocorre que o STF deferiu Medida Cautelar na ADI n. 2238-5 em que suspendeu a eficácia do art. 56 da LRF, sob o entendimento de que a norma “contraria o inciso II do art. 71 da Carta Magna, tendo em vista que apenas as contas do Presidente da República deverão ser apreciadas pelo Congresso Nacional.” Em deferência à medida cautelar, o TCU decidiu, mediante o Acórdão n. 2.248/2007 – Plenário, que as contas de governo, a partir de 2008, estariam restritas às contas do Presidente da República. Para maior aprofundamento acerca do tema, conferir: ALBUQUERQUE, Márcio André Santos de; CUNHA, Estevão dos Santos. *Curso de controle externo*. Brasília: Obscursos, 2009, p. 84-87.

ao Tribunal – MP/TCU, este quando for o caso; b) a fundamentação com que o Ministro Relator analisa as questões de fato e de direito, ou seja, o voto; c) o dispositivo em que se decidirá sobre o mérito do processo, o acórdão.³⁰⁹ A particularidade fica por conta da instrução do feito pelas unidades técnicas que integram o Tribunal. Elas examinam as questões concernentes a determinado processo e, alfin, oferecem propostas de encaminhamento (que constará no relatório) ao Relator da matéria.

Fixadas essas observações iniciais, passa-se à apreciação de alguns julgados proferidos pela Corte de Contas Federal. A primeira deliberação proferida pelo TCU sob as luzes do tema arbitragem em contratos administrativos refere-se à Decisão³¹⁰ n. 286/1993 – Plenário³¹¹ havida em processo de Consulta³¹² formulada pelo Ministro de Estado de Minas e Energia. A autoridade consulente indagava sobre a possibilidade de adoção de arbitragem para solucionar conflitos em contratos celebrados entre a Companhia Hidroelétrica do São Francisco – Chesf (sociedade de economia mista) e seus fornecedores de materiais e mão-de-obra.

Os pareceres tanto da unidade técnica quanto do MP/TCU foram uníssonos em afastar o emprego da arbitragem. A unidade técnica entendeu necessária a existência de lei específica que permitisse o emprego da arbitragem em contratos administrativos e ainda considerou que a adoção do instituto feriria os seguintes princípios: a) da supremacia do interesse público sobre o privado, porque a Administração deixaria de exercer suas prerrogativas contratuais; b) da indisponibilidade do interesse público, pois se entrega a terceiro, que não o Juiz, o poder de decidir sobre interesses públicos; c) da inalienabilidade dos direitos concernentes a interesses públicos, haja vista que os direitos conferidos à Administração por força da lei ou dos princípios de direito público ficariam a cargo dos árbitros; d) do controle administrativo ou tutela, uma vez que o poder-dever de a Administração rever seus atos atinentes à contratação

³⁰⁹ Conforme o art. 1º, § 3º, da Lei n. 8.443/1992, Lei Orgânica do TCU.

³¹⁰ De ressaltar que antes da entrada em vigor do atual Regimento interno do TCU (Resolução/TCU n. 155/2002) o Tribunal proferia deliberações colegiadas ora chamadas de decisão ora de acórdão, a depender da matéria objeto de apreciação. Com o Regimento em vigor, todas as deliberações colegiadas são denominadas acórdão.

³¹¹ Relator Ministro Homero Santos, disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces>>, acesso em 15.02.2014.

³¹² Sobre o processo de Consulta, consta no art. 264 do Regimento interno do TCU (Resolução/TCU n. 155/2002) que "O Plenário decidirá sobre consultas quanto a dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de sua competência, que lhe forem formuladas pelas seguintes autoridades: I – presidentes da República, do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal; II – Procurador-Geral da República; III – Advogado-Geral da União; IV – presidente de comissão do Congresso Nacional ou de suas casas; V – presidentes de tribunais superiores; VI – ministros de Estado ou autoridades do Poder Executivo federal de nível hierárquico equivalente; VII comandantes das Forças Armadas." Disponível em: <http://portal12.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/normativos/sobre_normativos/regimento.pdf>, acesso em 15.02.2014.

por ilegalidade ou contrariedade ao interesse público poderia ser levado à deliberação do terceiro erigido em árbitro; e) da vinculação do contrato ao instrumento convocatório e à proposta que lhe deu origem, porque ameaça a estabilidade das regras e condições que presidiram o certame licitatório, pois o contratado poderia pleitear, a qualquer tempo, vantagens contratuais que provavelmente não obteria na instância administrativa. Com essa interpretação concordou o MP/TCU.

O Relator do feito adotou o posicionamento oferecido pela unidade técnica e pelo MP/TCU, tendo o Plenário, por meio da Decisão n. 286/1993, respondido ao consulente que o juízo arbitral seria inadmissível em contratos administrativos por falta de expressa autorização legal e por contrariar princípios básicos de direito público "(princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, princípio da vinculação ao instrumento convocatório da licitação e à respectiva proposta vencedora, entre outros)."

Observa-se que a posição inicial do TCU foi de interditar a arbitragem em contratos administrativos. Para tanto, a Corte fundamentou a deliberação na ausência de autorização legislativa específica, revelando interpretação do princípio da legalidade de forma estrita, para conceber a necessidade de lei formal específica que possibilitasse o uso do instituto. De ressaltar que a deliberação é anterior à promulgação da Lei n. 9.307/1996.

A Corte de Contas invoca uma noção de legalidade que não está alinhada à formulação teórica adotada neste trabalho, como amplamente mencionado alhures, e ainda uma plethora de princípios que conferem prerrogativas à Administração para afastar o emprego da arbitragem em contratos por ela firmados. As prerrogativas mencionadas pelo TCU que supostamente infringiriam a supremacia do interesse público sobre o particular seriam as denominadas prerrogativas contratuais,³¹³ a saber: alteração unilateral do contrato, rescisão unilateral,

³¹³ Segundo Juan Carlos Cassagne, essas prerrogativas são chamadas pela doutrina de cláusulas exorbitantes. Explica que por cláusulas exorbitantes costuma-se entender aquelas que são incomuns no direito privado ou que incorporadas ao direito privado seriam ilegais. Ou as que têm por objeto outorgar às partes direitos ou impor obrigações estranhas àquelas consentidas no âmbito do direito civil ou comercial. Descreve ainda que a presença dessas cláusulas seria, para alguns, um critério para caracterizar um contrato como administrativo ou não. O autor critica essas interpretações para entender que as cláusulas chamadas exorbitantes aparecem como consequência da natureza administrativa do contrato, porque não se pode confundir causa e efeito. Também assenta que as referidas cláusulas podem ser introduzidas em contratos que nada têm de administrativos. (CASSAGNE, Juan Carlos. *El contrato administrativo*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999, p. 19). Igualmente Maria João Estominho assevera que não é o contrato administrativo que atribui prerrogativas exorbitantes à Administração, ao réves, é a própria Administração que, pela sua natureza, é dotada de poderes especiais aos quais não pode renunciar mesmo quando celebra contratos. Os tradicionais privilégios exorbitantes da Administração são manifestações normais de um poder administrativo, este sim um poder extraordinário em relação à capacidade contratual jurídico-privada. (ESTORNINHO, Maria João. *Requiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 1990, p. 145-147). Por fim, vale citar ainda

fiscalização da execução contratual, aplicação de sanções, ocupação provisória dos bens, pessoal e serviços objeto da avença, nos termos do art. 58 da Lei n. 8.666/1993. Há ainda as restrições ao uso da exceção do contrato não cumprido, *exceptio non adimpleti contractus*, nos termos do art. 78, incisos XIV e XV, da mesma lei.³¹⁴

O fato de um contrato administrativo ter como meio de solução de conflitos a arbitragem não impede a Administração de utilizar dessas prerrogativas estipuladas em lei, pois, como assevera Mauro Roberto Gomes de Mattos, o emprego da arbitragem para dirimir controvérsias em um contrato administrativo possui barreiras que não poderão ser penetradas, e uma delas é a revogação de cláusulas que veiculem prerrogativas legais.³¹⁵

Entretanto, os efeitos patrimoniais decorrentes dessas prerrogativas administrativas podem ser levados à apreciação arbitral. A exemplo da alteração unilateral do ajuste, sabe-se que a Lei n. 8.666/1993 prevê que o contratado é obrigado a aceitar essa alteração, para acréscimos e supressões em obras, serviços ou compras, no limite de 25% do valor inicial atualizado do contrato e 50%, somente para acréscimos, quando se tratar de reforma de edifício ou de equipamento (art. 65, § 1º, da Lei n. 8.666/1993).

Por outro lado, o art. 65, § 6º, da Lei n. 8.666/1993 prevê que, se a alteração unilateral provocar encargos ao contratado, a Administração deverá restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial.³¹⁶ Aliás, essa garantia (equilíbrio econômico-financeiro) tem estatura constitucional, nos termos do que dispõe o art. 37, inciso XXI, da CF.

Brewer-Carias para quem cláusulas exorbitantes não são estipulações contratuais, mas sim manifestações de ação unilateral própria da Administração Pública. Acrescenta que as aludidas cláusulas não são exorbitantes do direito comum, pois a Administração pode utilizá-las naquelas relações contratuais em exista um preponderância de regime de direito privado. (BREWER-CARIAS, Allan R. *Contratos administrativos*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1992, p. 47).

³¹⁴ Uns apontam como *locus* dessas prerrogativas o art. 58 da Lei n. 8.666/1993 ou asseveram que estão pulverizadas em outros dispositivos além do retrocitado, o que aumenta, em termos quantitativos, a teorização sobre o tema. Di Pietro, a exemplo, acrescenta às prerrogativas retrocitadas as de anular contratos e de exigir garantias, art. 56, § 1º, da Lei n. 8.666/1993. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 23. ed., São Paulo: Atlas, 2010, p. 268-274).

³¹⁵ MATTOS, Mauro Roberto Comes. "Contrato administrativo e a lei de arbitragem." *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro, n. 223, jan.-mar., 2001, p. 144.

³¹⁶ Por equilíbrio financeiro entende-se a preservação dos valores monetários previstos no ajuste inicial, com vistas a conservar o poder aquisitivo da moeda em que serão efetuados os pagamentos do contratado, o que inclui: a) pontualidade do pagamento das prestações acordadas; b) correção monetária dos pagamentos feitos com atraso; c) atualização financeira por meio dos índices genéricos próprios; d) o reajuste de preços, específico, de acordo com o custo da produção e de acordo com os índices setoriais aplicáveis aos insumos utilizados em cada contrato. Já o equilíbrio econômico é preservado pela revisão das próprias condições originárias do contrato, por meio da recomposição de preços e da repactuação de preços. É dizer: resguardar a remuneração dos contratados, mediante indenização dos seus prejuízos, contra os efeitos dos acontecimentos imprevisíveis na álea econômica, contra as áleas administrativas decorrentes de medidas

Nesse contexto, vislumbra-se que conflitos envolvendo questões relativas à observância dos percentuais previstos em lei e os referentes à restauração do equilíbrio econômico-financeiro podem ser objeto de apreciação por parte de árbitro eleito pelas partes, por estarem revestidos de consequências patrimoniais quantificáveis monetariamente, apesar de decorrente de uma prerrogativa prevista em lei.³¹⁷

Sobre os outros princípios mencionados na deliberação, indisponibilidade e inalienabilidade do interesse público, tutela e vinculação do contrato ao instrumento convocatório igualmente não prosperam para o fim de afastar a arbitragem. Nota-se que o TCU confunde disponibilidade de interesse público com disponibilidade de interesses patrimoniais. De acordo com a formulação teórica desenvolvida na parte precedente deste trabalho, essas noções não se baralham. Quanto à tutela ou ao controle, nada obsta que a Administração exerça essas prerrogativas em um contrato com previsão de arbitragem, mas as consequências patrimoniais (possíveis indenizações) desses atos podem ser levadas ao crivo arbitral.

Por fim, sobre a alegada ofensa à vinculação ao contrato ou ao edital, o Tribunal entendeu que a presença da arbitragem ameaçaria a estabilidade das regras e condições que presidiram o certame licitatório, uma vez que o contratado poderia pleitear vantagens que provavelmente não lograria na via administrativa. Essa assertiva decorre mais de uma impropriedade lógica do que jurídica, porque a estipulação de arbitragem não visa à obtenção de vantagens ou burla ao ordenamento jurídico ou ainda ao que fora pactuado em contrato. Ao contrário, os conflitos levados à apreciação do árbitro buscam uma solução técnica, imparcial e principalmente respaldada nas obrigações contratuais, nas normas que delineiam a matéria objeto de conflito e em garantias processuais.

É como ensina Eduardo Talamini, "a arbitragem não é jogo de aposta ou azar." Ao submeter um conflito à arbitragem não se está recorrendo a uma decisão advinda de um

adotadas pelos próprios governantes (fato do príncipe), contra as áleas materiais da execução do contrato, força maior e caso fortuito, contra os inadimplementos contratuais da Administração, e contra as áleas decorrentes de fatos previsíveis, porém de consequências incalculáveis. Conferir, nesse sentido: BORGES, Alice Maria Gonzalez. "Considerações sobre o futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos." *JAM Jurídica*, ano XV, n. 4, abril, 2010, p. 13-14.

³¹⁷ Nessa linha conferir Selma Maria Ferreira Lemes para quem não são matérias que possam ser submetidas à arbitragem as decisões adotadas pela Administração que giram em torno das chamadas cláusulas exorbitantes como as de rescindir unilateralmente o contrato etc. Todavia pode o árbitro decidir sobre as consequências patrimoniais delas advindas, em especial para indenizar e recompor o equilíbrio econômico-financeiro. (LEMES, Selma Maria Ferreira. *Arbitragem na administração pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 144).

procedimento desregrado e inconsequente. Ao revés, a arbitragem deve se orientar por critérios objetivos que resguarda as garantias processuais necessárias para um julgamento responsável da controvérsia.³¹⁸

Observa-se que a interpretação inicial do TCU com relação à arbitragem em contratos administrativos é interditiva, uma vez que veda qualquer possibilidade de emprego do instituto, e revela desconhecimento e desconfiança acerca do instituto, especialmente no que se refere ao receio de o árbitro agir sem imparcialidade ou de atuar com alinhamento de condutas para beneficiar particulares que contratem com a Administração.

Outra deliberação da Corte de Contas que merece atenção é a Decisão n. 763/1994 – Plenário³¹⁹ proferida em processo de Acompanhamento³²⁰ da licitação referente à concessão de exploração da Ponte Rio-Niterói. Referida deliberação citou como fundamento o *decisum* anterior (Decisão n. 286/1993 – Plenário) para determinar ao Departamento Nacional de Estradas de Rodagem – DNER que excluísse do edital a arbitragem como meio para a resolução de conflitos entre a concessionária e o DNER, ante a inexistência de fundamento legal para a adoção desse instituto em contratos administrativos. Igualmente à interpretação antecedente, o Tribunal vedou a arbitragem por não haver autorização legal específica.

Em processo de Levantamento de Auditoria,³²¹ o Plenário da Corte de Contas prolatou o Acórdão n. 587/2003³²² sobre fiscalização efetuada no Departamento Nacional de

³¹⁸ TALAMINI, Eduardo. “A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais, composição em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitoria.” *Revista de Processo*. São Paulo, ano 30, v. 128, p. 65.

³¹⁹ Relator Ministro Carlos Átila Álvares da Silva, disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces>>, acesso em 16.02.2014.

³²⁰ O Acompanhamento é o instrumento de fiscalização utilizado pelo Tribunal para: a) examinar, ao longo de um período predeterminado, a legalidade e a legitimidade dos atos de gestão dos responsáveis sujeitos a sua jurisdição, quanto ao aspecto contábil, financeiro, orçamentário e patrimonial; e b) avaliar, ao longo de um período predeterminado, o desempenho dos órgãos e entidades jurisdicionadas, assim como dos sistemas, programas, projetos e atividades governamentais, quanto aos aspectos de economicidade, eficiência e eficácia dos atos praticados. Conferir, nesse sentido, o art. 241 do Regimento interno do TCU, disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/normativos/sobre_normativos/regimento.pdf>, acesso em 16.02.2014.

³²¹ O Levantamento é o instrumento de fiscalização utilizado pelo Tribunal para: I – conhecer a organização e o funcionamento dos órgãos e entidades da administração direta, indireta e fundacional dos Poderes da União, incluindo fundos e demais instituições que lhe sejam jurisdicionadas, assim como dos sistemas, programas, projetos e atividades governamentais no que se refere aos aspectos contábeis, financeiros, orçamentários, operacionais e patrimoniais; II – identificar objetos e instrumentos de fiscalização; e III – avaliar a viabilidade da realização de fiscalizações. Conferir, nesse sentido, o art. 238 do Regimento interno do TCU, disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/normativos/sobre_normativos/regimento.pdf>, acesso em 16.02.2014.

³²² Relator Ministro Adylson Motta, disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces>>, acesso em 16.02.2014.

Infraestrutura de Transportes – DNIT para verificar as obras de adequação de trechos rodoviários da BR-101 no Estado do Rio Grande do Sul. No edital de licitação regida pela Lei n. 8.666/1993, foi encontrada a previsão de arbitragem para solucionar conflitos entre o DNIT e a empresa que se sagrasse vencedora do certame, signatária do futuro contrato.

Nesse processo considerou-se a arbitragem incompatível com a relação jurídica contratual existente ante a “inquestionável natureza pública” da avença, o que revelaria, na hipótese, ofensa ao princípio da indisponibilidade do interesse público envolvido e consequentemente seriam nulas as cláusulas do edital que autorizavam a arbitragem para a solução de conflitos entre o DNIT e o contratado. O Plenário deliberou por determinar ao DNIT que suprimisse as cláusulas editalícias contestadas por contrariedade ao interesse público.³²³

Das deliberações por último mencionadas, Decisão n. 763/1994 e Acórdão n. 587/2003, ambas do Plenário, pode-se compreender que o Tribunal evoluiu de uma posição interditiva inicial, porque proibia a arbitragem em avenças administrativas, para adotar uma posição mais flexível que a anterior, porém ainda restritiva. Nesses julgados cujo recorte representam a interpretação ora denominada restritiva, observa-se que o Tribunal passa a assentar condições ou critérios mais nítidos para aferir a possibilidade ou não de placitar o uso da arbitragem.

Assim, sobressaem das deliberações as seguintes premissas: a primeira é baseada em visão estrita do princípio da legalidade, porquanto a Corte vislumbra a necessidade de lei formal específica para autorizar o emprego da arbitragem; e a segunda tem fulcro na concepção da indisponibilidade do interesse público oferecida pelo Tribunal.

Em especial no Acórdão n. 587/2003 – Plenário, a Corte lançou mão do argumento centrado no princípio da indisponibilidade do interesse público, mas não fundamentou como ou em que medida o aludido princípio teria sido desrespeitado no caso concreto, o que revela falha na motivação do julgado.

Observa-se que se trata de fundamentação apoiada em um conceito jurídico indeterminado, o da indisponibilidade do interesse público. Como explica Roberto Freitas

³²³ Nessa linha de exegese conferir ainda o Acórdão n. 1.099/2006 – Plenário, Relator Ministro Augusto Nardes, disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces>>, acesso em 16.02.2014.

Filho os conceitos jurídicos indeterminados (ou cláusulas gerais a depender da nomenclatura adotada) são formulados com a utilização de termos vagos, imprecisos, semanticamente abertos de forma proposital, porque necessitam de mobilidade quando da sua aplicação.³²⁴ A adoção desses conceitos demanda do operador do direito um papel ativo na determinação de seu sentido ao aplicá-los aos casos concretos, justamente porque o seu sentido prescritivo³²⁵ não está expresso *a priori* em seu texto, ou seja, é necessário que o aplicador venha a especificar os elementos que compõem a regra na *ratio decidendi* da decisão.³²⁶

Como se percebe, os conceitos jurídicos indeterminados necessitam ter seu significado preenchido na ocasião do julgamento, o que não ocorreu no acórdão examinado, pois não basta simplesmente invocar o aludido princípio sem explicitar, caso a caso, como e em que medida estaria sendo infringido, sob pena de o julgado carecer de adequada motivação.

Acerca da motivação das decisões, vale conferir a lição de René David:

O princípio de que os julgamentos devem ser motivados está hoje firmemente estabelecido [...]. Surge aos olhos dos homens do nosso tempo como uma garantia contra decisões arbitrárias e, mais ainda, talvez como uma garantia de que as decisões serão maduramente refletidas e conformes ao direito.³²⁷

Entende-se que o julgador pode utilizar conceitos jurídicos indeterminados para fundamentar suas decisões, desde que complete descritivamente os termos do enunciado de acordo com a situação fática delineada no caso examinado. O recurso a esses conceitos, representado no *decisum* em destaque pela indisponibilidade do interesse público, não desobriga o julgador de motivar adequadamente suas decisões e tampouco legitima a arbitrariedade decisória.

Outra questão ainda a destacar em relação ao Acórdão n. 587/2003 – Plenário refere-se ao fato de que é posterior à promulgação da Lei de Arbitragem. No entanto, o surgimento

³²⁴ FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e cláusulas gerais: o caso do leasing*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2009, p. 281.

³²⁵ Segundo Roberto Freitas Filho, a linguagem prescritiva ocorre quando o emissor intenciona dirigir o comportamento do receptor ou induzi-lo a adotar um determinado curso de ação. O que caracteriza o modo prescritivo é o fato de o emissor desejar interferir na conduta do receptor. E no discurso jurídico a forma básica do modo prescritivo é a ordem. (mesma obra, p. 29-30)

³²⁶ FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e cláusulas gerais: o caso do leasing*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2009, p. 28-29.

³²⁷ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. Martins Fontes: São Paulo, 1996, p. 125.

dessa norma em nada modificou o entendimento anterior da Corte de Contas a respeito da necessidade de lei específica para se clausular arbitragem em contratos firmados pela Administração Pública.

Em linha de exegese igualmente restritiva, a Segunda Câmara do Tribunal, por meio do Acórdão n. 537/2006,³²⁸ examinou a possibilidade de empregar a arbitragem na contratação de energia elétrica pela Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial – CBEE, empresa pública vinculada ao Ministério de Minas e Energia. Trata-se de Pedido de Reexame³²⁹ manejado contra o Acórdão n. 584/2003 – 2ª Câmara que havia determinado à CBEE que celebrasse termo aditivo aos contratos firmados com os produtores independentes de energia – PIEs para excluir a arbitragem das suas avenças. A recorrente insurgiu-se contra a aludida determinação.

O voto também fez referência à Decisão n. 286/1993 – Plenário e assentou que: a) não existe amparo legal para a adoção de juízo arbitral nos contratos administrativos como os celebrados pela CBEE com os PIEs; b) a Lei n. 9.307/1996 não supre a necessária autorização legal específica para que possa ser adotado o juízo arbitral nos contratos celebrados pela CBEE; c) o fornecimento de energia elétrica é direito patrimonial indisponível. Com base nessas considerações, a Segunda Câmara, nos termos do Acórdão n. 537/2006, conheceu do recurso para negar-lhe provimento, mantendo inalterada a determinação veiculada na deliberação recorrida.

Essa decisão confirma a exegese anterior em relação à exigência de lei específica para sufragar a arbitragem, haja vista que a Corte de Contas deixou bem vincado que a Lei n. 9.307/1996 não pode ser considerada como diploma apto a autorizar a arbitragem em contratos administrativos, ou seja, o Tribunal optou de vez por não acolher a linha interpretativa ampla e inclusiva defendida na parte precedente do trabalho de que quando a Lei n. 9.307/1996 (art. 1º) estabelece que "as pessoas capazes de contratar", deve-se interpretar o "as" como "todas", de modo a entender que "todas as pessoas" (arbitrabilidade subjetiva) que tenham a capacidade de comprometer-se em obrigações e direitos e, portanto,

³²⁸ Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues, disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces>>, acesso em 18.02.2014.

³²⁹ O Pedido de Reexame é um das modalidades recursais cabíveis nos processos que tramitam no TCU. Essa espécie deve ser ajuizada contra decisão de mérito proferida em feitos concernentes a atos sujeitos a registros e a fiscalizações de atos e contratos. Ver art. 286 do Regimento interno do TCU, disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/normativos/sobre_normativos/regimento.pdf>, acesso em 18.02.2014.

de contratar podem empregar a arbitragem, uma vez que não há na norma distinção entre pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou de direito privado, pessoas políticas ou administrativas.

Vale destacar ainda que, no Acórdão n. 537/2006, a Segunda Câmara fixou que o fornecimento de energia elétrica é direito patrimonial indisponível. Essa inteligência é oposta ao entendimento da Segunda Turma do STJ que por meio dos Recursos Especiais ns. 612.439-RS e 606.345-RS³³⁰ examinou a possibilidade de empregar a arbitragem na contratação de energia elétrica pela Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial. Para a Segunda Turma da Corte Cidadã, matéria envolvendo energia elétrica pode ser objeto de arbitragem, pois se trata de *commodity* importante para o desenvolvimento do país, podendo as empresas privadas ou estatais que se dedicam a sua comercialização e ao seu fornecimento adotarem mecanismos ágeis, seguros e eficientes na gestão desses negócios.

De acordo com os registros acima, reafirma-se que se pode compreender a exegese restritiva do TCU em relação à arbitragem nos contratos administrativos apoiada sob dois critérios argumentativos empregados para afastar a arbitragem: exigência de lei formal específica e indisponibilidade do interesse público, embora, em alguns casos, a fundamentação das deliberações sobre o tema seja falha, notadamente sobre o último critério.

Outro processo apreciado pela Corte de Contas Federal refere-se ao Acompanhamento da outorga de concessão regida pela Lei n. 8.987/1995 do serviço de transporte de passageiros por meio de trem de alta velocidade no trecho compreendido entre os municípios de Rio de Janeiro/RJ e Campinas/SP, incluindo a construção, operação, manutenção e conservação da estrada de ferro e do material rodante necessários à oferta do serviço. O procedimento licitatório foi conduzido pela Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT.

Na minuta de contrato da aludida concessão constava que possíveis divergências de natureza técnica ou de natureza econômico-financeira seriam dirimidas por meio da instalação de comissão técnica, em primeira instância, ou de arbitragem, caso a comissão técnica não lograsse êxito. A unidade técnica entendeu que seria indelegável e irrenunciável a resolução das divergências decorrentes do contrato de concessão de serviço público, porque, no caso, a fixação de tarifas de serviço público é ato privativo da Administração Pública.

³³⁰ Conforme casuística judicial do subitem 3.1.

Vislumbrou ainda que a previsão inserida na minuta de contrato contrariava a competência da ANTT prevista no art. 25, inciso V, da Lei n. 10.233/2001, específica para o transporte ferroviário. Referido dispositivo, em essência, estabelece que cabe à ANTT regular e coordenar a atuação dos concessionários, arbitrando as questões não resolvidas pelas partes.

O Relator acolheu o posicionamento da unidade técnica para entender que a utilização do juízo arbitral nos contratos de concessão somente é possível caso não se "incluam, na parte de arbitragem, situações que não observem estritamente o princípio da indisponibilidade do interesse público." Assentou que as questões de natureza econômico-financeira, principalmente as relativas ao poder tarifário da Administração Pública, não podem ser objeto de solução por arbitragem, por tratar-se de interesse público indisponível. Com essa linha de exegese, o Plenário do Tribunal, por meio do Acórdão n. 1.796/2011,³³¹ determinou que fosse previsto no edital de concessão e na minuta de contrato, a inaplicabilidade da Comissão Técnica e da Arbitragem para resolução de divergências relativas às questões econômico-financeiras do contrato de concessão.

Comando semelhante foi veiculado pelo Plenário da Corte de Contas por meio do Acórdão n. 2.573/2012,³³² proferido nos autos de Acompanhamento de outorga para concessão de Rodovia BR-101/ES/BA igualmente regida pela Lei n. 8.987/1995, em que o TCU deparou-se novamente com a previsão na minuta do contrato de arbitragem para solução conflitos no contrato de concessão.

Em linha análoga ao *decisum* anterior, a unidade técnica manifestou-se, em essência, que: a) a arbitragem contrariava a competência da ANTT contida no art. 20, inciso II, alínea "b", da Lei n. 10.233/2001, de arbitrar os conflitos entre usuários e concessionárias, e do art. 24, inciso VII, da mesma lei, de proceder à revisão e reajuste tarifário; b) "a jurisprudência tem buscado resguardar o interesse público" e no caso específico de contratos de concessão de serviços públicos as questões econômico-financeiras são de interesse público indisponíveis ao juízo arbitral. O Relator do feito acolheu a aludida exegese e o Plenário do Tribunal determinou que constasse no contrato a inaplicabilidade da arbitragem para resolução de divergências referentes às questões econômico-financeiras.

³³¹ Relator Ministro Augusto Nardes, disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces>>, acesso em 20.02.2014.

³³² Relator Ministro Raimundo Carreiro, Redator para Acórdão Ministro Walton Alencar Rodrigues Nardes, disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces>>, acesso em 20.02.2014.

Crê-se que esses dois julgados, Acórdãos ns. 1.796/2011 e 2.573/2012, sejam os mais problemáticos de todos que foram analisados até o presente momento, porque a interpretação que o Tribunal conferiu aos casos concretos deixou de observar os seus próprios critérios de exegese firmados nas deliberações anteriores.

Rememora-se que o TCU havia desenvolvido dois critérios hermenêuticos para permitir a arbitragem em contratos administrativos, conforme extraídos dos julgados precedentes: exigência de lei formal expressa que autorizasse o emprego da arbitragem e não contrariedade ao princípio da indisponibilidade do interesse público.

Nos casos em recorte, tanto a Lei Geral de Concessões, art. 23-A da Lei n. 8.987/1995, com a redação dada pela Lei n. 11.196/2005, quanto à Lei específica de Transportes Aquaviários Terrestres, Lei n. 10.233/2001, preveem regras sobre solução de controvérsias relacionadas ao contrato e à sua execução mediante arbitragem. No diploma por último citado, conferir o art. 35, inciso XVI, para os contratos concessão e art. 39, inciso XI, para os contratos de permissão.

Veja-se que a premissa de autorização legal expressa normalmente exigida pelo Tribunal foi contemplada nos diplomas reguladores das referidas concessões levadas ao conhecimento da Corte de Contas. O órgão desconsiderou as previsões legais de regência, sem qualquer menção aos dispositivos legais que permitem o emprego da arbitragem.

E não se diga que na espécie deixou-se de observar do princípio da indisponibilidade do interesse público como cogitou o TCU, pois parece inconciliável a interpretação de que a norma específica preveja a possibilidade de uso da arbitragem e ao mesmo tempo a sua utilização possa ofender o referido princípio, pois como pode a lei veicular um determinado permissivo legal e essa previsão ser contrária ao interesse público?

Sobre essa questão, vale conferir a lição de Ricardo Marcondes Martins que – apesar de criticar a arbitragem praticada pela Administração Pública e considerá-la inválida, em outras medidas, por entender que o magistrado seja o mais habilitado para dizer o direito – cede em relação ao princípio da indisponibilidade do interesse público para entender que a autorização legislativa seria suficiente para tal disposição. E arremata: "com a promulgação das leis federais mencionadas [que autorizam arbitragem] o argumento da indisponibilidade

está superado.³³³ Nessa linha, Carlos E. Delpiazzo afirma que pactuar a arbitragem não é contrário ao interesse público quando o ordenamento jurídico, explícita ou implicitamente, atribui competência a uma entidade pública para isso.³³⁴

É como ensina ainda Lucas Rocha Furtado: o conteúdo do interesse público não é definido pelo administrador público, mas sim pelo próprio ordenamento que fixa os parâmetros para sua delimitação. Se a lei é o parâmetro para definição do interesse público e se ela expressamente admite a arbitragem em contratos de concessão de serviço público, não parece correto afirmar que o emprego do instituto em referidos contratos importaria violação do interesse público. E conclui: as concessões de serviço público apresentam campo apropriado para uso da arbitragem, porque boa parte das controvérsias ali instauradas refere-se a questões de ordem técnica e econômica, além de a perspectiva de decisões rápidas, juridicamente adequadas e tecnicamente fundamentadas recomendar o seu uso.³³⁵

Em complemento à lição do autor de que não cabe ao administrador público definir o conteúdo do interesse público, acrescenta-se que tampouco cabe ao TCU fazê-lo, principalmente quando o legislador previamente definiu a possibilidade de emprego da arbitragem em determinados contratos, conferindo apenas ao gestor público a discricionariedade administrativa de optar por empregar ou não o instituto nessas avenças.

Nesse contexto, entende-se que a Corte de Cortas não observou as premissas lançadas em seus julgados anteriores. Essa constatação decorre do fato de que as leis referidas autorizam clausular a arbitragem nesses contratos e ainda da interpretação de que é inconciliável o ordenamento jurídico permitir o emprego do instituto para determinada espécie contratual e ao mesmo tempo o seu efetivo uso seja considerado ofensivo ao interesse público ou à sua indisponibilidade.

Firmada essa ideia, há de se examinar as demais razões de decidir que fundamentaram os julgados em análise. Sobre a questão do possível desrespeito à competência da ANTT, crê-se que essa objeção não deve prosperar, pois a arbitragem realizada pela agência não é a mesma daquela disciplinada na Lei n. 9.307/1996, objeto deste trabalho. Conforme gizado na introdução da dissertação, a arbitragem conduzida por agências reguladoras é atividade

³³³ MARTINS, Ricardo Marcondes. "Arbitragem e administração pública: contribuição para o sepultamento do tema." *Interesse público*. Belo Horizonte: Fórum, ano 12, n. 64, nov.-dez., 2010, p. 89-90.

³³⁴ DELPIAZZO, Carlos E. "El arbitraje en la contratación administrativa en el ámbito del Mercosur." *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Curitiba: Juruá Editora, Ano 1, n. 4, 2000, p. 38.

³³⁵ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*, 4. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 940.

tipicamente administrativa, e não jurisdicional, que pode inclusive ser sindicada no Poder Judiciário de forma mais ampla do que a arbitragem constante da Lei n. 9.307/1996. Esta resolve as controvérsias com ânimo de definitividade, em razão de sua natureza jurídica híbrida (contratual e jurisdicional).

Não se pode confundir a atividade administrativa arbitral exercida por agências reguladoras com a arbitragem delineada na Lei n. 9.307/1996, embora ambas busquem resolver conflitos. Aquela está inserida no âmbito da função administrativa das referidas autarquias e esta tem caráter jurisdicional. Naquela, a entidade autárquica decide uma determinada controvérsia sob a forma de ato administrativo, corolário de um processo administrativo. Nesta, a decisão tem a forma de sentença arbitral, decorrente de um processo arbitral.

André Castro Carvalho comenta que o fato de a agência arbitrar conflitos de interesse entre a concessionária e o poder concedente, por exemplo, não afasta a arbitragem da Lei n. 9.307/1996. Assim, pode haver um conflito em que a agência figure em um dos pólos, situação que não poderá atuar como árbitra. Nessa hipótese, o dissenso deverá ser resolvido por arbitragem ou pelo Poder Judiciário.³³⁶

Ademais, pode coexistir em um mesmo contrato arbitragem conduzida pela agência, no exercício de sua função administrativa reguladora, e arbitragem delineada pela Lei n. 9.307/1996, como ocorre em avenças firmadas pela Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel.³³⁷

³³⁶ CARVALHO, André Castro. "Comentários ao Acórdão – TCU – Plenário 2.573/2012." *Revista de arbitragem e mediação*. Ano 10, vol. 36, jan.-mar., 2013, p. 351.

³³⁷ Esse registro foi feito por Selma Maria Ferreira Lemes. A autora explica que, na Anatel, o modelo de contrato de concessão de serviços sobre diversas especialidades prevê a arbitragem no Capítulo XXX, nos seguintes termos: "Capítulo XXX - Da Arbitragem. Cláusula 30.1. - Os eventuais conflitos que possam surgir em matéria da aplicação e interpretação das normas da concessão serão resolvidos pela ANATEL no exercício da sua função de órgão regulador conforme prescrito nos artigos 8º e 19 da Lei nº 9.472, de 1997, podendo a Concessionária recorrer ao procedimento de arbitragem disposto no presente Capítulo exclusivamente quando inconformada com a decisão da ANATEL relativa às seguintes matérias: I - violação do direito da Concessionária à proteção de sua situação econômica, conforme prescrito no Capítulo XII; II - revisão das tarifas, prevista no Capítulo XII; e III - indenizações devidas quando da extinção do presente Contrato, inclusive quanto aos bens revertidos. Parágrafo único – A submissão de qualquer questão à arbitragem não exime a ANATEL e a Concessionária da obrigação de dar integral cumprimento a este Contrato, nem permite a interrupção das atividades vinculadas à concessão." (LEMES, Selma Maria Ferreira. "Arbitragem na Concessão de Serviços Públicos Arbitrabilidade Objetiva. Confidencialidade ou Publicidade Processual?" Disponível em: <http://www.selmalemes.com.br/artigos/artigo_juri15.pdf>, acesso em 15.04.2014, p. 14, nota de rodapé 38).

De ressaltar que a competência da agência estaria preservada uma vez que continuaria a exercer seu mister de resolução de conflitos por meio de sua atividade administrativa, restando ao procedimento arbitral (Lei de Arbitragem) os casos que houvesse alguma discordância na qual a agência figurasse como parte nesse conflito ou ainda na hipótese de o contrato estabelecer um regime de coexistência entre arbitragem feita pela agência e por árbitros, nesta regida pela Lei n. 9.307/1996.

Entende-se que a Corte de Contas, no quesito, limitou-se basicamente a interpretar dispositivos da Lei específica de Transportes Aquaviários Terrestres, Lei n. 10.233/2001, de forma literal e isolada, sem levar em consideração a sistematização dos demais comandos legais existentes na norma, que permitem a adoção da arbitragem de que trata este estudo.

Outro ponto a destacar nas deliberações refere-se à interpretação do TCU de que as questões de natureza econômico-financeira não podem ser objeto de solução por arbitragem, por tratar-se de interesse público indisponível, mormente no que se refere ao poder tarifário da Administração Pública. Essa inteligência vai de encontro as considerações antes gizadas na seção precedente que, ao revés, compreendem que os aspectos referentes a essas questões representam sim hipótese de emprego da arbitragem, haja vista o caráter eminentemente patrimonial e disponível de que se revestem. Aliás, a interpretação defendida neste trabalho alinha-se à jurisprudência do STJ (Resp. n. 904.813/RJ).

Sobre a questão específica da tarifa, vale registrar que o aspecto econômico-financeiro em contratos de concessão de serviços públicos não se limita à fixação de tarifas. E mesmo que a questão conflitiva fosse relacionada à tarifa, parece ser admissível compreender que a interpretação acerca das premissas que fundamentam o reequilíbrio da equação econômico-financeira ou do cálculo da tarifa decorrente de revisão³³⁸ ou reajustes são hipóteses que podem ser objeto de arbitragem quando houver alguma controvérsia a respeito, porque essas questões decorrem da interpretação do contrato durante a sua execução.³³⁹ É oportuno lembrar

³³⁸ A Lei n. 1.481/1989, que dispõe sobre o regime das concessões de serviços e obras públicas do Estado do Rio de Janeiro, prevê a possibilidade de que as revisões de tarifas sejam realizadas mediante arbitragem, conforme se segue: art. 5º [...] "§ 2º - Os contratos de concessão conterão regras para estabelecer mecanismos e critérios adequados de revisão de tarifas, que poderá ser feita por juízo arbitral, nos termos contratualmente previstos." Disponível em: <<http://www.alerj.tj.gov.br/processo2.htm>>, acesso em 22.02.2014.

³³⁹ De ressaltar que o regime de concessões de serviço público é regido por contrato, decorrente de um procedimento licitatório no qual a tarifa ofertada pode ser adotada como um dos critérios de julgamento das propostas. Nessa hipótese, a arbitragem solucionaria o conflito tendo por parâmetro o contrato ou mais especificamente as suas disposições relativas ao cálculo e reajuste das tarifas.

que tão ruim como a insuficiência de controle são os riscos de possíveis excessos no exercício dessa importante atividade constitucional.³⁴⁰

Por fim, vale examinar o Acórdão n. 2.145/2013 – Plenário³⁴¹ referente ao Pedido de Reexame interposto pela Petrobras contra o Acórdão n. 2.094/2009 –Plenário.³⁴² A deliberação recorrida tratou de Levantamento de Auditoria realizado nas obras de construção de unidades estacionárias de produção da Petrobras, Plataformas P-55 e P-57.

Em essência, a sociedade de economia mista insurgiu-se contra comando veiculado no *decisum* vergastado para que a Petrobras, nos futuros contratos firmados em que fossem incluídas cláusulas compromissórias de solução de conflitos por juízo arbitral, restringisse a resolução de possíveis litígios a assuntos relacionados à sua área-fim e a disputas eminentemente técnicas oriundas da execução dos aludidos contratos. Esse entendimento baseou-se na ideia de que somente seriam direitos disponíveis aqueles relacionados à área-fim da Petrobras, de natureza comercial. No caso, como a construção de plataformas (P-55 e P-57) seria atividade-meio, não poderia empregar a arbitragem.

O Relator do recurso assinalou que deve haver previsão legal expressa para aplicação da arbitragem em contratos administrativos, nos termos do que fora deliberado pelo Plenário na Decisão n. 286/1993, reafirmando a noção da necessidade de autorização legal específica para uso do instituto. Assentou ainda que a regra geral é a de que a arbitragem não seja cabível nos contratos administrativos, sendo as exceções objeto de disposição legal.

Apesar desses registros firmados na premissa tradicional restritiva da Corte, o Relator reputou que as sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica apresentam uma situação peculiar por estarem sujeitas ao regime jurídico próprio das empresas privadas, consoante o disposto no inciso II § 1º do art. 173 da Constituição Federal, razão pela qual a utilização da arbitragem pelas aludidas sociedades ganha respaldo diretamente do texto constitucional. No ponto, foi mencionada a jurisprudência do STJ

³⁴⁰ André Castro Carvalho afirma que quando se exclui uma cláusula arbitral de um minuta de contrato de concessão, está, nas entrelinhas, enviando ao mercado um recado de que em caso de problemas a outrora parceria com o Estado dará lugar a uma infundável disputa judicial. Assevera ainda que uma boa decisão arbitral, ainda que implique gastos aos cofres públicos, representa ganhos em termos regulatórios e um melhor ambiente para investimentos, com mais segurança jurídica e decisões mais céleres. (CARVALHO, André Castro. Comentários ao Acórdão – TCU – Plenário 2.573/2012. *Revista de arbitragem e mediação*. Ano 10, vol. 36, jan.-mar., 2013, p. 355).

³⁴¹ Relator Ministro Benjamin Zymler, disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces>>, acesso em 22.02.2014.

³⁴² Relator Ministro José Jorge, disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces>>, acesso em 22.02.2014.

relativa à arbitragem em sociedades de economia mista, com destaque para o Mandado de Segurança n. 11.308-DF.

No voto, ressaltou-se que, apesar de a jurisprudência do STJ não ter estabelecido limites para a utilização da arbitragem, deve-se permitir o uso do instituto somente "em situações peculiares devidamente justificadas e de modo a se seguir a comprovada prática de mercado." Com essas considerações a deliberação atacada foi parcialmente reformada e no ponto que interessa ao presente estudo a determinação anterior (do Acórdão recorrido) foi modificada, passando a constar o comando de restringir o instituto às hipóteses em que a "arbitragem esteja justificada técnica e economicamente e seja comprovadamente de acordo com as práticas de mercado."

Essa deliberação em destaque, assim como o acórdão recorrido, marcam maior flexibilização da Corte de Contas em relação ao emprego da arbitragem. No *decisum* atacado, o Tribunal concebeu a utilização da arbitragem na atividade-fim da Petrobras (pesquisa, lavra, refino, processamento, comércio, transporte de petróleo) e manteve a vedação ao instituto para a atividade-meio. Como a contratualização de plataformas marítimas não era atividade-fim da Petrobras houve a determinação contra a qual a sociedade de economia mista se insurgiu. Apesar desse critério (atividade-fim ou meio) revelar-se pouco preciso e completamente dissociado da Lei n. 9.307/1996, a flexibilização do posicionamento da Corte de Contas é clara ao considerar razoável a utilização da arbitragem para resolução de questões ou disputas técnicas.

Essa noção foi aperfeiçoada na deliberação que reformou a anterior, porquanto no recurso o Tribunal admitiu a arbitragem para sociedades de economia mistas com a restrição ou condições de compatibilidade com a prática de mercado e a justificativa quanto o aspecto técnico e econômico.

A Corte de Contas, apesar de reafirmar que o entendimento antecedente da Decisão n. 286/1993 – Plenário deve ser resguardado especialmente em relação à exigência de autorização legal para clausular a arbitragem, no caso concreto abrandou esse critério restritivo para buscar diretamente no texto constitucional, com apoio na jurisprudência do STJ, as balizas necessárias a justificar o emprego da arbitragem pelas sociedades de economia exploradoras de atividade econômica, com vistas a permiti-las lançar mão do instituto para solucionar contendas em seus contratos administrativos, observadas as condições precitadas.

Repisa-se que a concepção anterior de que havia necessidade de estar vinculada à atividade-fim foi reformada, passando a Casa de Contas a estabelecer as novas condições, apesar de não especificar ou assinalar com precisão quais as situações peculiares que demandariam justificativas sob o ponto de vista técnico e econômico e que estariam ainda "comprovadamente de acordo com as práticas de mercado."

Com base nesse último julgado, pode-se interpretar que o TCU, nas hipóteses em que a protagonista de um contrato administrativo envolvendo a arbitragem for uma sociedade de economia exploradora de atividade econômica, deixará de exigir a lei autorizativa, desfazendo uma resistência conservadora que mantém desde os idos de 1993 (Decisão n. 286/1993 – Plenário), para requerer que a cláusula arbitral seja técnica e economicamente justificada e ainda que esteja em regime de compatibilidade com as práticas do setor em que atua. Em última análise, o TCU alinha-se à jurisprudência do STJ, ainda de forma mais comedida, porque estabelece algumas condicionantes ao emprego da arbitragem.

De todo o contexto ora examinado relativo às deliberações da Corte de Contas que tocam o tema da arbitragem pode-se compreender que o TCU era inicialmente avesso à ideia de solução de contendas em contratos administrativos pela via arbitral. Após, passou a aceitar a presença do instituto desde que fossem observados os critérios de lei formal autorizativa e de que não ofendesse o princípio da indisponibilidade do interesse público.

Há ainda decisões do TCU que limitam – ao determinar, a exemplo, a não aplicação da arbitragem na resolução de controvérsias relativas às questões econômico-financeiras de uma concessão de serviço público – o uso da arbitragem mesmo em contratos administrativos que a lei autoriza, de forma expressa, o emprego do instituto.

Por fim, o Tribunal, em um julgado mais recente e insólito, mostrou-se mais receptivo à arbitragem ao acolher o emprego do instituto quando: a) a arbitragem for referente a contratos administrativos entabulados por sociedade de economia mista exploradoras da atividade econômica; b) for técnica e economicamente justificado o uso da arbitragem; c) estiver comprovadamente de acordo com as práticas de mercado.

Rememora-se novamente a questão inicial proposta no estudo da casuística de, em essência, saber se o exame crítico antes efetuado na dissertação tem respaldo em julgados do TCU. Constata-se que a maioria das decisões analisadas não está em linha de consonância com a exegese *favor arbitratis* empreendida na seção precedente do trabalho, tampouco se

nota a descaracterização dos obstáculos erigidos contra a arbitragem em contratos administrativos nos casos julgados pela Casa de Contas. No entanto, há uma clara flexibilização e evolução na exegese histórica do órgão que começa a desgarrar-se de sua relutância tradicional para vislumbrar a possibilidade de uso do instituto com as condicionantes que entende necessárias.

Espera-se que o Tribunal não recue nessa jornada exegética, pois, reforça-se que no exercício da função de controle externo e de fiscalização executada pelo Tribunal, quando se sinaliza para um posicionamento contrário ao uso do instituto em contratos entabulados pela Administração Pública, acaba-se por inibir o emprego da arbitragem pelos gestores que terão suas contas julgadas pelo Tribunal.

Capítulo 4 - Arbitragem na Administração Pública: definição de boas práticas administrativas

Ultrapassada a problemática envolvendo os alegados óbices jurídicos ao emprego da arbitragem em contratos administrativos, que não resistiram a um exame com um pouco mais de profundidade das questões, e analisado como os precedentes judiciais e do TCU têm interpretado os casos concretos levados ao descortino dos julgadores, passa-se a última parte da seção "dinâmica" da dissertação, em que se busca delinear algumas boas práticas com vistas a aplicação da arbitragem nas avenças administrativas.

Sabe-se que muitas dúvidas surgem (e surgirão) quando do uso da arbitragem na prática da Administração Pública, por isso não é possível antevê-las por completo e tampouco esse é o desígnio deste trabalho. Não se pretende, portanto, exaurir incertezas ou estabelecer um regramento "operacional" ou "guia de conduta" para utilizar a arbitragem.

O objetivo deste ponto é amoldar a arbitragem a certos condicionantes e procedimentos do Direito Administrativo e do Direito Público em geral, sempre com o cuidado de não desnaturar a arbitragem e ao mesmo tempo de obedecer a certas balizas na hipótese desse meio ser escolhido para solução de conflitos em contratos administrativos. Nesse contexto, trata-se de questões sobre: a) o procedimento para escolha dos árbitros; b) a escolha da lei aplicável; c) a flexibilidade do procedimento arbitral; d) a publicidade; e) a arbitragem por equidade.

A seleção desses pontos principais justifica-se pela necessidade de harmonizar a autonomia da vontade das partes, que permeia a arbitragem, com certas exigências extraídas do ordenamento jurídico que incidem sobre a atividade contratual da Administração.

4.1 O procedimento para escolha dos árbitros

Busca-se saber se a contratação dos serviços de árbitros ou de câmaras arbitrais deve ser realizada por meio de licitação³⁴³ ou por intermédio de dispensa ou inexigibilidade de certame.

É sabido que a Lei n. 9.307/1996 permite que as partes, de comum acordo, estabeleçam o processo de escolha dos árbitros (art. 13, § 3º). Compreende-se ainda que as leis que admitem o emprego da arbitragem nos contratos administrativos para resolução de controvérsias (Lei n. 8.987/1995, 11.079/2004 e as dos setores regulados) não mencionam o procedimento por meio do qual o árbitro ou a instituição arbitral será selecionado para firmar um contrato de prestação de serviço com a Administração. Em Minas Gerais, a Lei n. 19.477/2011 que autoriza aquele Estado a adotar arbitragem para a solução de conflitos relativos a direito patrimonial disponível,³⁴⁴ apesar de fixar alguns procedimentos, igualmente não especificou como será feita a seleção da entidade arbitral.³⁴⁵

De acordo com a Constituição Federal, a Administração Pública Direta e Indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios deverá contratar suas obras, serviços, compras e alienações mediante licitação pública que assegure a igualdade de condições a todos os concorrentes, ressalvados os casos especificados em lei (art. 37, inciso XXI). A licitação é igualmente exigida, na Constituição Federal, para as concessões e permissões de serviço público (art. 175).

Percebe-se que a regra estabelecida pela Carta Magna é a de que para a Administração contratar é necessária a precedência de licitação, pois existe uma obrigatoriedade geral de licitar fixada na Constituição. As exceções são objeto de lei ordinária. O legislador disciplinou

³⁴³ Por licitação deve-se entender um "procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelo vários interessados, com dois objetivos - a celebração de contrato ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico", conforme CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 23. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 256.

³⁴⁴ Lei Mineira n. 19.477/2011, art. 2º "O Estado e os órgãos e as entidades das administrações estaduais direta e indireta poderão optar pela adoção do juízo arbitral para a solução dos conflitos relativos a direito patrimonial disponível."

³⁴⁵ A Lei Mineira optou pela arbitragem institucional, conforme seu art. 4º "O juízo arbitral, para os fins desta Lei, instituir-se-á exclusivamente por meio de órgão arbitral institucional."

as hipóteses de dispensa³⁴⁶ e inexigibilidade de licitação por meio da Lei n. 8.666/1993, arts. 24 e 25, respectivamente.

Nesse contexto, pode-se divisar, preliminarmente, que há duas espécies de procedimento³⁴⁷ que vão anteceder as contratações públicas: o procedimento de dispensa ou inexigibilidade³⁴⁸ e o procedimento licitatório. Nos casos de dispensa e inexigibilidade de licitação ocorre a contratação direta, ou seja, contratação sem prévio torneio licitatório.

Fixadas essas ideias iniciais, examinam-se as diferenças essenciais entre a dispensa e inexigibilidade de certame. Na dispensa, a licitação pode, em tese, ocorrer, mas o legislador decidiu retirar a exigência do procedimento em face das particularidades de cada caso traçado na norma. Na inexigibilidade, ao contrário, há inviabilidade de competição, porque só existe um objeto ou uma pessoa capaz de atender as necessidades da Administração.

Outra diferença importante entre a dispensa e inexigibilidade de disputa refere-se à questão da taxatividade. Essa é uma característica da dispensa de licitação (art. 24 da Lei n. 8.666/1993). Logo, os casos discriminados pelo legislador são taxativos na medida em que não podem ser ampliados pela Administração. Ao revés, na inexigibilidade de certame, o art. 25 oferece apenas as indicações exemplificativas, sem a exclusão de casos não catalogados no comando legal, conforme orienta a doutrina.³⁴⁹

³⁴⁶ Há quem divise a licitação dispensada da licitação dispensável. Esta, com previsão no art. 24 da Lei n. 8.666/1993, indica as hipóteses em que a licitação seria possível, mas o legislador resolveu desobrigar a Administração de realizá-la. Na dispensada, o legislador determina que não se efetive certame licitatório, de acordo com as previsões do art. 17, incisos I e II, da mesma lei, que disciplina alguns casos específicos de alienação de bens públicos. Conferir, por todos, PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. *Políticas públicas nas licitações e contratações administrativas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 33.

³⁴⁷ O procedimento é um conjunto ordenado de documentos e atuações que servem de antecedente e fundamento a uma decisão administrativa, assim como as providências necessárias para executá-la, conforme CUESTA, Rafael Entrena. *Derecho administrativo*, vol. 1, Madri: Tecnos, 1981, p. 249.

³⁴⁸ O procedimento de dispensa e inexigibilidade está descrito na Lei n. 8.666/1993: "Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos. Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos: I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso; II - razão da escolha do fornecedor ou executante; III - justificativa do preço; IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados."

³⁴⁹ Conferir as lições de: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, 25. ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 537; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 23. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 290-291; DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*, 23. ed., São Paulo: Atlas, 2010, p. 376.

Como a dispensa de licitação ocorre nas situações descritas pela norma em rol taxativo, não havendo qualquer dispositivo capaz de abrigar a escolha de árbitros, descarta-se *a priori* a possibilidade de contratação mediante procedimento de dispensa de disputa – a não ser no caso de licitação deserta ou fracassada –,³⁵⁰ restando para análise as hipóteses de inexigibilidade de certame e de licitação.

Sobre inexigibilidade, o art. 25 dispõe que "é inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial" nas situações de: a) fornecedor exclusivo; b) contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 da lei de regência, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização; c) contratação de profissional de qualquer setor artístico consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Das situações disciplinadas na norma sobressai como relevante para escolha de árbitro, porque se trata de contratação de serviços, o disposto no art. 25, inciso II, que oferece a possibilidade de contratação por inexigibilidade desde que atendidos, simultaneamente, três requisitos: a) tratar-se de serviços técnicos contidos no art. 13 da mesma lei; b) os serviços forem singulares; c) e prestados por profissionais de notória especialização.

Sobre o primeiro requisito, vale registrar que a Lei n. 8.666/1993 não definiu o que seriam os "serviços técnicos profissionais especializados" (expressão contida no art. 13, *caput*), apenas trouxe alguns tipos deles: auditorias, pareceres, supervisão, patrocínio de causas, estudos técnicos e projetos etc. José dos Santos Carvalho Filho afirma que um serviço é técnico quando a sua execução depende de habilidade específica.³⁵¹ Para Hely Lopes Meirelles, o "serviço técnico profissional especializado" é aquele que exige, além da

³⁵⁰ A licitação deserta ou frustrada é aquela que não há interessados na licitação anterior, hipótese em que a Lei n. 8.666/1993 autoriza a contratação por dispensa nos termos do art. 24, inciso V: "quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas;". A doutrina costuma diferenciar a licitação deserta da licitação fracassada. Naquela não há interessados na licitação anterior, nesta ocorrem interessados ao certame, mas nenhum é selecionado por inabilitação ou desclassificação. No caso de licitação fracassada aplica-se o disposto no art. 24, inciso VII, para dispensar o certame: "quando as propostas apresentadas consignarem preços manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional, ou forem incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes, casos em que, observado o parágrafo único do art. 48 desta Lei e, persistindo a situação, será admitida a adjudicação direta dos bens ou serviços;" Conferir, nessa linha, FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*, 4. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 349-350.

³⁵¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 23. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 293.

habilitação profissional, conhecimentos mais avançados na técnica de sua execução, operação e manutenção.³⁵²

Marçal Justen Filho explica que a relação do art. 13 é meramente exemplificativa, haja vista que o conceito de serviço técnico especializado abrange, em tese, uma grande variedade de situações. O autor considera que o art. 13 não representa obstáculo ao reconhecimento de outras modalidades desses serviços.³⁵³ Esse também é o entendimento de Joel de Menezes Niebuhr.³⁵⁴

A Lei de Arbitragem impõe somente dois requisitos para que uma pessoa atue como árbitro: que ela seja capaz e que tenha a confiança das partes (art. 13 da LA). Essa capacidade a que se refere o diploma legal é a regulada pelo Código Civil. Em outros ordenamentos jurídicos, a exemplo da Argentina, os árbitros terão de estar no pleno exercício de seus direitos civis e devem ser advogados em exercício quando a arbitragem for de direito. Na Inglaterra, exige-se que o árbitro seja um especialista e tenha experiência.³⁵⁵ A nova Lei de Arbitragem Voluntária lusitana disciplina que os árbitros devem ser pessoas singulares e plenamente capazes.³⁵⁶

Apesar de a Lei de Arbitragem demandar apenas que o árbitro seja capaz e que possua a confiança das partes, uma das principais características da arbitragem, a tecnicidade dos julgamentos, via de regra, implica que a escolha dos árbitros recaia sobre especialistas na matéria objeto da controvérsia a ser solucionada,³⁵⁷ com expertise adequada para proporcionar uma decisão com a qualidade técnica desejável.

Nesse contexto, crê-se que a atividade arbitral pode ser considerada um serviço técnico desenvolvido por profissionais especializados, ante a característica da tecnicidade das decisões proferidas pelos árbitros, e por se reputar apropriada a interpretação conferida ao art.

³⁵² MEIRELLES, Hely Lopes. *Estudos e pareceres de direito público*. São Paulo: RT, 1984, p. 83.

³⁵³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed., São Paulo: Dialética, 2008, p. 163. Lucas Rocha Furtado, em linha divergente, afirma tratar-se de lista taxativa. (FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*, 4. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 369).

³⁵⁴ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexistência de licitação*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 290-291.

³⁵⁵ AMARAL, Paulo Osternack. *Arbitragem e administração pública: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 37.

³⁵⁶ Lei n. 63/2011, art. 9º, n. 1.

³⁵⁷ Rememora-se que – ver Capítulo I deste trabalho, subitem 1.6 "Autonomia da vontade das partes, celeridade e tecnicidade dos julgamentos" – com a possibilidade de escolha dos árbitros espera-se que as partes elejam, entre outros atributos, um especialista na matéria objeto da controvérsia a ser solucionada, o que, em tese, terá como corolário uma decisão de maior qualidade técnica em relação a que seria prolatada pelo Poder Judiciário, haja vista que os juízes, pelo aspecto funcional, são generalistas.

13 da Lei n. 8.666/1993 por Marçal Justen Filho de que os serviços listados não englobam a variedade de serviços técnicos especializados existentes e capazes de atender às necessidades da Administração.

Fixada a premissa de que o serviço de arbitragem é um serviço técnico, há que se examinar os outros dois requisitos exigidos pelo art. 25, inciso II, da Lei n. 8.666/1993 para configurar a hipótese de inexigibilidade em foco: o objeto singular da contratação e a notória especialização.

Deve-se entender que natureza singular não significa ausência de pluralidade de sujeitos em condições de cumprir o objeto a ser contratado. Ao revés, a natureza singular deve ser compreendida como uma característica especial de algumas contratações de serviços técnicos especializado, pois singular é a natureza do serviço, e não a quantidade de pessoas capacitadas para prestá-lo.³⁵⁸ Em Celso Antônio Bandeira de Mello, um serviço singular é aquele que nele interfere um componente criativo de seu autor, envolvendo o estilo o traço, a especial habilidade, a contribuição intelectual de quem o executa.³⁵⁹

Por fim, o requisito da notória especialização vem definido na Lei n. 8.666/1993 (art. 25, § 1º)³⁶⁰ como a característica dos profissionais ou das empresas que gozam de reconhecimento no campo de sua atividade, isto é, que sejam conceituados na sua especialidade. Esse conceito é consequência de "desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades...", sendo o trabalho a ser executado por esses profissionais ou empresas adequado "à plena satisfação do objeto do contrato." Não basta ser especialista, deve-se ter um reconhecimento no campo de sua atividade para adquirir uma notória especialização.

Como se percebe, as exigências estabelecidas pela lei não são simples de serem cumpridas, mas o procedimento de inexigibilidade de certame demanda o preenchimento dessas condições necessárias. Nesse contexto, acolhida a ideia de que a prestação da atividade arbitral pode ser compreendida como um serviço técnico especializado, há que se verificar,

³⁵⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, 12. ed., São Paulo: Dialética, 2008, p. 350.

³⁵⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, 25. ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 541.

³⁶⁰ Art. 25 [...] "§ 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato."

caso a caso, se os demais requisitos da natureza singular do objeto (serviço) e da notória especialização dos árbitros ou câmaras arbitrais serão preenchidos, com vistas a proporcionar adequada contratação de árbitro por inexigibilidade de torneio licitatório.

A doutrina que examina a questão busca generalizar a tese de que o procedimento de inexigibilidade de disputa afigura-se a medida mais apropriada para escolha de árbitros. Carlos Alberto de Salles entende que o vínculo contratual entre os árbitros e as partes tem natureza "muito singular", seja pelo modo como se dá a sua formação, por meio de indicação e aceitação, seja pelo tipo de vínculo formado, com objetivo limitado à solução do litígio, sem correspondência aos interesses materiais das partes. Conclui que a definição do árbitro ou de uma instituição arbitral deve ocorrer por inexigibilidade de licitação, porque se cuida de hipótese de inviabilidade de certame.³⁶¹ O autor não menciona a necessidade de atender os requisitos veiculados no art. 25, inciso II, da Lei n. 8.666/1993.

Paulo Osternack Amaral aduz que a contratação do árbitro ou da câmara arbitral envolve peculiaridades (reputação, especialidade na matéria objeto de litígio etc), razão pela qual compreende o autor que a contratação deve ocorrer por inexigibilidade de certame.³⁶²

Há quem entenda, igualmente de forma generalizada e em especial com relação ao serviço prestado por uma câmara arbitral, que esse serviço pode ser contratado diretamente por inexigibilidade porque é especializado em vista da *expertise* e experiência que as instituições arbitrais possuem em conduzir seus procedimentos, com regulamentos próprios, "criando singularidades caracterizadoras e um serviço técnico altamente especializado." Argumenta-se ainda que utilizar o procedimento licitatório para selecionar árbitro feriria a autonomia de vontades, uma vez que o particular apenas iria aderir a alguém (árbitro ou câmara) escolhido pelo ente estatal.³⁶³

Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado afirmam que, em relação à escolha da câmara arbitral, é inviável a competição entre essas instituições, porque não se pode comparar a

³⁶¹ SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 279-280.

³⁶² AMARAL, Paulo Osternack. *Arbitragem e administração pública: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 75.

³⁶³ SOARES, Carlos Henrique; LIMA, Daniela Silva; TOLEDO, Lucina Aguiar S. Furtado. "(Des) necessidade de processo licitatório para escolha de câmara arbitral." *Revista do Centro de Estudos dos Judiciários do Conselho da Justiça Federal – CEJ*. Brasília, n. 58, Ano XVI, set./dez. 2012, p. 47-48.

"reputação" dessas entidades. Segundo os autores, a "reputação" é o principal ativo das câmaras arbitrais. Logo, posicionam-se pela inexigibilidade de certame.³⁶⁴

Em linha de intelecção diversa, autores como Jonathan Barros Vita e Gustavo Henrique Justino de Oliveira, embora sem esclarecer seus fundamentos, vislumbram a possibilidade jurídica de a escolha do árbitro ou da câmara arbitral ocorrer mediante procedimento licitatório ou por inexigibilidade de disputa.³⁶⁵⁻³⁶⁶

Apesar do magistério doutrinário apontar, em sua maioria, na direção da inexigibilidade de certame, como se disse na Introdução deste trabalho e reforçou-se nas primeiras linhas deste Capítulo, a arbitragem deve se amoldar a certos condicionantes e procedimentos do Direito Administrativo, e um desses casos envolve a harmonização do instituto com a obrigatoriedade geral de licitar estatuída na Constituição Federal, razão pela qual a regra de que as partes podem escolher livremente o procedimento de seleção dos árbitros (art. 13, § 3º, da LA), que privilegia a autonomia de vontade, deve ser revisitada quando se trata de arbitragem em contratos administrativos.

Entende-se que a ideia de generalizar a conclusão de que a escolha do árbitro deve ser dar por inexigibilidade de disputa não é razoável. A uma porque a Constituição contempla uma obrigatoriedade geral de licitar, com clara opção por disputas em igualdade de condições para aqueles que desejam contratar com a Administração. A duas porquanto a inexigibilidade de certame para contratação de serviços técnicos pressupõe o atendimento concomitante daqueles três requisitos contidos no art. 25, inciso II, da Lei n. 8.666/1993, sem os quais não há falar em inexigibilidade de certame.

É certo que a licitação para contratação de árbitro pode ensejar alguma dificuldade como relata a doutrina mencionada, mas não se pode compreender que essa complexidade seja suficiente para inibir a licitação em todos os casos, como se pudesse extrair do ordenamento jurídico uma solução universal (inexigibilidade de disputa) para toda e qualquer hipótese de contratação de serviços arbitrais. A dificuldade possivelmente existente nessas

³⁶⁴ RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à lei de ppp-parceria público-privada: fundamentos econômico-jurídicos*. São Paulo: Malheiros 2007, p. 291.

³⁶⁵ VITA, Jonathan Barros. *O desenvolvimento continuado de uma nova visão de interação entre a arbitragem e o poder público*. In Eduardo Jobim e Rafael Bicca (Coord.). *Arbitragem no Brasil: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 217.

³⁶⁶ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino. *Grupo de estudo em arbitragem e administração pública: roteiro de reunião, ano II*. Disponível em: <http://www.cbar.org.br/PDF/CBAR_GEARBADM_material_consolidado_1a_reuniao_anoII.pdf>, acesso em 25.02.2014.

contratações não se pode convolar em uma autorização para afastar o certame. É preciso estabelecer em cada caso se os requisitos para inexigibilidade de disputa estão presentes. Se sim, realiza-se a contratação por inexigibilidade de certame; se não, há que se observar a regra geral de licitar.

Repisa-se o que já dito em linhas anteriores. A atividade arbitral pode ser compreendida como um serviço técnico especializado, mas a natureza singular do serviço e a notória especialização dos árbitros ou da instituição arbitral deve ser verificada e fundamentada³⁶⁷ caso a caso, sob pena de se configurar infração às normas que determinam como regra o torneio licitatório.³⁶⁸

Nesse contexto em que se busca saber se a contratação dos serviços de árbitros ou de câmaras arbitrais deve ser realizada por meio de licitação ou mediante dispensa ou inexigibilidade de certame, pode-se concluir que a dispensa de disputa deve ser afastada, por tratar-se de mecanismo em que as hipóteses são taxativas.³⁶⁹ Já o emprego do procedimento de inexigibilidade ou o licitatório dependerá da situação concreta em que a análise deverá recair no atendimento aos requisitos legais para inexigibilidade na contratação de serviços técnicos (art. 25, inciso II, da Lei n. 8.666/1993), sem os quais a única saída é deflagrar o procedimento licitatório.

É dizer: tanto o procedimento de inexigibilidade de certame, atendidas às condições legais, quanto o procedimento licitatório são vias aptas a selecionar aqueles que atuarão como árbitros em contratos administrativos.

4.2 Escolha da lei aplicável

Objetiva-se descortinar se nas arbitragens envolvendo contratos administrativos as partes podem eleger a lei aplicável ao caso conflitivo.

³⁶⁷ As dispensas e inexigibilidades de certames devem ser justificadas nos termos do art. 26 da Lei n. 8.666/1993 e do art. 50, inciso IV, da Lei n. 9.784/1999.

³⁶⁸ Vale registrar que dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei é considerado crime com detenção de 3 a 5 anos, e multa, nos termos do art. 89 da Lei n. 8.666/1993.

³⁶⁹ Lembrar que nas hipóteses de licitação deserta ou fracassada a contratação pode ocorrer a contratação por dispensa de certame, mas, nesses casos, observa-se que já houve a licitação, todavia sem sucesso.

Esse questionamento decorre da previsão legal veiculada pelo art. 2º, § 1º, da Lei n. 9.307/1996 que permite as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem. O § 2º do mesmo artigo ainda faculta às partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio. Os dispositivos fazem deferência à autonomia de vontade na medida em que autoriza os contratantes a optar pela lei incidente ao contrato.

A questão parece não envolver maiores dúvidas quando se trata de contratos administrativos. Esses contratos possuem regramento próprio, portanto não há possibilidade de escolha livre entre as partes para definirem o diploma que será incidente na avença. Sabe-se que a Lei n. 8.666/1993 traz normas gerais que disciplinam os contratos administrativos. As Leis ns. 8.987/1995 e 11.079/2004 traçam as regras sobre concessões de serviço público comum e parcerias público-privada. Igualmente ocorre com as leis que dispõem sobre as contratações administrativas no âmbito dos setores regulados. Há ainda outras normas de Direito Administrativo que podem ser aplicadas de forma subsidiária, a exemplo da Lei n. 9.784/1999 que dispõe sobre o processo administrativo federal.³⁷⁰

Esses diplomas regulam o procedimento licitatório, a contratação, o regime de execução da avença, as hipóteses de reajuste, revisão, alteração e rescisão do contrato, a forma de remuneração do contratado, sanções etc. Trata-se de plexo de densas regras e princípios que devem ser aplicados aos ajustes firmados pela Administração de forma obrigatória sob pena de incorrer em nulidades indesejáveis.

Referida imposição que, repisa-se, regula desde a licitação às hipóteses de desfazimento da avença, deve igualmente servir de parâmetro normativo para resolução de possíveis controvérsias decorrentes de contratos administrativos. Tem-se assim bloco legal (ou legalidade em sentido amplo) suficientemente capaz de balizar os possíveis conflitos contratuais.

Interpretação análoga deve ser conferida à faculdade trazida pela Lei de Arbitragem de se afastar o direito positivo pátrio para permitir o julgamento apenas por princípios gerais de direito, usos e costumes e regras internacionais de comércio. Ou seja, igualmente a Administração não pode escolher nessa hipótese, porquanto está vinculada ao ordenamento jurídico brasileiro.

³⁷⁰ Um dispositivo nessa linha é o inciso IV do art. 50 da Lei n. 9.784/1999 ao determinar que as dispensas e inexigibilidades de licitação devem ser motivadas.

Nesse caso, Carlos Alberto de Salles afirma que se está diante de uma "indisponibilidade normativa" por parte da Administração que deve submeter-se às normas vigentes no ordenamento jurídico brasileiro. Todavia ressalva o autor que a Lei n. 8.666/1993 (art.45, § 5º)³⁷¹ permite a adoção, nas licitações realizadas com recursos provenientes de financiamento ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte – e conseqüentemente nos contratos posteriores a esses certames –, de condições decorrentes de acordos, protocolo, convenções ou tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional, bem como "normas e procedimento daquelas entidades."³⁷² Essa disposição apenas excepciona a aplicação da lei nacional na hipótese restrita de execução de obras, prestação de serviços ou aquisição de bens financiados com recursos financeiros de origem internacional, portanto não se refere propriamente à escolha da lei aplicável ao contrato ou ao conflito nele existente ou que venha a existir.

Outro ponto que se pode alinhar à ressalva anterior refere-se ao disposto no art. 123³⁷³ da mesma lei ao permitir que, nas licitações e contratações administrativas promovidas em repartições sediadas no exterior, sejam observadas as peculiaridades locais e os princípios gizados pela Lei n. 8.666/1993. Igualmente cuida-se de outra particularidade que disciplina algo óbvio, isto é, a inviabilidade de sujeitar as repartições sediadas no exterior ao cumprimento estrito da Lei n. 8.666/1993. Novamente não se cuida de seleção da lei incidente à solução de conflito, mas somente de hipótese em que ordenamento pátrio permite a adaptação da nossa lei às peculiaridades locais estrangeiras com o desígnio de que fluam as licitações e os contratos administrativos firmados no exterior, sob pena de inviabilizar as aquisições e as avenças efetuadas pelas referidas repartições.

De mais a mais, nas hipóteses mencionadas – licitações realizadas com recursos estrangeiros e certames e contratações em seções com sede no exterior –, não há seleção livre

³⁷¹ Art. 42 [...]”^{5º} Para a realização de obras, prestação de serviços ou aquisição de bens com recursos provenientes de financiamento ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte, poderão ser admitidas, na respectiva licitação, as condições decorrentes de acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional, bem como as normas e procedimentos daquelas entidades, inclusive quanto ao critério de seleção da proposta mais vantajosa para a administração, o qual poderá contemplar, além do preço, outros fatores de avaliação, desde que por elas exigidos para a obtenção do financiamento ou da doação, e que também não conflitem com o princípio do julgamento objetivo e sejam objeto de despacho motivado do órgão executor do contrato, despacho esse ratificado pela autoridade imediatamente superior.”

³⁷² SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 265.

³⁷³ Art. 123 "Em suas licitações e contratações administrativas, as repartições sediadas no exterior observarão as peculiaridades locais e os princípios básicos desta Lei, na forma de regulamentação específica."

de lei ou norma pelas partes, porque o legislador antecipadamente definiu qual a solução jurídica para incidência da norma nas situações mencionadas.

Diante de todo o contexto, pode-se entender que mais uma vez a autonomia da vontade das partes deve ceder no quesito da escolha da lei de incidência para se compreender que, nas arbitragens envolvendo contratos administrativos, não há falar em definição de regras a ser aplicada em possível conflito, porquanto a Administração está vinculada ao ordenamento jurídico brasileiro e especialmente às regras e aos princípios que disciplinam os contratos administrativos em geral, com as exceções relativas aos contratos com participação de organismos multilaterais de financiamento e certames de âmbito internacional.

4.3 Flexibilidade do procedimento arbitral

Verifica-se se nas arbitragens em contratos administrativos pode a Administração se valer da maleabilidade dos procedimentos delineados pela Lei n. 9.307/1996 para conduzir a solução de suas controvérsias.

O art. 21 da Lei n. 9.307/1996 oferece algumas possibilidades em relação ao procedimento arbitral. As partes podem: a) convencionar um procedimento para determinado conflito; b) reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada; c) delegar ao próprio árbitro, ou tribunal arbitral, a definição do procedimento que norteará a arbitragem. Em caso de omissão das partes, caberá ao árbitro estabelecer o procedimento.³⁷⁴

Observa-se que, em deferência à autonomia de vontade das partes, a lei conferiu flexibilidade ao procedimento arbitral, o que é estranho ao processo judicial, porque neste as partes não poderão convencionar que o procedimento estatal se desenvolva de maneira diversa da prevista em lei.³⁷⁵

³⁷⁴ Art. 21. "A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento. § 1º Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo."

³⁷⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 344.

Entretanto, essa flexibilidade não é ilimitada, uma vez que a Lei de Arbitragem cuidou de deixar claro que sempre devem ser observados os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento,³⁷⁶ no que se pode compreender, de forma simplificada, que a lei impôs a necessidade de atendimento ao devido processo legal³⁷⁷ ou, adaptando ao contexto, ao devido processo arbitral.³⁷⁸ A determinação para cumprir princípios dessa natureza é comum em leis de arbitragem que integram outros ordenamentos, a exemplo da nova Lei Portuguesa de Arbitragem Voluntária (Lei n. 63/2011, art. 30) que nomeou para tanto a ampla defesa, a igualdade entre as partes e o contraditório.³⁷⁹

Segundo Carlos Alberto Carmona, o árbitro deve zelar para que não sejam desrespeitadas as garantias do devido processo legal. A flexibilidade, no dizer do autor, não significa anarquia, mas sim uma "suavização necessária das técnicas típicas do processo estatal", para garantir os direitos dos litigantes. Assevera ainda que o legislador trouxe para arbitragem aqueles princípios capazes de prestar razoável garantia de um julgamento justo às partes.³⁸⁰

Carlos Alberto de Salles esclarece que apesar de a Lei de Arbitragem não ter reproduzido as garantias constitucionais do processo integralmente, seu preceito legal genérico (art. 21, § 2º) contempla as previsões da Constituição, inclusive com relação à ampla defesa que, para efeitos de interpretação da Lei de Arbitragem, pode ser considerada abrangida pela menção ao contraditório e à igualdade das partes.³⁸¹

³⁷⁶ Art. 21 [...] § 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento."

³⁷⁷ Acerca do tema, Pedro A. Batista Martins afirma que "em hipótese alguma poderá ser violado o devido processo legal. Tanto o processual quanto o substantivo. É um bem jurídico de titularidade de toda e qualquer pessoa. É uma garantia de direito natural" (MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos sobre a lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 236).

³⁷⁸ Não se objetiva discorrer sobre esses princípios, mas apenas, como mencionado na introdução deste tópico, averiguar se maleabilidade do procedimento arbitral pode ser aproveitada pela Administração nas arbitragens envolvendo seus contratos.

³⁷⁹ Art. 30, n.1, "O processo arbitral deve sempre respeitar os seguintes princípios fundamentais: a) O demandado é citado para se defender; b) As partes são tratadas com igualdade e deve ser-lhes dada uma oportunidade razoável de fazerem valer os seus direitos, por escrito ou oralmente, antes de ser proferida a sentença final; c) Em todas as fases do processo é garantida a observância do princípio do contraditório, salvas as exceções." A lei anterior (Lei n. 31/1986), com redação diversa, disciplinava os mesmos princípios.

³⁸⁰ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*, 3. ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 291-293.

³⁸¹ SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 22. Lembra ainda o autor que a obrigação de fundamentar as decisões, apesar de não indicada entre os princípios da Lei de Arbitragem, consta dos requisitos da sentença arbitral (art. 26, inciso II), mesma obra, p. 23.

Vale registrar ainda que o desatendimento aos princípios delineados na Lei de Arbitragem – contraditório, igualdade das partes, imparcialidade do árbitro e livre convencimento – pode ser objeto de ação anulatória com o objetivo de desconstituir a sentença arbitral (art. 32, inciso VIII c/c art. 33 da Lei de Arbitragem).

Assim, pode-se entender que a Lei n. 9.307/1996 conferiu liberdade às partes, ou ao árbitro no caso de omissão, no que se refere ao procedimento arbitral. Essa liberdade não é ilimitada, porquanto o devido processo legal arbitral e seus consectários ampla defesa e contraditório devem ser observados na condução da arbitragem, e com muito mais razão quando a arbitragem se desenvolver no bojo de contratos administrativos, neste caso seja pela incidência da previsão constitucional do art. 5º, incisos LIV e LV (devido processo legal), seja pelas disposições da Lei de Arbitragem (art. 21, § 2º).

Logo, as possibilidades traçadas pela Lei n. 9.307/1996 (art. 21) – de convencionar um procedimento, de reportar-se às regras de uma instituição arbitral, de delegar ao árbitro a responsabilidade de estabelecer o procedimento – podem ser utilizadas pela Administração nos contratos que firma, em escolha discricionária acerca do modo que melhor atenderá às suas necessidades, com a importante ressalva de que em todas as hipóteses é indispensável observar o devido processo legal arbitral, em alinhamento à Constituição Federal, à Lei n. 9.307/1996, ao bom andamento dos procedimentos arbitrais e, ainda, com vistas a evitar ações de nulidade indesejáveis.

Dessa forma, consideram-se atendidos os condicionantes de Direito Público relativamente às garantias processuais das partes e ao mesmo tempo preservam-se as características fundamentais da arbitragem no que toca a liberdade conferida pelo legislador acerca da fixação dos procedimentos arbitrais.

4.4 Publicidade

Objetiva-se harmonizar o princípio da publicidade com a característica da confidencialidade normalmente desenvolvida nas arbitragens.

O princípio da publicidade insculpido no *caput* do art. 37 da CF impõe a ampla publicidade dos atos praticados pela Administração, ressalvadas as hipóteses excepcionais de

sigilo previstas em algumas normas. Referido princípio tem, em substância, a finalidade de tornar público os atos³⁸² levados a efeito pela Administração, com o desígnio de informar, dar conhecimento geral, dar transparência³⁸³ e, ainda, permitir o exercício de controle (interno, externo e social) sobre esses atos e sobre a conduta dos agentes públicos.

O cumprimento do princípio da publicidade é instrumentalizado: a) pelo direito de petição em que os indivíduos podem postular aos órgãos administrativos a defesa de direito ou opor-se à ilegalidade ou a abuso de poder (art. 5º, inciso XXXIV, "a"); b) pela obtenção de certidões nos órgãos públicos, igualmente para defesa de seus direitos e esclarecimentos de situações de caráter pessoal (art. 5º, inciso XXXIV, "b").³⁸⁴⁻³⁸⁵

A Constituição Federal assegura ainda a qualquer pessoa o direito de exigir informações de interesse particular, coletivo ou geral, aos órgãos públicos (direito à informação), nos termos do art. 5º, inciso XXXIII, ressalvadas as situações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. Esse dispositivo foi regulamentado pela Lei n. 12.527/2011, conhecida como "Lei de Acesso à Informação."

Em relação aos atos processuais, a Carta Política estabelece que a lei só poderá restringir a publicidade desses atos no caso de defesa da intimidade ou quando o interesse social assim demandar (art. 5º, inciso LX). Nessa linha, o Código de Processo Civil dispõe que os atos processuais são públicos, mas correm em segredo de justiça os processos que: dizem respeito a casamento, filiação, separação dos cônjuges, conversão desta em divórcio, alimentos e guarda de menores; e quando o interesse público exigir (art. 155). No processo

³⁸² Atos, neste contexto, são considerados atos em sentido amplo de forma a englobar atos da administração, atos administrativos, contratos e processos administrativos.

³⁸³ Alguns doutrinadores distinguem o princípio da publicidade do princípio da transparência. Wallace Paiva Martins Júnior entende que a transparência tem maiores graus de abstração, densidade, generalidade e indeterminação do que a publicidade. O princípio da transparência seria mais amplo que o da publicidade e englobaria, além deste, os subprincípios da motivação e participação popular. (MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *O princípio da publicidade: uma proposta de renovação*. Thiago Marrara (Org.). Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público. São Paulo: Atlas, 2012, p. 238. Em linha diversa, Renata Nadalin Meireles Schirato assevera que a transparência não está além do princípio da publicidade e que este princípio (publicidade) não pode ser visto como apenas uma obrigação de publicar atos administrativos, mas sim deve ser compreendido de forma mais ampla, porque tem íntimas imbricações com a participação e o controle. Para a autora, publicidade e transparência são termos sinônimos, apesar de o legislador mais recentemente ter adotado este último termo como maior frequência. SCHIRATO, Renata Nadalin Meireles. "Transparência administrativa, participação, eficiência e controle social – direito administrativo em evolução." Fernando Dias Menezes de Almeida *et al* (Coord.). *Direito público em evolução: estudos em homenagem à professora Odete Medauar*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p.120-122.

³⁸⁴ A negativa a esse direito pode ensejar mandado de segurança (art. 5º, inciso LXIX, CF) ou habeas data (art. 5º, inciso LXXII, CF).

³⁸⁵ Há outros dispositivos constitucionais que reforçam o princípio da publicidade art. 5º, inciso LX, art. 37, §1º e §3º, art. 93, inciso IX, art. 225, inciso IV.

administrativo federal, a Lei n. 9.784/1999 disciplina a obrigatoriedade de divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição Federal (art. 2º, parágrafo único, inciso V), e assegura aos interessados vista do processo e obtenção de certidões ou cópias, exceto em relação aos dados e documentos de terceiros protegidos por sigilo ou pelo direito à privacidade, à honra e à imagem (art. 46).

Nas contratações públicas, a Lei n. 8.666/1993 favorece a ampla publicidade dos certames em seus dispositivos. O art. 3º, *caput*, referencia o princípio da publicidade, e o § 3º do mesmo artigo especifica que a licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até abertura. O art. 16 impõe a publicidade mensal, em órgão de divulgação oficial ou em quadro de avisos de amplo acesso público, da relação de todas as compras feitas pela Administração Direta ou Indireta. O parágrafo único do art. 61 determina a publicação resumida do instrumento de contrato ou de seus aditamentos na imprensa oficial. A Lei n. 8.987/1995 dispõe que toda concessão de serviço público deve observar, entre outros, o princípio da publicidade (art. 14).

Do arcabouço normativo delineado, sem a pretensão alguma de esgotá-lo, pode-se compreender que: a) se por um lado há preceitos que confirmam o princípio da publicidade, há outros que o restringem; b) a publicidade é a regra e o sigilo é a exceção quando se trata de comandos constitucionais, processo civil, processo administrativo, atos e contratos administrativos.

Essa lógica da regra-exceção inverte-se em matéria de arbitragem, pois a confidencialidade rege os domínios arbitrais à guisa habitual. Vale registrar que a Lei n. 9.307/1993 não determina que a arbitragem seja sigilosa, apenas impõe ao árbitro o dever de discrição (art. 13, § 6). O sigilo é comumente convencionado entre as partes ou consta, em princípio, nos regulamentos de instituições arbitrais disposições normativas acerca da confidencialidade do desenvolvimento da arbitragem.³⁸⁶ Explica Carlos Alberto de Salles que, na área comercial, a divulgação de possível conflito pode levar a perdas ou gerar reações adversas por parte de clientes, concorrentes, credores, contratados etc. Afirma ainda que

³⁸⁶ A exemplo cita-se o Regulamento da Câmara Mineira de Mediação e Arbitragem – CAMINAS: "11.7 - O Procedimento Arbitral é rigorosamente sigiloso, sendo vedado aos membros da CAMINAS, aos Árbitros e às próprias Partes, divulgar quaisquer informações com ele relacionadas, a que tenham acesso em decorrência de ofício ou de participação no referido Procedimento, sem o expresse consentimento prévio das Partes.", p. 15. Disponível em: <http://www.caminas.com.br/normas/download/REGULAMENTO_ARBITRAGEM_2012.pdf>, acesso em 15.04.2014.

opção pela confidencialidade evita que documentos e dados os quais deveriam permanecer no estrito controle das partes fiquem à disposição de outras pessoas.³⁸⁷⁻³⁸⁸

Ocorre que essa opção pela confidencialidade não pode prevalecer, como regra, nas arbitragens empreendidas pela Administração na resolução de conflitos nos contratos que entabula. É preciso buscar uma solução que observe os comandos do ordenamento jurídico os quais, como visto, reforçam a publicidade dos atos e o controle sobre a conduta dos agentes públicos, tudo isso sem perder de vista a necessidade de se manter, em alguma medida, as características da arbitragem.

A doutrina tenta solucionar a questão. Há aqueles que defendem uma linha interpretativa que ora privilegia o sigilo ou ora confere maior importância à publicidade e, ainda, há os que tentam harmonizar esses opostos.

Tendente a conferir maior relevância ao sigilo, José Emílio Pinto aduz que o princípio da publicidade será devidamente satisfeito na medida em que se reportem às informações quanto ao andamento do procedimento arbitral. Para o autor, o referido princípio não elimina a privacidade que caracteriza os atos do procedimento arbitral, os quais continuam restritos aos que dele participam.³⁸⁹

Em deferência ao princípio da publicidade, Paulo Osternack Amaral aduz que a Administração deverá respeitá-lo, pois o sigilo mostra-se incompatível com os litígios arbitrais envolvendo entes públicos. Assevera que a exigência de transparência deve prevalecer sobre a autonomia de vontade de modo a afastar o sigilo que normalmente envolve as questões arbitrais.³⁹⁰

³⁸⁷ SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 283.

³⁸⁸ Selma Maria Ferreira Lemes distingue a privacidade do sigilo: "É de conhecimento corrente que a privacidade e o sigilo (confidencialidade) são atributos desejáveis na arbitragem. A privacidade está relacionada com o local em que a arbitragem é processada e quanto à matéria discutida, no sentido de não permitir a presença de pessoas estranhas nas audiências. Por sua vez, o sigilo (confidencialidade), refere-se à sentença arbitral e aos documentos apresentados no processo, vinculando as pessoas que gerenciaram o processo, os árbitros, procuradores e até as partes." (LEMES, Selma Maria Ferreira. "Arbitragem na Concessão de Serviços Públicos-Arbitrabilidade Objetiva. Confidencialidade ou Publicidade Processual?" Disponível em: <http://www.selmalemes.com.br/artigos/artigo_juri15.pdf>, acesso em 15.04.2014, p. 17).

³⁸⁹ PINTO, José Emílio Nunes. "A confidencialidade na arbitragem." *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, n. 6, p. 25-36, jul.-set., 2005, p. 35-36.

³⁹⁰ AMARAL, Paulo Osternack. *Arbitragem e administração pública: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 83.

Com exegese conciliadora, Carlos Alberto Carmona aduz que o princípio da transparência³⁹¹ deve ser respeitado, conferindo acesso aos interessados sobre a decisão e atos essenciais do processo arbitral, quando necessário, com a preservação do sigilo dos debates e da confidencialidade dos documentos que instruíram o processo arbitral.³⁹²

Em linha interpretativa semelhante, Selma Maria Ferreira Lemes defende – conforme arrazoadado sobre as arbitragens em concessões públicas, mas pertinente à questão ora discutida – que a divulgação da decisão arbitral deve ocorrer quando for determinado por lei. E, no desígnio de preservar os interesses do concessionário, afirma que deve ser mantida a privacidade nas audiências e nos documentos comerciais e estratégicos das empresas que instruírem o processo arbitral, salvo disposição em contrário das partes ou determinação legal.³⁹³ Para Lauro da Gama e Souza Júnior a Administração ao elaborar o edital de licitação e a minuta de contrato deve determinar que o procedimento arbitral e suas decisões não serão sigilosas, a não ser em relação a aspectos da arbitragem que razoavelmente mereçam ser preservados da divulgação pública.³⁹⁴

Vale ressaltar que o Projeto de Lei do Senado n. 406, de 2013, que visa a modificar a Lei n. 9.307/1996, traz a regra de que as arbitragens que envolverem a Administração Pública respeitarão o princípio da publicidade.³⁹⁵

Por fim, vale registrar que essa questão foi objeto de veto do Chefe do Poder Executivo de Minas Gerais. A Proposição de Lei n. 20.345, que posteriormente foi convertida na Lei Mineira de Arbitragem, Lei n. 19.477/2011, recebeu veto parcial do então Governador do Estado Antonio Augusto Junho Anastasia em dispositivo (parágrafo único do art. 6º) que veiculava a seguinte regra: “O processo público não se aplica nos casos de proteção ao sigilo comercial ou industrial”. Segundo a autoridade, o a norma revelava que: a) nos casos de proteção ao sigilo comercial ou industrial, o processo seria sigiloso; b) nos demais casos, o

³⁹¹ O autor parece compreender que os princípios da publicidade e da transparência são sinônimos.

³⁹² CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*, 3. ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 52.

³⁹³ LEMES, Selma Maria Ferreira. "Arbitragem na Concessão de Serviços Públicos-Arbitrabilidade Objetiva. Confidencialidade ou Publicidade Processual?" Disponível em: <http://www.selmalemes.com.br/artigos/artigo_juri15.pdf>, acesso em 15.04.2014, p. 20.

³⁹⁴ SOUZA JÚNIOR, Lauro da Gama e. "Sinal verde para arbitragem nas parcerias público-privadas (a construção de um novo paradigma para os contratos entre o estado e o investidor privado)." Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=150>, acesso em 15.04.2014, p. 35.

³⁹⁵ Art. 1º do Projeto de Lei n. 406, de 2013, que acrescenta o § 3º ao art. 2º da Lei n. 9.307/1996, com a seguinte redação: “As arbitragens que envolvem a Administração Pública serão sempre de direito e respeitarão o princípio da publicidade.” Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=114641>, acesso em 15.04.2014.

processo arbitral seria público. Nas suas razões, restou consignado que o veto ao dispositivo preserva a regra geral de publicidade dos processos arbitrais de que seja parte o Estado, ficando a cargo dos procedimentos específicos definirem a que atos se deve impor o sigilo para preservar bens e valores que gozem de proteção constitucional.³⁹⁶

Firmadas essas reflexões, passa-se a tentativa de harmonizar o princípio da publicidade com a confidencialidade arbitral. Para resolver a questão, vale resgatar a premissa antes utilizada neste trabalho,³⁹⁷ especificamente no estudo do princípio da legalidade em sentido amplo, a qual informa válida aquela solução extraída do ordenamento jurídico. E do ordenamento sobressai a ideia da ampla publicidade nas matérias relativas à Administração. Essa interpretação não sugere que a publicidade seja algo absoluto e aplicável de forma indistinta em todos os casos, pois, como visto anteriormente, há preceitos legais que a confirma, mas há outros que a restringe, em menor medida, porque essa restrição refere-se à exceção.

Especificamente sobre o contrato administrativo, a publicidade inicia com a deflagração do certame que o precede ou com o procedimento de dispensa ou inexigibilidade de disputa, prosseguindo-se na execução do contrato, o que, além de conferir transparência à avença, favorece o controle dos ajustes firmados pela Administração. Se aos contratos entabulados pela Administração a publicidade é a regra, às soluções das possíveis controvérsias mediante arbitragem igualmente deve seguir essa mesma fórmula. Ou seja, prevalece a publicidade sobre a faculdade de as partes convencionarem o sigilo ao procedimento e à decisão arbitral.

Essa exegese, em consonância com a doutrina que adota uma posição harmonizadora, não exclui a possibilidade de documentos, informações comerciais e estratégicas, que de algum modo possam prejudicar o contratado caso venham a ser de conhecimento geral ou de empresas concorrentes, sejam mantidas sob sigilo. Nesses casos é necessário motivar e especificar, caso a caso, os elementos do litígio que devem ser objeto de proteção.

É difícil vislumbrar uma possibilidade concreta ou abstrata na qual o procedimento arbitral em matéria de contratos administrativos seja totalmente sigiloso ou em que todas as etapas da arbitragem não devam vir a público. O que se entende como adequado é que a

³⁹⁶ Disponível em: http://www.almg.gov.br/atividade_parlamentar/tramitacao_projetos/texto.html?a=2011&n=20345&t=VET, acesso em 15.04.2014.

³⁹⁷ Capítulo 2, subitem 2.2.2.1.

confidencialidade pode proteger alguns documentos, informações, atos praticados no bojo de procedimentos arbitrais, isto é, pode recair em certos elementos do litígio cuja necessidade de sigilo seja essencial e suficiente para excluir, em parte, a incidência do princípio da publicidade que permeia os atos, contratos e a atuação daqueles que conduzem à Administração Pública. Essa necessidade de sigilo deve ser avaliada e motivada em cada caso concreto.

Dessa forma, a Administração deve deixar claro nas convenções arbitrais que pactuar, seja na modalidade cláusula compromissória ou compromisso arbitral, que a resolução de conflitos contratuais por meio do instituto em foco obedecerá o princípio da publicidade, o qual só poderá ser afastado em hipóteses excepcionais reveladas caso a caso, com a devida justificativa acerca da necessidade de sigilo sobre atos, documentos, informações ou peças processuais.

4.5 A arbitragem por equidade

Examinam-se se as controvérsias em contratos administrativos podem ser resolvidas mediante a arbitragem por equidade.

No Capítulo 1, subitem 1.2, foi tratado o tema dos tipos de arbitragem. Ressalvou-se, na ocasião, que a tipologia pode variar, todavia foram destacados os modelos mais usuais de arbitragem e os mais relevantes para o presente trabalho, sem a intenção de exaurir o assunto. Dentre a classificação antes oferecida, sobressai a arbitragem segundo a lei, ou ao direito, e segundo a equidade.

Com base nos esclarecimentos de José Luís Esquível, diferenciou-se um e outro caso. Na arbitragem de direito, os árbitros decidem o litígio conforme o direito estrito, interpretando e aplicando as normas jurídicas à semelhança do que ocorre com a justiça oficial. Ao revés, na arbitragem por equidade, o árbitro não está limitado ao estabelecido na lei, uma vez que pode atender às "razões da justiça concreta."³⁹⁸ No Brasil, a Lei n. 9.307/1996 é expressa ao

³⁹⁸ ESQUÍVEL, José Luís. *Os contratos administrativos e a arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 118.

especificar que a arbitragem pode ser de direito ou equidade, conforme o art. 2º do diploma.³⁹⁹⁻⁴⁰⁰

A equidade assume diversos sentidos, ou seja, trata-se de conceito plurisignificativo que dificilmente pode ser estudado em base firme. Para atenuar essa complexidade, recorre-se à pesquisa realizada por José Luís Esquível que cuidou de recortar os sentidos possíveis que a equidade pode abranger, reconhecendo-a as seguintes funções principais:⁴⁰¹

a) função substitutiva da norma legal em que a equidade afasta a norma para atuar como critério de decisão do caso concreto ou do caso particular;

b) função flexibilizadora na qual a equidade é usada como elemento constitutivo da própria norma, para que o operador jurídico ajuste a norma às particularidades do caso, a exemplo da indenização equitativa;

c) função integradora na qual a equidade atua para colmatar lacunas legislativas;

d) função interpretativo-aplicadora empregada pelo operador jurídico quando da interpretação das normas para fins de aplicação, em que se realiza a individualização e concreção das regras gerais e abstratas para incidência no caso concreto;

e) função corretiva da lei em que a equidade atua na correção da lei inadequada ao caso concreto.

O doutrinador afirma que a equidade não pode assumir uma função substitutiva dos elementos integrantes do bloco de legalidade, porque a Administração está vinculada a esse bloco. Acerca das funções flexibilizadora, integradora e interpretativo-aplicadora assevera que estão presentes nos julgamentos segundo o direito na medida em que a equidade, nessas vertentes, significa mais uma técnica de individualização de norma geral ao caso concreto do

³⁹⁹ Em Selma Maria Ferreira Lemes, observa-se que "a arbitragem por equidade é permitir que o árbitro julgue de acordo com o seu real saber e de acordo com o seu critério de justo, fundamentando a decisão com 'bom senso jurídico'". LEMES, Selma Maria Ferreira. Entrevista concedida ao *site* Consultor Jurídico em 12.05.2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-12/entrevista-selma-lemes-advogada-professora-especialista-arbitragem>>, acesso em 16.04.2014.

⁴⁰⁰ Vale mencionar que o Projeto de Lei do Senado n. 406, de 2013, que pretende modificar a Lei n. 9.307/1996, dispõe que o "As arbitragens que envolvem a Administração Pública serão sempre de direito e respeitarão o princípio da publicidade.", conforme seu art. 1º que acrescenta o §3º ao art. 2º da Lei n. 9.307/1996. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?pcod_mate=114641>, acesso em 16.04.2014. Essa foi igualmente a linha do legislador de Minas Gerais ao insculpir no art. 6º da Lei Mineira de Arbitragem (Lei n. 19.477/2011) disposição que determina a arbitragem de direito para solução de litígios em que aquele Estado seja parte.

⁴⁰¹ ESQUÍVEL, José Luís. *Os contratos administrativos e a arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 274-275.

que o afastamento do direito. Aduz ainda que o espaço deixado ao juízo de equidade padece de atrofiamento seja porque o referido juízo não deve ser entendido como abandono ao direito estrito (pois está adstrito ao bloco de legalidade) seja porque em muitas de suas funções a equidade revela-se uma técnica conhecida e praticada pelos tribunais administrativos da justiça oficial,⁴⁰² no caso brasileiro, pelo próprio Poder Judiciário.

Conclui que só se pode optar pela arbitragem segundo a equidade nos contratos administrativos quando a lei previr essa possibilidade, pois considera que não pode ficar nas mãos da Administração decidir em que casos a sua atuação será nos termos do seu direito específico, o Direito Administrativo, ou "à luz de um juízo susceptível de desconsiderar, mediante a não aplicação de algumas regras, aquele Direito."⁴⁰³

Do fecho oferecido pelo autor podem-se divisar duas linhas conclusivas: a) a arbitragem em contratos administrativos deve ser segundo a lei ou o direito; b) a autonomia da vontade das partes para submeter litígios envolvendo contratos administrativos à arbitragem de equidade é insuficiente, pois é necessário que a lei expressamente autorize essa prática.

A conclusão veiculada na alínea "a" é relevante e útil ao presente estudo. Ao revés, a outra não se aplica (alínea "b"), pois diferentemente do ordenamento jurídico lusitano em que leis regulamentadoras de certos contratos administrativos preveem o critério de julgamento da arbitragem por equidade (a exemplo do art. 258 do Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas de Portugal),⁴⁰⁴ o ordenamento pátrio que disciplina os contratos administrativos não contempla expressamente essa possibilidade. Dessa forma, aproveita-se neste trabalho a assertiva de que a arbitragem de direito melhor se coaduna com solução de controvérsias em contratos administrativos.

A maioria da doutrina brasileira dessa linha exegética não destoa.⁴⁰⁵ Para Lauro da Gama e Souza Júnior, em arrazoado relativo à arbitragem nas PPPs, aduz que o julgamento

⁴⁰² ESQUÍVEL, José Luís. *Os contratos administrativos e a arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 286-287. De ressaltar que o autor não aborda expressamente sobre a aplicação ou não da função corretiva da equidade em contratos administrativos.

⁴⁰³ ESQUÍVEL, José Luís. *Os contratos administrativos e a arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 290.

⁴⁰⁴ Aprovado pelo Decreto-lei n. 59/1999. De ressaltar que a nova Lei de Arbitragem Voluntária de Portugal dispõe que – LAV, Lei n. 63/2011, art. 39º, n. 1 – "Os árbitros julgam segundo o direito constituído, a menos que as partes determinem, por acordo, que julguem segundo a equidade." A LAV anterior, Lei n. 31/1986, também contemplava essa ideia com redação diversa no art. 22º.

⁴⁰⁵ Ao contrario da maioria da doutrina, Selma Maria Ferreira Lemes entende que outorgar poderes para o árbitro decidir por equidade em contratos administrativos poderia representar uma solução muito mais justa ao caso concreto. Para contrapor a tese de que a equidade iria de encontro ao princípio da legalidade insculpido no art. 37, *caput*, da CF, a autora argumenta que o princípio da legalidade está igualmente previsto

por equidade não se harmoniza com a observância do princípio da legalidade pela Administração Pública, além de representar risco relativo à previsibilidade jurídica da decisão a ser proferida por árbitros, razão pela qual defende que a arbitragem nos contratos administrativos (de PPPs) deve ser rigorosamente de direito.⁴⁰⁶

Carlos Alberto Carmona, sem se pronunciar sobre a possibilidade de uso da arbitragem por equidade especialmente em contratos administrativos, apresenta certa desconfiança em relação à equidade, pois ressalta que esse tipo de arbitragem submete as partes a sérios riscos, haja vista que o justo para elas pode não ser para o árbitro (e vice-versa). Complementa ainda que, pelo fato de haver possibilidade de negligenciar limitações legais e regras de direito material, "a decisão assemelha-se a um verdadeiro barril de pólvora, sobre o qual placidamente resolvem sentar as partes."⁴⁰⁷

Na lição de Carlos Alberto de Salles, colhe-se a inteligência de que o julgamento de equidade, com prejuízo das normas de direito, ainda que parcial, não é possível, porquanto a Administração está vinculada ao princípio da legalidade, previsto na Constituição Federal.⁴⁰⁸ Na mesma linha, Paulo Osternack Amaral aduz que o árbitro não poderá julgar com base na equidade demanda arbitral envolvendo o Poder Público, uma vez que está adstrito ao princípio da legalidade.⁴⁰⁹

Este trabalho adota conclusão idêntica à coligida pela doutrina (afastamento da equidade), mas sob fundamento parcialmente diverso. Entende-se que adoção da arbitragem para resolver conflitos em contratos administrativos deve ser de direito, porque a Administração está vinculada ao princípio da legalidade, mas não concebido de forma estrita (legalidade formal) como parece deixar transparecer os doutrinadores mencionados, mas na linha do que se defendeu anteriormente em que se apostou na visão ampliada da legalidade.

na Constituição do Chile e esse fato não impediu que a Lei de Concessão de Obras Públicas chilena permitisse a arbitragem por equidade. (LEMES, Selma Maria Ferreira. *Arbitragem na administração pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 279-281).

⁴⁰⁶ SOUZA JÚNIOR, Lauro da Gama e. "Sinal verde para arbitragem nas parcerias público-privadas (a construção de um novo paradigma para os contratos entre o estado e o investidor privado)." Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=150>, acesso em 15.04.2014, p. 38.

⁴⁰⁷ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*, 3. ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 67.

⁴⁰⁸ SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 262-263.

⁴⁰⁹ AMARAL, Paulo. *Arbitragem e administração pública: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 82.

Acredita-se que a concepção da legalidade ampla resolve a questão, sem a necessidade de lançar mão da arbitragem por equidade. Crê-se que o ordenamento jurídico vigente oferece possibilidade suficiente para solução de conflitos em contratos firmados pela Administração, seja mediante a incidência das regras existentes seja por meio da aplicação, em conjunto, de princípios explícitos e implícitos que norteiam a Administração Pública.

Referidos contratos, como dito alhures, são disciplinados por densas regras e por princípios que os orientam, o que revela desnecessário recorrer à equidade cujo conceito não se pode precisar firmemente, e ainda sob pena de correr-se o risco de o árbitro decidir questões levadas ao seu descortino de modo destoante e inadequado ao ordenamento jurídico.

Entende-se que uma interpretação flexível da legalidade em que se compreende a coexistência nela de um bloco de normas vigentes no ordenamento jurídico soluciona a questão de modo a afastar a equidade das arbitragens clausuladas em contratos firmados pela Administração.

CONCLUSÃO

Este trabalho teve como objetivo examinar os principais óbices jurídicos erigidos contra a utilização da arbitragem em contratos administrativos firmados pela Administração Pública. Os supostos obstáculos da inafastabilidade de jurisdição, da legalidade estrita e da indisponibilidade do interesse público foram analisados criticamente, para contrapô-los.

Nessa investigação, após desenvolver certo substrato teórico inicial na finalidade de obter maior aproximação com o instituto da arbitragem e com vistas a subsidiar a apreciação do ponto central da dissertação, o estudo focou-se na questão da arbitrabilidade, uma vez que há algumas condições ou requisitos estabelecidos no ordenamento jurídico brasileiro para se valer da arbitragem.

A arbitrabilidade foi definida como a possibilidade de sujeição de determinadas pessoas e determinados conflitos à arbitragem. Divisou-se, nesse contexto, o estudo da arbitrabilidade sob o aspecto subjetivo e objetivo. A Lei n. 9.307/1996 menciona essa dualidade de requisitos ao prever, em seu art. 1º, que as pessoas capazes de contratar poderão empregar a arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. A parte inicial da norma anuncia a arbitrabilidade subjetiva e a final, a arbitrabilidade objetiva.

Na arbitrabilidade subjetiva, verificou-se que o Estado é pessoa jurídica de direito público. Ser pessoa, em direito, é ter personalidade jurídica, ou seja, é ter aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações, o que lhe permite figurar como parte em contratos. Quando a Lei n. 9.307/1996 estabelece que podem empregar a arbitragem as "pessoas capazes de contratar", não distingue entre pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou de direito privado, pessoas políticas ou administrativas. Entende-se que uma interpretação ampla e inclusiva do dispositivo legal, combinada com a ausência de restrição na Lei de Arbitragem em relação ao Estado, leva à exegese de que é possível o Estado, sob o aspecto subjetivo, recorrer à via arbitral para solucionar os conflitos surgidos no bojo de seus contratos administrativos.

Ao tratar a arbitrabilidade objetiva, estabeleceu-se uma noção aproximada para a questão dos direitos patrimoniais disponíveis. Considerou-se direito patrimonial aquele

susceptível de avaliação pecuniária ou que tenha valor econômico e direito disponível aquele que as partes podem constituir ou extinguir por meio de ato ou acordos de vontades, ou seja, pode ser objeto de contrato.

Com apoio na doutrina Enzo Roppo, assentou-se que os contratos têm caráter patrimonial, porque os bens e serviços que compõem a relação jurídica contratual são quantificáveis monetariamente, noção que se estende aos contratos administrativos. Fixadas essas aproximações teóricas, entendeu-se razoável reconhecer que quando há possibilidade de se estabelecer contratos sobre determinados objetos (contratuais), em que ocorre a transferência de bens e direitos, está-se diante de uma situação que se reveste das características da disponibilidade e da patrimonialidade, contemplando a exigência normativa da arbitrabilidade objetiva.

Com essa inteligência, observou-se que os requisitos então estabelecidos pela norma de regência foram atendidos. No entanto, para que se pudesse asseverar, em base mais firme, que a arbitragem poderia figurar como meio de solução de controvérsias em contratos administrativos celebrados pela Administração Pública, houve a necessidade de ampliar a investigação para verificar se os óbices normalmente suscitados para afastar a utilização do instituto nesses contratos eram intransponíveis.

Nesse contexto, restou assentada que a tese da inafastabilidade de jurisdição não pode ser considerada como fator impeditivo para o uso da arbitragem em contratos administrativos, sob os seguintes fundamentos: a) o art. 5º, inciso XXXV, da CF proíbe que a lei, e não as partes contratantes, suprimam questões da apreciação do Poder Judiciário; b) o referido dispositivo constitucional trata de uma garantia ou um direito de acesso ao Judiciário (direito de ação), e não de uma imposição (dever de ação); c) o Estado pode delegar, mediante lei, parcela de sua jurisdição especialmente para consentir outras formas extrajudiciais de resolução de controvérsias; d) a instituição da arbitragem é uma faculdade das partes e ainda assim não afasta a jurisdição estatal de forma absoluta, ao revés, mantém com ela uma relação de coordenação ou cooperação, na medida em que o ordenamento jurídico confere ao juiz algumas possibilidades de intervenção no procedimento arbitral para garantir o seu bom funcionamento.

O outro suposto obstáculo da necessidade de autorização legal expressa ou de lei específica para que a Administração clause arbitragem em suas avenças recebeu longa

atenção. A dissertação propôs uma releitura do princípio da legalidade, com foco na vinculação da Administração à lei em sentido amplo. Após, foram destacadas algumas leis que autorizam o uso da arbitragem em contratos administrativos de concessão e, por fim, enfrentou-se a questão da legalidade da arbitragem na Lei n. 8.666/1993.

Acerca da releitura do princípio da legalidade, tem-se, em essência, que: a) o princípio da legalidade em sentido amplo deixa de conceber a lei formal como única e última norma apta a orientar a atuação da Administração Pública; b) a Administração passa a vincular-se à lei e ao ordenamento jurídico; c) a ideia ampliada de legalidade proporciona uma maior aproximação com os princípios do sistema jurídico no momento da aplicação das normas que o compõem; d) a legalidade em sentido amplo não despreza a lei formal tampouco pugna por uma aplicação irrefletida dos princípios, busca-se a obediência ao ordenamento jurídico; e) algumas matérias dependerão de prévia autorização legal (lei formal) para habilitar a atuação da Administração outras dispensam programação legal prévia; f) a relação de conformidade à lei é substituída pela relação de conformidade ao ordenamento jurídico; g) da legalidade em sentido amplo sobressai o relevante entendimento de que a solução válida é aquela extraída do ordenamento jurídico.

Do exame de leis que autorizam o uso da arbitragem, concluiu-se que o instituto tem o beneplácito do legislador para figurar como um meio capaz de solucionar conflitos nos contratos administrativos de concessão entabulados pela Administração Pública, o que sinaliza uma maior abertura para o emprego da arbitragem na Administração e contribui para minimizar interpretações adversas em relação à matéria.

Especificamente na Lei n. 8.666/1993, foi visto que a arbitragem nos contratos regidos por esse diploma é normalmente objetada por dois quesitos: a cláusula de foro e a ausência de previsão legal específica para o uso do instituto.

A cláusula de foro decorre da previsão legal constante no art. 55, § 2º, da Lei n. 8.666/1993, que dispõe sobre a obrigatoriedade de constar no contrato a cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir questão contratual. Entendeu-se que a eleição de foro não traz qualquer incompatibilidade com a arbitragem, tanto nas leis que regulam contratos específicos quanto na Lei n. 8.666/1993, porque as partes, ao estabelecerem foro no contrato, estão apenas determinando que o eventual concurso do juiz para realização de determinados atos seja efetivado pela comarca escolhida. São mecanismos

complementares, e não excludentes. As cláusulas de eleição de foro e de arbitragem podem coexistir em contratos administrativos. Certamente, havendo cláusula de arbitragem, os litígios serão solucionados por essa via, sem excluir da via judicial a solução de eventuais controvérsias sobre a arbitragem, de acordo com o foro eleito pelas partes ou o foro da sede da Administração, no caso da Lei n. 8.666/1993.

Outro ponto relacionado à legalidade em contratos regidos pela Lei n. 8.666/1993 é a ausência de previsão, nesse diploma, para o uso do instituto. Defendeu-se a desnecessidade de lei específica para a utilização da arbitragem nos contratos administrativos, sob três fundamentos.

O primeiro apoia-se na interpretação de que a Lei n. 9.307/1996 pode ser aplicada aos contratos administrativos, atendidos os requisitos de seu art. 1º, capacidade de contratar e direitos patrimoniais disponíveis, considerando ainda que essa lei não exclui a Administração Pública do seu âmbito de incidência.

O segundo decorre da previsão legal do art. 54 da Lei n. 8.666/1993 que possibilita a aplicação supletiva aos contratos administrativos de disposições de direito privado. Essa norma combinada com o art. 1º da Lei n. 9.307/1996 pode fundamentar a arbitragem em contratos administrativos, sempre que não houver disposição legal em sentido contrário.

O terceiro advém da noção ampla do princípio da legalidade adotada neste trabalho. Essa concepção compreende no princípio da legalidade a coexistência de outras normas do direito que não só a lei em sentido estrito, aproximando a legalidade de outros princípios do ordenamento jurídico no momento da aplicação das normas que o compõe. Logo, assentou-se a utilização do instituto em avenças administrativas com base na Lei n. 9.307/1996, art. 1º, princípio da legalidade, combinado com os princípios da eficiência (art. 37, *caput*, da CF) e da razoável duração do processo e celeridade processual (art. 5º, LXXVIII, da CF), uma vez que a solução legal é aquela extraída do ordenamento jurídico.

Os três fundamentos acima mencionados sugerem que pode ser dispensada a exigência de lei específica para que a Administração clause arbitragem em suas avenças administrativas.

Ao analisar a questão da indisponibilidade do interesse público, afastou-se a ideia equivocada de entender indisponível tudo que está relacionado ao Estado ou à Administração

Pública. Afirmou-se, nesse contexto, que dispor de direitos patrimoniais não significa dispor de interesse público e que, quando a Administração contrata, estão em evidência direitos patrimoniais disponíveis.

A disponibilidade que a Administração tem de criar direitos e obrigações pela via contratual, em que há transferência de bens e direitos entre o Estado e um terceiro interessado, é a mesma disponibilidade que ela tem de submeter os litígios contratuais à arbitragem. Assim, se é possível disciplinar obrigações contratuais futuras que vinculam a Administração e o particular ao que fora pactuado, igualmente é cabível estabelecer a forma com que eventuais conflitos possam ser resolvidos.

Nesse contexto, concluiu-se que onde cabe o contrato, haja vista que se cuida de disponibilidade de direitos patrimoniais, cabe a arbitragem, razão pela qual o óbice da indisponibilidade do interesse público não se sustentou.

Ainda no que se refere aos obstáculos à arbitragem, também não se vislumbrou qualquer inconstitucionalidade em leis que autorizam a utilização de arbitragem em contratos de concessão de serviço público, a uma porque o mecanismo arbitral não ofende a indisponibilidade do interesse público, conforme as premissas lançadas neste trabalho, a duas porquanto não se verifica impedimento, na Constituição da República, à utilização da arbitragem em questões relacionadas a serviços públicos ou a contratos de concessão ou permissão de serviço público.

Diante dessas considerações, verifica-se que as hipóteses de pesquisa foram confirmadas, pois o estudo constatou que a arbitragem pode ser meio de solução de conflitos em contratos administrativos entabulados pela Administração Pública e que a inafastabilidade de jurisdição, a legalidade em sentido estrito e a indisponibilidade do interesse público não são empecilhos para utilização do instituto nesses contratos, haja vista que esses óbices não resistiram a uma análise um pouco mais aprofundada da matéria.

Finalizada a parte estática do estudo, o trabalho apresentou a interpretação conferida à matéria pelo Poder Judiciário e pelo TCU, com objetivo de verificar se as decisões judiciais e da Corte de Contas Federal estavam alinhadas ao marco teórico pró-arbitragem constante da seção precedente da dissertação.

Pelos casos judiciais apreciados, percebe-se que o Poder Judiciário, notadamente o STJ que tem a função de uniformizar a interpretação da lei federal no Brasil, apresenta jurisprudência favorável à arbitragem, seja no sentido de afastar os obstáculos normalmente cogitados contra a arbitragem em contratos administrativos seja para aperfeiçoar a exegese acerca do emprego do instituto pela Administração Pública.

A jurisprudência coletada está, no essencial, em consonância com a interpretação desenvolvida na parte estática do presente estudo, com a ressalva de que este trabalho defendeu com maior abrangência a aplicação da arbitragem em contratos administrativos, entabulados pela Administração Pública Direta e Indireta. Nas deliberações examinadas, vez ou outra, realçava-se o fato de que, nas relações jurídicas contratuais travadas, uma das partes era sociedade de economia mista (Administração Pública Indireta), o que, por operarem sob o regime de direito privado, em tese seria mais facilmente identificável a disponibilidade em relação a qual a arbitragem revela-se juridicamente possível.

Sobre o STJ, apesar da interpretação favorável à arbitragem, até o término desta dissertação, não houve nessa Corte posicionamento relativo à arbitragem em contratos administrativos firmados pela Administração Direta, autarquias, fundações e empresas públicas, porque nenhum caso concreto dessa natureza foi julgado pela Corte Cidadã.

Nesse contexto, pode-se afirmar que as deliberações judiciais examinadas estão alinhadas com a exegese pró-arbitragem constante da seção precedente da dissertação – com as achegas de que não há posicionamento no STJ sobre a Administração Direta, autarquias, fundações e empresas públicas – e que a análise crítica antes efetuada dos obstáculos erigidos contra a arbitragem em contratos administrativos tem respaldo em precedentes judiciais.

Dos precedentes da Corte de Contas relativos ao tema da arbitragem constatou-se que o TCU era inicialmente avesso à ideia de solução de contendas em contratos administrativos pela via arbitral. Após, passou a aceitar a presença do instituto desde que fossem observados os critérios de lei formal autorizativa e que não ofendesse o princípio da indisponibilidade do interesse público.

O Tribunal tem ainda decisões que limitam o uso da arbitragem mesmo em contratos administrativos que a lei autoriza, de forma expressa, o emprego do instituto. Apesar dessa exegese, a Corte de Contas mostrou-se mais receptiva à arbitragem, em julgado recente, ao

acolher o emprego do instituto quando: a) a arbitragem for relativa a contratos administrativos entabulados por sociedade de economia mista exploradoras da atividade econômica; b) for técnica e economicamente justificado o uso da arbitragem; c) estiver comprovadamente de acordo com as práticas de mercado.

A maioria das decisões do TCU analisadas não está em harmonia com a exegese *favor arbitratis* empreendida na seção precedente do trabalho, tampouco se nota a descaracterização dos obstáculos erigidos contra a arbitragem em contratos administrativos nos casos julgados pela Casa de Contas. Ao revés, o Tribunal procura reforçá-los. No entanto, houve uma clara flexibilização e evolução na exegese histórica do órgão que começa a desgarrar-se de sua relutância tradicional para vislumbrar a possibilidade de uso do instituto com as restrições acima mencionadas.

Visto que a arbitragem pode ser empregada como meio de solução de controvérsias em contratos administrativos e que os obstáculos jurídicos alegados contra essa possibilidade não se sustentaram, e, ainda, analisados como os precedentes judiciais e do TCU trataram os casos concretos relativos ao tema, foram ressaltadas algumas boas práticas para aplicação da arbitragem nas avenças administrativas, com o objetivo de amoldar a arbitragem a certas particularidades do Direito Administrativo e do Direito Público em geral, sem desnaturar o instituto. É dizer: não há óbices, mas há alguns condicionantes a serem observados.

Nesse contexto, analisaram-se questões sobre: a) o procedimento para escolha dos árbitros; b) a escolha da lei aplicável; c) a flexibilidade do procedimento arbitral; d) a publicidade; e) a arbitragem por equidade.

Sobre o procedimento para escolha dos árbitros, buscou-se saber se a contratação dos serviços de árbitros ou de câmaras arbitrais deveria ser realizada por meio de licitação ou por meio de dispensa ou inexigibilidade de certame. Entendeu-se que a dispensa de disputa deve ser afastada, por tratar-se de mecanismo em que as hipóteses são taxativas. O emprego do procedimento de inexigibilidade ou licitatório dependerá da situação concreta em que a análise deverá recair no atendimento aos requisitos legais para inexigibilidade na contratação de serviços técnicos (art. 25, inciso II, da Lei n. 8.666/1993), sem os quais deverá ocorrer a licitação. Assim, tanto o procedimento de inexigibilidade de certame, atendidas às condições legais, quanto o procedimento licitatório são vias aptas a selecionar aqueles que atuarão como árbitros em contratos administrativos.

Acerca da escolha da lei aplicável às arbitragens envolvendo contratos administrativos, o trabalho assentou que nessas arbitragens as regras a serem obedecidas já estão disciplinadas no ordenamento jurídico brasileiro e especialmente nas regras e nos princípios que disciplinam os contratos administrativos em geral, com as exceções relativas aos contratos com participação de organismos multilaterais de financiamento e certames de âmbito internacional.

A respeito da flexibilidade do procedimento arbitral – de convencionar um procedimento, de reportar-se às regras de uma instituição arbitral, de delegar ao árbitro a responsabilidade de estabelecer o procedimento –, verificou-se que essa maleabilidade pode ser empregada pela Administração nos contratos que firma, em escolha discricionária acerca do modo que melhor atenderá às suas necessidades, com a ressalva de que em todas as hipóteses será indispensável observar o devido processo legal arbitral, em alinhamento à Constituição Federal, à Lei n. 9.307/1996, ao bom andamento dos procedimentos arbitrais e, ainda, para evitar ações de nulidade indesejáveis.

Quanto à questão do princípio da publicidade, buscou harmonizar o aludido princípio com a característica da confidencialidade normalmente difundida nas arbitragens. O trabalho assentou que a publicidade é a regra nas contratações entabuladas pela Administração e que as soluções de possíveis controvérsias nessas avenças igualmente deveriam seguir a mesma fórmula. Nessa linha de exegese, a Administração deverá deixar claro nas convenções arbitrais que pactuar, seja na modalidade cláusula compromissória ou compromisso arbitral, que a resolução de conflitos contratuais por meio do instituto arbitral observará o princípio da publicidade, que só poderá ser afastado em hipóteses excepcionais reveladas caso a caso, com a devida justificativa acerca da necessidade de sigilo sobre atos, documentos, informações ou peças referentes ao procedimento arbitral.

Sobre a possibilidade de as controvérsias em contratos administrativos serem resolvidas mediante arbitragem por equidade, compreendeu-se que a legalidade em sentido amplo será suficiente para oferecer solução jurídica aos conflitos em contratos firmados pela Administração, ao contemplar como parâmetro o ordenamento jurídico vigente, seja pela incidência das regras existentes seja pela aplicação, em conjunto, de princípios explícitos e implícitos que norteiam a Administração Pública, razão pela qual se optou pela arbitragem de direito, afastando-se a arbitragem por equidade dos contratos celebrados pela Administração.

Como se percebe, o desafio deste trabalho foi o de investigar a possibilidade jurídica de a arbitragem ser empregada como instrumento para resolver controvérsias em contratos celebrados pela Administração Pública. Entende-se, como sobressaem das reflexões empreendidas ao longo do estudo, que, apesar de contar com vozes dissonantes e de apresentar certos aspectos que precisam ser amoldados notadamente quando aplicada a contratos regulados pelo Direito Administrativo, a arbitragem veio para se instalar de vez no contexto da Administração Pública.

Não é por outra razão que importantes leis que regulam contratos administrativos admitem o emprego do instituto. A tese pró-arbitragem encontra guarida em importante Tribunal Judiciário do Brasil (STJ). O TCU tem flexibilizado sua posição historicamente restritiva acerca da adoção do instituto em avenças administrativas. Ou seja, tudo parece caminhar para uma maior aceitação da arbitragem na intimidade da Administração.

Acredita-se que doravante o desafio será o de implementar em maior amplitude a arbitragem na prática administrativa brasileira, de forma a difundir o seu uso. À medida que as incertezas no emprego da arbitragem surgirem com o aumento da intensidade de incidência do instituto nos contratos administrativos, as questões serão objeto de maiores reflexões e assentamento por parte da Administração, da doutrina e da jurisprudência.

REFERÊNCIAS

LIVROS E ARTIGOS:

ALBUQUERQUE, Márcio André Santos de; CUNHA, Estevão dos Santos. *Curso de controle externo*. Brasília: Obscursos, 2009.

ALESSI, Renato. *Principi di diritto amministrativo*, vol. 1, 4. ed., Milano: Giuffrè, 1978.

ALVES, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade das medidas antiarbitragem no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2009.

ALVIM, J. E. Carreira. *Comentários a lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

AMARAL, Antonio Carlos Cintra do. "O princípio da publicidade no direito administrativo." *Revista Brasileira de Direito Público*, vol. 1, n. 2, jul.-set., 2003.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*, 6. ed, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

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

ANTONIOLI, Marco. *Arbitrato e giurisdizione esclusiva*. Milano: Giuffrè, 2004.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. "O princípio da eficiência." *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – Redae*. Salvador, n. 4, nov.-dez. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE4NOVEMBRO2005ALEXANDRE%20ARAG%C3O.pdf>>, acesso em 15.10.2013.

ASSIS, Araken. "O direito comparado e a eficiência do sistema judiciário." *Revista do Advogado*, n. 43, jun. 1994.

ÁVILA, Humberto. "Repensando o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular." *Revista Trimestral de Direito Público*, 1998, n. 24, São Paulo: Malheiros.

BAPTISTA, Luiz Olavo; MIRANDA, Sílvia Julio Bueno de. "Convenção de arbitragem e escolha da lei aplicável: uma perspectiva do direito brasileiro." *Revista de Arbitragem e Mediação*. n. 27, out.-dez., 2010.

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARCELLAR FILHO, Romeu Felipe. *A noção jurídica de interesse público no direito administrativo brasileiro*. In Romeu Felipe Barcellar Filho; Daniel Wunder Hachem (Org.). *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. "Sociedade de economia mista prestadora de serviço público: cláusula arbitral inserida em contrato administrativo sem prévia autorização legal. Invalidez." *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e de Arbitragem*, São Paulo, n. 19, jan.-mai., 2003.

BASÍLIO, Ana Tereza Palhares; FONTES, André R. C. "A teoria autonomista da arbitragem." *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 17, abr.-jun., 2008.

BENOIT, Francis-Paul. *Le Droit Administratif Français*. Paris: Dalloz, 1968.

BINENBOJM, Gustavo. *As parcerias público-privadas e a constituição*. In *Temas de Direito Administrativo e Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BITENCOURT NETO, Eurico. *Improbidade administrativa e violação de princípios*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

BITTENCOURT, Sidney. "A cláusula de arbitragem nos contratos administrativos." *Direito Administrativo, Contabilidade e Administração Pública*. Rio de Janeiro, n. 9, set. 2000.

BORGES, Alice Maria Gonzalez. "Considerações sobre o futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos." *JAM Jurídica*, ano XV, n. 4, abril, 2010.

_____. *Temas do direito administrativo atual: estudos e pareceres*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

BREWER-CARIAS, Allan R. *Contratos administrativos*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1992.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição federal anotada*, 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Almedina. Reimpressão Ed. Brasileira de 1977.

CAIVANO, Roque J. *Arbitrage: su eficacia como sistema alternativo de resolución de conflictos*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1992.

CALMON, Eliana. "Arbitragem e poder público." *Revista de Arbitragem e Mediação*. Ano 7, n. 24, jan-mar., 2010.

CAMPOS, Francisco. *Direito administrativo*. Rio de Janeiro: Freitas Fontes, 1958.

CARMONA, Carlos Alberto. "A crise do processo e os meios alternativos para resolução de controvérsias." *Revista de Processo*. São Paulo, n. 56, out.-dez., 1989.

_____. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*, 3. ed., São Paulo: Atlas, 2009.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 23. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARVALHO, André Castro. "Comentários ao Acórdão – TCU – Plenário 2.573/2012." *Revista de arbitragem e mediação*. Ano 10, vol. 36, jan.-mar., 2013.

CARVALHO, Raquel Mello Urbano. *Curso de direito administrativo*, 2. ed., Salvador: Juspodium, 2009.

CASSAGNE, Juan Carlos. *El contrato administrativo*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999.

CASSESE Sabino. "L' arbitrato nel diritto amministrativo." *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, n. 2, Guiffre: Milano, 1996.

_____. *Le basi del diritto amministrativo*, 6. ed., Milano: Garzanti Editore, 2004.

CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Tradução de Marçal Justen Filho, Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução de Paolo Capitanio, com anotações de Enrico Tullio Liebman. vol. I, 1. ed., Campinas, SP: Bookseller, 1998.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, 23. ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo*, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COMANDIRA, Julio Rodolfo. *Derecho Administrativo: acto administrativo, procedimiento administrativo e otros estudios*, 2. ed., Buenos Aires: Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, 2003.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Arbitragem voluntária nos domínios dos contratos administrativos: estudos em memória do Professor Doutor João de Castro Mendes*. Lisboa: Lex, 1995.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à constituição brasileira de 1988*, vol. 1, art. 1º a 5º, LXVII. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

CRETELLA NETO, José. *Comentário à lei de arbitragem brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CUESTA, Rafael Entrena. *Derecho administrativo*, vol. 1, Madri: Tecnos, 1981.

DA SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*, 31. ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

DALLARI, Adilson Abreu. "Arbitragem na Concessão de Serviço Público." *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, v. 32, n. 128, 1995.

DAVID, René. *L'Arbitrage dans le commerce international*. Paris: Economica, 1982.

_____. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. Martins Fontes: São Paulo, 1996.

DELPIAZZO, Carlos E. "El arbitraje en la contratación administrativa en el ámbito del Mercosur." *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Curitiba: Juruá Editora, Ano 1, n. 4, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. *Direito Administrativo*, 23. ed., São Paulo: Atlas, 2010.

DIAS, Jefferson Aparecido. *Princípio da eficiência e moralidade administrativa*, 2. ed., Curitiba: Juruá, 2008.

DIDIER, Fredie. *Curso de direito processual civil*, 7. ed., Salvador: Juspodium, 2007, p. 98.

EISENMANN, Charles. "O direito administrativo e o princípio da legalidade." *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 56, abr.-jun., 1959.

ENTERRIA, Eduardo Garcia. *Legislación delegada, postestad reglamentaria y control judicial*. Madri: Civitas, 1998.

ESCOLA, Héctor Jorge. *El interés público como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1989.

ESQUÍVEL, José Luís. *Os contratos administrativos e a arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2004.

ESTORNINHO, Maria João. *Fuga para o direito privado*. Coimbra: Almedina, 1996.

_____. *Requiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 1990.

FAGUNDES, Miguel de Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*, 7. ed., atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. "Ética administrativa num país em desenvolvimento." *Informativo Jurídico Consulex*, n. 23, Jun. 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de direito e constituição*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

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

FERREIRA, Sergio de Andréa. *A arbitragem e a disponibilidade de direito no ius publicum interno*. In Pedro A. Batista Martins; José Maria Rossani Garcez (Org.). *Reflexões sobre Arbitragem: in memoriam ao Desembargador Cláudio Vianna de Lima*. São Paulo: LTr, 2002.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*, 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e cláusulas gerais: o caso do leasing*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2009.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*, 4. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2013.

GALVÃO, Ilmar. *O juízo arbitral*. In Diogo Leite de Campos; Gilmar Ferreira Mendes; Ives Gandra da Silva Martins (Coord.). *A evolução do direito no Século XXI: estudos em homenagem ao Prof. Arnold Wald*. Coimbra: Almedina, 2007.

GASPARETTO, Patrick Roberto. *A administração pública frente à lei inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Domesticando o leviatã: litigância intragovernamental e presidencialismo de articulação institucional*. Tese de Livre-docência em Teoria do Estado pela USP, 2013.

GONÇALVES, Eduardo Damião. *Breves Considerações sobre as Relações do Poder Judiciário com a Arbitragem (a propósito da participação dos tribunais estatais na fase de constituição do tribunal arbitral)*. In Pedro A. Batista Martins; José Maria Rossani Garcez (Org.). *Reflexões sobre Arbitragem: in memoriam ao Desembargador Cláudio Vianna de Lima*. São Paulo: LTr, 2002.

GRAU, Eros Roberto, “Da Arbitrabilidade de Litígios Envolvendo Sociedades de Economia Mista e da Interpretação de Cláusula Compromissória.” *Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, n. 18, 2002.

_____. “Arbitragem e contrato administrativo”. *Revista Trimestral de Direito Público*, vol. 32, 2000.

_____. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

GUEDES, Jefferson Carús. *Transigibilidade de interesses públicos: prevenção e abreviação de demandas da fazenda pública. Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. In Jefferson Carús Guedes; Luciane Moessa de Souza (Coord.). *Estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de arbitragem e processo arbitral*. São Paulo: Atlas, 2009.

HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif et droit public*. Paris: Library de la Société du Recueil Sirey, 1921.

HILST, Silvia de Lima. *Arbitragem na administração pública: o caso das parcerias público-privadas*. Eduardo de Oliveira Leite (Org.). *Grandes temas da atualidade: mediação, arbitragem e conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, 12. ed., São Paulo: Dialética, 2008.

_____. *Curso de direito administrativo*, 8. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2012.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado, 7. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KLEIN, Aline Lícia. *Arbitragem nas concessões de serviço público*. In Cesar A. Guimarães Pereira; Eduardo Talamini (Coord.). *Arbitragem e o poder público*. São Paulo: Saraiva, 2010.

LEMES, Selma Maria Ferreira. "A Arbitragem Doméstica e Arbitragem Internacional." *Artigo Publicado no Jornal Valor Econômico em 05.08.2003*, Caderno Legislação e Tributos. Disponível em: < <http://www.selmalemes.com.br/artigos/artigo27.pdf>>, acesso em 04.05.2013.

_____. "Arbitragem na Concessão de Serviços Públicos-Arbitrabilidade Objetiva. Confidencialidade ou Publicidade Processual?" Disponível em: <http://www.selmalemes.com.br/artigos/artigo_juri15.pdf>, acesso em 15.04.2014.

_____. "O uso da arbitragem na administração pública." Disponível em:<<http://www.selmalemes.com.br/artigos/artigo31.pdf>>, acesso em 17.10.2013.

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

_____. "Cláusulas Combinadas ou Fracionadas: Arbitragem e Eleição de Foro." Disponível em:<<http://www.selmalemes.com.br/artigos/ClausulasCombina das.pdf>>, p. 6, acesso em 14.09.2013.

_____. Entrevista concedida ao *site* Consultor Jurídico em 12.05.2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-12/entrevista-selma-lemes-advogada-professora-especialista-arbitragem>>, acesso em 16.05.2013.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito*. Belo Horizonte: Fórum, ano 12, n. 60, mar.-abr., 2010.

_____. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *O princípio da publicidade: uma proposta de renovação*. In Thiago Marrara (Org.). *Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012.

MARTINS, Pedro A. Batista. "Poder Judiciário – princípio da autonomia da cláusula compromissória – princípio da competência-competência – convenção de Nova Iorque – outorga de poderes para firmar cláusula compromissória – determinação da lei aplicável ao conflito – julgamento pelo tribunal arbitral." *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 7, 2005.

_____. *Apontamentos sobre a lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. "O poder judiciário e a arbitragem: quatro anos da lei n. 9.307/1996 (3ª parte)." *Revista Forense*, 359/165.

MARTINS, Ricardo Marcondes. "Arbitragem e administração pública: contribuição para o sepultamento do tema." *Interesse público*. Belo Horizonte: Fórum, ano 12, n. 64, nov.-dez., 2010.

MARTINS, Sofia. "A nova lei da arbitragem voluntária portuguesa [parte 1]." *Revista de Arbitragem e Mediação*. Ano 9, vol. 32, jan.-mar., 2012.

MATTOS, Mauro Roberto Comes. "Contrato administrativo e a lei de arbitragem." *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro, n. 223, jan.-mar., 2001.

_____. *Contrato administrativo*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo em evolução*, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Direito administrativo moderno*, 8. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, 18. ed., São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. *Estudos e pareceres de direito público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, 25. ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*, 2. ed., Belo Horizonte: Forense, 1979.

MENDES, Thalita Duebla. *A concessão de tutela de urgência contra a administração pública pelo juízo arbitral*. In Cesar A. Guimarães Pereira; Eduardo Talamini (Coord.). *Arbitragem e o poder público*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MERKL, Adolf. *Teoría general del derecho administrativo*. Tradução de José Luis Monereo Pérez. Granada: Comares, 2004.

MODESTO, Paulo. "A reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil." Disponível em: <<http://bresserpereira.org.br/Terceiros/Autores/Modesto,Paulo/terceirosetorreforma.PDF>>, acesso em 12.09.2013.

MONEBHURRUN, Nitish; VARELLA, Marcelo D. "O que é uma boa tese de doutorado em direito? Uma análise a partir da própria percepção dos programas." *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília, vol. 10, n. 1, 2013.

MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do Rêgo. "Administração pública consensual e a arbitragem." *Revista de Arbitragem e Mediação*. Ano 8, vol. 31, out.-dez., 2012.

MONTEIRO, Vera. *Concessão*. São Paulo: Malheiros, 2010.

MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2006.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*, 2. ed., São Paulo: Dialética, 2004.

MORAIS, José Luis Bolzan; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*, 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*, 14. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MOTTA, Fabrício. *Função normativa da administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

NALINI, José Renato. "Nem tudo é dinheiro." O Estado de São Paulo, publicado em 02.07.2007. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/328640/noticia.htm?sequence=1>>, acesso em 15.09.2013.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. *Código Processo Civil comentado*, 9. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*, 9. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Mutações do Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

NEVES, Flávia Bittar. "Brasil é quarto país com mais usuários de arbitragem." Matéria publicada no site Consultor Jurídico em 29.03.2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mar-29/brasil-quarto-pais-usuarios-arbitragem-mundo>>, acesso em 30.03.2014.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *O princípio da boa-fé e sua aplicação no direito administrativo brasileiro*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. *Arbitragem de litígios com entes públicos*. Coimbra: Almedina, 2007.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de; DI SALVO, Sílvia Helena Johonsom. "A reforma da lei de arbitragem: análise sobre a autorização do uso da arbitragem pela administração pública direta e indireta". *NDJ, Orientação Preventiva*, n. 1, jan. 2014.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. "A arbitragem e as parcerias público-privadas." *Revista eletrônica de direito administrativo econômico – Redae*, n. 2, mai-jul de 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-2-MAIO-2005-GUSTAVO-JUSTINO.pdf>>, acesso em 25.09.2013.

_____. *Grupo de estudo em arbitragem e administração pública: roteiro de reunião*, ano II. Disponível em:<http://www.cbar.org.br/PDF/CBAR_GEARBADM_material_consolidado_1a_reuniao_anoII.pdf>, acesso em 25.02.2014.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. "A releitura do direito administrativo à luz do pragmatismo jurídico." *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: FGV, n. 256, jan.-abr., 2011.

OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2007.

- PARADA, André Luis Nascimento. "A procedimentalização da autotutela administrativa como meio alternativo de solução de conflitos." *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 13, n. 148, jun. 2013.
- PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. *Políticas públicas nas licitações e contratações administrativas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- PEREIRA, André Gonçalves. *Erro e ilegalidade no acto administrativo*. Lisboa: Ática, 1962.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco, 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- PINTO, José Emílio Nunes. "A confidencialidade na arbitragem." *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, n. 6, jul.-set., 2005.
- PRETO, Raquel Elita Alves. *Legalidade, competência normativa e competência regulamentar: contribuição analítica para um tema fundamental do direito público*. In Fernando Dias Menezes de Almeida *et al* (Coord.). *Direito público em evolução: estudos em homenagem à professora Odete Medauar*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- REINERT, Edison Eduardo Borgo. "Contratos administrativos e a aplicabilidade da lei da arbitragem." *Revista Brasileira de Direito Público*, v. 8, n. 28, Jan.-mar., 2010.
- RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à lei de ppp- parceria público-privada: fundamentos econômico-jurídicos*. São Paulo: Malheiros 2007.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*, 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, reimpressão 2009.
- SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- SANTAMARIA PASTOR, Juan Afonso. *Princípios de derecho administrativo*, 3. ed., Madrid: Ceura, 2000.
- SANTOS NETO, João Antunes dos. *O impacto dos direitos humanos fundamentais no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- SARMENTO, Daniel. *Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. *Manual de arbitragem*, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- SCHIRATO, Renata Nadalin Meireles. *Transparência administrativa, participação, eficiência e controle social – direito administrativo em evolução*. In Fernando Dias Menezes

de Almeida *et al* (Coord.). *Direito público em evolução: estudos em homenagem à professora Odete Medauar*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho (Atualizadores), 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SOARES, Carlos Henrique; LIMA, Daniela Silva; TOLEDO, Lucina Aguiar S. Furtado. "(Des) necessidade de processo licitatório para escolha de câmara arbitral." *Revista do Centro de Estudos dos Judiciários do Conselho da Justiça Federal – CEJ*. Brasília, n. 58, Ano XVI, set./dez. 2012.

SOUZA JÚNIOR, Lauro da Gama e. "Sinal verde para arbitragem nas parcerias público-privadas (a construção de um novo paradigma para os contratos entre o estado e o investidor privado)." Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=150>, acesso em 15.04.2014.

STASSINOPOULOS, Michel. *Traité des actes administratifs*. Paris: Institute Français Athènes, 1954.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. "O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos." *Revista de Direito Administrativo*. São Paulo, n. 248, mai.-ago., 2008.

TÁCITO, Caio. *O Juízo Arbitral em Direito Administrativo*. In Pedro A. Batista Martins; José Maria Rossani Garcez (Org.). *Reflexões sobre Arbitragem: in memoriam ao Desembargador Cláudio Vianna de Lima*. São Paulo: LTr, 2002.

TALAMINI, Eduardo. "A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais, composição em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória." *Revista de Processo*. São Paulo, ano 30, v. 128.

_____. "Arbitragem e parceria público-privada (PPP)." In Eduardo Talamini; Mônica Spezia Justen (Org.). *Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar*. Revista dos Tribunais, 2005.

TANAKA, Sônia Yuriko Kanashiro. *Concepção dos contratos administrativos*. São Paulo: Malheiros, 2007.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. "A arbitragem no sistema jurídico brasileiro." *Revista de Arbitragem e Mediação*. Ano 8, vol. 31, out.-dez., 2001.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*, 13. ed., São Paulo: Malheiros, 1997.

TOCQUEVILLE, Alexis. *O antigo regime e a revolução*. Tradução de Yvonne Jean da Fonseca. Brasília: Universidade de Brasília, 1979.

VALENÇA FILHO, Clávio. "Arbitragem e contratos administrativos." *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, n. 8, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr.-jun., 2000.

VITA, Jonathan Barros. *O desenvolvimento continuado de uma nova visão de interação entre a arbitragem e o poder público*. In Eduardo Jobim e Rafael Bicca (Coord.). *Arbitragem no Brasil: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

WALD, Arnold; SERRÃO, André. "Aspectos constitucionais e administrativo da arbitragem nas concessões." *Revista de Arbitragem e Mediação*. Ano 5, n. 16, jan.-mar., 2008.

WALD, Arnaldo; BORJA, Ana Gerdau de. "Decisões de tribunais revelam posição pró-arbitragem." Matéria publicada no *site* Consultor Jurídico em 21.12.2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-dez-21/decisoes-tribunais-pais-revelam-posicao-favoravel-arbitragem>>, acesso em 16.05.2013.

WALD, Arnaldo. "Algumas considerações a respeito da cláusula compromissória firmada pelos Estados nas suas relações internacionais." *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*. 18/295. São Paulo: Revista dos Tribunais, out.-dez., 2002;

ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

JULGADOS:

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Órgão: Plenário. Agravo Regimental na Sentença Estrangeira n. 5.206/EP-Espanha. Diário da Justiça. Brasília, DF, 30 abr. 2004. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%285206%2ENUME%2E+OU+5206%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cylsgt2>>, acesso em 14.09.2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Órgão: Decisão Monocrática. Medida Cautelar em Mandado de Segurança n. 30.893/GO. Diário da Justiça. Brasília, DF, 17.10.2011. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%2830893%2ENUME%2E+OU+30893%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/lx8m8qd>>, acesso em 02.09.2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Órgão: Decisão Monocrática. Agravo em Recurso Extraordinário n. 682.058/GO. Diário da Justiça. Brasília, DF, 10.10.2012. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28682058%2ENUME%2E+OU+682058%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/nhu4jw5>>, acesso em 15.06.2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Órgão: Segunda Turma. Processo n. 2003/0212460-3. Recurso Especial n. 612.439/RS. Diário da Justiça. Brasília, DF, 14.09.2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200302124603&dt_publicacao=14/09/2006>, acesso em 15.11.2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Órgão: Segunda Turma. Processo n. 2003/0205290-5. Recurso Especial 606.345-RS. Diário da Justiça. Brasília, DF, 08.06.2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200302052905&dt_publicacao=08/06/2007>, acesso em 15.11.2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Órgão: Primeira Seção. Processo n. 2005/0212763-0. Mandado de Segurança n. 11.308/DF. Diário da Justiça. Brasília, DF, 19.05.2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200302052905&dt_publicacao=08/06/2007>, acesso em 15.11.2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Órgão: Terceira Turma. Processo n. 2006/0038111-2. Recurso Especial n. 904.813-PR. Diário da Justiça. Brasília, DF, 28.02.2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200600381112&dt_publicacao=28/02/2012>, acesso em 07.01.2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Órgão: Primeira Turma. Processo n. 002433266.2000.4.01.0000/DF. Remessa Ex Officio. Diário da Justiça. Brasília, DF, 06.11.2000. Disponível em: <<http://jurisprudencia.trf1.jus.br/busca/>>, acesso em 15.06.2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Órgão: Quinta Turma. Processo n. 2000.01.00.082743-7/AP. Apelação em Mandado de Segurança. Diário da Justiça. Brasília, DF, 12.07.2002. Disponível em: <<http://jurisprudencia.trf1.jus.br/busca/>>, acesso em 15.06.2013.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Órgão: Conselho Especial. Mandado de Segurança n. 1998002003066-9. Acórdão n. 115.813. Diário da Justiça. Brasília, DF, 18.08.1999. Disponível em: <<http://pesquisa.juris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>, acesso em 14.11.2013

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Órgão: Plenário. Processo n. 008.217/1993-9. Decisão n. 286. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 04.08.1993. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces>>, acesso em 15.02.2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Órgão: Plenário. Processo n. 006.098/1993-2. Decisão n. 763. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 03.01.1995. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces>>, acesso em 16.02.2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Órgão: Plenário. Processo n. 006.098/1993-2. Decisão n. 188. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 22.05.1995. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces>>, acesso em 15.07.2013.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Órgão: Plenário. Processo n. 004.031/2003-0. Acórdão n. 587. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 10.06.2003. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces>>, acesso em 16.02.2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Órgão: Segunda Câmara. Processo n. 005.250/2002-2. Acórdão n. 587. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 17.03.2006. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces>>, acesso em 18.02.2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Órgão: Plenário. Processo n. 008.402/2005-4. Acórdão n. 1.099. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 05.07.2006.

Disponível em:<<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces>>, acesso em 16.02.2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Órgão: Plenário. Processo n. 002.811/2006-6. Acórdão n. 1.796. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 11.07.2011. Disponível em:<<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces>>, acesso em 20.02.2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Órgão: Plenário. Processo n. 003.499/2011-1. Acórdão n. 2.573. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 26.09.2012. Disponível em:<<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces>>, acesso em 20.02.2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Órgão: Plenário. Processo n. 006.588/2009-8. Acórdão n. 2.145. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 14.08.2013. Disponível em:<<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces>>, acesso em 22.02.2014.