

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

GABRIEL SPEROTTO ANAWATE

ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:

Um enfoque pelos Princípios da Legalidade, Supremacia do Interesse Público e Eficiência.

PORTO ALEGRE

2012

GABRIEL SPEROTTO ANAWATE

ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:

Um enfoque pelos Princípios da Legalidade, Supremacia do Interesse Público e Eficiência.

Monografia apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito para obtenção do título de especialista em Direito do Estado.

Orientador: Dr. Rafael da Cás Maffini

PORTO ALEGRE

2012

GABRIEL SPEROTTO ANAWATE

ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:

Um enfoque pelos Princípios da Legalidade, Supremacia do Interesse Público e Eficiência.

Monografia apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito para obtenção do título de especialista em Direito do Estado.

Aprovado pela Banca Examinadora em ____ de _____ de 2012.

Banca Examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Rafael da Cás Maffini

Professor (a)

Professor (a)

PORTO ALEGRE

2012

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pelas oportunidades concedidas, pelos desafios apresentados e pelas graças derramadas.

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo a análise do instituto da arbitragem, relativamente à sua utilização pela Administração Pública, diante dos princípios administrativos da legalidade, supremacia do interesse público e eficiência. Primeiramente, introduz-se, de forma geral, o instituto da arbitragem, os episódios jurisprudenciais marcantes envolvendo a Lei nº 9.307/1996, as legislações referentes ao assunto e sua utilização no âmbito do Poder Público. Após, passou-se a analisar separadamente os princípios da legalidade, supremacia do interesse público e eficiência, relacionando-os com as implicações jurídicas acarreadas pela pactuação de compromisso arbitral em contratos administrativos, bem como com os benefícios inerentes ao instituto.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Contratos Administrativos. Arbitragem. Princípios. Legalidade. Supremacia do interesse público. Eficiência.

RESUMEN

El presente trabajo se objetiva al análisis del instituto del arbitraje, relativamente a su utilización por la Administración Pública, delante de los principios administrativos de la legalidad, supremacía del interés público y eficiencia. Primeramente, se introdujo, de una forma general, el instituto del arbitraje, los expresivos episodios jurisprudenciales relativos a la Ley nº 9.307/1996, las leyes referentes al asunto y su utilización en el ámbito del Poder Público. Después, se pasó a analizar, en separado, los principios de la legalidad, supremacía del interés público y eficiencia, relacionándolos con las implicaciones jurídicas acarreadas por pactos de compromiso arbitral en contratos administrativos, bien como con los beneficios inherentes al instituto.

Palabras clave: Derecho Administrativo. Contratos Administrativos. Arbitraje. Principios. Legalidad. Supremacía del interés público. Eficiencia.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	07
I – ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA – ASPECTOS HISTÓRICOS.....	09
I.1 – A Lei de Arbitragem - Lei Nº 9.307/1996.....	09
I.2 – O tratamento jurisprudencial da arbitragem na Administração Pública.....	13
I.3 – A arbitragem na legislação brasileira atual.....	25
II – PRINCÍPIO DA LEGALIDADE, ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E ARBITRAGEM.....	31
II.1 – O princípio da legalidade.....	31
II.2 – O conceito de arbitrabilidade e a arbitrabilidade subjetiva.....	34
II.3 – Arbitragem na Administração Pública e a Lei nº 8.666/1993.....	38
II.4 – Arbitragem e o princípio da juridicidade.....	42
III – ARBITRAGEM, INTERESSE PÚBLICO E DISPONIBILIDADE DE BENS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	48
III.1 – A concepção de direitos patrimoniais disponíveis.....	49
III.2 – O interesse público, sua supremacia e sua indisponibilidade pela Administração.....	51
III.3 – As classificações de interesse público.....	54
III.4 – A disponibilidade de bens pela Administração e sua conseqüente arbitrabilidade objetiva.....	57
III.5 – Indisponibilidade de bens e a concepção de contratos administrativos.....	63
III.6 – Arbitrabilidade objetiva e a jurisprudência do STJ.....	64
IV – ARBITRAGEM E O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA.....	67
IV.1 - O princípio da eficiência.....	67
IV.2 - Incentivos econômicos da arbitragem.....	73
IV.2.1- Celeridade das decisões.....	75
IV.2.2 - Custo do processo arbitral.....	77
IV.3 – A arbitragem como instituto concretizador do princípio da eficiência.....	79
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	83
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	86

INTRODUÇÃO

Na medida em que o cenário público se torna cada vez mais complexo, diante das necessidades do país nas mais diversas áreas, a Administração Pública se utiliza regularmente da contratação de entidades privadas para alcançar suas finalidades.

Por sua vez, o cenário contratual privado busca a utilização de mecanismos eficientes para a efetivação dos contratos que firmam, inclusive com o Poder Público, sendo o instituto da arbitragem um desses mecanismos.

Neste diapasão, o estudo da arbitragem, no âmbito da Administração Pública, se torna um assunto de extrema importância para o direito administrativo, principalmente pelo fato do instituto estar se tornando praticamente uma exigência dos candidatos à contratação. Esta constatação, por seu turno, é vislumbrada, maiormente, no setor de infraestrutura, haja vista as grandes quantias negociadas.

Desta forma, como objetivo maior deste trabalho, decidiu-se estudar o instituto da arbitragem e de que maneira este se relaciona com os preceitos do Direito Administrativo.

Evidente que o estudo do Direito Administrativo abarca uma imensa gama de assuntos que se poderia relacionar com o procedimento arbitral. Por este motivo decidiu-se fazer um contraponto com questões comumente levantadas em relação ao seu uso pela Administração, bem como aspectos que demonstram as qualidades do instituto em tela.

Optou-se por estudar a cronologia histórica da utilização do instituto da arbitragem no Brasil, pela Administração Pública, e relacioná-lo com os princípios da legalidade, da supremacia do interesse público e da eficiência, questões consideradas como ponto de partida para um bom entendimento sobre o tema.

Em um primeiro momento, fez-se uma introdução, de forma geral, ao instituto da arbitragem, os episódios jurisprudenciais marcantes referentes ao mecanismo de solução de controvérsias e à Lei nº 9.307/1996, as legislações referentes ao assunto e breves comentários sobre a sua utilização no âmbito do Poder Público, tanto interna (dentro da própria administração) como externamente (com contratantes privados).

No capítulo segundo, almejou-se abordar o princípio da legalidade, de maneira breve, e relacioná-lo com as previsões legais referentes à arbitragem no âmbito nacional, fazendo um contraponto da previsão genérica da lei de arbitragem, sobre a arbitrabilidade subjetiva, com a necessidade de previsão legal específica quando envolvendo a Administração. Também, intentou-se abordar as novas acepções do princípio da legalidade, como a chamada juridicidade administrativa, ou primazia da lei e do direito.

Em um terceiro momento, se busca examinar a forma em que se relaciona a arbitrabilidade de direitos patrimoniais disponíveis diante dos princípios da supremacia do interesse público e da indisponibilidade de bens pela Administração. Nesta esteira, cumpre averiguar as concepções de interesse público para analisar as possibilidades de sua disponibilidade.

Por último, decidiu-se por estudar o princípio da eficiência administrativa fazendo um contraponto com as vantagens apresentadas pelo juízo arbitral. Apesar de serem muitas as vantagens no meio privado, limitou-se à análise da celeridade e economicidade do instituto, excluindo-se algumas peculiaridades que requereriam um enfoque multiprincipiológico.

I – ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA – ASPECTOS HISTÓRICOS

I.1 – A Lei de Arbitragem - Lei Nº 9.307/1996

O advento da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, representou um grande avanço para o instituto da arbitragem no Brasil. Sua edição foi um enorme passo para a modernização da legislação pátria, através da qual se abandonou um modelo de regulamentação relativamente ineficiente e desvantajoso.

Anteriormente à legislação apontada, o juízo arbitral no país era regido pelo Código de Processo Civil de 1973, em seu revogado Capítulo XIV, do Título I, do Livro IV¹. Previa-se, dentre outras particularidades, a necessidade de homologação judicial do laudo arbitral, da qual era cabível a interposição de recurso de apelação, abrindo campo para a protelação da referida homologação, por meio do sistema recursal brasileiro. Hoje, a sentença arbitral constitui título executivo judicial, sem necessidade, portanto, de homologação pelo Poder Judiciário, e do qual não cabe recurso, conforme estipulam os artigos 31, da lei referida, e 475-N, inciso IV, do Código de Processo Civil².

Rafaella Ferraz, em síntese ao referido, nos traz que:

Antes da promulgação da Lei nº 9.307, de setembro de 1996, a arbitragem, embora já introduzida em nosso ordenamento desde a Constituição Imperial de 1824, era um instituto que na prática, não era aplicado. Isto porque, conforme interpretação de nossos tribunais, [...] (i) a cláusula compromissória não constituía uma obrigação de fazer (submeter o litígio à arbitragem), mas mera promessa que, se não cumprida, se convertia em perdas e danos (*Recurso Extraordinário n.º 58.696 – SP, 3ª Turma, STF,*

¹ Artigos 1.072 a 1.102 do Código de Processo Civil.

² Lei 9.307/96: Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.
Código de Processo Civil: Art. 475-N. São títulos executivos judiciais: [...]; IV – a sentença arbitral; [...].

Rel. Min. Luiz Gallotti, j. 02.06.1967) e (ii) a sentença arbitral deveria, obrigatoriamente, ser homologada pelo Poder Judiciário [...].³

Pela promulgação da legislação vigente, então, foram superados os obstáculos que conferiam insegurança jurídica ao instituto da arbitragem, ou seja, a não consideração da convenção de arbitragem como obrigação de fazer e a necessidade da homologação judicial do laudo arbitral, dando-lhe, agora, uma roupagem moderna e condizente com a prática internacional.

Em seu artigo 1º, a Lei nº 9.307/1996 estipula que:

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

Em sintonia com o ressaltado acima, a arbitragem é doutrinariamente conceituada como um meio (alternativo) de solução de controvérsias, no que tange a direitos patrimoniais disponíveis, através do qual as partes, capazes de contratar, convencionam que determinado litígio, judicial ou extrajudicial, será resolvido por um ou mais árbitros escolhidos por elas.

Nesta senda, Selma Lemes conceitua o instituto como:

[...] um modo 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 decisão exarada por esse tribunal arbitral tem os mesmos efeitos de uma sentença judicial (art. 31 da Lei n. 9.307, de 23.09.1996). Esta decisão das partes (convenção de arbitragem) vincula as partes e, em princípio, a um primeiro plano, impede que o Judiciário conheça a questão. Somente poderá fazê-lo, posteriormente, em caso de ação de anulação ou em defesa (embargos do devedor) à execução da sentença arbitral.⁴

Tem-se, assim, que, ao optarem pela arbitragem, as partes abrem mão da jurisdição estatal em favor de uma jurisdição privada (dos árbitros), para a resolução de conflitos sobre direitos patrimoniais disponíveis. Importante salientar, contudo,

³ FERRAZ, Rafaella. **Arbitragem em litígios comerciais com a administração pública**: exame a partir da principalização do direito administrativo. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008, p. 15.

⁴ LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública – Fundamentos Jurídicos e Eficiência Econômica**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 59.

que em um juízo arbitral não se exclui totalmente a possibilidade de atuação do Poder Judiciário. Além da busca pela anulação do laudo arbitral (artigo 33), as partes podem promover a execução específica da cláusula compromissória (artigo 7º), bem como a execução de medidas de urgência (artigo 22, § 4º)⁵. Outrossim:

Importante destacar que, sobrevindo no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que, de sua desistência, ou não, dependerá o julgamento, o árbitro ou o tribunal remeterá as partes à autoridade competente do Poder Judiciário, paralisando o procedimento arbitral (art. 25). Após a solução da questão prejudicial e juntada aos autos, a sentença ou acórdão transitado em julgado, terá normal seguimento a arbitragem.⁶

Ou seja, ainda que incidente, não poderá o tribunal arbitral decidir sobre direitos indisponíveis. A verificação da disponibilidade de bens é de suma relevância no presente estudo que será tratada em momento oportuno, no capítulo terceiro.

A falta de necessidade de homologação do laudo arbitral, então, bem como a celeridade, o sigilo e a possibilidade de escolha se a arbitragem se dará por regras de direito ou por equidade (artigo 2º) são algumas das vantagens que o instituto apresenta para a resolução de conflitos. Contudo, a constitucionalidade da nova Lei da Arbitragem (Lei nº 9.307/1996), foi duramente questionada no ambiente jurídico nacional, frente ao direito da inafastabilidade do controle jurisdicional pelo Estado, à proibição de tribunais de exceção, e à previsão do duplo grau de jurisdição, insculpidos respectivamente no artigo 5º, incisos XXXV, XXXVII e LV, da Constituição Federal⁷.

⁵ LEI Nº 9.307/1996:

Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a decretação da nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei. [...].

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. 22. Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício. [...].

§ 4º Ressalvado o disposto no § 2º, havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa. [...].

⁶ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Contrato administrativo e a lei de arbitragem. **Revista de Direito Administrativo**, vol. 223, p. 115-131, jan./mar., Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 118/119.

⁷ CONSTITUIÇÃO FEDERAL:

Apaziguando a discussão que pairava à época, em dezembro de 2001, o Supremo Tribunal Federal⁸, em julgamento do Agravo Regimental em Sentença Estrangeira nº 5206/EP⁹, reconheceu incidentalmente a constitucionalidade da Lei nº 9.307/1996 nos seguintes termos:

1.Sentença estrangeira: laudo arbitral que dirimiu conflito entre duas sociedades comerciais sobre direitos inquestionavelmente disponíveis - a existência e o montante de créditos a título de comissão por representação comercial de empresa brasileira no exterior: compromisso firmado pela requerida que, neste processo, presta anuência ao pedido de homologação: ausência de chancela, na origem, de autoridade judiciária ou órgão público equivalente: homologação negada pelo Presidente do STF, nos termos da jurisprudência da Corte, então dominante: agravo regimental a que se dá provimento, por unanimidade, tendo em vista a edição posterior da L. 9.307, de 23.9.96, que dispõe sobre a arbitragem, para que, homologado o laudo, valha no Brasil como título executivo judicial. 2. Laudo arbitral: homologação: **Lei da Arbitragem: controle incidental de constitucionalidade e o papel do STF.** A constitucionalidade da primeira das inovações da Lei da Arbitragem - a possibilidade de execução específica de compromisso arbitral - não constitui, na espécie, questão prejudicial da homologação do laudo estrangeiro; a essa interessa apenas, como premissa, a extinção, no direito interno, da homologação judicial do laudo (arts. 18 e 31), e sua conseqüente dispensa, na origem, como requisito de reconhecimento, no Brasil, de sentença arbitral estrangeira (art. 35). A completa assimilação, no direito interno, da decisão arbitral à decisão judicial, pela nova Lei de Arbitragem, já bastaria, a rigor, para autorizar a homologação, no Brasil, do laudo arbitral estrangeiro, independentemente de sua prévia homologação pela Justiça do país de origem. Ainda que não seja essencial à solução do caso concreto, não pode o Tribunal - dado o seu papel de "guarda da Constituição" - se furtar a enfrentar o problema de constitucionalidade suscitado incidentalmente (v.g. MS 20.505, Néri). 3. **Lei de Arbitragem (L. 9.307/96): constitucionalidade, em tese, do juízo arbitral; discussão incidental da constitucionalidade de vários dos tópicos da nova lei, especialmente acerca da compatibilidade, ou não, entre a execução judicial específica para a solução de futuros conflitos da cláusula compromissória e a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). Constitucionalidade declarada pelo plenário, considerando o Tribunal, por maioria de votos, 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**

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [...]XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção; [...] LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; [...].

⁸ Com a Emenda Constitucional 45/2004 a competência para a homologação das sentenças estrangeiras, inclusive as arbitrais, passou a ser do Superior Tribunal de Justiça.

⁹ Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. SE-AgR 5206/EP – ESPENHA, AG. REG. NA SENTENÇA ESTRANGEIRA, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Julgamento: 12/12/2001.

recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV, da CF. Votos vencidos, em parte - incluído o do relator - que entendiam inconstitucionais a cláusula compromissória - dada a indeterminação de seu objeto - e a possibilidade de a outra parte, havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, recorrer ao Poder Judiciário para compelir a parte recalcitrante a firmar o compromisso, e, conseqüentemente, declaravam a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 9.307/96 (art. 6º, parág. único; 7º e seus parágrafos e, no art. 41, das novas redações atribuídas ao art. 267, VII e art. 301, inciso IX do C. Pr. Civil; e art. 42), por violação da garantia da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário. **Constitucionalidade - aí por decisão unânime, dos dispositivos da Lei de Arbitragem que prescrevem a irrecorribilidade (art. 18) e os efeitos de decisão judiciária da sentença arbitral (art. 31).** (SE 5206 AgR / EP – ESPANHA - AG.REG.NA SENTENÇA ESTRANGEIRA. Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. Julgamento: 12/12/2001. Órgão Julgador: Tribunal Pleno)
(Grifo acrescido)

Como ilustrado por Érico Ferrari Nogueira, ao comentar a decisão acima:

além da Constituição Federal não assegurar o duplo grau de jurisdição, a arbitragem só é cabível quando as partes forem capazes e os interesses forem disponíveis, não havendo ofensa ao princípio da inafastabilidade de jurisdição. Outrossim, a jurisdição é atividade típica de Estado e não exclusiva do Estado¹⁰.

Reconheceu-se, assim, que a Lei nº 9.307/1996 não fere os dispositivos da Constituição Federal, assegurando sua plena utilização. Abstém-se aqui de aprofundar o estudo da fundamentação trazida pelos eminentes julgadores do Supremo Tribunal Federal, pois isso requereria um estudo próprio e nos distanciaria da análise proposta.

I.2 – O tratamento jurisprudencial da arbitragem na Administração Pública

Atualmente, pacificado o entendimento por sua constitucionalidade, a arbitragem é amplamente aceita no âmbito jurídico nacional e de crescente utilização

¹⁰ NOGUEIRA, Erico Ferrari. A arbitragem e sua utilização da Administração Pública. **Revista Virtual da AGU.** Ano IX, nº 91, ago/2009. Disponível em: http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=90300&ordenacao=1&id_site=1115. Acesso em 10 de outubro de 2011.

no que tange às relações jurídicas privadas. No entanto, existe grande relutância e contrariedade à sua utilização quando figurada como parte a Administração Pública.

Historicamente, a utilização de juízo arbitral em que foi parte ente administrativo estatal já foi fruto de discussão pelo Supremo Tribunal Federal no famoso Caso Lage¹¹, relatado pelo Ministro Bilac Pinto, julgado em 1973. A decisão trata da desapropriação feita pela união, durante a Segunda Guerra Mundial, dos bens e direitos das Organizações Lage e do espólio de Henrique Lage, incorporados ao patrimônio nacional. Após a guerra, por meio do Decreto nº 9.521/1946, instituiu-se juízo arbitral para julgar as indenizações pretendidas, que seria composto por três membros (um nomeado pelo Ministro da Fazenda: Raul Gomes de Matos, outro indicado pelo espólio: Sampaio Dória, e o terceiro escolhido dentre os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em exercício ou aposentado: Costa Manso – então aposentado), cujo laudo foi publicado em 21 de janeiro de 1948.

Ato contínuo efetuou-se pedido ao Poder Legislativo pela abertura de crédito para o devido pagamento. Contudo, o Procurador-Geral da Fazenda Nacional manifestou parecer pela inconstitucionalidade do juízo arbitral, acatado pelo Presidente da República, que solicitou a anulação de todos os decretos anteriores.

Em ação com requerimento do pagamento estipulado pelo laudo arbitral houve procedência em primeira instância e confirmação pelo Tribunal Federal de Recursos, neste, em voto proferido pelo Ministro Godoy Ilha. Após rejeição de embargos de nulidade e infringentes, rejeição de Recurso Extraordinário e consequente interposição de Agravo de Instrumento, o caso caiu sob a relatoria do Ministro Bilac Pinto. Em unanimidade, o STF *“concluiu por incensurável a decisão recorrida, quer no que referia à constitucionalidade e à legalidade do Juízo Arbitral,*

¹¹ STF, AI nº 52.181 – Guanabara, Rel. Min. Bilac Pinto, Pleno, Julgado em 14.11.73, DO de 13.02.74, in RTJ 68/382.

quer no que se referia à condenação do pagamento dos juros de mora, nos termos nela fixados”¹².

Validada pelo STF, a decisão do antigo Tribunal Federal de Recursos havia sido proferida nos seguintes moldes:

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

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

[...]

Cláusula de irrecorribilidade. A cláusula de irrecorribilidade de sentença arbitral é perfeitamente legítima e não atenta contra nenhum preceito da Carta Magna, sendo também dispensável a homologação judicial dessa sentença, desde que, na sua execução, seja o Poder Judiciário convocado a se pronunciar, dando assim, homologação tácita ao decidido.¹³

Ressalta-se o entendimento, já àquela época, da possibilidade da utilização da arbitragem pela administração pública em suas relações contratuais, excetuando os casos em que atua como *Poder Público*.

Mais recentemente, já sob a vigência da nova Lei da Arbitragem, o Superior Tribunal de Justiça se pronunciou sobre a utilização do instituto no meio administrativo, como vislumbrado no paradigmático Recurso Especial nº 612.439-RS¹⁴, cujo voto foi reproduzido no Recurso Especial nº 606.345-RS¹⁵. No caso discutiu-se a eficácia de cláusula compromissória pactuada por uma sociedade de economia mista estadual (Companhia Estadual de Distribuição de Energia Elétrica –

¹² GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Análise econômica do Direito e políticas públicas: Câmaras de Conciliação e Arbitragem no Executivo Federal e a busca de eficiência nos marcos regulatórios administrativos.** Disponível em: <http://www.arnaldogodoy.adv.br/artigos/analisepeblica.htm>. Acesso em: 10 de outubro de 2011, p. 09.

¹³ Supremo Tribunal Federal - Voto do Ministro Olavo Bilac no Agravo de Instrumento nº 52.181. **Revista Brasileira de Arbitragem**, São Paulo, n. 14, abr/jun, 2004, p. 164/165.

¹⁴ REsp 612439 / RS - RECURSO ESPECIAL 2003/0212460-3. Relator(a): Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA. STJ - SEGUNDA TURMA. Data do Julgamento: 25/10/2005. Data da Publicação/Fonte: DJ 14/09/2006 / p. 299.

¹⁵ REsp 606345 / RS - RECURSO ESPECIAL 2003/0205290-5. Relator(a): Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA. STJ - SEGUNDA TURMA. Data do Julgamento: 17/05/2007. Data da Publicação/Fonte: DJ 08/06/2007 / p. 240.

CEEE/RS) com uma empresa privada geradora de energia elétrica (AES – Uruguaiana Empreendimentos Ltda.).

O pleito iniciou-se com o ajuizamento de ação ordinária proposta pela CEEE/RS no intuito de discutir as obrigações contratuais com a empresa AES Uruguaiana. Esta, por sua vez, arguiu pela extinção do processo sem julgamento de mérito devido à celebração de cláusula arbitral, inclusive prevista em edital de contratação. A preliminar foi rejeitada em primeira instância pelo fato de a CEEE ser:

empresa prestadora de serviço público essencial, consistente na produção e distribuição de energia elétrica, sociedade de economia mista do Estado do Rio Grande do Sul. Como tal, não pode, sem a competente autorização do legislativo estadual, abrir mão do devido processo legal para dirimir eventuais conflitos concernentes ao serviço público por ela prestado.

[...]

a utilização da via arbitral é mera faculdade posta em favor dos litigantes, que somente a utilizarão em caso de comum acordo, não podendo ser vedada a busca pela tutela jurisdicional do Poder Judiciário. (REsp 612.439 / RS, p. 10.)

A decisão foi agravada e remetida ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que negou provimento ao apelo à unanimidade, por concluir que é livre o acesso ao Poder Judiciário, nos termos do art. 5º, XXXV, da Carta Magna.

Diante da interposição de recurso especial, o STJ proferiu importante decisão ementada da seguinte forma:

PROCESSO CIVIL. JUÍZO ARBITRAL. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ART. 267, VII, DO CPC. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. DIREITOS DISPONÍVEIS. EXTINÇÃO DA AÇÃO CAUTELAR PREPARATÓRIA POR INOBSERVÂNCIA DO PRAZO LEGAL PARA A PROPOSIÇÃO DA AÇÃO PRINCIPAL.

1. Cláusula compromissória é o ato por meio do qual as partes contratantes formalizam seu desejo de submeter à arbitragem eventuais divergências ou litígios passíveis de ocorrer ao longo da execução da avença. **Efetuada o ajuste, que só pode ocorrer em hipóteses envolvendo direitos disponíveis, ficam os contratantes vinculados à solução extrajudicial da pendência.**

2. **A eleição da cláusula compromissória é causa de extinção do processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, inciso VII, do Código de Processo Civil.**

3. **São válidos e eficazes os contratos firmados pelas sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços (CF, art. 173, § 1º) que estipulem cláusula compromissória submetendo à arbitragem eventuais litígios decorrentes do ajuste.**

4. Recurso especial parcialmente provido.
(grifo acrescido)

Nesta decisão o STJ realçou o caráter híbrido do instituto arbitral, “*na medida em que se reveste das características de obrigação contratual e do elemento jurisdicional*”. Asseverou que, estabelecida a cláusula compromissória, seria obrigatória a via extrajudicial para a solução dos conflitos envolvendo os direitos disponíveis do contrato, não podendo ser afastada unilateralmente. Outrossim, fixou-se o entendimento de que é válida a cláusula arbitral em contratos de sociedade de economia mista, no regime jurídico de direito privado, sem necessidade de autorização legislativa:

Em outras palavras, pode-se afirmar que, quando os contratos celebrados pela empresa estatal versem sobre atividade econômica em sentido estrito – isto é, serviços públicos de natureza industrial ou atividade econômica de produção ou comercialização de bens, suscetíveis de produzir renda e lucro –, os direitos e as obrigações deles decorrentes serão transacionáveis, disponíveis e, portanto, sujeitos à arbitragem. Ressalte-se que a própria lei que dispõe acerca da arbitragem – art. 1º da Lei n. 9.307/96 – estatui que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.¹⁶

Rafalea Ferraz traz relevante posicionamento sobre o julgado:

Esse acórdão, indubitavelmente, representa uma grande vitória para a arbitragem e os defensores da adoção do mecanismo pela Administração Pública. Sem embargo, há que se ter cautela e considerar que, equivocadamente, o Superior Tribunal de Justiça enquadrou a CEEE como sociedade de economia mista exploradora de atividade econômica, conforme artigo 173 da Constituição Federal, quando, em realidade, se trata de sociedade de economia mista prestadora de serviço público, sujeita ao regime previsto no artigo 175, parágrafo único, I da Carta Política.¹⁷

Infelizmente o caso não foi avaliado pelo Supremo Tribunal Federal, pois, apesar de interposto Recurso Extraordinário, houve desistência pelas partes devido a acordo firmado em juízo arbitral.

¹⁶ REsp 612439 / RS - Voto do Ministro Relator João Otávio de Noronha.

¹⁷ FERRAZ, Rafaella. *op. cit.*, p. 90.

Com semelhante importância, tem-se o posicionamento do STJ calcado no MS nº 11.308/DF¹⁸, de relatoria do Ministro Luiz Fux, igualmente tratando de juízo arbitral em contrato figurando sociedade de economia mista. Trata-se de mandado de segurança impetrado pela TMC – Terminal Multimodal da Coroa Grande – SPE S/A contra a portaria nº 782/2007, do Ministro de Estado da Ciência e da Tecnologia, que ratificou rescisão contratual unilateral pela Nuclebrás Equipamentos Pesados S/A – Nuclep, sociedade de economia mista permissionária da exploração de terminal de uso privativo.

No caso, a Nuclep conduziu processo licitatório para a contratação de terceiro para administrar, explorar e operar terminal de área retroportuária, do qual se consagrou vencedora a empresa TMC, firmando o respectivo contrato, no qual era incluída cláusula arbitral. O contrato indicava o foro da Comarca do Rio de Janeiro como o competente para dirimir qualquer conflito, mas que, antes do judiciário, as partes recorreriam ao processo arbitral trazido pela Lei nº 9.307/1996¹⁹.

Por meio de portaria do Ministério da Ciência e Tecnologia, ratificou-se a rescisão unilateral do contrato, almejada pela Nuclep²⁰. Ato contínuo, foi impetrado o referido mandado de segurança pela TMC, afirmando que além da falta de competência do aludido Ministério, haveria desrespeito à cláusula de prévio ajuste dos haveres e à cláusula arbitral.

No acórdão decisório pela concessão de liminar de manutenção do *status quo* da impetrante, a discussão gravitou sobre a validade de cláusula arbitral ajustada por sociedade de economia mista. O STJ, então, entendeu ser perfeitamente possível a sua utilização por tal entidade, enquanto relacionada a direitos patrimoniais disponíveis. Para a diferenciação destes, efetuou a distinção entre interesse público primário e secundário, fundamentada pela doutrina de Eros

¹⁸ MS 11.308 / DF - MANDADO DE SEGURANÇA nº 2005/0212763-0. Relator(a): Ministro LUIZ FUX. STJ. Data do Julgamento: 07 de fevereiro de 2006. Data da Publicação: DJ 03 de março de 2006.

¹⁹ FERRAZ, Rafaella. *op. cit.*, p. 96.

²⁰ A Nuclep já havia intentado ação de cobrança combinada com reintegração de posse da área contratada, julgada extinta por existência de convenção de arbitragem pela 42ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro.

Roberto Grau, Ministro do Supremo Tribunal Federal à época. Decidiu-se assim que a relatada portaria ministerial corresponderia “a verdadeiro ‘atentado’ (art. 880 do CPC)” à decisão proferida em ação de cobrança, devendo o litígio ser solucionado por juízo arbitral.

Em seu voto, o Ministro Luiz Fux sabiamente discorre sobre as sociedades de economia mista, quando exploradoras de atividade econômica:

[...] as sociedades de economia mista, encontram-se em situação paritária em relação às empresas privadas nas suas atividades comerciais, consoante leitura do artigo 173, § 1º, inciso II, da Constituição Federal, evidenciando-se a inócuência 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.²¹

À decisão foi interposto agravo de instrumento, no qual o Ministro Luiz Fux manteve seu entendimento.

Importante salientar o posicionamento de Rafaella Ferraz sobre o voto proferido no mencionado agravo:

A única crítica que se pode fazer ao acórdão e ao próprio Ministro da Suprema Corte diz respeito à invocação do ‘Caso Lage’ como precedente para a possibilidade de submissão do Estado à arbitragem, haja vista que, nesse caso, distintamente do que foi apreciado pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, havia lei expressa e específica autorizando a submissão da União ao procedimento arbitral.²²

Posteriormente, à decisão do agravo, foram interpostos embargos declaratórios, de cuja rejeição pelo Ministro Relator, por sua vez, ainda pende julgamento de recuso extraordinário no STF (RE 593042). Como se verifica, o caso ainda não teve sua solução final proferida pelo judiciário pátrio. Resta-nos aguardar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

Optou-se, aqui, no âmbito do Poder Judiciário sobre o tema, por apresentar os entendimentos do STF e do STJ em detrimento dos Tribunais de

²¹ MS 11.308 / DF - MANDADO DE SEGURANÇA nº 2005/0212763-0. Relator(a): Ministro LUIZ FUX. STJ. Data do Julgamento: 07 de fevereiro de 2006. Data da Publicação: DJ 03 de março de 2006, p. 16.

²² FERRAZ, Rafaella. *op. cit.*, p. 97.

Justiça e Regionais Federais, pois àqueles se espelha o posicionamento a ser seguido nacionalmente. Contudo, informam-se algumas decisões provenientes de Tribunais nacionais que trazem relevantes abordagens no que tange ao juízo arbitral, como elencado por Carmen Tiburcio²³:

[...] o TJDF admitiu a arbitragem envolvendo a administração pública com base em uma interpretação *a contrario sensu* do art. 45 do Decreto-lei nº 2.300/86. Ou seja, como o dispositivo vedava o juízo arbitral nos contratos com pessoas físicas e jurídicas domiciliadas no estrangeiro, entendeu-se que seria admitida a arbitragem nos contratos com pessoas físicas e jurídicas domiciliadas no Brasil. Além disso, a decisão também tomou como base o Caso Lage [...].

O TJRJ, no caso Guggenheim, não aceitou a possibilidade de arbitragem. O tribunal considerou que a cláusula 12.2 do acordo entre o Município do Rio de Janeiro e a Fundação Solomon R. Guggenheim contrariava o art. 37, *caput*, da Constituição federal, cujo texto exige que a Administração Pública se norteie pelo princípio da publicidade.

O TJRS, no Caso AES Uruguaiana x CEEE, não admitiu a arbitragem. Para sustentar sua decisão, a relatora do processo se baseou no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, que afirma que nenhuma lei pode excluir da apreciação do Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito. Com isso, negou que o art. 267, VII do CPC pudesse afastar a tutela jurisdicional. Ademais, baseou-se na cláusula compromissória no contrato original entre as partes que determinava que as controvérsias seriam dirimidas pelas partes e, caso não houvesse consenso, *poderia* ser instaurado um juízo arbitral. Devido à sua redação, não foi essa cláusula tida como obrigatória.

[...]

No TJPR, no caso envolvendo a COPEL X UEG Araucária, não foi a arbitragem admitida, inicialmente. Na primeira instância, uma liminar em antecipação de tutela ordenou a abstenção da prática de atos relacionados à continuidade do Procedimento da arbitragem. Não obstante, em medida cautelar inominada, decidiu-se pela suspensão de tal ordem. Diferentemente ocorreu nos casos Compagás x Carioca Passarelli e Energética Rio Pedrinho x Copel, nos quais se admitiu a arbitragem desde o início.

Na controvérsia entre a Companhia de Gás e o consórcio (Compagás x Carioca Passarelli), vários argumentos foram dados pelo tribunal a favor da arbitragem. Primeiramente, a constitucionalidade e legalidade da arbitragem no Brasil. Além disso, o fato de economias mistas serem reguladas pelo direito privado,

²³ TIBURCIO, Carmen. **A arbitragem envolvendo a Administração Pública**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4307. Acesso em: 10 de outubro de 2011. Casos relatados: TJDF, DO 18 ago. 1999, MS 1998002003066-9/DF, Rel. Des. Nancy Andrichi. TJRJ, j. 29 out. 2003, AI 2003.002.07839, Rel. Des. Ademir Pimentel. TJRS, j. 14 nov. 2002, AI 70003866258, Rel. Des. Teresinha de Oliveira Silva. TJPR, DO 1º jul. 2004, MCI 160.213-7/PA, Rel. Des. Ruy Fernando de Oliveira. TJPR, DO 20 fev. 2004, AC 247.646-0/PA, Rel. Juiz Lauro Laertes de Oliveira. TJPR, DO 30 set. 2005, AI 0169656-8/PA, Rel. Juiz Fernando César Zeni. TJPR, DO 25 nov. 2005, AI 174.874-9/PR, Rel. Juiz Conv. Fernando César Zeni.

nada impedindo a solução de seus conflitos por via arbitral. Por fim, conclui o julgado que casos que não envolvam direitos indisponíveis ou interesse público, ou seja, que tratam apenas de questões econômicas e versam sobre direitos disponíveis, podem adotar a arbitragem. Já no segundo processo, de forma semelhante, estabeleceu-se que a comercialização de energia elétrica é direito disponível, de acordo com o art. 4º, §§ 5º e 7º da lei 10.848/04, não sendo necessária a suspensão do processo de arbitragem.

Os elementos trazidos nos julgados expostos constituem importantes precedentes dos tribunais pátrios para a análise que se fará no decorrer deste estudo, que, no momento, se expõem meramente como apresentação histórica-jurisprudencial.

Contrariamente ao entendimento do STF, o Tribunal de Contas da União tem se posicionado desfavoravelmente à utilização de procedimento arbitral pelos órgãos da Administração Pública.

Em diversas oportunidades o Órgão Superior de Contas sustentou a negação da utilização da arbitragem na falta de disposição legal expressa e na violação dos princípios do direito público, quais sejam, tal qual bem asseverado por Mauro Roberto Gomes de Mattos²⁴, a supremacia do interesse público sobre o privado, indisponibilidade do interesse público pela administração, inalienabilidade dos direitos concernentes a interesses públicos, do controle administrativo ou tutela e o da vinculação do contrato ao instrumento convocatório e à proposta que lhe deu origem.

A exemplo do referido, colaciona-se jurisprudência emanada do TCU no processo TC-008.217/93-9 (Decisão 286/93)²⁵:

O Tribunal de Contas da União, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE: 1. conhecer, como consulta, o expediente do Aviso nº

²⁴ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *op. cit.*, p. 123.

²⁵ Processo nº TC 008.217/93-9, Rel. Min. Homero Santos. Decisão 286/93 - Plenário - Ata 29/93, DOU 04.08.93.

167/GM/1993, do Exmo. Senhor Ministro de Minas e Energia, para respondê-lo que **o juízo arbitral é inadmissível em contratos administrativos, por falta de expressa autorização legal e por contrariedade a 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); [...]**
(grifou-se)

Ocorre que, após o advento da Lei nº 8.987/1995 (Lei de Concessões), houve a relativização desse entendimento, aceitando a arbitragem nos contratos de concessões, desde que respeitado o princípio da legalidade e a indisponibilidade do interesse público:

Decisão 188/95: [...] 3. determinar ao Departamento Nacional de Estradas de Rodagem - DNER, que no tocante: I - ao contrato relativo a concessão da Ponte Presidente Costa e Silva: a) observe o que preceitua, em relação a política tarifária, os arts. 9º a 13º da Lei nº 8.987/95; b) **não incluir, na parte da arbitragem, cláusulas que não observem estritamente o princípio da legalidade e a indisponibilidade do interesse público; [...]**²⁶
(grifou-se)

Em complementação ao trazido no caso acima, cumpre expor parte do voto do Ministro Relator Paulo Affonso Martins de Oliveira, então proferido:

[...] Convém lembrar que: a) arbitragem aplica-se somente aos direitos disponíveis, não incidindo sobre o interesse público, que é indisponível por não se achar entregue à livre disposição do Administrador; b) **somente quando autorizada pela lei a transigir amigavelmente, a Administração pode eleger árbitro para mediar suas divergências contratuais.** 36. Assim, **entendendo que a Lei nº 8.987/95 conferiu, nas condições acima, base legal para a utilização da arbitragem (art. 23, XV), acolho parcialmente as conclusões da 1ª SECEX e da douta Procuradoria no sentido de considerar a arbitragem no âmbito da expressão "modo amigável de solução das divergências contratuais", desde que observe o princípio da legalidade e a indisponibilidade do interesse público, o que também deve ocorrer nas chamadas "concessões mútuas", ou na "transação". [...]**
(grifo acrescido)

Portanto, no que tange aos contratos de concessões, o TCU deixa claro que, ocorrendo as hipóteses de lei prévia autorizativa e o respeito à indisponibilidade do interesse público, seria viável a preceituação da cláusula arbitral em contratos administrativos. Contudo, a posição pela impossibilidade da utilização da via arbitral

²⁶ Processo nº TC 006.098/93-2. Min. Rel. Ministro Paulo Affonso Martins de Oliveira. Decisão 188/95 - Plenário - Ata 18/95. DOU 22.05.1995. p. 7277.

é majoritária na jurisprudência do Órgão de Contas e fortemente reiterada em outros casos, à exemplo, Decisão 763/1994²⁷ e Acórdãos 584/2003²⁸, 587/2003²⁹, 631/2003³⁰, 1271/2005³¹, 537/2006³² e 1099/2006³³.

Todavia, frisa-se nesta oportunidade entendimento subtraído dos Acórdãos 1796/2011³⁴ e 1928/2011³⁵, do TCU, nos quais, dentre diversos pontos, discutiu-se se o equilíbrio econômico-financeiro de contrato administrativo de concessão poderia ser passível de juízo arbitral. O referido órgão considerou o objeto como interesse público indisponível, não podendo ser apreciado por arbitragem:

Acórdão 1796/2011: [...] questões de natureza econômico-financeira, atinentes ao poder tarifário da Administração Pública, o qual é irrenunciável, não podem ser objeto de resolução mediante a aplicação da arbitragem, por se tratarem de interesse público indisponível.

Acórdão 1928/2011: 48. Assim, o dispositivo contratual questionado não está de acordo com a legislação, jurisprudência e doutrina vigentes por prever retirar da Administração o poder de decisão final sobre questões econômico-financeiras, o qual é indelegável e irrenunciável.

O relatado acima é confrontado por parte da doutrina favorável à arbitragem por entes da administração, hipótese que será trabalhada oportunamente no capítulo terceiro.

²⁷ Processo nº TC 006.098/93-2. Min. Rel. Carlos Átila Álvares da Silva. Decisão 763/94 - Plenário - Ata 58/94. DOU 03.01.1995.p. 147.

²⁸ Processo nº 005.250/2002-2. Min. Rel. Ubiratan Aguiar. Acórdão 584/2003 - Segunda Câmara. DOU 28.04.2003.

²⁹ Processo nº 004.031/2003-0. Min. Rel. Adylson Motta. Acórdão 587/2003 - Plenário. DOU 10.06.2003.

³⁰ Processo nº 009.008/2002-6. Min. Rel. Marcos Vinícios Vilaça. Acórdão 631/2003 - Plenário. DOU 13.06.2003.

³¹ Processo nº 005.123/2005-4. Min. Rel. Marcos Bemquerer. Acórdão 1271/2005 - Plenário. DOU 02/09/2005.

³² Processo nº 005.250/2002-2. Min. Rel. Walton Alencar Rodrigues. Acórdão 537/2006 - Segunda Câmara. DOU 17.03.2006.

³³ Processo nº 008.402/2005-4. Min. Rel. Augusto Nardes. Acórdão 1099/2006 - Plenário. DOU 10.07.2006.

³⁴ Processo nº 002.811/2006-6. Min. Rel. Augusto Nardes. Acórdão 1796/2011 - Plenário. DOU 11.07.2011.

³⁵ Processo nº 013.040/2011-1. Min. Rel. Valmir Campelo. Acórdão 1928/2011 - Plenário. DOU 01.08.2011.

O procedimento arbitral encontra, todavia, notória utilização como meio de solução de controvérsias jurídicas entre órgãos e entidades da Administração Federal, no âmbito da Advocacia-Geral da União, através da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF, ou outros órgãos, desde que determinado pelo Advogado-Geral da União ou pelo Consultor-Geral da União³⁶.

Dita providência tem como base legislativa o artigo 11, da Medida Provisória nº 2.180-35/2001, nos seguintes moldes:

Art. 11. Estabelecida controvérsia de natureza jurídica entre entidades da Administração Federal indireta, ou entre tais entes e a União, os Ministros de Estado competentes solicitarão, de imediato, ao Presidente da República, a audiência da Advocacia-Geral da União.
Parágrafo único. Incumbirá ao Advogado-Geral da União adotar todas as providências necessárias a que se deslinde a controvérsia em sede administrativa.

Por sua vez, foi editada Portaria AGU-118, de 01 de fevereiro de 2007 e, posteriormente, a Portaria AGU-1.281, de 27 de setembro de 2007, para a regulamentação do tema, a qual dispõe, em seu artigo 1º, que:

Art. 1º O deslinde, em sede administrativa, de controvérsias de natureza jurídica entre órgãos e entidades da Administração Federal, por meio de conciliação ou arbitramento, no âmbito da Advocacia-Geral da União, far-se-á nos termos desta Portaria.

Este recurso permite à Administração Federal evitar discussões no judiciário entre seus próprios órgãos, processos que sabidamente revelam-se lentos, evidenciando certo desperdício e desgaste de recursos da própria administração. Sobre o alegado, Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy³⁷, ao estudar o tema revela que:

As Câmaras de Conciliação, que indiretamente remontam ao Caso Lage, acenam com a possibilidade que a Administração possa equacionar internamente seus problemas, evitando-se a judicialização das discussões, com economia para os cofres públicos, ainda que a custa de soluções alternativas para a legalidade restrita [...]

³⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 15ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 346.

³⁷ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *op. cit.*

O autor argumenta, através da escola da Análise Econômica do Direito – tema abordado no capítulo quarto –, que a possibilidade de solução interna dos conflitos da Administração Federal, através da conciliação e arbitragem, reflete uma busca pela eficiência da atuação pública.

I.3 – A arbitragem na legislação brasileira atual

Como demonstrado anteriormente, na jurisprudência dos tribunais superiores nacionais, bem como no âmbito interno administrativo da Administração Federal, tem-se uma aceitação crescente da utilização do instituto da arbitragem quando envolvendo entes da Administração Pública. Contrariamente, o TCU mantém o posicionamento de que a utilização deste instituto feriria, dentre outros, o Princípio da Legalidade.

Neste diapasão, ao longo da vigência da lei de Arbitragem, o legislador prontificou-se, em certos casos, em dispor expressamente sobre a possibilidade de utilização de métodos de solução de controvérsias em contratos administrativos. Assim, mencionam-se as legislações que tratam do tema, após a edição da Lei nº 9.307/1996, bem como a maneira como foi abordado.

Primeiramente, tem-se a superveniência da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, que “*dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador (Agência Nacional de Comunicações - ANATEL) e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995*”. Em seu artigo 93, inciso XV, traz que:

Art. 93. O contrato de concessão indicará: [...]
XV - o foro e o modo para solução extrajudicial das divergências contratuais.

Entende-se a arbitragem como inclusa no conceito de solução extrajudicial de conflitos. A redação do dispositivo ao referir “o foro e o modo...” deixa a interpretação um pouco dúbia, implicando uma obrigatoriedade de constar ambas as formas de solução de controvérsias (judicial e extrajudicial). O que ocorre é que o contrato *poderá* prever forma extrajudicial de controvérsias, onde, de qualquer forma, deverá prever o foro para resolução de conflitos pela via judicial, pois como vimos no decorrer deste capítulo, o Poder Judiciário poderá intervir em certas ocasiões, ainda que estipulada cláusula arbitral.

Já na edição da Lei 9.478, de 06 de agosto de 1997, que “dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências”, em seu artigo 43, inciso X, dispôs-se que:

Art. 43. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais:
X - as regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional;

Somente a arbitragem internacional consta expressamente na previsão legal, mas considera-se esta como exemplificativa, pois ao tratar das “*regras sobre solução de controvérsias*” inclui-se o conceito de Juízo Arbitral, em âmbito nacional.

A Lei nº 10.233, de 05 de junho de 2001, por sua vez, que “dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes, e dá outras providências”, veicula em seu artigo 35, inciso XVI, que:

Art. 35. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais as relativas a:
XVI – regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem;

Nesta regra optou-se por deixar expressa a possibilidade de pactuação referente a juízo arbitral.

Fórmula semelhante foi utilizada na Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que “*institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública*”, em seu artigo 11, inciso III, mas que se referiu expressamente às regras da Lei de Arbitragem e já estipular que sua realização se dará no Brasil e em língua portuguesa, *in verbis*:

Art. 11. O instrumento convocatório conterà minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever:
III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

No âmbito da Lei das Concessões, nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, tinha-se assim estipulado:

Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:
XV - ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais.

Com a crescente utilização e, por que não, exigência do mercado pela inclusão de cláusula arbitral em contratos de infraestrutura, e ainda diante das divergências jurisprudenciais do TCU em considerar a arbitragem como um modo amigável de solução de controvérsias – cite-se aqui Decisão 188/95 e Acórdão 584/03 - TCU –, o legislador prontamente aclarou qualquer indecisão sobre sua utilização ao editar a Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005, que, dentre outras providências, acrescentou o artigo 23-A à Lei de Concessões, nos seguintes termos:

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

Em comentário sobre as leis referidas, Erico Ferreira Nogueira³⁸ expõe que:

Da análise da evolução legislativa, pode-se vislumbrar a aceitação crescente da adoção da arbitragem e outros meios de solução de litígios pela Administração Pública. Não é só. Cumpre ressaltar que as matérias submetidas a [sic] solução na via arbitral versam sobre concessão e execução de serviços públicos, atividades próprias do Estado.

De certa forma, distancia-se, com as disposições legislativas mencionadas, da antiga concepção administrativa da rigorosa indisponibilidade do interesse público a tudo o que envolve a Administração, fator relevante na apreciação da arbitrabilidade objetiva dos entes administrativos, tópico que será trabalhado mais adiante.

Quanto à questão energética traz-se à tona o disposto na Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004, que “*dispõe sobre a comercialização de energia elétrica*” e dá outras providências, em seu artigo 4º, parágrafos, 5º, 6º e 7º, *ipsis litteris*:

Art. 4º Fica autorizada a criação da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE, pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, sob autorização do Poder Concedente e regulação e fiscalização pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, com a finalidade de viabilizar a comercialização de energia elétrica de que trata esta Lei. [...]

§ 5º 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, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

§ 6º As empresas públicas e as sociedades de economia mista, suas subsidiárias ou controladas, titulares de concessão, permissão e autorização, ficam autorizadas a integrar a CCEE e a aderir ao mecanismo e à convenção de arbitragem previstos no § 5º deste artigo.

§ 7º Consideram-se disponíveis os direitos relativos a créditos e débitos decorrentes das operações realizadas no âmbito da CCEE.

Além da ampla legalidade auferida à utilização do instituto arbitral pelas empresas mencionadas e relacionadas à questão energética, o legislador expressamente delineou o que é considerado “direitos disponíveis”, quais sejam, no

³⁸ NOGUEIRA, Erico Ferrari. *op. cit.* 2009.

caso, os direitos relativos a créditos e débitos comercializados no âmbito da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE.

Atualmente, é possível apreciar também na esfera estadual edições de textos legais favoráveis à arbitragem na administração pública, principalmente no Estado de Minas Gerais, do qual se destacam duas leis relevantes:

Lei Estadual nº 14.868, de 16 de dezembro de 2003, que “*dispõe sobre o Programa Estadual de Parcerias Público-Privadas*”, prevê em seu artigo 13 que:

Art. 13 - Os instrumentos de parceria público-privada previstos no art. 11 desta Lei poderão estabelecer mecanismos amigáveis de solução de divergências contratuais, inclusive por meio de arbitragem.

§ 1º - Na hipótese de arbitragem, os árbitros serão escolhidos dentre pessoas naturais de reconhecida idoneidade e conhecimento da matéria, devendo o procedimento ser realizado de conformidade com regras de arbitragem de órgão arbitral institucional ou entidade especializada.

§ 2º - A arbitragem terá lugar na Capital do Estado, em cujo foro serão ajuizadas, se for o caso, as ações necessárias para assegurar a sua realização e a execução da sentença arbitral.

Lei Estadual nº 17.477, de 12 de janeiro de 2011, que “*dispõe sobre a adoção do juízo arbitral para a solução de litígio em que o estado seja parte e dá outras providências*”. Esta, por sua vez, regulamenta a utilização do juízo arbitral pelo Estado de MG e por suas empresas, quando tratando de direitos patrimoniais disponíveis. Novidade evidenciada, dentre outras particularidades notórias, é que expressamente abre a possibilidade de a Administração Direta pactuar cláusula compromissória. Grande discussão doutrinária sobre sua constitucionalidade exsurge do texto legal mencionado, dado a que o Estado Mineiro estaria adentrando-se no âmbito legislativo da União ao legislar sobre normas processuais. Mas, como concluem Ricardo Dalmaso marques e Fernanda Dias de Almeida³⁹:

[...] a lei mineira de arbitragem pode ser considerada em sua maioria benéfica, no sentido de dar maior segurança ao parceiro privado e contribuir

³⁹ Sobre o assunto: MARQUES, Ricardo Dalmaso; ALMEIDA, Fernanda Dias de. **A submissão de entes da Administração Pública à arbitragem – a lei mineira de arbitragem (lei estadual 19.477/11)**. Disponível em:

<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI144769,31047->

A+submissao+de+entes+da+Administracao+Publica+a+arbitragem+++a+lei. Acesso em 01 de dezembro de 2011.

para a disseminação de uma verdadeira cultura arbitral no setor público. É incontestável, nesse sentido, que a lei mineira de arbitragem colabora fortemente para que se encerrem as dúvidas sobre a antes alegada impossibilidade de adoção da arbitragem pela Administração Pública nacional - posição que, ressalte-se, não é de forma alguma condizente com o *status* atual do Brasil de jurisdição realmente favorável à arbitragem (*arbitration-friendly jurisdiction*).

De todo o relatado no presente capítulo, depreende-se, então, uma evolução jurisprudencial e legislativa majoritariamente favoráveis a que o instituto arbitral possa ser utilizado no âmbito da Administração Pública.

Mas, com certa relutância, existem posições contrárias – mencione-se principalmente a jurisprudência do TCU – argumentando pela sua impossibilidade por desrespeito aos princípios regentes do Direito Público.

Destaca-se entre os principais argumentos negativos à arbitragem, assim, a violação ao princípio da legalidade, a supremacia do interesse público ao privado e a indisponibilidade dos bens da Administração Pública, aos quais se passa a uma análise mais elaborada nos capítulos subsequentes.

II – PRINCÍPIO DA LEGALIDADE, ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E ARBITRAGEM

II.1 – O princípio da legalidade

Conforme salientado no capítulo anterior, existe grande relutância em decisões administrativas, no âmbito do Tribunal de Contas da União, em aceitar a estipulação de cláusula compromissória em contratos envolvendo a Administração Pública. Um dos principais argumentos utilizados é que o instituto fere os princípios constitucionais orientadores da Administração Pública, na medida em que não possui base legal expressa.

À exemplo do relatado, tem-se parte do voto proferido pelo Ministro Augusto Nardes, no Acórdão 1099/2006 – Plenário – TCU⁴⁰, refletindo o posicionamento insculpido em diversas decisões do Órgão Superior de Contas, *in verbis*:

Como bem ressaltado pela instrução da Unidade Técnica especializada, corroborada pela manifestação do Ministério Público, a Lei nº 9.307/1996, que dispõe de modo geral sobre a arbitragem, não supre a necessária autorização legal específica para que possa ser adotado o juízo arbitral nos contratos celebrados.

[...]

Portanto, não havendo amparo legal para a previsão do instituto da arbitragem, e tratando-se de direitos patrimoniais indisponíveis, não há como tolerar a manutenção da cláusula 47 nos contratos celebrados, sendo adequada a determinação de celebração de termo aditivo para sua exclusão.

Parte da doutrina nacional⁴¹ também menciona a necessidade de lei autorizativa para a utilização da arbitragem por entes públicos, como se denota em passagem de Luís Roberto Barroso:

⁴⁰ Processo nº 008.402/2005-4. Min. Rel. Augusto Nardes. Acórdão 1099/2006 – Plenário. DOU 10.07.2006.

⁴¹ Em relação aos autores que defendem a necessidade de Lei específica, Selma Lemes indica: Luis Roberto Barroso, Carmem Tibúrcio e Suzana Domingos Medeiros. *In*: LEMES, Selma Ferreira. *op. cit.*, p. 115.

[...] a legalidade a que esta adstrita à Administração Pública – aí incluídas as sociedades de economia mista, como entidades da administração indireta – não significa apenas que ela não pode fazer o que a lei proíbe (da mesma forma que os particulares); seu conteúdo específico consiste em que a Administração só pode fazer aquilo que a lei lhe determina ou autoriza. Esta é, como corrente, uma das noções mais básicas do direito administrativo brasileiro, extraída de forma direta do texto constitucional. Aplicando a teoria ao caso em exame, ter-se-á que, como decorrência direta do princípio da legalidade, a administração apenas poderá clausular arbitragem em seus ajustes se houver autorização legal.⁴² [sic]

Os autores amigáveis a este posicionamento referem principalmente que a administração estaria vinculada, em qualquer atividade que pretende realizar, a uma previsão legislativa específica, sob pena de eivar de ilegalidade o ato praticado. Estipulando-se, então, cláusula compromissória em Contratos da Administração Pública sem autorização legislativa, estar-se-ia diante de uma violação (em tese) ao princípio da legalidade.

Para uma melhor ponderação do evidenciado, cumpre uma breve exposição sobre o referido princípio administrativo-constitucional.

Reza o *caput* do artigo 37, da Constituição Federal, que:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...].

O Princípio da Legalidade trazido no dispositivo constitucional, como bem relatado por Rafaella Ferraz:

[...] remonta a Revolução Francesa e representa clara reação e flagrante limitador do poder absolutista do rei. A ideia predominante, já no final do século XVIII, era que o poder legítimo é o que procede do povo, sendo sua forma de manifestação a lei formal aprovada pelo Parlamento.⁴³

⁴² 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 da Arbitragem**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, ano 6, nº 19, janeiro – março de 2003, p. 429.

⁴³ FERRAZ, Rafaella. *op. cit.*, p. 23/24.

Em consequência do exposto, contribuiu também para a formação do princípio da legalidade a teoria da separação dos poderes, como prossegue a referida autora:

A prevalência da lei foi reforçada pelo princípio clássico que se instaurou de separação de poderes, pelo qual o executivo, como o próprio nome proclama, executa as leis elaboradas pelo Legislativo, enquanto que ao Judiciário cabe a função de assegurar o cumprimento da lei *lato sensu*.

Outro ponto do qual exsurge o princípio da legalidade é a concepção de Estado de Direito, que passou a vigorar igualmente a partir do fim do século XVIII, onde o próprio Estado passa a se submeter ao direito que cria e onde se exige que a atividade estatal “*que restrinja os direitos dos particulares esteja fundada em previsão legal*”⁴⁴. Estas concepções culminaram com a invenção do Constitucionalismo, no qual o Estado estaria limitado por uma lei maior que o precede⁴⁵.

No Brasil, com a evolução das ideias trazidas acima, assentado na estrutura do Estado de Direito, como esclarece Celso Antônio Bandeira de Mello, tem-se a doutrina de que o princípio da legalidade:

[...] é o da completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão-somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática. Daí que a atividade de todos os seus agentes, desde o que lhe ocupa a cúspide, isto é, o Presidente da República, até o mais modesto dos servidores, só pode ser a de dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo, pois esta é a posição que lhes compete no Direito Brasileiro.⁴⁶

Em outras palavras, Ely Lopes Meirelles traz a máxima, utilizada amplamente para a conceituação do referido princípio, de que “*enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração*

⁴⁴ GIBSON, Sérgio Armanelli. A Ciência Jurídica no pós-positivismo: as necessárias repaginações conceituais de segurança jurídica, de regime jurídico-administrativo e do princípio da legalidade administrativa. **Fórum Administrativo – Direito Público – FA**. Ano 1, nº 1, mar. 2011. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 250.

⁴⁵ GIBSON, Sérgio Armanelli. *op. cit.*, p. 250.

⁴⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 98.

*Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza*⁴⁷, o que também se denomina de reserva legal, legalidade estrita, legalidade estritamente considerada ou legalidade *strictu sensu*⁴⁸.

Aplicando o tratado até aqui, cumpre-se a verificação de tal concepção do princípio da legalidade quando da utilização do instituto da arbitragem pela Administração Pública.

Nesta senda, faz-se necessária a análise do trazido no artigo 1º, da Lei de Arbitragem, que dispõe que as “*peçoas capazes de contratar*” poderão valer-se da arbitragem, para dirimir litígios relativos a “*direitos patrimoniais disponíveis*”.

A doutrina subtrai do artigo supramencionado um conceito de grande valor para o que se pretende estudar neste trabalho. Trata-se da noção de arbitrabilidade, que se passa a analisar no próximo ponto.

II.2 – O conceito de arbitrabilidade e a arbitrabilidade subjetiva

Considera-se por arbitrabilidade o exame prévio das circunstâncias de um litígio que revelam a possibilidade do mesmo ser apreciado pela arbitragem.

A questão se diferencia entre os modelos da *Common Law* e *Civil Law*. Àquela, trata-se da faculdade ou a qualidade ligada a uma matéria ou litígio de ser resolvido pela via arbitral. A esta, o termo se refere ao que será especificamente objeto de um determinado procedimento arbitral, delimitada no *terms of reference*⁴⁹.

⁴⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 33ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 87.

⁴⁸ MAFFINI, Rafael. **Direito administrativo**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 41.

⁴⁹ SALLA, Ricardo Medina. Arbitragem e Direito Público. **Revista Brasileira de Arbitragem**, São Paulo, n. 22, abr/jun, 2004, p. 79.

Em relação ao direito brasileiro, Cássio Telles Ferreira Netto, ressaltando a exposição de Jacob Dolinger e Carmem Tibúrcio, indica que “*a arbitrabilidade é uma condição da validade da convenção arbitral e conseqüentemente da competência dos árbitros*”.⁵⁰

Selma Lemes se refere sobre o tema como o micro-sistema arbitral⁵¹.

Em sintonia, Ricardo Medina Salla traz que:

[...] o termo arbitrabilidade implica a análise dos limites determinados pela Lei nº 9.307/1996, a qual estabelece critérios sobre pessoas que podem submeter-se à arbitragem e a matéria que desta pode ser objeto. Em outras palavras, trata-se de averiguação das seguintes questões: (i) quem pode ser parte em uma arbitragem? (ii) O que pode ser levado à arbitragem?⁵²

O autor refere, com propriedade, que a questão da arbitrabilidade resolve-se ao responder as duas indagações expostas. Por conseguinte, o conceito de arbitrabilidade dá ensejo a dois aspectos: a arbitrabilidade subjetiva e a arbitrabilidade objetiva.

A arbitrabilidade objetiva se relaciona ao objeto ou matéria possível de ser apreciada por juízo arbitral, ponto que será aprofundado no próximo capítulo.

Com efeito, nesta etapa do presente trabalho, faz-se uma análise sobre a arbitrabilidade subjetiva, restando responder à questão apresentada à nota acima (*quem pode ser parte em uma arbitragem?*), voltada para o enfoque da Administração Pública.

Tendo como parâmetro o artigo 1º da Lei Arbitral, para a resposta do questionamento apresentado é necessário o estudo da construção “as pessoas

⁵⁰ FERREIRA NETTO, Cássio Telles. **Contratos Administrativos e Arbitragem**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 34

⁵¹ LEMES, Selma Ferreira. *op. cit.*, p. 209.

⁵² SALLA, Ricardo Medina. *op. cit.* p. 80.

capazes de contratar”. A ideia que reflete o mencionado artigo é que se refere a “todas” as pessoas capazes de contratar⁵³.

No que tange à Administração Pública, temos que:

O Estado como pessoa jurídica de Direito Público e Privado (sociedade de economia mista e empresa pública) tem capacidade legal para assumir obrigações, direitos e responsabilidades e, por consequência, firmar contratos com particulares.⁵⁴

Assim, diante da sua capacidade de contratação, grande parte da doutrina assegura a possibilidade de pactuação de juízo arbitral pela Administração Pública, por estar inserida na previsão do artigo 1º da Lei de Arbitragem.

Neste sentido, Cássio Telles Ferreira Netto dispôs que:

[...] a autorização genérica do art. 1º “as pessoas capazes de contratar” não isenta de seu alcance as pessoas jurídicas que possam validamente assumir obrigações de natureza bilateral, como o Estado.⁵⁵

Outrossim, nas palavras de José Emilio Nunes Pinto⁵⁶:

[...] a Lei de Arbitragem optou por cingir a arbitrabilidade subjetiva às pessoas capazes de contratar. Inexiste, a nosso ver, no texto de lei, qualquer traço ou sinal que permita excluir do conceito de arbitrabilidade subjetiva o Estado e as empresas por ele controladas e que integram a administração indireta.

E prossegue:

O sentido da palavra pessoas, na forma utilizada pela lei, abrange, com recurso às disposições contidas no Código Civil, inclusive e além das pessoas físicas e jurídicas de direito privado, as pessoas jurídicas de direito público interno e, em especial, o Estado (união, Estados e Municípios), as autarquias, assim como as empresas estatais.

O autor conclui que a Lei de Arbitragem confere ao Estado e às empresas que controla a devida autorização para instituição de juízo arbitral em seus

⁵³ LEMES, Selma Ferreira. *op. cit.*, ps. 118/120.

⁵⁴ LEMES, Selma Ferreira. *op. cit.*, p. 42.

⁵⁵ FERREIRA NETTO, Cássio Telles. *op. cit.* p. 35.

⁵⁶ PINTO, José Emilio Nunes. A arbitrabilidade de controvérsias nos contratos com o Estado e empresas estatais. **Revista Brasileira de Arbitragem**, São Paulo, n. 1, p. 09-26, jan./mar., p. 15/16.

contratos, sendo que essa autorização possui caráter geral, trazida pelo artigo 1º da lei reguladora.

Em concordância, Hely Lopes Meirelles condensa seu entendimento no sentido de que:

[...] a Lei 9.307, de 1996, permitiu expressamente a todas as pessoas capazes de contratar (aí incluindo-se a Administração Pública direta e indireta) a possibilidade de se valerem da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Autorização legal, portanto, existe. Pela Lei 9.307, facultativa é sua utilização.⁵⁷

Denota-se, assim, amplo entendimento doutrinário no sentido de haver a autorização legal para a estipulação de cláusula arbitral pela Administração Pública, originária do artigo 1º da Lei Arbitral.

Cumpra-se, neste ponto, fazer referência ao trazido no capítulo primeiro do presente estudo no tocante aos julgados do STF, STJ e Tribunais de Justiça Estaduais. Tem-se, principalmente, o Caso Lage⁵⁸, onde se reconheceu a possibilidade de pactuação de juízo arbitral pela Administração Pública, “*até mesmo nas causas contra a Fazenda*”, bem como o julgamento proferido pelo STJ no caso CEEE vs. AES Uruguaiana⁵⁹, no qual se reconheceu a possibilidade de sociedade de economia mista firmar cláusula compromissória quando celebrar contratos referentes a direitos ou obrigações de natureza disponível, na forma da Lei nº 9.307/1996.

Diante das decisões do TCU⁶⁰, nas quais se vedou a utilização da arbitragem por falta de previsão legal, houve uma crescente atuação legislativa, no sentido de autorizar expressamente a utilização da arbitragem em determinadas

⁵⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. *op. cit.*, p. 342.

⁵⁸ STF, AI nº 52.181 – Guanabara, Rel. Min. Bilac Pinto, Pleno, Julgado em 14.11.73, DO de 13.02.74, *in* RTJ 68/382.

⁵⁹ REsp 612439 / RS - RECURSO ESPECIAL 2003/0212460-3. Relator(a): Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA. STJ - SEGUNDA TURMA. Data do Julgamento: 25/10/2005. Data da Publicação/Fonte: DJ 14/09/2006 / p. 299.

⁶⁰ E.g. Processo nº 008.402/2005-4. Min. Rel. Augusto Nardes. Acórdão 1099/2006 – Plenário. DOU 10.07.2006.

atividades públicas, como é o caso das Leis referidas no capítulo primeiro⁶¹. O fato cria controvérsia no entendimento se o artigo 1º da Lei de Arbitragem refletiria autorização bastante para a pactuação pelo instituto, diante da criação de leis especiais posteriores expressamente autorizativas.

Desta feita, a doutrina favorável defende que as referidas leis não contrariam a autorização geral trazida pela Lei Arbitral, mas apenas a confirmariam. Neste sentido, José Emilio Nunes Pinto ensina que “*essas leis, por não serem específicas em relação à arbitragem, estão alinhadas com a autorização geral contidas na Lei de Arbitragem*”. O autor explica que “*se impossibilidade existe [...], essa impossibilidade decorre de princípios estruturais de Direito Administrativo e que não podem ser resolvidos por uma disposição legal autorizativa*”.⁶²

Ainda, as cláusulas autorizativas trazidas nestas legislações têm caráter de essencialidade e, por serem leis de mesma hierarquia com a Lei nº 9.307/1996, não criam, mas reiteram as disposições desta.⁶³ Todavia, são cláusulas obrigatórias “*nos contratos previstos nas Leis 9.472, de 1997, 9.478, de 1997, e 10.233, de 2001*”.⁶⁴

II.3 – Arbitragem na Administração Pública e a Lei nº 8.666/1993

A arbitragem, por ser um método de resolução de conflitos, e ter por início uma pactuação, deve ser estudada pelo prisma contratual. Ao relacionar o instituto com a Administração Pública, é prudente virar-se para a análise do tema diante da contratualização administrativa trazida na forma da Lei nº 8.666/1993.

⁶¹ Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997; Lei 9.478, de 06 de agosto de 1997; Lei nº 10.233, de 05 de junho de 2001; Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004; Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005; Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004; Lei Estadual/MG nº 14.868, de 16 de dezembro de 2003; Lei Estadual/MG nº 17.477, de 12 de janeiro de 2011.

⁶² PINTO, José Emilio Nunes. *op. cit.*, p. 16.

⁶³ PINTO, José Emilio Nunes. *op. cit.*, p. 16.

⁶⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. *op. cit.*, p. 342.

Ponto controverso sobre a questão é a redação do artigo 55, §2º, da Lei de Licitações:

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:
[...]

§ 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.

Por sua vez o §6º do artigo 32, do mesmo diploma legal, refere que:

Art. 32. Os documentos necessários à habilitação poderão ser apresentados em original, por qualquer processo de cópia autenticada por cartório competente ou por servidor da administração ou publicação em órgão da imprensa oficial. [...]

§ 6º O disposto no § 4º deste artigo, no § 1º do art. 33 e no § 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.

O que se questiona é se a previsão do artigo 55, §2º, excluiria a possibilidade de pactuação de cláusula arbitral por ente público, diante da necessidade imperativa de declarar o foro competente para dirimir qualquer questão contratual.

Primeiramente, cumpre-se salientar que as regras do artigo 32, §6º, do diploma legal sublinhado, são taxativas, devendo ser interpretadas restritivamente⁶⁵. Assim, a imperatividade de declaração do foro competente não é aplicada nas exceções trazidas, possibilitando a estipulação de foro estrangeiro, bem como a arbitragem.

⁶⁵ TIBURCIO, Carmen. *op. cit.*, p. 02.

A posição doutrinária favorável à arbitragem, no tocante aos preceitos do artigo 55, §2º, da lei de Licitações, refere que não há impedimento entre este dispositivo legal e a utilização do instituto pela Administração Pública.

Levantando a questão, Carmem Tiburcio afirma que:

[...] esse diploma em vigor restringe a solução de qualquer litígio ao foro da sede da Administração, pelo que se pode concluir serem inválidas, em tais contratos, as cláusulas de eleição de foro estrangeiro. Note-se que o dispositivo em questão traduz um comando positivo (exigindo claramente a eleição do foro da sede da Administração), e não negativo (proibindo a eleição de foro estrangeiro). Assim, com base nessa Lei é possível chegar-se a uma conclusão e a um questionamento: nos contratos administrativos, como regra geral, não se admite eleição de foro estrangeiro e a aceitação da cláusula compromissória é duvidosa.⁶⁶

Na perspectiva de Cássio Telles Ferreira Netto, o teor legal em comento:

[...] fez surgir dúvidas desnecessárias em parte da doutrina e jurisprudência, que passou a entender necessária a edição de lei expressa autorizando o juízo arbitral e, conseqüentemente, gerou insegurança nos administradores públicos para utilizar a arbitragem.⁶⁷

Para José Carlos de Magalhães, expondo ensinamentos de Carlos Alberto Carmona, ressalta que essa previsão legal não impede a possibilidade de também se prever cláusula arbitral em contratos administrativos. Nas palavras de Carmona, esclarece que a previsão teria a finalidade de determinar que:

[...] eventual concurso do juiz togado para a realização de atos para os quais o árbitro não tenha competência (atos que impliquem a utilização de coerção, execução da sentença arbitral, execução de medidas cautelares) seja realizada na comarca escolhida. [...] O parágrafo citado do art. 55 da Lei de Licitações não pode, em hipótese alguma, ser invocado para sustentar a inviabilidade da cláusula compromissória em contratos administrativos.

No entendimento de Magalhães, além do referido acima, o texto legal indicaria o local onde deve ser realizada a arbitragem caso pactuada (local da sede

⁶⁶ TIBURCIO, Carmen. *op. cit.*, p. 2.

⁶⁷ FERREIRA NETTO, Cássio Telles. *op. cit.* p. 41.

da Administração), em conformidade com o disposto no artigo 78 do Código Civil⁶⁸ – considerando-se a cláusula arbitral dentre os direitos e obrigações das partes⁶⁹.

José Emilio Nunes Pinto⁷⁰, neste ponto, conclui que “*o uso da expressão ‘foro da sede da administração’ é tomado em sua acepção geográfica, ou seja, do local onde a entidade licitadora está localizada, e não no sentido de tribunal estatal*”. Indica que, ao abrir a possibilidade, em determinados casos, para a eleição de foro estrangeiro:

Não faria o menor sentido a legislação permitir que, no exterior, as controvérsias se dirimissem até mesmo por arbitragem, enquanto que, no Brasil, o recurso aos tribunais estatais seria regra mandatária e inderrogável. Por essa razão, entendemos inexistir, na Lei de licitações, qualquer empecilho ou obstáculo à utilização da arbitragem para a solução de controvérsias oriundas dos respectivos contratos [...].

A doutrina defende, também, que a Lei de Licitações possibilita a utilização da arbitragem pela Administração dada a redação de seu artigo 54, *caput*, que dispõe:

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.

Nesta medida, “*por ser a arbitragem um instituto de Direito Privado, a sua utilização é perfeitamente possível com base nesse artigo*”⁷¹.

Aduz-se, do elencado pela doutrina, que a interpretação do artigo 55, §2º, da Lei de Licitações, indicador do foro da Sede da Administração como o competente para dirimir conflitos que fogem às atribuições dos árbitros, é perfeitamente compatível com a interpretação de que este indicaria o local a se realizar o procedimento arbitral. Ambas as anotações refletem a inexistência de

⁶⁸ Art. 78. Nos contratos escritos, poderão os contratantes especificar domicílio onde se exercitem e cumpram os direitos e obrigações deles resultantes.

⁶⁹ MAGALHÃES, José Carlos de. Contratos com o Estado. **Revista Brasileira de Arbitragem**, São Paulo, n. 3, p. 22-41, jul./set., p. 38.

⁷⁰ PINTO, José Emilio Nunes. *op. cit.*, p. 20.

⁷¹ FERREIRA NETTO, Cássio Telles. *op. cit.* p. 41.

impedimento legal trazido pela Lei nº 8.666/93 em estipular juízo arbitral em contratos administrativos.

Ainda, a redação do artigo 54, *caput*, da mesma legislação, suporta a ideia de que os contratos administrativos poderiam submeter-se à arbitragem por estarem submetidos, supletivamente, aos princípios da teoria geral dos contratos e disposições de direito privado.

Pelo exposto, no que tange à arbitrabilidade subjetiva, pela noção da estrita legalidade, é perceptível o amparo legislativo-autorizativo legitimador de procedimento arbitral pela Administração Pública para a resolução de conflitos provenientes de seus contratos.

II.4 – Arbitragem e o princípio da juridicidade

Nos pontos anteriores apreciamos a análise da possibilidade da Administração Pública firmar compromisso ou cláusula arbitral sob o prisma da noção *strictu sensu* de legalidade, a qual, para a atuação administrativa, considera estritamente a reserva legal.

Adverte-se, porém, sobre uma ampliação na interpretação do Princípio da Legalidade, segundo a doutrina contemporânea.

Rafaela Ferraz, quanto ao exposto, traz que:

Essa concepção liberal não mais se coaduna com o Estado Democrático de Direito moderno, pois não só a lei formal não é capaz de prever todos os atos a serem praticados pela Administração Pública mas principalmente porque o estudo do direito administrativo evoluiu para a submissão do Estado ao Direito como um todo (e não só à lei formal, como difundido pelo legalismo kelseniano).⁷² [sic.]

⁷² FERRAZ, Rafaella. *op. cit.*, p. 27..

Atualmente, quanto à legalidade administrativa, tem-se que, não só se deve o respeito à legalidade estrita, mas também é necessário que aquela esteja em consonância com a Lei e o Direito.

No âmbito positivo, este preceito tem seu fundamento tanto na Constituição Federal, implicitamente em seu artigo 1º, *caput*⁷³, quanto na legislação federal, explicitamente no artigo 2º, parágrafo único, inciso I, da Lei 9.784/1999⁷⁴, que rege o processo administrativo.

Ilustrando o aludido, Rafael Maffini⁷⁵ ensina que se costuma apontar dois sentidos para a legalidade administrativa, sendo um deles a já relatada legalidade estrita, e o outro o da “*primazia da lei e do Direito*”. Sobre esta segunda acepção revela que:

Tal sentido, obviamente ligado à reserva legal, consiste no vetor que conforma o plano da validade da ação administrativa. Segundo tal sentido, sempre que a conduta administrativa for concretizada contrariamente ou sem embasamento na ordem jurídica vigente, tal conduta afigurar-se-á inválida, devendo, em princípio ser desconstituída por quem possuir legitimação para fazê-lo. Nesse sentido, tem-se que a lei e o Direito são primazes (daí o nome “*primazia da lei e do Direito*”), em relação à concretização da função de Administração Pública.

O autor ainda expõe que hoje:

Como já decidiu inúmeras vezes o STF (ex. RMS 24.699) exige-se mais do que isso [*legalidade estrita*], no sentido de que, para a validade da ação administrativa, não basta que seja formalmente compatível com a lei; é também necessário que esteja substancialmente em consonância com toda a princiologia do Direito Administrativo.

⁷³ Constituição Federal: Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em **Estado Democrático de Direito** e tem como fundamentos: [...]. (grifou-se)

⁷⁴ Lei Federal 9.784/99:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

I - atuação conforme a lei e o Direito; [...]

⁷⁵ MAFFINI, Rafael. *Direito administrativo. op. cit.*, 2008, p. 41/42.

Revela ainda, que o entendimento exposto é denominado de “*juridicidade administrativa*”⁷⁶.

Tal posicionamento é ratificado por Hely Lopes Meirelles, na medida em que:

Cumprir simplesmente a lei na frieza de seu texto não é o mesmo que atendê-la na sua letra e no seu espírito. A administração, por isso, deve ser orientada pelos princípios do Direito e da Moral, para que ao legal se ajunte o honesto e o conveniente aos interesses sociais.⁷⁷

Como se vê, a doutrina converge em indicar que, quanto ao princípio da legalidade, sua interpretação não pode ser fixada apenas na letra fria da lei para a atuação administrativa. Com fulcro na lei e no Direito - entenda-se o conjunto de princípios e normas harmoniosas entre si - tem-se a ampliação da interpretação do referido princípio.

O que se denota desta descrição interpretativa do princípio da legalidade é que a conduta administrativa deve obedecer ao sistema de Direito vigente como um todo. Todavia, outra conclusão que se vislumbra é a de que, havendo previsão legislativa, ainda que ampla, a atuação Estatal poderia ser complementarmente embasada pelo respeito aos princípios basilares do direito, previstos constitucionalmente.

Outrossim, Selma Lemes se refere ao tema indicando que:

Vale observar que esta forma de interpretar o ordenamento legal, em especial no que tange às novas formas de contratos administrativos regulados em leis específicas, faz surgir o que Odete MEDAUAR denomina de “crise da lei formal como ordenadora de interesses”; esta, a lei, passa a ter o papel de ordenadora dos objetivos da ação administrativa voltada para uma ação racionalizadora e de simplificação, para outorgar-lhe maior eficiência e produtividade.

⁷⁶ Felipe de Melo Fonte aprofunda o estudo sobre o princípio da juridicidade, indicando que a “Administração Pública encontra-se vinculada não apenas à lei, mas também – e especialmente – às regras e princípios estabelecidos na Constituição, pondo em relevo os direitos fundamentais.” *in*: FONTE, Felipe de Melo. Para além da legalidade: a constitucionalização do Direito Administrativo através do Princípio da Juridicidade. Algumas propostas. **Revista de Direito do Estado - RDE**. Ano 4, nº 13, janeiro – março de 2009. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

⁷⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 2007, *op. cit.*, p. 88.

Rafaella Ferraz aponta que, diante do princípio da juridicidade, o agir do administrador:

[...] (i) pode decorrer diretamente da Constituição, independente de lei formal; (ii) pode ser conforme a lei *lato sensu*, sempre que e somente se esta for constitucional ou (iii) deve ser contra a lei quando não estiver legitimada pela Constituição.⁷⁸

Voltando-se à Lei de Arbitragem, verifica-se que esta coaduna com o entendimento exposto. A Lei Arbitral não só resguarda a legalidade estrita, na medida de sua autorização genérica, como também cumpre a sua adequação ao Direito e aos princípios constitucionais.

Selma Lemes ensina que a submissão à *Lei e ao Direito* pela Administração condiz com a utilização da arbitragem por ser este um “*instituto jurídico de Direito Civil e Direito Processual Civil de observância pelo Direito Administrativo Contratual*”. Prossegue avaliando que, sendo a Administração pessoa capaz de contratar, quando envolvendo direitos disponíveis:

[...] tem o dever de considerar a possibilidade de solucionar controvérsias por arbitragem, posto que afinada com os princípios da eficiência, da economicidade, da proporcionalidade e da razoabilidade que norteiam o mister da Administração como corolário ao princípio da legalidade e por consequência, acatando e aplicando o disposto na Lei n. 9.307, de 1996.⁷⁹

Desta forma, Rafaella Ferraz, conclui:

Inserida na concepção neoliberal do direito administrativo e em especial do princípio da juridicidade, a arbitragem como mecanismo alternativo de solução de litígios com o Estado (i) deve necessariamente se fundar em princípios constitucionais; (ii) não depende de lei expressa autorizativa; (iii) pode ser utilizada *contra legem* quando os princípios constitucionais o admitirem e recomendarem e (iv) por seu caráter consensual, representa verdadeira participação administrativa para “a superação negociada dos conflitos de interesse”.⁸⁰

Percebe-se que, de acordo com o trazido em relação ao princípio da juridicidade administrativa, a legitimação da utilização da arbitragem pela

⁷⁸ FERRAZ, Rafaella. *op. cit.*, p. 31.

⁷⁹ LEMES, Selma Ferreira. *op. cit.*, p. 111.

⁸⁰ FERRAZ, Rafaella. *op. cit.*, p. 31.

Administração Pública não só é aceitável e permitido, como também aconselhável visto que o instituto, devido às suas vantagens, concretizaria os demais princípios administrativos fulcrados na Constituição Federal.

Válido fazer uma breve menção das vantagens que o instituto da arbitragem oferece para a resolução de conflitos. Este aspecto será trabalhado adequadamente no capítulo quarto da presente pesquisa, ao contrastá-las com os demais princípios constitucionais administrativos, mas, por hora, nomeia-se como algumas de suas vantagens a celeridade nas decisões e a redução de custos.

Todavia, como bem relevado por Ricardo Medina Salla, apesar das decisões judiciais autorizativas da estipulação de arbitragem por sociedades de economia mista, existe grande indefinição sobre a utilização do instituto pela Administração Pública. O autor refere sobre a possibilidade da submissão do princípio da legalidade ao sistema de sopesamento de princípios. Compartilhando o que ensina Virgílio Afonso da Silva, indica que:

Na opinião do Professor, o conceito de 'legalidade' como regente dos atos do Estado trata-se, antes de um princípio, de uma regra. E, por ser uma regra, não estaria sujeita à dinâmica de ponderação, visto que esta se aplica apenas a conflitos entre princípios constitucionais.⁸¹

Ainda em concordância com Afonso da Silva, compartilha do entendimento de que esta flexibilização *“da ‘regra’ da legalidade fragilizaria os alicerces da democracia, abrindo um perigoso precedente para atos arbitrários do Estado”*. Contudo, pondera que:

[...] o completo engessamento da Administração Pública, derivado da dependência irrestrita da máquina burocrática de produção de Leis, ainda não nos parece acertado, uma vez que inviabiliza a tomada de atos convenientes ao interesse público de forma célere e eficaz.⁸²

O autor finaliza sua exposição afirmando que, de modo geral, o ato que validasse a utilização do instituto não seria temerário, pois a lei de arbitragem é bastante para autorizá-la.

⁸¹ SALLA, Ricardo Medina. *op. cit.* p. 84/85.

⁸² SALLA, Ricardo Medina. *op. cit.* p. 84/85.

De acordo com o exposto neste capítulo presencia-se uma vasta aceitação doutrinária da utilização da arbitragem pela Administração Pública frente à arbitrabilidade subjetiva. No entanto, ponto crucial para a contratação pelo instituto é a verificação dos requisitos da arbitrabilidade objetiva, que se passa a estudar no capítulo terceiro.

III – ARBITRAGEM, INTERESSE PÚBLICO E DISPONIBILIDADE DE BENS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Tomando-se por base as decisões proferidas pelo Tribunal de Contas da União, aprecia-se a vedação da utilização do instituto da arbitragem pela Administração Pública por diversos fundamentos. Neste capítulo trataremos de um ponto controverso e paradigmático comumente levantado em oposição à arbitrabilidade público-administrativa. Trata-se dos princípios básicos do Direito Público, representados pela indisponibilidade do interesse público e pela supremacia do interesse público sobre o privado.

Nesta senda, colaciona-se trechos de decisões do TCU:

Decisão 286/93: O Tribunal de Contas da União, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE: 1. conhecer, como consulta, o expediente do Aviso nº 167/GM/1993, do Exmo. Senhor Ministro de Minas e Energia, para respondê-lo que **o juízo arbitral é inadmissível em contratos administrativos**, por falta de expressa autorização legal e **por contrariedade a 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); [...] ⁸³
(grifou-se)

Decisão 188/95: [...] 3. determinar ao Departamento Nacional de Estradas de Rodagem - DNER, que no tocante: I - ao contrato relativo a concessão da Ponte Presidente Costa e Silva: a) observe o que preceitua, em relação a política tarifária, os arts. 9º a 13º da Lei nº 8.987/95; b) **não incluir, na parte da arbitragem, cláusulas que não observem** estritamente o princípio da legalidade e **a indisponibilidade do interesse público**; [...] ⁸⁴
(grifou-se)

Ainda, importante doutrina compartilha do mesmo entendimento, como asseverado por Rafaela Ferraz, transcrevendo o posicionamento de Luís Roberto Barroso:

Ora, como é corrente, os interesses públicos e direitos a eles associados são presumidamente indisponíveis, de modo que, em geral, não podem ser

⁸³ Processo nº TC 008.217/93-9. Min. Rel. Homero Santos. Decisão 286/93 - Plenário - Ata 29/93. DOU 04.08.93.

⁸⁴ Processo nº TC 006.098/93-2. Min. Rel. Ministro Paulo Affonso Martins de Oliveira. Decisão 188/95 - Plenário - Ata 18/95. DOU 22.05.1995. p. 7277.

submetidos à arbitragem. O entendimento convencional é o de que para que um interesse público, indisponível como regra, venha a tornar-se disponível, é necessária uma fonte legislativa que afaste a presunção geral.⁸⁵

Na análise do trazido frente à possibilidade da Administração Pública pactuar pela solução arbitral de litígios contratuais, adentramos no espectro da arbitrabilidade objetiva, ou da matéria passível de ser submetida pela via arbitral.

Transpassada a questão da arbitrabilidade subjetiva – quem pode ser parte em um juízo arbitral –, lembrando o trazido pelo artigo 1º da Lei nº 9.307/1996, tem-se que poderão ser solucionados por arbitragem os litígios relativos a “*direitos patrimoniais disponíveis*”.

III.1 – A concepção de direitos patrimoniais disponíveis

Antes de submergirmos no aspecto da indisponibilidade do interesse público, e sua supremacia sobre o privado, cabe analisarmos a relação “direitos patrimoniais disponíveis”.

Selma Lemes se refere ao tema expondo que “os *direitos patrimoniais disponíveis* são aqueles direitos que as partes e seus detentores têm a livre disposição, para praticar atos da vida civil, tais como alienar, vender etc”. E acrescenta que “o conceito de disponibilidade está relacionado com o de negociabilidade e de bens suscetíveis de valor e livres no mercado”.⁸⁶

O entendimento é consonante com o exaurido pelo eminente Ministro Eros Grau, em parecer proferido em 2001, aclarando que “*dispor de direitos*

⁸⁵ 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 da Arbitragem**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, ano 6, nº 19, janeiro – março de 2003, p. 435. *Apud*, FERRAZ, Rafaella. *op. cit.*, p. 48.

⁸⁶ LEMES, Selma Ferreira. *op. cit.*, p. 124.

patrimoniais é transferi-los a terceiros. Disponíveis são os direitos patrimoniais que podem ser alienados”.⁸⁷

Em comentários à Lei nº 9.307/1996, Carlos Alberto Carmona conclui o trazido da seguinte forma:

Diz-se que um direito é disponível quando ele pode ser ou não exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência. Assim, são disponíveis (do latim *disponere*, dispor, pôr em vários lugares, regular) aqueles bens que podem ser livremente alienados ou negociados, por encontrarem-se desembaraçados, tendo o alienante plena capacidade jurídica para tanto.⁸⁸

Ainda, Cássio Telles Ferreira Netto⁸⁹ adiciona que a interpretação de *direitos disponíveis*, sob a ótica do artigo 1º da Lei de Arbitragem, deve ser combinada com as restrições dos artigos 851, 852 e 853 do Código Civil⁹⁰, que tratam sobre a estipulação de compromisso, quais sejam, matérias relacionadas à “*questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial*”.

Quando analisada a arbitrabilidade objetiva no âmbito do Poder Público, o que comumente ocorre é a “*absoluta caracterização do interesse público como indisponível*”⁹¹, bem como a relação da indisponibilidade de direitos com tudo que se associar à Administração Pública.

⁸⁷ 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**, São Paulo, ano 5, n. 18, p. 395-405, out./dez., 2002, p. 404.

⁸⁸ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo – Um comentário à Lei nº 9.307/1996**. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2004, p. 15-430, p. 56. Apud SALLA, Ricardo Medina. *op. cit.* p. 85.

⁸⁹ FERREIRA NETTO, Cássio Telles. *op. cit.* p. 52.

⁹⁰ Código Civil: Art. 851. É admitido compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que podem contratar.

Art. 852. É vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial.

Art. 853. Admite-se nos contratos a cláusula compromissória, para resolver divergências mediante juízo arbitral, na forma estabelecida em lei especial.

⁹¹ SALLA, Ricardo Medina. *op. cit.* p. 85.

Nesta medida, faz-se oportuno um breve estudo sobre o conceito de interesse público e os princípios dele decorrentes.

III.2 – O interesse público, sua supremacia e sua indisponibilidade pela Administração

Celso Antônio Bandeira de Mello expõe seu entendimento sobre a conceituação de *interesse público* referindo que:

Ao se pensar em interesse público, pensa-se, habitualmente, em uma categoria *contraposta* à *de interesse privado, individual*, isto é, ao interesse pessoal de cada um. Acerta-se em dizer que se constitui no *interesse do todo*, ou seja, do *próprio conjunto social*, assim como acerta-se também em sublinhar que não se confunde com a somatória dos interesses individuais, peculiares de cada qual.⁹²

O autor refere que se trata dos interesses da coletividade, ou o “*interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem*”.⁹³

Apesar de ser um “*conceito elástico e de difícil precisão*”⁹⁴, tem-se o interesse público como sendo a finalidade da atividade administrativa estatal, ou o objetivo a ser alcançado e protegido.

Por seu caráter de representatividade, a Administração Pública tem a função de defesa e atuação na promoção deste interesse coletivo, de onde insurgem alguns dos princípios basilares do Direito Administrativo.

⁹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 56.

⁹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *op. cit.*, p. 58.

⁹⁴ LEMES, Selma Ferreira. *op. cit.*, p. 126.

Trata-se dos princípios da supremacia do interesse público e da indisponibilidade dos bens da Administração.

Celso Antônio Bandeira de Mello, no tocante ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, ensina que:

[...] é princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência. Assim, não se radica em dispositivo específico algum da Constituição, ainda que inúmeros aludam ou impliquem manifestações concretas dele, como, por exemplo, os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor ou do meio ambiente (art. 170, III, V e VI), ou tantos outros.⁹⁵

Ely Lopes Meirelles esclarece no sentido de que:

[...] a Lei 9.784/99 coloca-o como um dos princípios de observância obrigatória pela Administração Pública (cf. art. 2º, *caput*), correspondendo ao “atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competência, salvo autorização em lei” (art. 2º parágrafo único, II).⁹⁶

O autor prossegue indicando que essa supremacia “é o motivo da desigualdade jurídica entre a Administração e os administrados” ressaltando o teor do artigo 3º, parágrafo único, inciso XIII, da Lei nº 9.784/1999, devendo a norma administrativa ser interpretada “da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige”⁹⁷. Anuncia, também, que deste decorre o princípio da indisponibilidade do interesse público:

[...] segundo o qual a Administração Pública não pode dispor desse interesse geral nem renunciar a poderes que a lei lhe deu para tal tutela, mesmo porque ele não é o titular do interesse público, cujo titular é o Estado, que, por isso, mediante lei poderá autorizar a disponibilidade ou a renúncia.⁹⁸

Marçal Justen Filho sintetiza o referido expondo que:

A supremacia do interesse público significa a sua superioridade sobre os demais interesses existentes em sociedade. Os interesses privados não podem prevalecer sobre o interesse público. A indisponibilidade indica a

⁹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 93.

⁹⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 2007, *op. cit.*, p. 103.

⁹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 2007, *op. cit.*, p. 104.

⁹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 2007, *op. cit.*, p. 103.

impossibilidade de sacrifício ou transigência quanto ao interesse público, e é uma decorrência de sua supremacia.⁹⁹

Em complementação, traz-se o ensinamento por Rafael Maffini demonstrando que, pelo entendimento ilustrado acima:

[...] é que se afirma que as relações jurídicas em que a Administração Pública seja parte integrante costumam ser estruturalmente verticais, na medida em que a Administração Pública em geral possui, quando se relaciona com seus administrados, um conjunto de prerrogativas públicas. Diz-se que tais relações são verticais, em contraposição às relações horizontais, típicas do Direito Privado, eis que as partes envolvidas normalmente são colocadas em posição jurídica de igualdade.¹⁰⁰

Baseando-se, também, nos entendimentos explanados até o momento é que muitas das opiniões contrárias à utilização da arbitragem pela Administração Pública vedam o instituto, exclamando que a administração não poderia se “igualar” ao particular litigando pela via arbitral, devido à sua absoluta supremacia, bem como que somente a lei poderia autorizá-la expressamente a dispor de seus bens e direitos, por sua total indisponibilidade, pois, no caso, se trataria de renúncia.

No entanto, no meio doutrinário contemporâneo, surgem novas acepções sobre a supremacia do interesse público sobre o privado. Marçal Justen Filho aclara que o entendimento refratado anteriormente proporciona:

[...] problemas insuperáveis, relacionados com a ausência de instrumento jurídico para determinar o efetivo interesse público. Isso dá margem a arbitrariedades ofensivas à democracia e aos valores fundamentais.¹⁰¹

Rafaella Ferraz relata que a ideia deste princípio:

[...] vem sendo desconstituída pelos doutrinadores mais modernos. Questionam eles a existência e a constitucionalidade de tal princípio dado seu “vazio conceitual” e ausência de respaldo constitucional.¹⁰²

⁹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006, p.

36.

¹⁰⁰ MAFFINI, Rafael. **Direito administrativo**. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 38/39.

¹⁰¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.*, p. 37.

¹⁰² FERRAZ, Rafaella. *op. cit.*, p. 47.

A autora expõe que o princípio da supremacia do interesse público não se enquadra, de fato, no conceito de “princípios jurídicos”, pois estes “*em observância ao princípio da proporcionalidade em sentido lato, comportam, necessariamente, ponderações quando em conflito*”¹⁰³. Em síntese, explica que esta absoluta atribuição de supremacia, não está de acordo com a ordem constitucional, pois afastaria a técnica da ponderação de princípios e, conseqüentemente, o princípio da proporcionalidade, o que, se tratando de princípios jurídicos, não é juridicamente possível. Refere, outrossim, que ulterior ponto cardeal para a desmistificação dessa supremacia absoluta seria a sua contraposição aos direitos e garantias ao cidadão, elencados pela Constituição pátria.

No mesmo sentido, Rafael Maffini traz que:

[...] Tal leitura filosófica do Direito Administrativo não é consentânea com a ordem constitucional vigente, que coloca o indivíduo (ou cidadão) em destacada posição de proteção constitucional. [...]
 Já se disse, aliás, que o Direito Administrativo é uma disciplina técnico-científica que busca ponderar adequadamente, de um lado, as prerrogativas legalmente outorgadas à Administração Pública e, de outro, os direitos e garantias fundamentais dos destinatários da função administrativa.
 Tem-se, assim, que uma leitura que admita a conclusão de que a Administração Pública estaria “sempre” em condição de superioridade seria mais aproximada de regimes ditatoriais do que de regimes democráticos, como é o que se vê vertido na Constituição vigente.¹⁰⁴

III.3 – As classificações de interesse público

Pelo exposto nos pontos anteriores, na medida em que se justifica a negação da via arbitral pela Administração Pública por afronta aos princípios da supremacia do interesse público e por sua indisponibilidade, e por uma crescente relativização destes princípios, defendida atualmente pela doutrina nacional, é prudente uma análise sobre as classificações doutrinárias extraídas desse conceito.

Inicialmente, destaca-se a análise elaborada por Selma Lemes.

¹⁰³ FERRAZ, Rafaella. *op. cit.*, p. 47.

¹⁰⁴ MAFFINI, Rafael. *Direito administrativo. op. cit.*, 2009, p. 39.

A autora divide a concepção de interesse público pela prossecução (proteção e execução) deste como poder público e órgão executor. Classifica como *interesse originário* o que se verifica na atuação do Estado, na qualidade de Poder Público, “no desempenho de suas funções política e legislativa” (interesse primário), e como *interesse derivado* quando a “Administração, no desempenho da função administrativa, adota e operacionaliza as diretrizes dos órgãos governativos”¹⁰⁵ (interesse secundário).

Em seguida, relatando os ensinamentos de Diogo de F. Moreira Neto, expõe a classificação segundo a natureza do interesse público. Explica que se podem dividir as funções desempenhadas pelo Estado entre “atividades-fim” e “atividades-meio”:

As primeiras referem-se às funções desempenhadas pelo Estado para a satisfação dos interesses públicos primários e que se referem às próprias necessidades da sociedade [...], referem-se à Administração Pública externa.¹⁰⁶

Já as atividades-meio:

[...] servem para operacionalizar os interesses institucionais do Estado, referentes aos seus atos, pessoas, serviços etc destinado-se [sic], portanto, à satisfação dos interesses públicos secundários ou instrumentais e conformam-se à Administração Pública Interna.¹⁰⁷

Afirma que, para a execução das *atividades-meio*, relativiza-se a indisponibilidade do interesse público, recaindo sua negociabilidade sobre os interesses públicos derivados.

Lemes também traz a lume a diferenciação entre atos de império – *jure imperii* – e atos de gestão da Administração Pública¹⁰⁸ - *jure gestionarias*.

¹⁰⁵ LEMES, Selma Ferreira. *op. cit.*, p. 130.

¹⁰⁶ LEMES, Selma Ferreira. *op. cit.*, p. 130.

¹⁰⁷ LEMES, Selma Ferreira. *op. cit.*, p. 130/131.

¹⁰⁸ LEMES, Selma Ferreira. *op. cit.*, p. 132.

Detalhadamente, Celso Antônio Bandeira de Mello, sobre esta qualificação dos atos administrativos, explica que:

(1) Atos de *império* – os que a Administração praticava no gozo de prerrogativas de autoridade. Exemplo: a ordem de interdição de um estabelecimento.

(2) Atos de *gestão* – os que a administração praticava sem o uso de poderes comandantes. Exemplo: venda de um bem; os relativos à gestão de um serviço público.¹⁰⁹

O autor afirma que esta distinção está em desuso, mas que, anacronicamente e com resultados errôneos, doutrina e jurisprudência continuam a se utilizar dela. Menciona que “*hoje, com certa similaridade, porém maior precisão, fala-se em atos de direito privado praticados pela Administração e atos regidos pelo Direito Público*”¹¹⁰.

Em complementação, Eros Roberto Grau, referindo-se aos atos de império como atos de autoridade, ensina:

[...] é preciso não confundirmos o Estado-aparato com o Estado-ordenamento. Na relação contratual administrativa o Estado-aparato [a Administração] atua vinculado pelas mesmas estipulações que vinculam o particular; ambos se submetem à lei [Estado-ordenamento]; ou seja, a Administração não exerce atos de autoridade no bojo da relação contratual.¹¹¹

De outra banda, retomando os ensinamentos de Bandeira de Mello, expõe-se a classificação contemporaneamente mais utilizada, na qual divide-se o interesse público em *primário* e *secundário*¹¹².

O Professor Bandeira de Mello revela inicialmente a nomenclatura *interesses primários* e *secundários*, baseando-se na doutrina italiana de Renato Alessi. Defende a separação do que é considerado interesse público propriamente

¹⁰⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 410/411.

¹¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 411.

¹¹¹ GRAU, Eros Roberto. *op. cit.*, p. 401.

¹¹² Eros Grau, neste ponto, utiliza a classificação *interesse público primário* e *interesses da Administração*.

dito (primários), e interesses secundários, que representariam os “*interesses que lhe são particulares, individuais*”, que “*se encarnam no Estado enquanto pessoa*”. Indica, ainda, que o Estado, como pessoa jurídica, “*só poderá defender seus próprios interesses privados quando, sobre não se chocarem com os interesses públicos propriamente ditos, coincidam com a realização deles*”¹¹³.

Assim, o que se absorve do exposto pelo autor é que, sendo o Estado uma pessoa jurídica, ele é capaz de subjetivar seus interesses. Além do interesse público, na concepção de que a Administração deve buscar o *interesse coletivo*, esta também possui interesses que lhe são inerentes como pessoa (interesses secundários), e não propriamente o reflexo dos anseios sociais (interesses primários). Independente disso, a Administração, como órgão integrante do Poder Público, na busca desses interesses secundários, deve respeitar os interesses primários.

Das construções trazidas neste ponto é que a doutrina embasa a possibilidade da arbitrabilidade objetiva da Administração Pública, como veremos no próximo ponto.

III.4 – A disponibilidade de bens pela Administração e sua conseqüente arbitrabilidade objetiva

Trazendo o ensinamento por Bandeira de Mello, no ponto anterior, para o âmbito da disponibilidade de bens, Eros Grau nos brinda com a seguinte construção:

[...] a doutrina tem tropeçado em injustificada confusão entre *indisponibilidade do interesse público* e *disponibilidade de direitos patrimoniais*.

Um e outro não se confundem.

¹¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 63.

Para demonstrá-lo, lembro, inicialmente, que indisponível é o *interesse público primário*, e não o *interesse da Administração* [interesse público secundário ou derivado].¹¹⁴
(grifado no original)

O Ministro entende que a Administração Pública, como sujeito de direitos, na prossecução do interesse primário, possui interesses inerentes à ela, os quais são disponíveis.

A doutrina nacional que compartilha este posicionamento é extensa. José dos Santos Carvalho Filho, aprofundando o relatado, ensina que “*a indisponibilidade dos bens públicos significa apenas que o Poder Público não pode disponibilizar seus recursos com total liberdade, como fazem os particulares em geral*”. Retomando a classificação dos atos administrativos, entre atos de império e atos de gestão, explica que nestes últimos, ao se utilizar dos bens públicos, não há indisponibilidade, quando empregados “*dentro de parâmetros de necessidade, utilidade e razoabilidade*”. Traz, ainda, que:

Desse modo, conquanto seja vedada para algumas condutas que importem o exercício do poder de império ou a autoridade pública (*ius imperii*), a arbitragem pode ser adotada em *situações nas quais seja predominante o aspecto de patrimonialidade, com incidência de indisponibilidade relativa*. É o caso, por exemplo, de cláusulas financeiras em contratos celebrados pela Administração, sejam privados, sejam administrativos.¹¹⁵
(grifado no original)

Nos ensinamentos de Diogo de Figueiredo Moreira Neto toma-se por base a “*teoria dos fins*”. Exalta que esta seria a mais indicada “*para definir a existência ou não da disponibilidade administrativa de interesses e de seus correlatos direitos seja por parte do Estado ou de seus delegados*”. Por ela reconhecem-se duas categorias de interesses públicos:

[...] os *primários e os secundários (ou derivados)*, sendo que os primários são *indisponíveis* e o regime público é indispensável, ao passo que os segundos têm natureza instrumental, existindo para que os primeiros sejam satisfeitos, e resolvem-se em *relações patrimoniais* e, por isso, *tornam-se*

¹¹⁴ GRAU, Eros Roberto. *op. cit.*, p. 402

¹¹⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 17ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 238-239, p. 1086/1087.

disponíveis na forma da lei [Lei nº 9.307/1996], não importando sob que regime.¹¹⁶
(grifado no original)

O autor adota o posicionamento concludente do exposto acima afirmando que:

São *disponíveis*, nesta linha, todos os interesses e os direitos deles derivados que tenham expressão *patrimonial*, ou seja, que possam ser quantificados monetariamente, e estejam no comércio, e que são, por esse motivo e normalmente, objeto de contratação que vise adotar a Administração ou seus delegados, dos meios instrumentais de modo a que estejam em condições de satisfazer os interesses finalísticos que justificam o próprio Estado.¹¹⁷

Tem-se aqui um ponto doutrinário convergente fundamental. Trata-se do reconhecimento da disponibilidade dos interesses da Administração, dentre seus atos de gestão ou interesses derivados, que possuam *expressão patrimonial*, ou que possam ser *monetariamente quantificados*, dando ensejo, nestes casos, à possibilidade de pactuação de compromisso arbitral.

Nesta senda, também as palavras de Ricardo Medina Salla:

Assim, separando-se interesses públicos primários atrelados a atos de império (indisponíveis) dos secundários relacionados a atos de gestão (disponíveis), temos que, em matéria de arbitrabilidade objetiva, as pendências referentes a interesses meramente econômicos ou mercadológicos são passíveis de submissão a procedimento arbitral.¹¹⁸

Os autores mencionados acima se preocupam em delimitar os direitos disponíveis para a verificação da arbitrabilidade objetiva.

De maneira inversa, José Emílio Nunes Pinto, em interessante raciocínio, parte primeiramente da verificação do que é *indisponível* pela Administração Pública em suas contratações, tendo como disponíveis os demais interesses e direitos a eles inerentes:

¹¹⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Arbitragem nos contratos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, vol. 209, p. 81-90, jul./set., Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p.84.

¹¹⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *op. cit.*, p.85.

¹¹⁸ SALLA, Ricardo Medina. *op. cit.* p. 87.

O que pretendemos com esta análise é, ao contrário do que normalmente se tem feito, definir os direitos indisponíveis, e não os que são disponíveis e, por consequência, ter como disponíveis todos os demais.¹¹⁹

Neste ponto, inicia seu estudo fixando a indisponibilidade das cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos:

[...] nos contratos com o Estados e suas empresas, estes dispõem de autorização legal para submeter as respectivas controvérsias à arbitragem, nos termos do art. 1º da Lei de Arbitragem (arbitrabilidade subjetiva), mas as controvérsias relativas a cláusulas exorbitantes não darão lugar à arbitragem por se caracterizarem como direitos indisponíveis, estando excluídas, portanto, do escopo da arbitrabilidade objetiva.¹²⁰

Quanto a este aspecto, também se manifesta Mauro Roberto Gomes de Mattos, em incisiva declaração:

Inalienabilidade dos Direitos Concernentes a Interesses Públicos. Não seria ferida a inalienabilidade dos direitos concernentes a interesses públicos porque as cláusulas exorbitantes do Contrato Administrativo não podem ser alteradas pelo juízo arbitral, por serem princípios de ordem pública. A utilização da arbitragem para dirimir contenda resultante em um contrato público possui barreiras que não poderão ser penetradas, e uma delas é a revogação das cláusulas especiais (exorbitantes) colocadas a efeito para preservar o interesse da coletividade.¹²¹
(grifado no original)

O autor prossegue mencionando que tais cláusulas são fixadas para a preservação do interesse público, na medida em que asseguram as prerrogativas do Poder Público quando em suas contratações, sendo elas:

a) modificação unilateral para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos dos contratados; b) rescisão unilateral, nos casos especificados no inciso I, do art. 79, da Lei nº 8.666/93; c) fiscalização da execução do contrato; d) aplicações de sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste e; e) no caso de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato na hipótese de graves faltas contratuais.¹²²

Nunes Pinto, retornando à sua verificação dos direitos indisponíveis da Administração Pública, pondera se o equilíbrio econômico-financeiro do contrato estaria incluído neste rol. Expõe que, assim como o fato do príncipe e o fato da

¹¹⁹ PINTO, José Emílio Nunes. *op. cit.*, p. 17.

¹²⁰ PINTO, José Emílio Nunes. *op. cit.*, p. 19.

¹²¹ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *op. cit.*, p. 126.

¹²² MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *op. cit.*, p. 130.

administração, o equilíbrio econômico-financeiro constitui evento que determina a mutabilidade da relação contratual, sendo, portanto, indisponível. Em suas palavras:

[...] somos de opinião que a determinação da existência ou não do direito de invocar o equilíbrio econômico-financeiro se enquadra na categoria de direitos indisponíveis não sujeitos à arbitragem, mas, ao mesmo tempo, entendemos que *a definição do mecanismo para que se restaure a equação inicial é direito disponível e, portanto, quaisquer controvérsias a ele relativas são passíveis de arbitragem, o que equivale dizer que o tratamento das consequências patrimoniais é matéria, a nosso ver, arbitrável.*¹²³
(grifo acrescentado)

Novamente, revela-se a arbitrabilidade sobre o aspecto da patrimonialidade dos contratos administrativos, ou do que pode ser quantificado monetariamente. Não se está a dispor sobre as prerrogativas do Poder Público, estas sim indisponíveis, mas, verificada a disparidade econômica contratual, abre-se campo para a submissão à juízo arbitral.

Esclarecendo o revelado, Mauro Roberto Gomes de Mattos primeiramente ensina:

Caso ocorra desrespeito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, o que consiste na real e efetiva manutenção do poder aquisitivo da tarifa proposta e ajustada no compromisso firmado entre particular e poder concedente, deverá a parte lesada ou prejudicada (contratado) se socorrer do manto protetor do Poder Judiciário, pois apesar de ser direito cristalino e insofismável tal equilíbrio, o poder público não possui procuração para acordar sobre tais desequilíbrios, a não ser que eles estejam invencivelmente comprovados, sendo incontroversa a adulteração da proposta inicial.¹²⁴

[...]

Todavia, se a administração pública desejar alterar as cláusulas econômico-financeiras e monetárias do contrato administrativo, dependerá da prévia concordância do contratado (art. 58, § 1º, da Lei nº 8.666/93) sem a qual não poderá ser implementada nenhuma mudança da metodologia genesis do ajuste.¹²⁵

(grifo acrescentado)

Para Mattos o juízo arbitral será possível, portanto, quando a Administração Pública desejar a alteração das cláusulas econômico-financeiras

¹²³ PINTO, José Emílio Nunes. *op. cit.*, p. 19.

¹²⁴ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *op. cit.*, p. 130.

¹²⁵ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *op. cit.*, p. 130.

contratuais, através do aceite do contratado. No caso, quem estará dispendo de seus interesses é o particular.

Neste diapasão, o autor relaciona outras situações em que entende cabível a arbitragem:

é lícita a solução arbitral quando ocorrerem as hipóteses de alteração do contrato por acordo das partes, consoante o art. 65, II, da Lei nº 8.666/93: [...].¹²⁶
 Poderá haver também juízo arbitral para a solução dos contratos dos entes públicos que tenham característica privada (§ 3º, do art. 62, da Lei nº 8.666/93), tais como: contratos de seguro, financiamento, de locação, e etc.¹²⁷

E conclui afirmando:

Em resumo: todas as cláusulas que impliquem em remissão, transação ou renúncia de direitos de conteúdo público, como as relativas ao exercício do poder de polícia, do poder impositivo, das bases de tarifas, da disposição do domínio público, de controlar a prestação dos serviços concedidos não são admitidos no Juízo Arbitral, por serem enquadrados como direitos indisponíveis e como tal insuscetível da solução extrajudicial.¹²⁸

Importante referir o posicionamento contrário de Celso Antônio Bandeira de Mello quando se refere à disponibilidade do interesse público nas concessões de serviços públicos.

O autor, ao comentar o artigo 23-A da Lei das Concessões (Lei nº 8.987/1995), defende que:

é inadmissível que se possa afastar o Poder Judiciário quando em pauta interesses indisponíveis, como o são os relativos ao serviço público, para que particulares decidam sobre a matéria que se constitui em *res extra commercium* e que passa, então, muito ao largo da força decisória deles.¹²⁹

Em oposição ao exposto no presente ponto, o autor atrela a indisponibilidade do interesse público ao instituto das concessões de serviços públicos.

¹²⁶ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *op. cit.*, p. 130.

¹²⁷ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *op. cit.*, p. 131.

¹²⁸ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *op. cit.*, p. 131.

¹²⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2007, p.

Deve-se ponderar, neste âmbito, o revelado por Caio Tácito, em transcrição trazida por Ricardo Medina Salla:

A satisfação dos interesses públicos secundários concretiza-se geralmente sob a égide do direito privado e se resolve em relações patrimoniais – relações patrimoniais, que por estarem no campo da liberdade contratual da Administração Pública são direitos disponíveis.¹³⁰

Em complementação Selma Lemes leciona:

[...] quando a Administração Pública direta e indireta age e operacionaliza interesses públicos primários, estes se tornam interesses públicos derivados, com reflexos patrimoniais e, portanto, disponíveis.¹³¹

III.5 – Indisponibilidade de bens e a concepção de contratos administrativos

Ilustrada a relação entre direitos disponíveis e indisponíveis, é possível deparar-se com a argumentação de que a arbitragem não seria possível pela indisponibilidade dos *contratos administrativos*, da mesma forma que se discute a indisponibilidade de bens da Administração.

Diante da necessária disponibilidade de direitos para a averiguação da arbitrabilidade objetiva, tem-se que o juízo arbitral seria cabível em questões de natureza contratual ou *privada*. Vimos que existem direitos disponíveis pela Administração quando na concretização de seus interesses derivados.

O Ministro Eros Grau¹³² revela que a Constituição atribui a todos os contratos firmados pela Administração a denominação de *contratos administrativos*. Não existem, portanto, a previsão expressa de *contratos privados da Administração*, situação em que a disponibilidade de direitos estaria mais explícita. No entanto, existem contratos administrativos em que estão em jogo direitos disponíveis.

¹³⁰ TÁCITO, Caio. *Apud* SALLA, Ricardo Medina. *op. cit.* p. 97.

¹³¹ LEMES, Selma Ferreira. *op. cit.*, p. 97.

¹³² GRAU, Eros Roberto. *op. cit.*, p. 398/402.

Na medida em que não é prevista uma classificação dos contratos administrativos que distinga explicitamente os atos de soberania dos atos de gestão, na busca dos interesses derivados da Administração, os regimes jurídicos de direito privado e público se mesclam. Em outras palavras, qualquer contrato pode refletir elementos de direito administrativo e de direito privado.

Assim, a vedação à arbitragem para todo e qualquer contrato da Administração não pode ser aceita, já que podem vir a existir direitos disponíveis na relação contratual.¹³³

III.6 – Arbitrabilidade objetiva e a jurisprudência do STJ

A jurisprudência nacional é harmônica com a posição doutrinária relatada neste capítulo.

Em julgamento de 2005, ao tratar da arbitrabilidade de sociedade de economia mista, o Superior Tribunal de Justiça se posiciona a favor da pactuação de cláusula compromissória. Trata-se, como já trazido ao primeiro capítulo deste trabalho, do Recurso Especial nº 612.439-RS.

Em seu voto, o Ministro Relator João Otávio de Noronha ressalta o caráter econômico-comercial das relações contratuais das empresas estatais prestadoras de serviços públicos de natureza industrial ou atividade econômica, afirmando que os direitos e obrigações deles decorrentes serão transacionáveis, disponíveis e, portanto, sujeitos à arbitragem. Ainda aclara que:

[...] quando as atividades desenvolvidas pela empresa estatal decorram do poder de império da Administração Pública e, conseqüentemente, sua consecução esteja diretamente relacionada ao interesse público primário,

¹³³ FERREIRA NETTO, Cássio Telles. *op. cit.* p. 53.

estarão envolvidos direitos indisponíveis e, portanto, não-sujeitos à arbitragem.¹³⁴

Mais detalhado, porém, é o voto do Ministro Luiz Fux, fulcrado nos autos do MS nº 11.308/DF, em julgado de 2006. Nesta oportunidade o eminente julgador faz um compendio do trazido à respeito da arbitrabilidade objetiva, pelo que se colaciona parte de seu voto:

Contudo, não se deve confundir os conceitos de indisponibilidade do interesse público e disponibilidade de direitos patrimoniais.

A escorreita exegese da dicção legal impõe a distinção jus-filosófica entre o interesse público primário e o interesse da administração, cognominado “interesse público secundário”, consoante as lições de Carnelutti, Renato Alessi, Celso Antônio Bandeira de Mello e do Min. Eros Roberto Grau.

O Estado, quando atestada a sua responsabilidade, revela-se tendente ao adimplemento da correspectiva 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.

Deveras, é assente na doutrina e na jurisprudência que indisponível é o interesse público, e não o interesse da administração.

[...]

Nestes termos, resta afirmar que a arbitragem se presta a dirimir litígios relativos a direitos **patrimoniais disponíveis**, o que não significa dizer disponibilidade do interesse público, pois não há qualquer relação ente disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade de interesse público.

Ora, tratar de direitos disponíveis, ou seja, de direitos patrimoniais, significa valer-se da possibilidade de transferi-los a terceiros, porquanto alienáveis.

Nesta esteira, saliente-se que 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.¹³⁵

(grifado no original)

Por todo o exposto neste capítulo, é injustificável a vedação da utilização do instituto da arbitragem pela Administração Pública, diante de sua arbitrabilidade objetiva.

¹³⁴ REsp 612439 / RS - RECURSO ESPECIAL 2003/0212460-3. Relator(a): Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA. STJ - SEGUNDA TURMA. Data do Julgamento: 25/10/2005. Data da Publicação/Fonte: DJ 14/09/2006.

¹³⁵ MS 11.308 / DF - MANDADO DE SEGURANÇA nº 2005/0212763-0. Relator(a): Ministro LUIZ FUX. STJ. Data do Julgamento: 07 de fevereiro de 2006. Data da Publicação: DJ 03 de março de 2006.

O Estado tem a capacidade de transigir, contratar e negociar certos aspectos patrimoniais a ele inerentes, de outra forma, se congelaria a atuação estatal, prejudicando-se, assim, a busca do interesse público primário.

Ainda, o instituto da arbitragem se apresenta como uma maneira eficaz na resolução de eventuais conflitos nas relações disponíveis da Administração, diante de seus diversos benefícios.

Os benefícios envolvidos quando pactuado litígio arbitral possibilita, também, a concretização de outros princípios constitucionais administrativos. É o que se passa a estudar no capítulo seguinte.

IV – ARBITRAGEM E O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

Verificamos nos capítulos anteriores a utilização do instituto da arbitragem diante dos princípios da legalidade e da supremacia do interesse público. Referidos pontos foram abordados ante questionamentos verificados, no âmbito jurídico nacional, sobre a validade de cláusula compromissória em contratos administrativos por violar os princípios mencionados.

Superados estes itens, faz-se oportuna a análise do porquê a Administração Pública deveria abrir mão da jurisdição estatal em virtude de um juízo arbitral, ou, quais as vantagens que isso traria para o Poder Público.

Para responder a estas indagações se apresenta neste capítulo um breve estudo sobre as diversas vantagens do instituto arbitral relacionadas ao princípio da eficiência administrativa.

Nesta esteira, primeiramente, cumpre um esclarecimento doutrinário sobre o aludido princípio.

IV.1 - O princípio da eficiência

A ideia de eficiência pela Administração Pública era abordada anteriormente, no ordenamento interno pátrio, pelo Decreto-Lei nº 200/1967, “ao *submeter toda a Administração Pública ao ‘controle de resultado’*”¹³⁶.

Atualmente, com a aprovação da Emenda Constitucional nº 19, de 1998, o princípio da eficiência foi incluído no rol de princípios do artigo 37 da Constituição Federal¹³⁷.

¹³⁶ LEMES, Selma Ferreira. *op. cit.*, p. 152.

¹³⁷ CONSTITUIÇÃO FEDERAL:

Concebe-se por eficiência o princípio que determina que a Administração Pública atue de forma ágil e precisa para atender as necessidades sociais, optando por formas mais céleres e apropriadas e que produzam os melhores resultados e a custos menores.¹³⁸

Marçal Justen Filho refere, num primeiro momento, que “*todas as competências estatais têm de ser exercidas do modo mais satisfatório possível*”, vedando-se o “*desperdício ou a má utilização dos recursos destinados à satisfação de necessidades coletivas*”, obtendo-se, portanto, o máximo de resultados com a menor quantidade de desembolso.¹³⁹

Rafael Maffini expõe que:

Em termos gerais, é princípio que impõe sejam as condutas administrativas orientadas a resultados satisfatórios, significando, assim, um primado de qualidade da ação da Administração Pública.¹⁴⁰

Dirley da Cunha Júnior, por sua vez, baseando-se no entendimento de Diógenes Gasparini, ressalta três características referentes ao princípio em questão, sendo elas a *rapidez*, a *perfeição* e o *rendimento* na atuação administrativa.

Aclara que as atividades estatais devem ser desempenhadas de forma rápida, atingindo seus propósitos de forma célere e dinâmica, afastando qualquer ideia de burocracia; deve ser perfeita, no sentido de satisfatória e completa; e rentável, pois deve atuar da forma menos onerosa possível, porém com máxima produtividade.¹⁴¹

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...].

¹³⁸ LEMES, Selma Ferreira. *op. cit.*, p. 152.

¹³⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.*, p. 85.

¹⁴⁰ MAFFINI, Rafael. **Direito administrativo**. *op. cit.*, 2009, p. 50.

¹⁴¹ GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007. *Apud* CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 10ª edição. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 44.

O autor também discorre que o princípio da eficiência abarca as ideias de *eficiência* e *eficácia*, da maneira que são distinguidas no âmbito da ciência da Administração Pública. A *eficiência* seria o emprego dos meios adequados, visando garantir a melhor utilização dos recursos disponíveis, é a preocupação com os *meios*; já a *eficácia* seria o sucesso dos resultados obtidos, ou os *fins*. Trata-se do atendimento do contemporaneamente referido como *efetividade administrativa*.¹⁴²

Em complementação, para Marçal Justen Filho, a eficiência administrativa não pode ser confundida com eficiência econômica, motivo que leva parte da doutrina a referi-la como “*princípio da eficácia administrativa*”, reduzindo o risco de transposição indevida dos conceitos econômicos para a dimensão estatal. O autor aponta que para a Administração Pública existe uma ponderação maior de valores, em contraposição do que ocorre com a iniciativa privada, que visa primariamente o lucro, ou eficiência econômica. Assim, o Poder Público não deve eleger o lucro ou a rentabilidade como princípio único ou fundamental¹⁴³. Esclarece que:

A eficácia administrativa significa que os fins buscados pela Administração devem ser realizados segundo o menor custo econômico possível, o que não é sinônimo de obtenção do maior lucro.¹⁴⁴

Em sintonia com o trazido, e em brilhante exposição, tem-se o ensinamento por Alexandre Santos de Aragão. O autor relewa o fato de que o Estado “*visa satisfazer determinadas necessidades sociais, sendo vinculado ao atendimento eficiente dos fins sociais e fáticos aos quais se destina*”¹⁴⁵. Ainda, elucida que:

A eficiência não pode ser entendida apenas como maximização do lucro, mas sim como um melhor exercício das missões de interesse coletivo que incumbe ao Estado, que deve obter a maior realização prática possível das finalidades do ordenamento jurídico, com os menores ônus possíveis, tanto para o próprio Estado, especialmente de índole financeira, como para as liberdades dos cidadãos.¹⁴⁶

¹⁴² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *op.cit.*, p. 45.

¹⁴³ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.*, p. 86.

¹⁴⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.*, p. 87.

¹⁴⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O princípio da eficiência**, p. 01. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-4-NOVEMBRO-2005-ALEXANDRE%20ARAG%C3%83O.pdf>. Acesso em 23 de janeiro de 2012.

¹⁴⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O princípio da eficiência**, *op. cit.*, p. 01.

Partindo dessas premissas Aragão traz a ideia de que os resultados práticos das normas jurídicas devem ser relevados como legitimadores de sua aplicação.

Trata-se da ideia de “*Administração de resultados*” que, “*obrigada a assegurar com rapidez, eficiência, transparência e economicidade, bens e/ou serviços à comunidade e às pessoas*”¹⁴⁷:

[...] tende, de um lado, a transformar a legalidade mais em uma obrigação de respeito a princípio do que de respeito a preceitos, e, por outro lado, a assumir parâmetros de avaliação de tipo informal e substancial [...].¹⁴⁸

Ressalta que isso acarreta dois posicionamentos: a juridicidade da atuação estatal, com relevância dos seus resultados atrelados apenas no limite de observância da lei, e o redimensionamento da lei e sua relevância no limite dos resultados alcançados.

Conclui que o dilema deve ser resolvido, “*não pelo menosprezo da lei, mas pela valorização de seus elementos finalísticos*”, sendo que:

[...] todo ato, normativo ou concreto, só será válido ou validamente aplicado, se, *ex vi* do Princípio da Eficiência (art. 37, *caput*, CF), for a maneira mais eficiente ou, na impossibilidade de se definir esta, se for pelo menos uma maneira razoavelmente eficiente de realização dos objetivos fixados pelo ordenamento jurídico.¹⁴⁹

Para tanto, o autor salienta que o princípio da eficiência não estaria a mitigar ou ponderar o princípio da legalidade, mas a submergi-lo em um nova lógica, a de uma legalidade finalística e material, a dos resultados práticos, e não mais à da legalidade formal e abstrata¹⁵⁰. Outrossim, indica que os resultado práticos das normas jurídicas são elementos essenciais para determinar como, a partir desses

¹⁴⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O princípio da eficiência**, op. cit., p. 02.

¹⁴⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O princípio da eficiência**, op. cit., p. 02.

¹⁴⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O princípio da eficiência**, op. cit., p. 03.

¹⁵⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O princípio da eficiência**, op. cit., p. 04.

dados empíricos, devam ser interpretadas – ou reinterpretadas –, legitimando a sua aplicação¹⁵¹.

Sobre o efeito legitimador do princípio da eficiência, também Dennys Zimmermann, em transcrição do ensinamento por Rodrigo Jansen, expõe que:

A eficiência jurídica funciona, ademais, como princípio de legitimação (postulado ou princípio instrumental). Nesse sentido, vai operar em conjunto com os subprincípios da proporcionalidade em sentido estrito, exigindo uma adequação qualificada da ação administrativa às suas finalidades; e que dentre os meios igualmente eficientes (adequação qualificada) opte-se por aquele que menos restrinja outros interesses envolvidos.¹⁵²

Outro ponto crucial que se verifica sobre o princípio da eficiência, como corolário, é a noção de princípio da economicidade.

Sobre esta questão Selma Lemes traz a ideia de que se trata da “*obtenção da melhor relação custo/benefício na realização de despesas ou de obtenção de receitas públicas*”¹⁵³.

A autora ressalta que se relaciona com a ideia de “melhor contrato”. Por este princípio, a norma jurídica passa a ter um papel diferente, assumindo em sua interpretação uma valoração de conteúdo econômico e social.

Alexandre Santos de Aragão se refere a este princípio como “*a expressão especializada, pecuniária, do princípio da eficiência*”.

[...] trata da obtenção do melhor resultado estratégico possível de uma determinada alocação de recursos financeiros, econômicos e/ou patrimoniais em um dado cenário socioeconômico. [...] Por alocação ótima entende-se aquela que propicia se alcançar o máximo resultado econômico

¹⁵¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Interpretação consequencialista e análise econômica do Direito Público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, v. 11, n. 57, p. 29-52, set. 2009, p. 32. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/35999>. Acesso em 10 de outubro de 2011.

¹⁵² ZIMMERMANN, Dennys. Alguns aspectos sobre a arbitragem nos contratos administrativos à luz dos princípios da eficiência e do acesso à justiça: por uma nova concepção do que seja interesse público. **Revista de Arbitragem e Mediação**. Ano 4, nº 12, jan/mar, 2007, p. .

¹⁵³ SOUTO, Marcos J. Villela. *Apud* LEMES, Selma Ferreira. *op. cit.*, p. 154.

da alocação de bens e/ou serviços, ou seja, permite o alcance da máxima eficiência econômica. [...] “Economizar” significa maximizar lucros.¹⁵⁴

Corrente crescente no âmbito jurídico nacional, e que sintoniza com os princípios da eficiência e economicidade, é a doutrina da Análise Econômica do Direito (*Law and Economics*). Convém fazer-se menção a esta doutrina como uma prudente alusão. Contudo, este trabalho se dedica especificamente à análise da arbitragem frente a determinados princípios administrativos, motivo pelo qual se abstém de um maior aprofundamento sobre o tema, o que requereria uma dedicação específica.¹⁵⁵

Todavia, pode-se afirmar que esta doutrina se utiliza de conceitos econômicos e de mercado para estudar a influência que a produção de leis, a tomada de decisões administrativas, e a jurisprudência causam na sociedade.

Para o autor Paulo Caliendo, tem-se que “*esta tem sido entendida, de modo geral, como sendo a utilização da teoria econômica e métodos econométricos para o exame do Direito e instituições jurídicas*”.¹⁵⁶

Antonio Celso Fonseca Pugliese e Bruno Meyerhof Salama destacam o que segue:

De modo geral, a análise econômica do direito aplica a teoria microeconômica às normas e instituições jurídico-políticas. O direito é visto, pela ciência econômica, como mecanismo indutor da conduta humana e interfere na conduta humana fundamentalmente por meio de *incentivos*.¹⁵⁷

¹⁵⁴ BUGARIN. *APUD* ARAGÃO, *op. cit.* 2009.

¹⁵⁵ Quanto à doutrina da Análise Econômica do Direito *vide* LEMES, Selma Ferreira. *op. cit.*; ARAGÃO, Alexandre Santos de. *op. cit.* 2009; GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *op. cit.*; ZIMMERMANN, Dennys. *op. cit.*, p. 69/93; TIMM, Luciano Benetti. **Arbitragem em contratos públicos: o posicionamento do STJ no caso CEEE-RS VS. AES**. Disponível em: <http://www.cmted.com.br/restrito/upload/artigos/32.pdf>. Acesso em: 10 de outubro de 2011.

¹⁵⁶ CALIENDO, Paulo. Direito internacional privado e análise econômica do direito. *In*: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e Economia**. São Paulo: Editora Thomson IOB, 2005. p. 201.

¹⁵⁷ PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. A economia na arbitragem: escolha racional e geração de valor. *In*: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca. **Arbitragem no Brasil: Aspectos Jurídicos Relevantes**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 75.

Os autores referem que por meio de incentivos econômicos os agentes tomam suas decisões, inclusive ao submeter um litígio contratual perante determinada jurisdição (estatal ou privada – arbitragem). Prosseguem afirmando:

[...] ao escolherem algum mecanismo de solução de controvérsias, os indivíduos consideram os prováveis custos e benefícios de cada uma das opções disponíveis no mercado e tomam as decisões que minimizem suas perdas e maximizem seus ganhos.

Diante do princípio da eficiência e economicidade o Poder Público, em suas atuações contratuais, também deve se utilizar de tais raciocínios para a busca, como já explicitado, do melhor resultado econômico e social.

Conceito muito utilizado para a doutrina do “*Law and economics*” é o que se denomina “custos de transação”, que:

[...] são os custos para a realização de intercâmbios econômicos. Todos os custos que o indivíduo incorre, em função dos relacionamentos que deve manter com os demais integrantes do sistema produtivo, podem ser chamados de custos de transação.¹⁵⁸

No tocante à arbitragem, em comparação com a prestação jurisdicional estatal, aquela:

[...] pode reduzir os custos de transação da prestação jurisdicional. Em primeiro lugar, em razão da *agilidade* com que é concluída. O procedimento arbitral não está sujeito à rigidez dos processos judiciais, não se submete ao regime dos infundáveis recursos a instâncias superiores, e os árbitros, não raro, contam com a infra-estrutura necessária para que suas decisões sejam tomadas com grande rapidez.¹⁵⁹

Diante do exposto neste ponto, passa-se a uma análise das vantagens e incentivos econômicos propiciados pelo instituto da arbitragem.

IV.2 - Incentivos econômicos da arbitragem

¹⁵⁸ PUGLIESE, *op. cit.* p. 77.

¹⁵⁹ PUGLIESE, *op. cit.* p. 78.

Luciano Benetti Timm, em análise à decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no caso *Alon/Aib v. Converse Inc*¹⁶⁰, ao estudar a arbitragem sob a ótica empresarial, comenta que:

São comumente elencáveis como pontos favoráveis da arbitragem frente à jurisdição estatal: a) celeridade (a LA fala em um máximo de seis meses para o conflito ser resolvido); b) sigilo (terceiros não têm acesso ao procedimento das partes); c) especialidade do árbitro, que não precisa sequer ser bacharel em Direito. Poder-se-ia ainda listar o menor formalismo do procedimento.¹⁶¹

Mauro Roberto Gomes de Mattos, ao estudar o instituto sob a ótica da Administração Pública, ressalta a celeridade e o menor custo como atributos que prestigiariam sua utilização.¹⁶²

Por sua vez, comentando sobre os levantamentos de Cláudio Vianna de Lima, Diogo de Figueiredo Moreira Neto acrescenta as seguintes excelências e vantagens da arbitragem:

1. possibilita a intervenção de especialistas na matéria em litígio;
2. desafoga o judiciário, resguardando-o para atuar nos litígios que lhe são próprios;
3. tende ao ideal da pronta justiça do caso; e
4. promove uma justiça coexistencial, pois leva à obtenção de um consenso, antes do que uma condenação.¹⁶³

Neste ponto, portanto, se fará um estudo das vantagens apresentadas pelo instituto arbitral, quais sejam: a celeridade do juízo e o menor custo, para posteriormente fazer-se um contraponto com as particularidades demonstradas do princípio da eficiência.

Exclui-se a apreciação de algumas das vantagens do instituto que se apresentam abertamente para o meio empresarial privado, são elas o sigilo, a especialidade das decisões (escolha dos árbitros) e a eleição de regras para a

¹⁶⁰ Apelação Cível nº 70011879491, 9ª Câmara Cível, TJ/RS, Rel. Des. MARILENE BONZANINI BERNARDI, Julgado em 29/06/2005.

¹⁶¹ TIMM, Luciano Benetti. Arbitragem no comércio internacional: análise do caso *Alon/Aib v. Converse Inc*. TJ/RS. In: TIMM, Luciano Benetti. **O Novo Direito Civil**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2008. p. 186.

¹⁶² MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *op. cit.*, p. 129.

¹⁶³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *op. cit.*, p. 83.

solução do litígio. O motivo de tais referências não serem explanadas é pelo fato de que se exigiria uma apreciação conjunta com outros princípios administrativos e prerrogativas da Administração Pública, como as cláusulas exorbitantes, o princípio da publicidade, submissão à lei brasileira, etc., o que requereria um estudo próprio.

IV.2.1- Celeridade das decisões

A Lei de Arbitragem traz literalmente o objetivo do procedimento arbitral em ser célere:

Art. 23. A sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. **Nada tendo sido convencionado, o prazo para a apresentação da sentença é de seis meses**, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro.

Parágrafo único. As partes e os árbitros, de comum acordo, poderão prorrogar o prazo estipulado.
(grifou-se)

É notado no meio prático arbitral que dificilmente as decisões judiciais venham a ser concluídas no prazo de seis meses. Mas a Lei de Arbitragem deixa clara a possibilidade de prorrogação.

Muitos são os fatores que podem fazer com que não se consiga uma decisão no prazo estipulado legalmente.

Neste sentido, Antonio Carlos Rodrigues do Amaral¹⁶⁴ salienta que na prática internacional a média para o término de um processo arbitral seria de 18 meses, e para casos complexos esse período pode chegar a quatro anos.

O autor não descarta a possibilidade de recursos frente ao judiciário, numa tentativa de anulação da sentença arbitral, no que tange os casos previstos no artigo 32 da Lei de Arbitragem¹⁶⁵.

¹⁶⁴ AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. Arbitragem: oportunidades, riscos e desafios. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). **Grandes temas da atualidade: Mediação, Arbitragem e Conciliação**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 10.

Quanto a este ponto, é imprescindível mencionar que as relações comerciais se baseiam na confiança entre as partes. Se uma delas vier a se utilizar da jurisdição pública como meio procrastinatório de se estabelecer o processo arbitral, ou da execução de um laudo arbitral, isso acabaria por prejudicar a sua imagem perante o mercado, mesmo sendo empresa de capital estatal.

A falta de celeridade do Poder Judiciário é notória, conforme diversos estudos¹⁶⁶, particularmente em razão da grande demanda imputada à instituição.

Em relação a alguns aspectos da falta de celeridade do Processo Judicial, Selma Lemes refere três motivos:

Primeiro, o árbitro tem mais tempo para dedicar-se à solução da controvérsia, pois ele é juiz daquele caso específico (art. 18 da Lei n. 9.307 de 1996) e não como um juiz togado que tem que proferir muitas sentenças por mês. Segundo, as regras processuais são mais flexíveis. A legislação processual somente é invocada no processo arbitral, por analogia, quando a lógica do razoável assim o exigir. O procedimento a ser seguido é o escolhido pelas partes e deve ser pautado nos princípios da igualdade de tratamento das partes, do contraditório e do livre convencimento do árbitro (art. 21, p. 2 da Lei n. 9.307 de 1996). Terceiro, quando as questões são de alta complexidade técnica, recomenda-se a arbitragem e também que do tribunal arbitral faça parte árbitro que detenha os conhecimentos técnicos referentes à matéria controvertida, o que facilita muito o desenvolvimento da arbitragem na aferição dos fatos.

Desta forma, ao eleger a arbitragem como resolução de eventuais conflitos em determinado contrato, se prevê uma resolução mais rápida e eficiente, desonerando assim a disposição de recursos em manter disputas judiciais, que em certos casos são previsivelmente demoradas.

¹⁶⁵ LEI Nº 9.307/1996:

Art. 32. É nula a sentença arbitral se:

I - for nulo o compromisso;

II - emanou de quem não podia ser árbitro;

III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei;

IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem;

V - não decidir todo o litígio submetido à arbitragem;

VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva;

VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e

VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.

¹⁶⁶ LEMES, Selma Ferreira. *op. cit.*, p. 170/173.

A celeridade do procedimento arbitral, desta forma, abre espaço para uma melhor alocação dos recursos que seriam despendidos se, ao invés, fosse eleita a jurisdição estatal, diante de sua inegável lentidão.

IV.2.2 - Custo do processo arbitral

As controvérsias neste ponto geram muitas discussões entre a doutrina. Existem duas vertentes sobre os custos da Arbitragem em comparação à solução de um mesmo conflito perante o Judiciário: uma refere ser mais barata, e a outra defende o oposto.

Pois bem, diante desta divergência é necessário estabelecer as formas de financiamento dos meios de solução de conflitos mencionados. Neste sentido, o autor Julian Alfonso Magalhães Chacel nos explica:

Diga-se, desde logo, que a Justiça Estatal não é gratuita. A Justiça oficial é financiada através dos meios normais de financiamento do Estado, o imposto e o empréstimo, “socializando” em grande parte os custos de transação dos litígios contratuais que, em contraste, na arbitragem, são incorridos pelas partes. As fontes de financiamento reforçam na arbitragem a idéia de uma forma de administração privada de justiça, ainda que por delegação do Estado, através da Lei.¹⁶⁷

Ou seja, em muitos aspectos em que os custos da jurisdição pública são socializados, na Arbitragem são arcados pelas partes.

Nesta senda, o autor Antonio Carlos Rodrigues do Amaral nos traz que:

Quanto à suposta economia, é preciso destacar que o recurso à arbitragem, principalmente em questões complexas e de valores elevados, está longe de ser econômica e pode, em muitos casos, ser inclusive superior ao custo de uma demanda judicial.¹⁶⁸

¹⁶⁷ CHACEL, Julian Alfonso Magalhães. Aspectos da economia institucional e a arbitragem comercial. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Ano 2, nº 5 – abril/junho, 2005, p. 34.

¹⁶⁸ AMARAL, *op. cit.*, p. 11.

A posição do autor é de que a Arbitragem pode vir a ser mais cara, *stricto-sensu* (sem considerar as outras vantagens trazidas pelo instituto em questão), que a jurisdição pública.

Já na visão do autor Luciano Benetti Timm, o alto custo da arbitragem não seria tão desvantajoso:

Os norte-americanos costumam dizer que a arbitragem é menos custosa do que a jurisdição estatal, mas isso não pode ser levado ao pé da letra. Com efeito, não se pode dizer que a arbitragem seja necessariamente menos custosa para as partes; estritamente falando, ela é mais cara (basta que se vejam os honorários dos árbitros dos grandes tribunais arbitrais e as taxas de administração das melhores câmaras arbitrais). Contudo, para muitas empresas, **a espera por um julgamento definitivo que levará anos para ser resolvido pode ser economicamente mais prejudicial do que pagar relativamente caro para uma rápida e qualificada solução da lide** (vale dizer, o custo-benefício da arbitragem seria positivo), o que pode até salvar o relacionamento comercial.¹⁶⁹
(grifou-se)

Numa visão econômica mais abrangente, o custeio mais alto por uma decisão, como citada, *rápida e qualificada*, implica num maior custo-benefício (*positivo*) em se tratando do meio arbitral.

O autor Armando Castelar Pinheiro, segundo pesquisa no meio empresarial, conclui que a lentidão da justiça estatal – e poderia se acrescentar aqui o seu “baixo custo”:

[...] encoraja o recurso ao judiciário não para buscar um direito ou impor o respeito a um contrato, mas para impedir que isso aconteça ou pelo menos protelar o cumprimento de uma obrigação.¹⁷⁰

Assim, diante da internalização dos custos do litígio, a utilização da prestação jurisdicional privada como meio protelatório de discussões fica limitada, garantindo portanto, uma maior eficiência no cumprimento contratual.

Isto, posto que:

¹⁶⁹ TIMM, Luciano Benetti. Arbitragem no comércio internacional: análise do caso Alon/Aib v. Converse Inc. TJ/RS. *op. cit.*, p. 186.

¹⁷⁰ PINHEIRO, Armando Castelar. Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto? *In*: TIMM, Luciano. **Direito e Economia**. São Paulo: Editora Thomson IOB, 2005. p. 61.

Porque contratos não são eficientemente garantidos, as firmas podem decidir não executar determinados negócios, deixar de explorar economias de escala, combinar insumos ineficientemente, não alocar sua produção entre clientes e mercados da melhor forma, deixar recursos ociosos etc. Além disso, tendem a se verticalizar, trazendo para o seio da empresa atividades que poderiam ser mais bem desenvolvidas em firmas especializadas. A eficiência também é comprometida pelo consumo de recursos escassos no próprio processo de litígio. Longos processos na justiça demandam advogados, tempo e atenção das partes e dos juízes.¹⁷¹

Nota-se uma relação direta entre o custeio relativamente alto da Arbitragem compensado pela sua celeridade e qualificação.

A economia trazida pela arbitragem foge a um cálculo simples de despesas embutidas. É necessária uma análise de custo-benefício perante as vantagens que o processo arbitral pode vir a oferecer.

IV.3 – A arbitragem como instituto concretizador do princípio da eficiência

Temos que a arbitragem é procedimento célere na resolução de conflitos. Vimos, também, que o custo de um juízo arbitral poderá ser relativamente mais alto do que uma demanda judicial, mas que, devido à celeridade e especialização das decisões, a alocação de recursos se torna mais proveitosa, sem ficar vinculada a uma demanda que poderia perdurar por anos judicialmente.

É neste contexto que muitos doutrinadores defendem a utilização da arbitragem pela Administração Pública nas matérias em que esta possa transigir.

Eros Grau afirma que o uso da arbitragem não só “*não é defeso aos agentes da Administração, como, antes, é recomendável, posto que privilegia o interesse público*”¹⁷². O Ministro, em referência à Themístocles Cavalcanti, assevera que:

¹⁷¹ PINHEIRO, Armando Castelar. *op. cit.*, p. 63-64.

¹⁷² GRAU, Eros Roberto. *op. cit.*, p. 398/399.

[...] a administração realiza muito melhor os seus fins e a sua tarefa, convocando as partes que com ela contratarem, a resolver as controvérsias de direito e de fato perante o juízo arbitral, do que denegando o direito das partes, remetendo-as ao juízo ordinário [...].¹⁷³

Dennys Zimmermann relata que a via arbitral, assim como a via judicial estatal, envolve a efetivação de certas garantias do Poder Público, prestigiadas pelo legislador ao permitir sua adoção. Ensina que:

Se estas garantias, no caso em concreto, forem qualitativamente as mais adequadas às finalidades que elas visam a instrumentalizar, não se haverá de questionar a outorga de quaisquer poderes especiais ao administrador, o qual não só está “autorizado” a adotar a via arbitral, como, sobretudo, **não pode se furtar de fazê-lo sempre que este mecanismo dissuasório afigurar-se o único que permitir à Administração a realização dos objetivos a que ela está adstrita.**¹⁷⁴
(grifou-se)

Neste sentido, Cássio Telles Ferreira Netto vê a arbitragem como instrumento de desenvolvimento. Revela as mudanças na atuação estatal a partir da Constituição de 1988 e do processo de privatizações de funções antes consideradas eminentemente públicas, considerando que:

Ao evoluir diante das novas funções do Estado, que deixa de ser o dirigente exclusivo da economia, para se tornar, ao mesmo tempo, fiscal e parceiro da iniciativa privada, o Direito Administrativo se atualiza e passa a compreender que a arbitragem é uma garantia necessária para que o contrato administrativo possa sobreviver às várias transformações da economia do mundo moderno.¹⁷⁵

Rafaela Ferraz discorre no sentido de que “*a ação administrativa eficiente passa a considerar os meios mais adequados para atingir os fins público almejados*”¹⁷⁶. Nesse sentido, aponta que, para a Administração, quando envolvidos direitos disponíveis, a arbitragem mostra-se um meio *eficiente* na resolução de conflitos contratuais, em contraposição ao judiciário, na medida em que é mais célere, econômico, técnico, informal e participativo.

¹⁷³ CAVALCANTI, Themístocles. *Apud* GRAU, Eros Roberto. *op. cit.*, p. 399.

¹⁷⁴ ZIMMERMANN, Dennys. *op.cit.*, p. 89.

¹⁷⁵ FERREIRA NETTO, Cássio Telles. *op. cit.* p. 75/76.

¹⁷⁶ FERRAZ, Rafaela. *op. cit.*, p. 35.

Também refere que atende ao subprincípio da economicidade por não acumular juros e correção monetária, devido à sua celeridade, e pela inexistência de custas arbitrais, proporcionais ao valor envolvido na disputa, e verbas de sucumbência.¹⁷⁷

Sobre a preferência da arbitragem sobre a justiça estatal, Selma Lemes traz que “há um imperativo de natureza econômico-financeira que recomenda esta opção: os benefícios diretos e indiretos que dela advirão”¹⁷⁸. Realça como benefícios diretos a economia nos custos de transação, por consistir em fator de atração do capital privado, e por libertar o judiciário do exame de questões complexas, compatíveis em foros especializados. Como indiretos, indica a maior atração de participantes para licitações, aumentando a competitividade entre o setor privado, empreender maior segurança jurídica, economizar com a não utilização da justiça estatal, melhorando assim a prestação jurisdicional dos cidadãos.¹⁷⁹

A autora enfatiza que a arbitragem contribui para a eficiência e economicidade administrativas. Ressalta a importância do instituto principalmente nos contratos que “buscam a execução de obras e serviços, fornecimento de bens, concessões de obras e serviços públicos e de parcerias público-privadas”, onde é evidente a caracterização do interesse público derivado.

Conclui no sentido de que, na visão da doutrina da Análise Econômica do Direito, a Lei da Arbitragem possui as características de eficiência e eficácia, que devem ser ponderadas pelo Poder Público, pois os contratantes saberão que as disputas serão resolvidas em tempo considerável, as regras são claras e objetivas, haverá redução dos custos envolvendo o litígio, vislumbra uma maior segurança jurídica e uma otimização dos recursos públicos.¹⁸⁰

¹⁷⁷ FERRAZ, Rafaella. *op. cit.*, p. 35/36.

¹⁷⁸ LEMES, Selma Ferreira. *op. cit.*, p. 157.

¹⁷⁹ LEMES, Selma Ferreira. *op. cit.*, p. 157/158.

¹⁸⁰ LEMES, Selma Ferreira. *op. cit.*, p. 180.

Diante do elencado, pode-se perceber que o instituto da arbitragem condiz com os preceitos de eficiência e economicidade que devem, constitucionalmente, ser respeitados pela Administração Pública na sua prossecução do Interesse público.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O instituto da arbitragem é cada vez mais aceito, compreendido, estudado e utilizado no Brasil. É crescente o seu reconhecimento como meio eficaz de solução de litígios contratuais.

Neste sentido é que se verificou ser de suma relevância o seu estudo no âmbito da Administração Pública. Como abordado, são muitos os doutrinadores defensores da utilização deste instituto pelo Poder Público, quando se trata de direitos disponíveis. No entanto, sofre-se forte relutância dos órgãos fiscalizadores pátrios em sua utilização na Administração, baseando-se em que tal método de solução de controvérsias contrariaria os princípios basilares do Direito Público.

Com efeito, no presente trabalho, fez-se um estudo do instituto arbitral diante dos princípios da legalidade e da supremacia do interesse público, bem como sua relação com o princípio da eficiência.

Quanto ao princípio da legalidade, verificou-se que, diante da estrita legalidade, a Administração Pública, para qualquer atuação, estaria vinculada a uma previsão legal específica. A lei nº 9.307/1996 prevê que “pessoas capazes de contratar” poderão valer-se da arbitragem para a resolução de conflitos referentes a direitos disponíveis. Assim, o que se percebe é que, apesar de não ser uma previsão expressa, no tocante à administração, referida autorização legal abrange o Poder Público, por ser pessoa capaz de contratar.

No tocante às legislações específicas, que permitem a utilização da arbitragem em determinados campos de atuação da Administração, o que ficou demonstrado é que estas apenas reiteram o previsto na Lei nº 9.307/1996.

De outra banda, de acordo com o princípio da juridicidade administrativa, pelo qual a atuação Administrativa deve respeitar a primazia da Lei e do Direito, permite-se a utilização da arbitragem na medida em que o instituto respeita e

possibilita a concretização dos princípios constitucionais, principalmente o da eficiência.

O procedimento arbitral é utilizado na resolução de conflitos contratuais sobre direitos patrimoniais disponíveis. Neste ponto, foi revelada a arbitrabilidade objetiva da Administração Pública. Para tanto, estudou-se os princípios da supremacia do interesse público e da indisponibilidade de bens pela Administração.

Averiguou-se que a concepção de supremacia e indisponibilidade do interesse público não pode ser considerada como absoluta, na esteira de que devem ser submetidos, também, às técnicas de ponderações principiológicas.

Outrossim, ao se revelar as diversas classificações de interesse público ficou demonstrado que os denominados interesses secundários, derivados, ou provenientes de atos de gestão, são disponíveis, pois operacionalizam a concretização dos interesses primários. Tal constatação, inclusive, encontra-se fulcrada nos anais do Superior Tribunal de Justiça, no que se refere à sociedades de economia mista.

Ainda, outro aspecto marcado neste estudo foi o instituto da arbitragem e sua relação com o princípio da eficiência e economicidade. Pela visão doutrinária, a arbitragem, como instituto que confere celeridade e um baixo custo relativo na resolução de conflitos contratuais sobre direitos disponíveis, em comparação ao Poder Judiciário, mostra-se uma ferramenta concretizadora do princípio da eficiência e de seu corolário, o princípio da economicidade. Isto se verifica pelo fato de que estes princípios implicam uma atividade estatal célere, eficaz, completa e pelo menor custo possível.

Partindo-se desse raciocínio, o princípio da eficiência revela-se um preceito legitimador da utilização da arbitragem pela Administração Pública.

Diante do esboçado, é possível perceber uma ampla possibilidade de utilização da arbitragem pelo Poder Público, devendo este instituto ser mais estudado e aprofundado pelos operadores do Direito Administrativo e juristas.

Não se pode negar a evidente evolução do Direito Administrativo em relação às efetivas mudanças de paradigmas no tocante à utilização de ferramentas privadas para a busca de uma melhor prestação estatal. Certos de que não se pode perder de vista as prerrogativas do Estado e as garantias constitucionais, deve-se sempre relevar novas tendências e aproveitar seus benefícios.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. Arbitragem: oportunidades, riscos e desafios. *Apud* LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). **Grandes temas da atualidade: Mediação, Arbitragem e Conciliação**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Interpretação consequencialista e análise econômica do Direito Público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, v. 11, n. 57, p. 29-52, set. 2009. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/35999>. Acesso em 10 de outubro de 2011.

_____. **O princípio da eficiência**. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-4-NOVEMBRO-2005-ALEXANDRE%20ARAG%C3%83O.pdf>. Acesso em 23 de janeiro de 2012.

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 da Arbitragem**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, ano 6, nº 19, janeiro – março de 2003.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo – Um comentário à Lei nº 9.307/1996**. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2004, p. 15-430.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 17ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CHACEL, Julian Alfonso Magalhães. **Aspectos da economia institucional e a arbitragem comercial**. Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Ano 2, nº 5 – abril-junho de 2005.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 10ª edição. Salvador: Juspodivm, 2011,

DINAMARCO, Raquel de Queiroz. Arbitragem e Administração Pública. **Revista do Advogado**, AASP, nº 51, Outubro, São Paulo, 1997.

FERRAZ, Rafaella. **Arbitragem em litígios comerciais com a administração pública: exame a partir da principalização do direito administrativo**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008.

FERREIRA NETTO, Cássio Telles. **Contratos Administrativos e Arbitragem**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 8ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006.

FONTE, Felipe de Melo. Para além da legalidade: a constitucionalização do Direito Administrativo através do Princípio da Juridicidade. Algumas propostas. **Revista de Direito do Estado - RDE**. Ano 4, nº 13, janeiro – março de 2009. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

GIBSON, Sérgio Armanelli. A Ciência Jurídica no pós-positivismo: as necessárias repaginações conceituais de segurança jurídica, de regime jurídico-administrativo e do princípio da legalidade administrativa. **Fórum Administrativo – Direito Público – FA**. Ano 1, nº 1, mar. 2011. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Análise econômica do Direito e políticas públicas: Câmaras de Conciliação e Arbitragem no Executivo Federal e a busca de eficiência nos marcos regulatórios administrativos**. Disponível em:

<http://www.arnaldogodoy.adv.br/artigos/analisepeblica.htm>. Acesso em: 10 de outubro de 2011.

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**, São Paulo, ano 5, n. 18, out./dez., 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006.

LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública – Fundamentos Jurídicos e Eficiência Econômica**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

LIMA, Cláudio Vianna de. A lei de arbitragem e o art. 23, XV, da Lei de Concessões. **Revista de Direito Administrativo**, vol. 209, p. 91-104, jul./set., Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MAFFINI, Rafael. **Direito administrativo**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Direito administrativo**. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MAGALHÃES, José Carlos de. Contratos com o Estado. **Revista Brasileira de Arbitragem**, São Paulo, n. 3, jul./set., 2004.

MARQUES, Ricardo Dalmaso. ALMEIDA, Fernanda Dias de. **A submissão de entes da Administração Pública à arbitragem – a lei mineira de arbitragem (lei estadual 19.477/11)**. Disponível em:

<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI144769,31047->

[A+submissao+de+entes+da+Administracao+Publica+a+arbitragem+++a+lei](http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI144769,31047-A+submissao+de+entes+da+Administracao+Publica+a+arbitragem+++a+lei). Acesso em 01 de dezembro de 2011.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Contrato administrativo e a lei de arbitragem. **Revista de Direito Administrativo**, vol. 223, p. 115-131, jan./mar., Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 33ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Direito administrativo brasileiro**. 37ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **Licitação e contrato administrativo**. 15ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010,

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Arbitragem nos contratos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, vol. 209, jul./set., Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

NOGUEIRA, Erico Ferrari. A arbitragem e sua utilização da Administração Pública. **Revista Virtual da AGU**. Ano IX, nº 91, ago/2009. Disponível em: http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=90300&ordenacao=1&id_site=1115. Acesso em 10 de outubro de 2011.

PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães. **Arbitragem e a Administração Pública na jurisprudência do TCU e do STJ**. Disponível em: <http://www.justen.com.br//informativo.php?&informativo=5&artigo=283&l=pt>. Acesso em: 10 de outubro de 2011.

PINHEIRO, Armando Castelar. Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto? *Apud* TIMM, Luciano. **Direito e Economia**. São Paulo: Editora Thomson IOB, 2005.

PINTO, José Emílio Nunes. A arbitrabilidade de controvérsias nos contratos com o Estado e empresas estatais. **Revista Brasileira de Arbitragem**, São Paulo, n. 1, jan./mar., 2004.

PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. A economia na arbitragem: escolha racional e geração de valor. *Apud* JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca. **Arbitragem no Brasil: Aspectos Jurídicos Relevantes**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

ROMÃO, Dalila. Arbitragem e Administração Pública em Portugal. **Revista de Arbitragem e Mediação**. Ano 6, nº 22, jul./set., 2009.

SALLA, Ricardo Medina. Arbitragem e Direito Público. **Revista Brasileira de Arbitragem**, São Paulo, n. 22, abr/jun, 2004.

Supremo Tribunal Federal - Voto do Ministro Olavo Bilac no Agravo de Instrumento nº 52.181. **Revista Brasileira de Arbitragem**, São Paulo, n. 14, abr/jun, 2004,

TÁCITO, Caio. Arbitragem nos litígios administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, vol. 210, out./dez., Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

TIBURCIO, Carmen. **A arbitragem envolvendo a Administração Pública**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4307. Acesso em: 10 de outubro de 2011.

TIMM, Luciano Benetti. **Arbitragem em contratos públicos: o posicionamento do STJ no caso CEEE-RS VS. AES**. Disponível em:

<http://www.cmted.com.br/restrito/upload/artigos/32.pdf>. Acesso em: 10 de outubro de 2011.

_____. Arbitragem no comércio internacional: análise do caso Alon/Aib v. Converse Inc. TJ/RS. In: TIMM, Luciano Benetti. **O Novo Direito Civil**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2008.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. Arbitragem e os contratos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, vol. 209, jul./set., Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

WALD, Arnold. A arbitragem e as sociedades de economia mista. **Revista Brasileira de Arbitragem**, São Paulo, n. 0, jul./out., 2003.

_____; CARNEIRO, Athos Gusmão; ALENCAR, Miguel Toste de; DOUADO, Ruy Janoni. Da validade de convenção de arbitragem pactuada por sociedade de economia mista. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, ano 5, n. 18, out./dez., 2002.

ZIMMERMANN, Dennys. Alguns aspectos sobre a arbitragem nos contratos administrativos à luz dos princípios da eficiência e do acesso à justiça: por uma nova concepção do que seja interesse público. **Revista de Arbitragem e Mediação**. Ano 4, nº 12, jan/mar, 2007.