

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

A ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA

PUC/SP 2012

JADIR PIRES DE BORBA

A ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA

Monografia apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – COGEAE – como exigência parcial para conclusão do curso de especialização em Direito Constitucional, para obtenção do título de *Especialista em Direito Constitucional*, sob a orientação do Prof. Ms. Luis Eduardo Patrone Regules.

PUC/SP 2012

Dedico este trabalho à minha esposa que sempre me apoiou nos momentos mais difíceis e aos meus filhos que muito amo.

Agradeço aos meus pais por todo o apoio que me deram durante toda a minha vida.

AVALIAÇÃO

PROFESSOR ORIENTADOR

BANCA

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 ARBITRAGEM	10
2.1 EVOLUÇÃO DA ARBITRAGEM	10
2.2 NATUREZA JURÍDICA DA ARBITRAGEM	11
2.2.1 <i>Jurisdição</i>	13
2.2.1.1 Estatalidade	15
2.2.1.2 Substitutividade	18
2.2.1.3 Unicidade	19
2.2.1.4 Definição de jurisdição	19
2.2.2 <i>Conclusão</i>	20
2.3 DEFINIÇÃO DE ARBITRAGEM	21
2.4 REQUISITOS DA ARBITRAGEM	21
2.5 CARACTERÍSTICAS DA ARBITRAGEM	22
2.6 CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM	22
2.7 CONTEÚDO DO COMPROMISSO ARBITRAL	23
2.8 O ÁRBITRO	23
2.9 SENTENÇA ARBITRAL	24
3 INTERESSE PÚBLICO	25
3.1 IMPORTÂNCIA DA DEFINIÇÃO DE INTERESSE PÚBLICO	25
3.2 CONCEITO DE INTERESSE PÚBLICO	26
4 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	31
4.1 DEFINIÇÃO DE PRINCÍPIOS	31
4.2 SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO	32
4.3 INDISPONIBILIDADE, PELA ADMINISTRAÇÃO, DOS INTERESSES PÚBLICOS	33
4.4 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	34
4.5 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE	37
4.6 PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA	38
4.7 PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL	38
5 A ARBITRAGEM E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	40
5.1 REQUISITOS DA ARBITRAGEM E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	40
5.2 A DISPONIBILIZAÇÃO DO BEM OU DIREITO PÚBLICO	43
5.3 PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E A ARBITRAGEM	49
5.4 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE E A ARBITRAGEM	49
5.5 LOCAL DA ARBITRAGEM E PRINCÍPIO DO CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS	49
5.6 DECISÃO POR EQUIDADE	50
6 CONCLUSÃO	51
BIBLIOGRAFIA	54

INTRODUÇÃO

O Estado Civil¹, segundo a teoria contratualista, surgiu a partir da cessão realizada pelo homem de parte de seus direitos, sobretudo o direito à liberdade plena, sem nenhum obstáculo, em prol de um ente centralizador – o Estado Civil –, contudo, tal cessão não se deu de forma completa, pois resta ao homem uma parcela de liberdade que o permite interferir nos rumos do Estado. Este Estado, em troca da liberdade do homem individual, oferece-lhe segurança, que não implica somente proteção bélica, mas também garantia de ver supridas pelo Estado suas necessidades básicas e as condições necessárias ao seu desenvolvimento pessoal, que se reflete indiretamente no desenvolvimento estatal.

Os homens, signatários deste contrato, formam o povo, e este é titular de todo o poder estatal que é exercido de forma indireta por seus representantes ou diretamente por meio de instrumentos específicos. No Brasil, podemos citar o plebiscito e o referendo, assim como preconiza nossa Constituição em seu art. 1.º, parágrafo único: “*Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição*”.

Diante do fato de que o povo é detentor do poder estatal e que o Estado tem o dever de garantir o desenvolvimento da pessoa humana, inúmeras são as obrigações atribuídas a este último.

Para a persecução da finalidade estatal, o Estado celebra contratos com particulares e com outros entes de Direito Público que são denominados Contratos Administrativos. Também celebra outros negócios jurídicos, tais como termos de convênios etc.

Neste trabalho abordar-se-á um tema de extrema relevância para os contratos administrativos, que se trata da possibilidade de haver cláusula arbitral prevista nos contratos

¹ O Estado Civil, segundo a teoria contratualista de Rousseau, se contrapõe ao Estado Natural no qual não há regras, leis ou poder soberano capaz de impor aos súditos a vontade geral e a limitação das liberdades. ROUSSEAU, Jean-Jaques. *Do Contrato Social*. Tradução: Rolando Roque da Silva. Edição eletrônica: Ed Ridendo Castigat Mores (www.jahr.org) in <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv00014a.pdf>.

administrativos como meio de dirimir conflitos, nos termos da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996.

A aplicação da arbitragem poderia se dar em todos os contratos celebrados pela Administração seja a Direta ou a Indireta, tais como os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. **Contudo, dada a diversidade de regimes que se aplicam nestas situações, ateremo-nos aos casos envolvendo somente a Administração Direta.**

Os contratos celebrados no Brasil ainda não contemplaram de forma assente as cláusulas arbitrais, isto em razão de aspectos econômicos e sociais, haja vista que muitas vezes o custo direto com o processo no judiciário é menor, embora a morosidade estatal seja um complicador importante a ser observado². É esta morosidade que busca ser evitada por quem procura a arbitragem. Quanto às questões sociais, uma característica comum do ser humano é o inconformismo, e na arbitragem não há lugar para isto, já que as decisões arbitrais não são passíveis de recurso, salvo para anulação da decisão por vício.

A Lei 9.307, de 1996, dispõe em seu art. 1.º as matérias que podem ser objeto de arbitragem, que são conflitos referentes a direitos patrimoniais disponíveis.

Quando tratamos de contratos envolvendo o Poder Público, muitas vezes temos dificuldade em determinar o que seja direito disponível ou indisponível, vez que o próprio interesse público é indisponível de forma que constitui tarefa importante distinguir o que está atrelado ao interesse público e o que está distante dele, ademais, deve-se antes definir exatamente o que seja interesse público. Tarefas que tentaremos abordar neste trabalho.

² O custo inicial do processo judicial no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo é de 1% do valor da causa, limitado a 3.000 UFESP, em 2012, nos termos da Lei Estadual 11.608/2003, enquanto que em uma das principais câmaras do Estado, a “Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP”, o custo inicial consiste no de (i) registro, corresponde a 0,5% do valor envolvido no conflito, não podendo ser inferior a R\$ 2.000,00 e superior a R\$ 5.000,00, (ii) taxa de administração no valor correspondente a 2% do valor envolvido, não podendo ser inferior a R\$ 10.000,00 e superior a R\$ 120.000,00, e (iii) honorários do árbitro que serão pagos por hora, segundo tabela, na qual leva-se em conta o valor do processo para definição de horas mínimas, sendo o mínimo de 30 horas para processos de até R\$ 99.999,99 e 100 horas a partir de R\$ 1.000.000,00, sendo o valor da hora R\$ 450,00, de forma que os honorários não serão menores que R\$ 13.500,00 (tabela disponível no [site http://www.camaradearbitragemsp.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=5&Itemid=3](http://www.camaradearbitragemsp.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=5&Itemid=3) em 05 de novembro de 2012). Exemplificando, num processo envolvendo R\$ 99.000,00 (noventa e nove mil reais) o custo mínimo da arbitragem será de R\$ 25.500,00, enquanto que na Justiça Estadual o valor inicial seria de cerca de R\$ 1.000,00.

Outro fator que se deve atentar é a natureza jurídica da arbitragem, se pode haver jurisdição privada ou não nesta seara, se é possível à administração pública eximir-se de ver apreciada lide por ente estatal.

Por fim, tentaremos concluir se há constitucionalidade na cláusula arbitral, e se será possível a aplicação da arbitragem na solução de conflitos envolvendo contratos administrativos.

Contudo, antes faremos uma breve análise da arbitragem no Brasil.

ARBITRAGEM

SUMÁRIO: 2.1 Evolução da Arbitragem – 2.2 Natureza Jurídica da Arbitragem: 2.2.1 Jurisdição: 2.2.1.1 Estatalidade; 2.2.1.2 Substitutividade; 2.2.1.3 Unicidade; 2.2.1.4 Definição de Jurisdição; 2.2.2 Conclusão – 2.3 Definição de Arbitragem – 2.4 Requisitos da Arbitragem – 2.5 Características da Arbitragem – 2.6 Convenção de Arbitragem – 2.7 Conteúdo do Compromisso Arbitral – 2.8 O Árbitro – 2.9 Sentença Arbitral.

2.1 Evolução da Arbitragem

Antes da existência de Estados constituídos como hoje conhecemos, a arbitragem já era utilizada para dirimir conflitos. Os árbitros eram, muitas vezes, líderes religiosos, ou chefes de grupos ou clãs. Com o passar do tempo, este meio de solução de controvérsias perdeu espaço na medida em que os reinados e depois o Império Romano passaram a assumir esta função.

Em razão disto, diversos juristas passaram a entender que a arbitragem era um meio menos nobre de solução de controvérsias. Carlos Alberto Carmona, ao tratar do assunto, faz menção à opinião de Pontes de Miranda: “é primitivo, regressivo mesmo, a que pretendem volver, por atração psíquica a momentos pré-estatais, os anarquistas de esquerda e os do alto capitalismo”³.

Este repúdio da doutrina pátria à arbitragem refletiu-se no regramento que a matéria recebeu no Código de Processo Civil. Nesta disciplina, dois eram os fatores que dificultavam a adoção da arbitragem, como leciona Carmona, a ausência de cogência à cláusula compromissória, de forma que mesmo que houvesse previsão contratual sobre arbitragem, esta somente seria obrigatória no momento de firmar-se o compromisso arbitral, e muitas vezes alguma das partes recusava-se, gerando insegurança quanto ao assunto.

Outro fator determinante era a inexigibilidade do laudo arbitral, para que tivesse eficácia era necessária a homologação judicial que tornava o processo mais custoso e moroso.

³ *Comentários ao Código de Processo Civil*. Forense, 1997, t. XV, p. 344. *Apud* C. A. Carmona. *Arbitragem e Processo – um comentário à Lei 9.307/96*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 16.

Além de torná-lo público, o que não era interessante, muitas vezes, para as partes. Os grandes atrativos da arbitragem são o *segredo*, *menor custo* e *maior celeridade*, e a homologação acabava com todas estas vantagens.

Com o advento da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996 as regras mudaram, as reivindicações dos defensores da arbitragem, em grande parte, foram atendidas: (i) a previsão do sigilo; (ii) a dispensa da homologação com a equiparação da sentença arbitral à sentença judicial; (iii) a estipulação – pelas partes – de prazo para conclusão do procedimento arbitral e (iv) a vinculação da arbitragem pela cláusula compromissória.

Contudo, questão que se coloca latente e que ainda divide a doutrina refere-se à natureza jurídica da arbitragem. Tradicionalmente, existem duas correntes antagônicas, a *contratualista* ou *privatista* e a *jurisdicionalista* ou *publicista*, porém José Fernando Simão chama a atenção para uma terceira, a *eclética*.⁴

2.2 Natureza Jurídica da Arbitragem

Como dito acima, três são as correntes que versam sobre a natureza jurídica da arbitragem.

A corrente *contratualista* defende que a arbitragem surge de um acordo de vontades que desde seu compromisso vincula as partes a recorrerem à arbitragem para solução de controvérsias. Neste acordo, as partes não só optam pela arbitragem como também renunciam ao direito de ação, vez que esta é uma condição imposta pela Lei àqueles que optam por este tipo de solução de conflitos.

José Fernando Simão apresenta como argumentos desta corrente, além do *pacta sunt servanda*, a falta de poderes coercitivos ao árbitro para fazer cumprir suas decisões. Cumpre ressaltar que o árbitro, de acordo com a Lei 9.307/96, não detém qualquer meio coercitivo para execução de suas decisões, devendo socorrer-se no Judiciário para tanto, seja para condução de testemunhas, seja para aplicação de medidas cautelares, como o arresto e o sequestro, seja para executar a sentença arbitral propriamente dita.

Ainda argumenta o sobredito autor que a corrente *contratualista* alega que a decisão arbitral é mero complemento da vontade das partes representada pelo árbitro e possibilitada

⁴ A Natureza Jurídica da Arbitragem. In Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme (Coord.). *Novos Rumos da Arbitragem no Brasil*. São Paulo: Fiúza, 2003, p. 225 e ss.

pelo compromisso arbitral ou simplesmente pela cláusula arbitral. E cita o entendimento de Carnelutti, defensor desta corrente, que afirma que a arbitragem não pode ter caráter jurisdicional, dada a ausência de caráter público, já que a decisão arbitral não possui meios coercitivos, característicos do Poder Público. Neste mesmo sentido, Eros Roberto Grau nega o caráter jurisdicional à arbitragem em razão da ausência de um dos elementos que julga essenciais da jurisdição, qual seja o *imperium*.⁵

Teori Albino Zavascki argumenta ser inviável a teoria *jurisdicionalista*, vez que a decisão provém de juiz privado e, portanto, desprovido de jurisdição, que é própria do Estado, e compara a decisão arbitral às decisões administrativas que geram títulos executivos, dentre eles a certidão de dívida ativa originada do contencioso desenvolvido em face do lançamento fiscal. Ainda critica a equiparação à sentença judicial dada à sentença arbitral pela Lei 9.307/96, classificando-a de imprópria.⁶

Esta corrente ainda afirma que a sentença arbitral sofre o controle do Judiciário, enquanto que de decisão judicial, ao ser envolvida pela coisa julgada material, torna-se imutável até mesmo perante o próprio judiciário.

A corrente jurisdicionalista argumenta que os poderes decisórios do árbitro são os mesmos do juiz togado, excetuando o *coertio* e o *imperium* e que os princípios gerais do processo devem ser observados. Cumpre ressaltar que até mesmo defensores desta corrente admitem que o árbitro não detém *poder jurisdicional*, visto que entendem que o *imperium* e o *coertio* são atributos deste Poder.⁷

Contudo, tem como o mais forte argumento a previsão do art. 31, da Lei 9.307/96, que atribui à sentença arbitral, entre as partes, os mesmos efeitos da sentença judicial. Alterando uma situação desconfortante que era prevista no antigo regramento, que seria a necessidade de homologação judicial.

⁵ Arbitragem e Contrato Administrativo. *Revista de Direito Público*. n. 32. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 14, nota 2.

⁶ *Comentários ao Código de Processo Civil – Do processo de execução*. Arts. 566 a 645. 2. ed., São Paulo: RT, 2003, p. 184-186. v. 8.

⁷ “O árbitro, não tendo *poder jurisdicional*, fica impedido de praticar certos atos do processo inerentes à jurisdição, sendo-lhe vedado (*ex art. 1.086 do Código de Processo Civil*) empregar medidas coercitivas contra as partes ou terceiros, ficando também impedido de decretar medidas cautelares”. [grifo nosso]. C. A. Carmona. Arbitragem e Jurisdição. *Revista de Processo Civil*. n. 58. abr.-jun. de 1990. São Paulo: RT, 1990, p. 36.

Por fim, uma terceira corrente, a *eclética*, que atribui caráter contratual ao compromisso arbitral e jurisdicional ao procedimento. Esta corrente, contudo, tem pouca expressão na doutrina.

Verifica-se que o problema em chegar-se a uma conclusão sobre o assunto está no conceito de jurisdição no direito pátrio. Sendo assim, façamos um breve estudo.

2.2.1 Jurisdição

O conceito de jurisdição, no decorrer do tempo, passou por diversas mudanças.

Jurisdição, analisando-se a raiz da palavra significa *dizer o direito*, isto é, aplicar a lei ao caso concreto. Todavia, antes mesmo de haver ordenamentos jurídicos como hoje vislumbramos, os povos primitivos já buscavam a solução de controvérsias que surgiam nas tribos, ou nos clãs, recorrendo a árbitros ou por meio da autoridade destas organizações sociais. Neste período, ainda havia aqueles que buscavam a solução dos conflitos por meios de suas próprias forças, não se submetendo a qualquer ordenamento costumeiro ou positivado, prevalecendo a “lei do mais forte”.

Com o avanço das sociedades e da complexidade das relações e principalmente com o aparecimento dos primeiros reinados, o *Poder* de dizer o direito e executar as decisões coercitivamente passou a ser exercido pelo rei ou por seus delegados, como se pode observar na tradição judaico-cristã, no Livro de Samuel⁸. De modo que o poder jurisdicional passou a ser exercido somente pelo Soberano que representava a vontade de Deus na terra. Neste período não há como separar o poder de dizer o direito do poder de executar as decisões, vez que o primeiro torna-se inócuo sem o segundo.

No período do Império Romano, sobretudo no período justiniano, havia dois institutos distintos de proteção dos direitos, a *actio* e as *interdicta*, segundo o entendimento romano do período, embora ambas fossem exercidas pelos magistrados somente a primeira (*actio*) era considerada dotada de *jurisditio*, visto que se processava por intermédio do *ordo judiciorum privatorum*, que consistia num determinado processo de conhecimento. Neste procedimento, apenas buscava-se *dizer o direito* e não executar eventual decisão proferida pelo pretor. Já as

⁸ O Livro de Samuel, na Bíblia, narra a transição do povo de Israel do período governado pelos Juízes para os reinados, quando passou-se a atribuir ao Rei o poder de dizer o direito: *E nós também seremos como todas as outras nações; e o nosso rei nos julgará, e sairá adiante de nós, e fará as nossas guerras.*(1 Samuel 8:20).

interdicta tinham caráter eminentemente administrativo, vez que não se fazia um juízo de conhecimento, mas apenas uma execução de um direito que já se mostrava latente. Existia, deste modo, uma patente oposição entre o poder do pretor de dizer o direito representado pela *jurisditio* e o poder de executar os mandamentos do pretor representado pelo *imperium*.⁹

Na Idade Média, “a fragmentação do Poder Público entre os senhores feudais implicou a multiplicação das jurisdições baronais e eclesiásticas, que se foram extinguindo na medida em que os reis logravam convalidados seu poderio e unificavam seus povos, criando os Estados”¹⁰.

Após o período da Idade Média, com a formação dos Estados, estes passaram a avocar o poder-dever de prestar a tutela jurisdicional, monopolizando o poder de aplicar a lei ao caso concreto. Sobretudo com a adoção da teoria de Montesquieu da tripartição de poderes, conferindo ao Poder Judiciário o poder jurisdicional. O Poder Judiciário, como unidade representativa do Poder do Estado tornou-se único responsável em dizer o direito, aplicá-lo ao caso concreto e executar seus mandamentos coercitivamente, impedindo que qualquer do povo possa pretender fazer justiça de mão própria.

Este princípio constitui, pois, importante e fundamental instrumento de paz social. E mais, de acordo com a teoria contratualista de formação do Estado, um dos motivos pelo qual o homem cedeu parte de sua liberdade foi proteger-se de outros homens que, pelo poder da força, pudessem impor-lhe algo que não fosse legítimo. Deste modo a jurisdição assume definitivamente uma função de eliminação de conflitos até a satisfação do direito do jurisdicionado.

Modernamente, no Brasil, a doutrina se divide no entendimento do que seja a jurisdição. Parte desta, dentre os quais, Carlos Alberto Carmona, Ovídio A. Baptista, Nelson Nery Jr., Joel Dias Figueira Jr., Alfredo Buzaid, mantém o entendimento que jurisdição seja o poder-dever do Estado de *dizer o direito* representado no processo de conhecimento. Alguns deles inclusive, como Buzaid, seguindo a teoria trinária da sentença,¹¹ entendem que é impossível a existência de qualquer comando ou ordenamento no processo de conhecimento.

⁹ Ovídio A. Baptista da Silva. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed., São Paulo: RT, 1997.

¹⁰ Athos Gusmão Carneiro. *Jurisdição e competência*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 1993, p.3.

¹¹ Segundo esta teoria, a sentença pode ter natureza *declaratória*, *condenatória* ou *constitutiva*. Em oposição a esta teoria, a *quinária*, donde se acrescentam as *mandamentais* e as *executivas* lato sensu. As primeiras têm por objeto obter exclusivamente uma ordem, um mandamento. Exemplo clássico é o mandado de

Corrente contrária defende como elementos constitutivos da jurisdição o conhecimento (*ratio*), julgamento (*judicium*) e execução (*imperium*) do julgado. Sem qualquer destes elementos não há jurisdição. Congregam desta ideia Eros Roberto Grau, Rogério Lauria Tucci, José Ignácio Botelho de Mesquita, Calmon de Passos.

O entendimento de que a jurisdição limita-se a dizer o direito, ou seja, produz apenas sentenças de natureza declaratória, condenatória ou constitutiva, não encontra respaldo no Direito moderno, já que não há como se falar em sentenças puramente declaratórias, condenatórias ou constitutivas. Todas as sentenças contêm natureza preponderante, mas secundariamente outras, como por exemplo, a ação de usucapião, tem natureza preponderante declaratória, visto que se busca apenas a declaração de um *status* já existente, contudo, também há secundariamente a natureza constitutiva, na medida em que se constitui uma nova relação jurídica, assim como mandamental, já que expede ordem a fim de se proceder o registro.

Ninguém procura o judiciário apenas para “saber” com quem está a razão, ou para que seja simplesmente declarado o direito¹², o que se busca é a satisfação da pretensão, é a solução do conflito surgido como fenômeno social, isto é, o que se busca é o bem da vida, e esta satisfação somente se dá por meio da conjugação do *jurisditio* com o *imperium*, de forma que sem este último poder a jurisdição seria inócua e, portanto, incompleta. Daí anuir com a concepção de que o *imperium* seja elemento constitutivo da jurisdição.

2.2.1.1 Estatalidade

A partir desta ideia, não há como negar o caráter estatal da jurisdição, já que no modelo moderno de organização social, somente o Estado detém o poder de império, isto é, os meios coercitivos necessários para compelir quem quer que seja a agir contrariamente à própria vontade.

segurança. Os adeptos da teoria trinária alegam que, mesmo no caso do mandado de segurança, a sentença presta-se exclusivamente a condenar ou declarar um direito existente. As executivas *lato senso* são tipos especiais em que os atos de cognição e execução misturam-se no processo. Podemos exemplificar uma ação de despejo, na qual a prestação jurisdicional referente ao processo de conhecimento comina em um despejo sem a necessidade de haver processo de execução.

¹² Mesmo nas ações declaratórias, o que se busca é a satisfação de um direito, um bem da vida e as suas consequências no mundo fenomênico, v.g. quando alguém ajuíza ação de declaração de nulidade de um título, se busca que tudo que está nele contido também seja declarado nulo, bem como os registros relativos a ele e as obrigações dele decorrentes; também se objetiva o cumprimento da decisão, isto é, que a decisão seja oponível a quem de direto, utilizando-se, para tanto, de todos os meios coercitivos para o cumprimento da decisão, o que somente poderá ocorrer através do poder de *imperium*.

Discussão importante que se trava entre as duas correntes é se há possibilidade de haver ou não jurisdição privada, sobretudo no Brasil.

Como vimos, para aqueles que entendem como jurisdição apenas o *poder de dizer o direito* não há qualquer óbice para que este poder seja conferido a particular pelas próprias partes em conflito. Para aqueles que entendem que o *imperium* e a *coertio* sejam elementos da jurisdição não há como atribuir jurisdição a entes alheios ao Estado.

Embora não haja dispositivo constitucional expresso atribuindo o monopólio jurisdicional ao Estado, diversos dispositivos conduzem a este entendimento com base na consagração de princípios norteadores da prestação jurisdicional. O professor Arruda Alvim¹³ enumera tais princípios:

– *Princípio do juiz natural* (somente é juiz aquele integrado no Poder Judiciário) art. 92, I a VII, da CR¹⁴. Tal princípio não só procura proteger o interesse das partes, mas de toda a sociedade que anseia ver os litígios solucionados com justiça a fim de garantir a segurança das relações e a paz social.

– *Princípio da imparcialidade*. A fim de garantir a imparcialidade, a CR confere uma série de garantias ao Estado-Juiz e não à pessoa do juiz, tendo em vista sua função de decidir exclusivamente subordinado à lei e não a interesses externos (arts. 95, I, II e III, da CR¹⁵).

– *Princípio da indelegabilidade ou transferência* (art. 2.º, CR¹⁶). Ao estabelecer como Poderes da União, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, a Constituição Federal atribuiu ao Poder Judiciário o poder de prestar a tutela jurisdicional. Não se trata de um poder, mas

¹³ *Manual de Direito Processual Civil – Parte Geral*. 9. ed., São Paulo: RT, 2005, v. 1, p. 162-164.

¹⁴ “**Art. 92.** São órgãos do Poder Judiciário: I – o Supremo Tribunal Federal; I-A – o Conselho Nacional de Justiça; II – o Superior Tribunal de Justiça; III – os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; IV – os Tribunais e Juízes do Trabalho; V – os Tribunais e Juízes Eleitorais; VI – os Tribunais e Juízes Militares; VII – os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios”.

¹⁵ “**Art. 95.** Os juízes gozam das seguintes garantias: I – vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado; II – inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII; III – irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4.º, 150, II, 153, III, e 153, § 2.º, I”.

¹⁶ “**Art. 2.º** São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

um poder-dever do Estado. Desta forma, não pode delegar ou transferir este poder-dever em razão da própria natureza do princípio da tripartição de poderes;

– *Princípio da indeclinabilidade da prestação jurisdicional* (art. 5.º, XXXV, da CR¹⁷). Não pode o Estado-Juiz declinar de sua competência, devendo sempre que provocado prestar a tutela jurisdicional. É importante a ressalva de que o Estado não pode interferir na esfera disponível de interesses dos particulares com o pretexto de prestação da tutela jurisdicional, sem que seja provocado. Pode o particular renunciar ao direito de ação e neste caso o Estado deve abster-se. José Inácio Botelho de Mesquita, ao tratar do direito de ação leciona:

“O Estado, porém, não está obrigado a prestar sua atividade jurisdicional apenas por lhe ter alguém solicitado que a prestasse, afirmando-se titular de um direito de ação.

O Estado, conforme já tivemos oportunidade de frisar, não é indiferente à realização da ordem jurídica. É antes o primeiro interessado nela, enquanto seu criador. Incumbe-lhe, por isto, não apenas o dever de prestá-la nos casos em que tanto esteja obrigado perante o destinatário da norma, como também o dever, de recusá-la nos casos em que não exista o direito de ação. A prestação da atividade jurisdicional, com efeito, não pode representar nunca um ato de graça praticado pelo Estado. Entende-se que, a não ser assim, não haveria como compreender a atividade como um meio de realização da ordem jurídica”.¹⁸

– *Princípio da publicidade* (art. 37, *caput*, 93, IX, da CR¹⁹). Não há como falar em prestação jurisdicional sem que haja publicidade. Trata-se de ato de exercício de Poder Público que interessa a toda a coletividade, vez que a administração da justiça não interessa somente às partes, mas, antes, à sociedade que busca na concentração deste poder nas mãos

¹⁷ “**Art. 5.º** 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”.

¹⁸ *Teses, estudos e pareceres de processo civil – direito de ação, partes e terceiros, processo e política*. São Paulo: RT, 2005, v. 1, p. 99.

¹⁹ “**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:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

do Estado a paz social, caso contrário voltaríamos ao tempo da barbárie no qual o mais forte sobrepujava-se sobre o mais fraco que não tinha onde buscar socorro.

O princípio da publicidade que estudaremos adiante tem supedâneo no próprio interesse público de fiscalizar os atos do Poder Público.

Outro fator importante a ser levado em consideração, como assevera Arruda Alvim²⁰, é a atribuição constitucional ao Poder Judiciário de zelar pela aplicação da própria Constituição, não podendo ser delegado para outrem. Este controle pode se dar de duas formas distintas, o concentrado e o difuso. No primeiro caso, a Constituição legitima alguns grupos ou pessoas que podem provocar o Judiciário (art. 103, I a IX, da CR). Já no segundo, o controle se dá diretamente no processo, isto é, no caso concreto, somente sendo legítimo negar validade a determinada norma ao juiz investido no poder jurisdicional, isto é, ao Estado-Juiz. Por mais este motivo não podemos aceitar a ideia de prestação jurisdicional privada, já que o julgador, juiz, árbitro ou mediador privado não poderá negar validade à determinada norma sem que haja extrapolação de seus poderes.

Destarte, compete exclusivamente ao Estado a prestação jurisdicional.

2.2.1.2 *Substitutividade*

Além da *estatalidade* da jurisdição, a doutrina ainda lhe atribui outra característica, a *substitutividade*.

Os conflitos, em seu processo normal, deveriam instaurar-se entre as partes e encontrar solução também entre as partes. Todavia, por vezes isto não acontece e, para evitar que o conflito reste sem solução ou que as partes busquem fazer justiça com as próprias mãos, o Estado avocou esta função, *substituindo* a vontade das partes pela vontade do Estado que se faz respeitada pelo seu poder de império.

Rogério Lauria Tucci elucidada:

“Trata-se, com efeito, de um poder-dever de categorizados e especializados funcionários do Estado, que se realiza mediante atividade *substitutiva* à dos membros da comunhão social. E isso, certa e necessariamente, em virtude da assunção monopolística, por ele – Estado –, da administração da justiça, e conseqüente vedação,

²⁰ *Manual*, p. 170 e ss.

em regra, de atuação autodefensiva, por aqueles, de seus afirmados direitos subjetivos”.²¹

No mesmo sentido, Arruda Alvim: “o que ocorre é a substituição de uma atividade/vontade privada, por uma atividade pública, que é a ‘vontade da lei’ a imperar”.²²

A jurisdição como atividade substitutiva somente é chamada em caso de não haver uma solução entre os particulares, que inconformados com a impossibilidade de haver uma composição extrajudicial procuram o Estado para solucionar o conflito e exercer atividade pública. Isto quer dizer que originalmente a solução do conflito deve se dar na esfera privada. Nesta seara, inúmeros podem ser os meios. Cumpre dizer que o poder de solucionar conflitos não é exclusivo do Estado, até mesmo um conselho de um terceiro pode ajudar na solução, assim como pode haver um acordo entre as partes como ocorre na transação, e a composição pode ainda se dar quando as partes estipularem outros modos de composição como, por exemplo, a arbitragem; e a lei pode, como reflexo do interesse público, viabilizar este modo de composição, inclusive, como acontece no Brasil, forçar as partes a escolherem entre haver uma composição estatal por meio da prestação jurisdicional ou transacional, já que a previsão da arbitragem se dá por meio de um acordo de vontades. Todavia, o poder de impor uma decisão é exclusivo do Estado que tem jurisdição.

2.2.1.3 Unicidade

Por fim, devemos dizer que a jurisdição no Brasil é una, ou seja, não pode ser dividida, todo juiz exerce a jurisdição na mesma proporção que os outros juízes.

Contudo, há, para efeito de instrumentalidade da prestação jurisdicional, a instituição de competências para cada juiz a fim de que possam exercer a jurisdição em cada situação específica.

2.2.1.4 Definição de jurisdição

Podemos agora buscar uma definição para a jurisdição no Direito moderno.

Primeiramente, jurisdição consiste na junção da *ratio*, *judicium* e *imperium*. Tem como características a *estatalidade*, *unicidade* e a *substitutividade*.

²¹ Teoria do Direito Processual Penal – Jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático). São Paulo: RT, 2003, p. 18.

²² Manual, p. 159.

Diante destes elementos, a doutrina buscou trazer uma definição do que seja a jurisdição: José Ignácio de Botelho de Mesquita: “chamamos de jurisdição esta atividade produtora de efeitos de fato e de direito, que o Estado exerce a favor dos destinatários da norma, em cumprimento a um dever para com eles, nascido do impedimento legal, em que se encontram, de produzir os mesmo efeitos por seus próprios meios”.²³

Segundo Rogério Lauria Tucci:

“*Jurisdição* é uma função estatal inerente ao poder-dever de realização de justiça, mediante atividade *substitutiva* de agentes do Poder Judiciário – juízes e tribunais –, concretizada na aplicação do direito objetivo e uma relação jurídica, com a respectiva declaração, e o conseqüente reconhecimento, satisfação ou assecuração do direito subjetivo material de um dos titulares das situações (ativa e passiva) que a compõe”.²⁴

Podemos ainda acrescentar a esta definição, a *unicidade*.

2.2.2 Conclusão

Diante do exposto, não se pode falar em jurisdição privada, vez que somente o Estado a detém. A arbitragem tem natureza contratual, sendo considerada um método diverso da jurisdição na solução de conflitos.

A Lei 9.307/96, ao equiparar a sentença arbitral à judicial, quis dar maior prestígio à decisão.

Deve-se, ainda, ter em mente que o controle de parcialidade do árbitro é falho, na medida em que qualquer exceção de parcialidade arguida, seja de impedimento ou de suspeição, não gera a interrupção do procedimento.

A Lei 9.307, em seu artigo 14, estatui o dever do árbitro se revelar, caso entenda que é suspeito ou impedido, entretanto, caso não o faça, a parte pode arguir a suspeição ou o impedimento, contudo quem decidirá é o próprio árbitro.

Não há possibilidade de interposição de exceção ao Poder Judiciário. Isto porque a Lei buscou evitar a intervenção do Judiciário no decurso do processo.

²³ *Teses*, p. 99.

²⁴ *Teoria*, p. 21.

O que pode ocorrer é a eventual declaração de nulidade da sentença arbitral nos termos do artigo 33, da Lei, e a composição em perdas e danos caso haja prejuízos.²⁵

Todavia, a impossibilidade de haver a arguição ao Poder Judiciário relativiza um dos princípios fundamentais da jurisdição que é a *imparcialidade* e com uma das grandes vantagens da arbitragem que é a celeridade, pelo menos em parte, pois somente após todo o decurso do processo haverá decisão sobre a parcialidade do árbitro, que poderá gerar a nulidade de todo o procedimento.

2.3 Definição de Arbitragem

Carlos Alberto Carmona define arbitragem como “uma técnica para a solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma *convenção privada*, decidindo com base nesta convenção sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir a eficácia de sentença judicial.”²⁶ [grifo nosso]. Podemos ainda acrescentar, que possui natureza contratual.

2.4 Requisitos da Arbitragem

São requisitos da arbitragem, segundo o art. 1.º, da Lei 9.307/96:

- Capacidade de contratar;
- versar sobre direitos patrimoniais disponíveis.

Tais requisitos são de extrema relevância para o estudo da arbitragem. A capacidade alegada na Lei é aquela regulada pelo Código Civil, de forma que todas as pessoas, naturais ou jurídicas, que adimplam os requisitos legais, podem estabelecer cláusula compromissória.

Quanto ao segundo requisito fundamental, temos a disponibilidade de bens e direitos. A Lei expressamente vedou a arbitragem sobre bens e direitos indisponíveis, vez que estes somente podem ser tutelados pela prestação jurisdicional que é exercida pelo Estado. Cumpre dizer que este requisito advém de um princípio norteador do direito privado, qual seja, o da *autonomia da vontade*. Como somente os bens e direitos disponíveis estão sob a égide de tal princípio, somente sobre estes bens podem incidir as regras da arbitragem.

²⁵ C. A. Carmona. *Arbitragem e Processo*, p. 35.

²⁶ *Arbitragem e Processo*, p. 27.

Embora sejam aparentemente requisitos simples de ser identificados, verificaremos que no trato com a Administração Pública, a identificação de bens ou direitos disponíveis ou indisponíveis torna-se matéria extremamente difícil.

2.5 Características da Arbitragem

A Lei prestigiou em grau máximo a autonomia das vontades, como elucida Carmona.²⁷ Compete às partes escolher:

– O árbitro ou árbitros, ou uma entidade para que a faça. Deve-se estar atento para o fato de que se a entidade não foi consultada no momento do compromisso, esta não está vinculada. Não havendo consenso na escolha, o Judiciário é chamado a fazê-la (art. 7.º, § 4.º, da Lei 9.307/96);

– O direito material e processual a ser aplicado (podendo ser escolhido direito estrangeiro, desde que respeitados os princípios processuais e materiais previstos na Constituição da República);

– Excluir a aplicação da lei em favor dos princípios gerais do direito, da equidade, dos costumes – os limites são a ordem e os bons costumes (art. 2.º).

São ainda características da arbitragem:

– Sigilo do processo e da decisão;

– Celeridade das decisões, podendo ser previsto no momento do compromisso arbitral o prazo final para o processo, sob pena de haver nulidade ou extinção do processo (art. 12, III e art. 32, VII, da Lei 9.307/96)

2.6 Convenção de Arbitragem

Inovação trazida pela Lei da Arbitragem é a vinculação das partes à arbitragem desde a cláusula compromissória, de forma que mesmo que não haja o compromisso, as partes não podem excusar-se da arbitragem. Destarte, desde a cláusula compromissória está afastada a jurisdição.

²⁷ *Arbitragem e Processo*. p. 28 e ss.

Define-se como cláusula compromissória, “pacto através do qual os contratantes avençam, por escrito, submeter à arbitragem a solução de eventual litígio que possa decorrer de um determinado contrato”,²⁸ e compromisso arbitral, “a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial” (art. 9.º da Lei 9.307/96).

Uma característica importante da cláusula arbitral é sua autonomia, de forma que mesmo que o contrato esteja eivado de vício, este “defeito” não interfere na cláusula, assim, a resolução sobre a validade do contrato será dirimida pelo juízo arbitral, salvo se o vício atingir a própria cláusula.

2.7 Conteúdo do Compromisso Arbitral

O compromisso deve conter obrigatoriamente: a qualificação das partes, inclusive estado civil, haja vista a possível necessidade de inclusão do cônjuge; qualificação do árbitro ou árbitros, bem como de possível entidade que os escolherá; a matéria a ser objeto da arbitragem (o objeto deve ser minuciosamente designado); por fim o local em que será proferida a sentença arbitral, isto em razão de que sentença arbitral proferida no território nacional, mesmo que a arbitragem seja feita no exterior, tem caráter de sentença nacional, não havendo a necessidade de homologação (art. 10).

O compromisso poderá conter, ainda: local ou locais onde se dará a arbitragem; critério de julgamento, por equidade ou qual legislação será aplicada, podendo, inclusive, ser utilizada legislação estrangeira; prazo para apresentação da sentença arbitral; a declaração da responsabilidade pelo pagamento dos honorários e das despesas com a arbitragem; e fixação dos honorários do árbitro, ou dos árbitros (art. 11).

2.8 O Árbitro

É equiparado a funcionário público para fins penais.

As partes têm a opção de formar juízo colegiado, neste caso, deve ser número ímpar de árbitros, mas as partes podem escolher número par, porém se, ao decidir, restar empatado, ou escolhe-se outro árbitro ou o Judiciário é chamado para nomear (art. 16).

²⁸ Carmona. *Arbitragem e Processo*, p. 28.

Ressalva importante é a de que os árbitros não estão sujeitos a nenhum tipo de controle externo no que tange à suspeição ou impedimento. Uma vez apresentada exceção de impedimento ou suspeição, o árbitro poderá ou não aceitá-la. Em caso de negativa o procedimento corre normalmente, podendo futuramente ser ajuizada ação de perdas e danos se houver dolo e prejuízo.

O árbitro tem poderes decisórios semelhantes ao do juiz togado, exceto o poder de *imperium*. Podendo requisitar, para tanto, quando necessário, auxílio do Poder Judiciário.

2.9 Sentença Arbitral

Por ser equiparada à sentença judicial, formando título executivo judicial, deve preencher os mesmos requisitos da sentença proferida pelo juiz togado, quais sejam o relatório, a fundamentação e o dispositivo.

Para ser executada coercitivamente, deve ser levada ao Judiciário, contudo, o correto é as partes, por vontade própria, cumprirem o que for decidido, já que convencionaram para o uso deste instrumento. Da sentença arbitral não cabe recurso, podendo ser anulada, mas desde que eivada de vício, nos termos do art. 32,²⁹ da Lei, neste caso poderá ser instituído novo júízo arbitral ou o litígio será solucionado pelo Judiciário, dependendo do caso.

²⁹ “**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, § 2.º, desta Lei”.

INTERESSE PÚBLICO

SUMÁRIO: 3.1 Importância da Definição de Interesse Público – 3.2 Conceito de Interesse Público.

3.1 Importância da Definição de Interesse Público

Ao estudar o relacionamento jurídico da Administração com os administrados, considera-se de extrema importância, preliminarmente, entender o regime jurídico que rege este relacionamento.

Não podemos confundir Administração Pública com Estado. O Estado é o ente que nasce a partir do consenso comum e tem um fim específico. Várias teorias buscam explicar o surgimento do Estado como oportunamente fora citado na introdução deste trabalho, de forma que não se faz necessário repetir. Já a Administração é a responsável pela governança do Estado e pela sua organização estatal, mas não se confunde com ele.

Em razão da função da Administração Pública ser gerir o Estado – e quando nos referimos à Administração não nos referimos somente à Administração direta, mas também à indireta e às funções atípicas dos demais Poderes etc. –, suas decisões e ações devem sempre coadunar com os interesses do Estado, visto que é ele o titular dos direitos e interesses públicos. Todavia, por vezes não há coincidência entre as ações da Administração e os interesses do Estado. Para compreender como ocorrem tais disfunções deve-se analisar quais interesses são titularizados pelo Estado.

O regime jurídico-administrativo calca-se em dois pilares mestres, o princípio da *supremacia do interesse público sobre o privado* e da *indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos*. A partir desta assertiva, pode-se verificar que a pedra angular é o *interesse público*.

Mas o que vem a ser *interesse público*?

3.2 Conceito de Interesse Público

Conceituar ou definir o interesse público não constitui tarefa fácil ao estudioso do direito. José Eduardo Faria³⁰ chama a atenção para o fato de que inúmeras serão as acepções de interesse público de acordo com o ângulo ou perspectiva do observador. Numa sociedade de massa formada por diversas classes sociais e, portanto, necessidades e anseios diferentes torna-se impossível determinar um conceito de interesse público que contemple toda a coletividade unanimemente.

Qual seria então considerado o interesse público de uma sociedade tão eclética? Seria o interesse da maioria? Aceitando esta posição dizemos que as minorias devem sucumbir a uma maioria seja qual for seu desejo? Ou seria o interesse dos excluídos, em detrimento daqueles que estão incluídos no sistema vigente, podendo acarretar uma inversão de posições em vez de simplesmente incluir os excluídos? Seria então o interesse do capital, haja vista vivermos em uma sociedade capitalista, colocando a frente conceitos e objetivos econômicos prevalecendo sobre objetivos sociais?

O mesmo questionamento coloca Dalmo de Abreu Dallari:

“se cada homem é dotado de inteligência e de vontade, e se (...) o que é mais valioso para um é completamente desprovido de valor para outro, como estabelecer uma finalidade que atenda os desejos de toda a sociedade? Essa finalidade deverá ser algo, um valor, um bem, que todos considerem como tal”.³¹

Qual seria objetivo do Estado? José Reinaldo de Lima Lopes³² afirma ser a busca do *bem comum*, antes dele Dalmo de Abreu Dallari e antes ainda o Papa João XXIII³³.

³⁰ Interesse Público. *Processo Civil e Interesse Público – O processo como instrumento de defesa social*. Obra coletiva organizada por Carlos Alberto de Salles. São Paulo: RT, 2003.

³¹ *Elementos da teoria geral do Estado*. 24. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 23.

³² Interesse Público. *Processo Civil e Interesse Público – O processo como instrumento de defesa social*. Obra coletiva organizada por Carlos Alberto de Salles. São Paulo: RT, 2003.

³³ A finalidade do Estado dada pelo Papa João XXIII tornou-se de extrema relevância dada a importância da Igreja Católica, sobretudo no Mundo Ocidental. Na encíclica *Pacem in Terris* elucida o Papa: “*Propterea autem quod singuli homines interiectique coetus suam quisque operam ad omnium commoda conferre tenentur, exinde praecipue id consequitur, ut ipsi et suas utilitates ad aliorum necessitates accommodent, et sua bona ministeriaque eo vertant, quo civitatis rectores praescripserunt, normis iustitiae, praecipiendaque modis et terminis servatis. Qui potestatem videlicet in civitate gerunt, iis actis praecipiant oportet, quae non tantum rite ipsa sint perfecta, sed etiam vel ad civitatis bonum prorsus spectent, vel eodem adducere possint.*

Verumtamen cum in communi omnium bono ratio tota sit posita civitatis rectorum, inde plane cogitur, ut hi bonum idem ita quaerant, ut simul eius naturam observent, simul sua praecepta cum praesenti rerum statu component. (29)” Em tradução realizada pelo próprio Vaticano temos: “53. Todo o cidadão e todos os grupos intermediários devem contribuir para o bem comum. Disto se segue, antes de mais nada, que devem ajustar os próprios interesses às necessidades dos outros, empregando bens e serviços na direção indicada pelos

Segundo José Reinaldo, o interesse público confunde-se com o próprio bem comum em linha com o que lecionava Hely Lopes Meirelles, vez que este último liga intimamente o interesse público ao princípio da finalidade.

A análise que faz José Reinaldo é conduzida por uma seara advinda por vezes de uma interpretação gramatical da expressão *bem comum*, na medida em que o interpreta num sentido, por vezes patrimonialista de *bem*, isto é, como sendo um plexo de coisas, interesses e direitos que fazem parte de um património. Tratando de bem comum, o património comum. Podemos incluir sob este ângulo o próprio património público ou o erário, ou definir bem comum como aquele que não tem uma titularidade definida individualmente, mas que ao mesmo tempo pertence a toda a coletividade. Poderíamos dizer que se enquadram nesta ótica os bens considerados difusos. Ou mesmo os bens que existem em função da existência da sociedade como, por exemplo, a moeda. Sua existência e aplicação dependem da concordância de um determinado grupo social, sem o qual não haveria razão de ser já que ninguém aceitaria tal moeda como elemento de troca. Sob outro ângulo, este autor ainda define o bem comum como antônimo de mal comum, isto é, no sentido filosófico dos conceitos de bem e mal. Outra acepção que se pode ter – ainda conforme José Reinaldo – é a de um conjunto de bens primários e fundamentais para o convívio social, quais sejam a imagem, a honra, a autoestima etc.

Importante definição de bem comum é a dada pelo Papa João XXIII: “consiste no conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana”. Ao chegar nesta conclusão, levou em consideração inúmeros aspectos tais como as origens étnicas, os aspectos sociais, os anseios de cada um, chegando àquilo que podemos dizer que seja um interesse comum.³⁴

governantes, dentro das normas da justiça e na devida forma e limites de competência. Quer isso dizer que os respectivos atos da autoridade civil não só devem ser formalmente corretos, mas também de conteúdo tal que de fato representem o bem comum, ou a ele possam encaminhar.

54. Essa realização do bem comum constitui a própria razão de ser dos poderes públicos, os quais devem promovê-lo de tal modo que, ao mesmo tempo, respeitem os seus elementos essenciais e adaptem as suas exigências às atuais condições históricas (28)”.

³⁴ “*Sine dubio in bono communi insita ducenda sunt, quae sunt propria cuiusvis gentis singulatim; (30) sed haec bonum commune omni ex parte minime definiunt. Nam commune bonum, propterea quod cum humana natura penitus cohaeret, idcirco totum et in integro nequit consistere nisi, spectatis boni communis intima natura et effectione, semper humanae personae ratio habeatur. (31)*

Quin et illud accedit, quod hoc bonum, ex sua ipsius natura, omnia membra civitatis participant necesse est, quamquam diversa ratione, pro cuiusque nimirum civis muneribus, meritis et condicionibus. Quam ob causam cunctis rei publicae principibus eo est contendendum, ut nullo quidem cive nulloque civium ordine praeposito, huius generis bonum ad omnium utilitatem provehant; quemadmodum confirmat Decessor Noster [273J imm. mem. Leo XIII hisce verbis: «Neque ullo pacto committendum, unius ut vel paucorum commodo

Celso Antônio Bandeira de Mello, ao realizar estudo sobre o assunto, alega ser o interesse público aquele resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos têm pessoalmente quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade e pelo simples fato de o serem. O Estado sendo uma personificação de um todo deve refletir este todo, de forma que deve corresponder aos anseios do todo. Mas como dissemos alhures, os interesses individuais podem ser discrepantes segundo a ótica. Todavia, há aspectos que são essenciais em todos os homens, que correspondem a necessidades humanas de cada um e somente com o suprimento destas necessidades é que se torna possível atingir condições dignas de vida e de convívio social. Somente com o suprimento destas necessidades é que se torna justificável a adesão ao *contrato social*. A esta contrapartida poderíamos chamar de bem comum, seja qual for a ótica, seja pelo exercício dos direitos difusos, seja pelo gozo dos bens comuns, como os recursos naturais, seja pela manutenção da autoestima, da honra e dos

serviat civilis auctoritas, cum ad commune omnium bonum constituta sit». (32) At vero iustitiae aequitatisque rationes illud aliquando poscere possunt, ut qui res publicas gerunt plus studii civibus humilioribus navent, quippe qui ad sua vindicanda iura et ad legitima commoda sua asserenda minus ipsi valeant. (33)

Sed hoc loco filios Nostros admonendos esse opinamur, bonum commune ad integrum hominem attinere, hoc est ad eius tam corporis quam animi necessitates. Ex quo consequens est, ut rei publicae rectores ad bonum illud idoneis viis gradibusque assequendum spectent: ita scilicet ut, recto rerum ordine servato, cum bonis corporis bona pariter animi civibus suppeditent. (34)

Quae sane principia definite concludere haec sententia videtur Nostrarum Litterarum Encyclicarum, Mater et Magistra, qua in medio posuimus, commune omnium bonum «summam complecti earum vitae socialis condicionum, quibus homines suam ipsorum perfectionem possent plenius atque expeditius consequi». (35)

Itaque homines, utpote qui ex corpore et animo immortalis constant, intra mortalem hanc vitam neque suas explere necessitates, neque perfectam adipisci felicitatem possunt. Quocirca commune bonum eiusmodi viis atque rationibus parandum est, quibus non modo aeternae hominum saluti non officiat, sed eidem etiam serviat. (36)” Em tradução realizada pelo próprio Vaticano temos: “55. Mais ainda, as características étnicas de cada povo devem ser consideradas como elementos do bem comum. (29) Não lhe esgotam, todavia, o conteúdo. Pois visto ter o bem comum relação essencial com a natureza humana, não poderá ser concebido na sua integridade, a não ser que, além de considerações sobre a sua natureza íntima e sua realização histórica, sempre se tenha em conta a pessoa humana. (30)

56. Acresce que por sua mesma natureza, todos os membros da sociedade devem participar deste bem comum, embora em grau diverso, segundo as funções que cada cidadão desempenha, seus méritos e condições. Devem, pois, os poderes públicos promover o bem comum em vantagem de todos, sem preferência de pessoas ou grupos, como assevera nosso predecessor, de imortal memória, Leão XIII: “De modo nenhum se deve usar para vantagem de um ou de poucos a autoridade civil constituída para o bem comum de todos”. (31) Acontece, no entanto, que, por razões de justiça e equidade, devam os poderes públicos ter especial consideração para com membros mais fracos da comunidade, pois se encontram em posição de inferioridade para reivindicar os próprios direitos e prover a seus legítimos interesses. (32)

57. Aqui, julgamos dever chamar a atenção de nossos filhos para o fato de que o bem comum diz respeito ao homem todo, tanto às necessidades do corpo, como às do espírito. Procurem, pois, os poderes públicos promovê-lo de maneira idônea e equilibrada, isto é, respeitando a hierarquia dos valores e proporcionando, com os bens materiais, também os que se referem aos valores espirituais. (33)

58. Concordam estes princípios com a definição que propusemos na nossa encíclica *Mater et Magistra*: O bem comum “consiste no conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana”. (34)

59. Ora, a pessoa humana, composta de corpo e alma imortal, não pode saciar plenamente as suas aspirações nem alcançar a perfeita felicidade no âmbito desta vida mortal. Por isso, cumpre atuar o bem comum em moldes tais que não só não criem obstáculo, mas antes sirvam à salvação eterna da pessoa. (35)” (*Pacem in Terris*).

demais direitos da personalidade. A isto podemos chamar de bem comum, e este deve ser o objetivo do Estado, garantir a dignidade do homem, tendo-o como centro da sua atuação.

E como se dá esta atuação estatal? Por meio do exercício do Poder, exercício, este, que se dá de maneira tripartida, isto é, através da criação de leis (Poder Legislativo), execução dos mandamentos legais (Poder Executivo), e solução dos conflitos e garantia de aplicabilidade das leis (Poder Judiciário).

A partir do processo legislativo tem-se a positivação da vontade do povo que deve ser observada pela Administração. Podemos dizer que os preceitos fundamentais estão presentes na Constituição e a partir destas diretrizes e princípios gerais tem-se a produção infraconstitucional. Destarte, o bem comum deve estar presente na Constituição como objetivo maior do Estado, como podemos verificar em nossa Carta Magna em seu art. 1.º, III, consagrando o princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, concluímos que os objetivos do Estado estão presentes em seu ordenamento, sobretudo na Constituição, de forma que a finalidade do ordenamento é atingir o bem comum e, portanto, o respeito a este ordenamento representa um aspecto importante do interesse público.

Assim, o interesse público pode ser considerado o próprio bem comum, como finalidade do Estado que se reflete no ordenamento jurídico, vinculando a Administração a observá-lo.

Citamos anteriormente que não se deve confundir o Estado com a Administração pública. Trata-se de dois entes distintos, e como tal cada qual titular de interesses. O primeiro é titular do interesse público propriamente dito e já estudado, denominado pela doutrina de *interesse público primário*. O segundo é titular de um interesse que, como pessoa jurídica de direito público, denomina-se *interesse público secundário*, este assemelhando-se aos interesses pessoais, individualmente considerados.

O ideal é que sempre haja simetria entre um e outro interesse já que a função da Administração Pública é cumprir o fim social do Estado. Entretanto, há situações em que os interesses primário e secundário destoam e este desvio deve ser corrigido. Para tanto, há meios para fazê-lo, desde interpelações junto à própria Administração, chamando a atenção para o erro que ocorre, até o socorro ao Poder Judiciário.

A divergência entre o interesse público primário e o secundário se dará quando a atuação da Administração for contrária à lei (leia-se lei em sentido lato, isto é, o ordenamento jurídico). Exemplificando: O Estado é condenado ao pagamento de verbas indenizatórias em razão de sua atuação, não resta dúvida que o interesse da coletividade é que o Estado recomponha os danos que ocasionalmente gerou. Todavia, a Administração, em atenção a interesses próprios, recusa-se a efetuar o pagamento. Estamos diante de uma atuação da Administração que contraria o interesse público primário, fazendo prevalecer o secundário. Neste caso, o Judiciário deve constranger a Administração a efetuar o pagamento, que, em regra, se dará por meio de precatórios.

Cumprе ressaltar que o fato da Administração negar-se a realizar ou deixar de realizar tal conduta não significa uma imposição do interesse secundário sobre o primário, pelo contrário, é seu dever defender os interesses do Estado, isto é, o interesse público. Não sendo prerrogativa exclusiva do Estado tal proteção, podendo haver participação também dos cidadãos, haja vista a existência de instrumentos constitucionais como a ação popular, a ação civil pública ou o mandado de segurança, que garantem legitimidade a pessoas distintas da Administração para a defesa dos interesses públicos.

É importante observar que a linha que divide o interesse público primário do secundário por vezes é muito tênue e de difícil determinação, baseada em interpretações do texto legal e que somente se terá certeza se se trata de um ou de outro, com a interpretação dada pelo Judiciário. Nestes casos o judiciário é chamado para por termo a questão e *dizer o direito*. É neste momento que se constata frente a qual interesse se está.

O interesse público (primário), por não ser titularizado pela Administração não lhe é disponível, o que não ocorre com o interesse público secundário, que, por ser de sua titularidade, segue regime semelhante ao privado no que se refere à disponibilidade. O que quer dizer que não haverá supremacia deste interesse sobre o privado, já que estão no mesmo nível.

PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

SUMÁRIO: 4.1 Definição de Princípios – 4.2 Supremacia do Interesse Público Sobre o Privado – 4.3 Indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos – 4.4 Princípio da Legalidade – 4.5 Princípio da Publicidade – 4.6 Princípio da Segurança Jurídica – 4.7 Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional.

4.1 Definição de Princípios

As normas são, de forma geral, mandamentos que visam condicionar a conduta social. A doutrina divide a norma em *regras* e *princípios*, que, como normas, têm o escopo de regular a conduta, independentemente do grau de especificidade.

“Tanto regras, quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas”.³⁵

As regras diferenciam-se dos princípios, de sobremaneira, pela sua especificidade e pela incapacidade de conviver com regras conflitantes. Para Dworkin, aplicam-se às regras a teoria do *tudo ou nada*, isto é, ou a regra tem aplicação no caso concreto ou deve ser afastada em benefício de outra regra.

Para Alexy, princípios são *mandamentos de otimização*, que podem coexistir com outros princípios e que, portanto, não devem se anular, mas se sobrepor. De forma que, em caso de conflito, um princípio cederá reciprocamente ao outro, para que possam coexistir, evitando-se ao máximo a anulação de um em relação ao outro.

³⁵ ALEXY, Robert (tradução de Virgílio Afonso da Silva). *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo, MALHEIROS: 2008, p. 87.

Os princípios, destarte, podem ser graduados, enquanto que as regras são impositivas, portanto são satisfeitas ou não satisfeitas.

Os princípios, como mandamento de otimização, têm por escopo regular a própria aplicação das regras, de forma que, em caso de conflito entre um e outro, o primeiro deve prevalecer, sobretudo quando se tratar de princípio fundamental.

4.2 Supremacia do Interesse Público Sobre o Privado

Da natureza do interesse público decorre um princípio fundamental, da *supremacia do interesse público sobre o privado*.

Quanto a este princípio elucida Celso Bastos:

“De fato, seria impossível que à luz da defesa dos interesses individuais comuns se pudesse prejudicar a realização dos fins coletivos, tendo em vista a satisfação de interesses meramente isolados, concretizados em uma ou algumas poucas pessoas.

Isto faz com que o Direito Administrativo seja a instrumentação jurídica de interesses de antemão considerados superiores, e é por esta razão que as leis administrativas escarnam este princípio. Procuram estas exprimir no Direito Administrativo a posição de superioridade do interesse público sobre o particular, conferindo-lhe uma série de institutos jurídicos que não concede aos particulares. Exemplo disto é a desapropriação, que existe exatamente para que o Poder Público se encontre melhor aparelhado de recursos jurídicos para atingir as suas finalidades. E disso o indivíduo, enquanto também ser coletivo, em compensação, resulta beneficiado”.³⁶

No campo dos contratos administrativos, podemos ainda citar, como decorrência deste princípio, as chamadas cláusulas exorbitantes, que atribuem ao Poder Público o poder de alterar unilateralmente o contrato em razão do próprio interesse público.

Todavia, a supremacia do interesse público sobre o privado não atribui à Administração poder ilimitado sobre o particular, existem regras instituídas pela Constituição e em lei e, portanto, atendendo também ao interesse público, que limitam a atuação do Estado nesta relação, garantido, por exemplo, no caso citado acima de desapropriação uma *justa* indenização em dinheiro (art. 182, § 3.º, da CF). Nas alterações unilaterais dos contratos administrativos, outro princípio protege o particular, o princípio do equilíbrio econômico-

³⁶

Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Celso Bastos, 2002, p. 48.

financeiro, que determina que sempre que houver desequilíbrio entre o valor do serviço e da contraprestação ele deve ser restabelecido.

Celso Antonio Bandeira de Mello descreve como sucedâneos deste princípio dois outros, subordinados: da *posição privilegiada do órgão encarregado de zelar pelo interesse público e de exprimi-lo, nas relações com os particulares* e da *posição de supremacia do órgão nas mesmas relações*. O primeiro traduz uma posição privilegiada do Poder Público nas relações com os demais, conferindo-lhe alguns privilégios e dando-lhe maior credibilidade. São exemplos desta relação a presunção de veracidade de determinados atos realizados por agentes públicos, prazos mais dilatados em caso de lide no Poder Judiciário, etc. Quanto ao segundo princípio, temos a verticalização nas relações entre os particulares e a Administração, trata-se do exemplo ora citado por Celso Bastos nos casos de desapropriação ou por nós citado nos casos de alteração unilateral dos contratos administrativos.

4.3 Indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos

Como foi dito anteriormente, a Administração não titulariza os interesses públicos, sendo eles titularizados pelo Estado. O que a Administração faz não é nada mais do que curá-los, isto é, tratar de instrumentalizar o fim do Estado, qual seja, o bem comum.

Não sendo titular do interesse público, e quando falamos em interesse público, nos referimos ao primário, não lhe é dado o direito de dispor destes interesses e dos direitos que deles decorrem, assim, como não lhe é dada a discricionariedade de recusar agir em consonância com estes interesses.

Afirmar que determinados bens ou direitos são indisponíveis significa dizer que são irrenunciáveis, inalienáveis e intransmissíveis. São estas características que são inerentes ao interesse público. Todavia, isto não quer dizer que a Administração nunca poderá vender um bem público, ou transacionar em determinado negócio jurídico ou que não poderá delegar a prestação de determinado serviço público. Isto poderá ocorrer, entretanto, é imprescindível a existência de lei autorizadora, já que é pela lei que temos a exteriorização positivada do que podemos entender por interesse público. É por tal razão que constitui importante princípio regulador do direito administrativo, o princípio da legalidade, consagrado no artigo 37 da CF. Podemos definir com maior precisão: trata-se do princípio da *estrita legalidade*, diferenciando do princípio da legalidade que rege as relações entre particulares, vez que enquanto o primeiro determina que a Administração *somente* poderá fazer o que a lei manda

(estrita legalidade), o segundo dispõe que o particular pode fazer *tudo* o que não for proibido por lei (legalidade).

Segundo Celso Antonio, o princípio da *indisponibilidade* leva à observância de outros princípios, além do *supra* mencionado (estrita legalidade); da obrigatoriedade do desempenho de atividade pública, conseqüentemente o da continuidade; do controle administrativo ou tutela; da isonomia; da publicidade; da inalienabilidade dos direitos concernentes a interesses públicos e controle jurisdicional dos atos administrativos.³⁷

4.4 Princípio da Legalidade

O art. 37 da CF dispõe um elenco de princípios a serem observados pela Administração Pública, o primeiro deles é o da legalidade, que, como tratado anteriormente, melhor seria ser designado por princípio da *estrita legalidade*. Entretanto, para que não haja confusão, vamos nos referir a ele somente como princípio da legalidade.

A lei reflete os interesses públicos titularizados pelo Estado, que antes vêm positivados na Constituição Federal através dos dispositivos expressos e da interpretação que tornam explícitos os princípios implícitos nestes dispositivos. Assim, o respeito à lei e aos princípios fundamentais do Direito significa buscar o fim a que se destina o próprio Estado, e, portanto, o bem comum.

O princípio em estudo tem por escopos principais restringir a atuação da Administração Pública a fim de evitar abusos contra os administrados e compelir a Administração a cumprir o fim a que se destina o Estado.

Na lição professada por Hely Lopes Meirelles:

“a *legalidade*, como princípio da Administração (CF, art. 37, *caput*), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso”³⁸.

³⁷ Curso, 2003, p. 65-66.

³⁸ Direito, p. 86.

No mesmo sentido, Diógenes Gasparini: “O princípio da legalidade significa estar a Administração Pública, em toda a sua atividade, presa aos mandamentos da lei, deles não se podendo afastar, sob pena de invalidade do ato e responsabilidade de seu autor”.³⁹

Odete Medauar, de forma simples e concisa, define o princípio como a sujeição da Administração às normas legais.⁴⁰

José Afonso da Silva cita Helly Lopes Meireles e atrela o princípio da legalidade, no âmbito da Administração Pública, à finalidade do ato praticado.⁴¹ Ressalta ainda, que princípio da legalidade refere-se à sujeição dos entes ao “*império da lei*, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça, não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais”.⁴²

Esta restrita observância do princípio da legalidade, como leciona Celso Antonio Bandeira de Mello, decorre da observância do Estado aos interesses públicos. A Administração, devendo ter por finalidade o interesse público primário, é submetida ao princípio da legalidade, já que por vezes poderia ser privilegiado o interesse secundário em relação ao primário.⁴³

Já que o Poder Público é regido pelo princípio da legalidade em defesa do interesse público e que este é refletido na lei, poderá haver, em determinados casos a disponibilização de interesses públicos à Administração a fim de alcançar outros interesses também públicos,

³⁹ *Direito Administrativo*, 8. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 7. Este autor ainda continua: “Qualquer ação estatal sem o correspondente calço legal, ou que exceda ao âmbito demarcado pela lei, é injurídica e expõe à anulação. Seu campo de ação, como se vê, é bem menor que a do particular. De fato, este pode fazer tudo o que a lei permite e tudo que a lei não proíbe: aquela só pode fazer o que a lei *autoriza* e, ainda assim, *quando e como* autoriza”. Este autor ainda faz importante afirmação a respeito do princípio da legalidade no sentido de que ele não se limita ao Poder Executivo, mas aos outros poderes também. Quer dizer que devem ser observadas as regras formais legislativas e os princípios norteadores do Estado Democrático de Direito, sob pena de perda de eficácia jurídica da norma, por meio dos controles da constitucionalidade e legalidade: “observe-se que o princípio da legalidade não incide só sobre a atividade administrativa. É extensivo às demais atividades do Estado. Aplica-se, portanto, à função legislativa, salvo nos casos dos países de Constituição flexível, onde o Poder Legislativo pode, livremente, alterar o texto constitucional. O Legislativo, no caso, é também poder constituinte, como ocorre na Inglaterra. Aplica-se ainda à atividade jurisdicional. Assim, não pode o judiciário comportar-se com inobservância da lei. Seu comportamento também se restringe aos seus mandamentos. Daí a afirmação de Carlos Alberto Ortiz segundo a qual: ‘Nem o judiciário em sua prestação jurisdicional prescinde da bitola legal, que lhe impõem as regras legais, como as de competência e as processuais, v.g., o art. 126, do Código de Processo Civil’. O mesmo se pode dizer das *cortes de contas*. Em suma, ninguém está acima da lei”. (p. 8).

⁴⁰ *Direito Administrativo Moderno*, 9. ed., São Paulo: RT, 2004, p. 142.

⁴¹ *Comentário Contextual à Constituição*, 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 335.

⁴² *Idem*, p. 82.

⁴³ “O princípio da legalidade explicita a subordinação da atividade administrativa à lei e surge como decorrência natural da indisponibilidade do interesse público, noção, esta, que, conforme foi visto, informa o caráter da relação de administração.” (*Curso*, p. 66).

mas de maior importância. Esta desafetação de interesses deve se dar por meio de lei, vez que é por meio dela que há a afetação. Deve ser feita de modo direto e específico, dando o mínimo de margem discricionária, não podendo haver normas genéricas de disponibilização de interesses já que esta é uma exceção à regra. Todavia, mesmo esta desafetação encontra limites que estão implícitos na própria Constituição Federal, nas cláusulas pétreas, isto é, aquelas que não podem ser objetos de emendas ou alterações, vez que constituem princípios basilares do Estado, não atingidos pelo Poder Constituinte Derivado.⁴⁴

Da mesma forma que o ordenamento infraconstitucional deve observar os mandamentos hierarquicamente superiores, que se define pela norma que dá fundamento de validade à outra, *v.g.*, a Lei Ordinária encontra seu fundamento de validade na Constituição Federal, assim como a Lei Complementar, estando, portanto, no mesmo nível inferior à Constituição. Já o Decreto encontra seu fundamento de validade na Lei e, portanto, não pode ser contrário a ela e assim por diante.

Bem ressalta o Professor Celso Antônio ao dizer que o princípio da legalidade não impossibilita a discricionariedade da Administração, pelo contrário, há situações em que a Lei determina a discricionariedade, seja por vontade do legislador,⁴⁵ seja pela própria natureza da coisa, concedendo ao administrador a possibilidade de agir de acordo com a oportunidade e conveniência. Os atos praticados desta forma serão regulados também pelo princípio da legalidade, com ênfase para um controle mais principiológico.

Por fim, observar o princípio da legalidade não significa observar somente a Lei em sentido estrito, mas o ordenamento jurídico como um todo e os princípios formadores do Direito.

⁴⁴ “A Constituição, como dissemos antes, ampliou o núcleo explicitamente imodificável na via de emenda, definindo no art. 60, § 4.º, *que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; os direitos e garantias individuais.*

É claro que o texto não proíbe apenas emendas que expressamente declarem: ‘fica abolida a Federação ou a forma federativa de Estado’, ‘fica abolido o voto direto...’, ‘passa a vigorar a concentração de Poderes’, ou ainda ‘fica extinta a liberdade religiosa, ou de comunicação..., ou o *habeas corpus*, o mandado de segurança...’. A vedação atinge a pretensão de modificar qualquer elemento conceitual da Federação, ou do voto direto, ou indiretamente restringir a liberdade religiosa, ou de comunicação ou outro direito e garantia individual; basta que a proposta de emenda se encaminha ainda que remotamente, ‘tenda’ (emendas *tendentes*, diz o texto) para sua abolição”. (José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 67).

⁴⁵ *Curso*, p. 68.

4.5 Princípio da Publicidade

Os atos da Administração estão a todo instante sendo fiscalizados, seja pelos demais Poderes Federativos (Executivo, Legislativo e Judiciário), seja pelo próprio povo, cidadão ou não, organizado ou não, haja vista as previsões constitucionais de instrumentos de controle e fiscalização como a ação popular, a ação civil pública, o mandado de segurança, o *habeas data*. Enfim, toda a coletividade deve fiscalizar a atuação do Poder Público, já que é ela a titular do Poder Estatal (art. 1.º, parágrafo único, da CF). Para que haja tal fiscalização, imprescindível é o princípio da publicidade. Todos os atos devem ser públicos – salvo as exceções definidas em Lei.

A Constituição Federal em diversos dispositivos trata deste princípio. O art. 37, *caput*, traz expressa previsão de sua observância pela Administração Pública. Mas também podemos observá-lo no art. 5.º, XXXIII, LX, LXI, LXIX, dentre outros. A legislação infraconstitucional também dá relevante atenção, arts. 1.534, 1.542, (Da Celebração do Casamento), art. 1.806 (renúncia da herança), do Código Civil. Ressalte-se que todos os dispositivos expostos refletem situações em que há relevante interesse público, mesmo que regulem relações privadas. A forma pela qual se dão as relações exige procedimento especial em razão da necessidade de uma fiscalização da própria sociedade que exprime interesse, tratando-se, destarte, de interesses públicos.

A publicidade, segundo Hely Lopes Meirelles, “não é elemento formativo do ato; é requisito de eficácia e moralidade”, entendimento corroborado por José Afonso da Silva⁴⁶. Sua observância decorre da indisponibilidade do interesse público. Se o interesse é indisponível, por óbvio que todos os atos que o envolvam devam ser públicos. Desta forma, jamais, exceto nos casos de segurança nacional ou de necessidade imperiosa de sigilo regulada em lei, poderá haver processos ou atos sigilosos ou secretos.

Nos contratos administrativos, esta regra deve ser observada, sob pena de invalidação por falta desse requisito de eficácia e moralidade.⁴⁷ O mesmo se opera nos processos administrativos que devem proceder de forma pública, respeitando a ampla defesa e o contraditório, sob pena de nulidade.

⁴⁶ *Idem*, p. 337.

⁴⁷ Hely Lopes Meirelles, *Direito*, p. 94.

Importante ressaltar que este princípio, assim como o da legalidade e todos os demais norteadores da Administração são na verdade princípios inerentes a toda prestação de serviço público em seu sentido mais amplo. Desta forma, atinge não só a prestação administrativa, como também a legislativa e a jurisdicional.

4.6 Princípio da Segurança Jurídica

Não se trata de um princípio exclusivo da Administração Pública, mas um princípio norteador de todo o Estado Democrático de Direito, como bem elucidada Hely Lopes.

Nas relações envolvendo a Administração Pública, a segurança jurídica é de fundamental importância. O Poder Público goza de prerrogativas decorrentes do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, o que lhe confere vantagens no trato com o particular. Para que esta relação não se torne demasiadamente desvantajosa para o particular, a segurança jurídica é de suma importância. Trata-se da previsibilidade das relações, sobretudo nos contratos. Ao firmar um contrato as partes contratantes, a fim de mensurar preço, prazo e demais elementos ponderam todas as variáveis possíveis, e em um país como o Brasil, a celeridade das decisões e soluções de conflitos, bem como a segurança jurídica constituem fundamentais variáveis de risco, de forma que a observância deste princípio, não pode ser deixada de lado.⁴⁸

Todavia, o contratante deve, ao firmar pacto com a Administração, ter em mente outros princípios que não poderão ser afastados, principalmente o da *indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos*, e da *supremacia do interesse público sobre o privado*, e todos os demais deles decorrentes.

4.7 Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional

Estatui o art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal: “XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Trata-se a expressa disposição constitucional do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Tal princípio não quer dizer que todos os conflitos devam ser resolvidos na seara judicial, mas que, havendo a

⁴⁸ Neste sentido Celso Antonio Bandeira de Mello: “Por força do sobredito princípio cuida-se de evitar alterações surpreendentes que instabilizem a situação dos administrados e de minorar os efeitos traumáticos que resultem de novas disposições jurídicas que alcançariam situações em curso”. (*Curso*, p. 77).

necessidade de solução de conflito de forma contenciosa, o Poder Judiciário não pode excusar-se de dar a correta interpretação legal e por termo ao conflito.

Nelson Nery Jr, ao tratar do assunto, ressalta que este dispositivo tem como destinatário o próprio legislador, a fim de evitar que sejam editadas Leis que visem impedir ou dificultar o acesso ao judiciário, é um resquício do período de ditadura militar quando este direito foi duramente tolhido.⁴⁹ O que não quer dizer que sua amplitude não seja maior do que esta.

A Administração não está alheia a este princípio, principalmente por se tratar da defesa dos interesses públicos, assim, não pode se excusar de defender judicialmente, quando os meios extrajudiciais cabíveis possíveis tiverem se esgotado. Esta obrigatoriedade se dá em razão do princípio da *indisponibilidade*. Já que o interesse público primário não é titularizado pela Administração, mas apenas gerido, ela não pode transigir ou dispor deste interesse sob pena de ser responsabilizado o administrador prevaricador, civil, criminal, administrativamente e politicamente.

É efeito deste princípio o controle dos atos administrativos, mesmo que provocado por terceiros. Fica claro tal possibilidade ao haver disposição expressa na Constituição Federal das garantias como a ação popular, que visa proteger o patrimônio público, tendo como titular *qualquer cidadão*. Trata-se de importante instrumento, já que tem o condão de até mesmo invalidar atos administrativos nulos ou eivados de vícios que contrariam os interesses públicos, inclusive contratos administrativos ou cláusulas contratuais.

⁴⁹

Princípios do processo civil na Constituição Federal. 8. ed., São Paulo: RT, 2004, p. 132-133.

A ARBITRAGEM E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

SUMÁRIO: 5.1 Requisitos da Arbitragem e a Administração Pública – 5.2 A Disponibilização do Bem ou Direito Público – 5.3 Princípio da Segurança Jurídica e a Arbitragem – 5.4 Princípio da Publicidade e a Arbitragem – 5.5 Local da Arbitragem e Princípio do Controle dos Atos Administrativos – 5.6 Decisão por Equidade.

Analisamos até agora os diversos elementos que influenciam a arbitragem e o Estado. Iniciamos nosso estudo discorrendo de forma concisa a arbitragem, sua natureza jurídica, seus requisitos e demais elementos que a cercam. Continuamos nosso estudo a partir do conceito de interesse público, e por fim, dos princípios fundamentais da Administração Pública. Agora nos cumpre a tarefa de analisar como estes diversos fatores influenciam nos contratos administrativos e a possibilidade de existência de cláusula arbitral nestes contratos.

5.1 Requisitos da Arbitragem e a Administração Pública

Como apresentado no Cap. 2, são requisitos da arbitragem, a capacidade para contratar e a limitação do objeto versar sobre bens ou direitos patrimoniais disponíveis (art. 1.º, da Lei 9.307/96).

Quanto à capacidade, é indiscutível que a Administração Pública tem capacidade para contratar, é ela que gere os interesses do Estado e contrata em seu nome. Além disso, a Administração constitui-se em Pessoa Jurídica de Direito Público, tendo plena capacidade.

No que se refere ao segundo requisito, qual seja, o objeto da arbitragem, devemos fazer uma análise mais minuciosa.

O art. 1.º da Lei 9.307/96 possibilita a realização da arbitragem sobre bens ou direitos patrimoniais disponíveis. A Administração Pública deve sempre defender os interesses da coletividade, que se denominam interesses públicos primários, contudo existe também o interesse público secundário titularizado pela própria Administração (o primário é titularizado pelo Estado). Aqueles que defendem a arbitragem junto à Administração Pública alegam que o interesse público primário somente manifesta-se no momento em que a Administração age como Poder Público, e que em diversos contratos a Administração não figura desta forma,

mas como Pessoa Jurídica independente, e que a maioria dos atos praticados em razão destes contratos não tem o condão de estarem protegidos pelo manto do interesse público.

Quanto a esta argumentação uma questão surge: Como saber se a Administração está agindo como Poder Público ou como pessoa jurídica, sujeita de direitos e obrigações no mesmo nível do contratado? O simples fato de estar contratando com um particular não descaracteriza a atuação da Administração como Poder Público, mesmo porque faz parte de sua atuação a realização de inúmeros contratos, haja vista a previsão das cláusulas exorbitantes na Lei 8.666/93. Aliás, é uma característica dos contratos administrativos a possibilidade de alteração unilateral dos contratos. Então, poderíamos dizer que estas alterações devem ser motivadas pelo interesse público primário e desta forma seria um ato próprio do Poder Público e nesta situação a Administração estaria agindo como tal.

Mas como classificar um ato como proveniente do interesse público primário ou secundário, se ambos provêm da mesma pessoa? Esta resposta é importante porque se estamos diante do interesse público secundário podemos acreditar haver direitos disponíveis (é bom lembrar que mesmo os particulares são titulares de direitos indisponíveis, tais como o direito à pensão alimentícia etc.), mas se estamos diante de interesses públicos primários certamente estamos diante de direitos indisponíveis, como estudamos no Cap. 3.

Assim, identificar a existência do interesse público primário e do secundário constitui-se matéria de fundamental importância para saber se a arbitragem será possível ou não.

Dissemos anteriormente que a cláusula arbitral é autônoma, de forma que pode decidir até mesmo sobre circunstâncias de nulidade do contrato, mas encontra seu limite na análise de validade da própria cláusula, de forma que não podemos aceitar que o árbitro decida se é possível ou não a realização da arbitragem. Destarte, o Judiciário seria chamado para decidir sobre a validade da cláusula.

Em caso de conflito, a Administração nunca admitiria estar defendendo interesses secundários, mesmo porque seria ilícita esta prática já que a Administração deve obediência ao princípio da estrita legalidade, devendo fazer tudo aquilo que a lei determinar e a lei é, em regra, positivamente dos interesses públicos, salvo quando contrários à Constituição.

Outro ponto a ser observado, é que cabe à Administração a defesa do patrimônio público; e a condenação ao pagamento de verbas, o aumento das despesas ou qualquer outra

situação que possa causar dano ou redução ao patrimônio público fere o interesse público primário, mesmo que indiretamente, pois é o administrado que sofrerá as penas da sucumbência.

Cumprido destacar que, conforme Luis Roberto Barroso, no Brasil vigora o Estado Constitucional de Direito. “Nesse novo modelo, vigora a centralidade da Constituição e a supremacia judicial, como tal entendida a primazia de um tribunal constitucional ou suprema corte na interpretação vinculante das normas constitucionais”.⁵⁰ Assim, no Estado de Direito, recai sobre o Poder Judiciário a missão de dar a última interpretação das normas jurídicas.

Destarte, cumpre ao Poder Judiciário decidir pela disponibilidade ou indisponibilidade do interesse, isto é, decidir se o direito da Administração é legítimo e, portanto, se se trata de um interesse público primário ou secundário, sem olvidar que ao fazê-lo deverá “demonstrar, argumentativamente, à luz dos elementos do caso concreto, mediante ponderação e uso da proporcionalidade, que determinada solução realiza mais adequadamente a vontade da Constituição [ou da lei], naquela situação específica”⁵¹.

A arbitragem, assim, com o argumento de que poderia ser aplicada sobre bens e direitos disponíveis e, portanto, oriundos do interesse público secundário, seria inviável, embora teoricamente possível.

Nada obstante alguns doutrinadores defenderem que o interesse público é a defesa da lei,⁵² não será o árbitro legitimado a dizer se assiste razão à Administração ou ao particular – visto que, ao decidir em favor da primeira, estaria deslegitimando sua competência, haja vista que decidiu sobre questão de interesse público primário – mas o próprio Judiciário.

⁵⁰ “A expressão jurisdição constitucional designa a interpretação e aplicação da Constituição por órgãos judiciais. No caso brasileiro, essa competência é exercida por todos os juízes e tribunais, situando-se o Supremo Tribunal Federal no topo do sistema. A jurisdição constitucional compreende duas atuações particulares. A primeira, de aplicação direta da Constituição às situações nela contempladas. Por exemplo, o reconhecimento de que determinada competência é do Estado, não da União; ou do direito do contribuinte a uma imunidade tributária; ou do direito à liberdade de expressão, sem censura ou licença prévia. A segunda atuação envolve a aplicação indireta da Constituição, que se dá quando o intérprete a utiliza como parâmetro para aferir a validade de uma norma infraconstitucional (controle de constitucionalidade) ou para atribuir a ela o melhor sentido, em meio a diferentes possibilidades (interpretação conforme a Constituição). Em suma: a jurisdição constitucional compreende o poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição.” BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil contemporâneo. in *Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB – Atualidade Jurídicas*. Jan-mar/2011. n. 11. p. 05.

⁵¹ Idem. p. 26

⁵² Neste sentido Eros Roberto Grau. Arbitragem e contrato administrativo, p. 15.

Mas isto não quer dizer que nunca poderá haver arbitragem junto à Administração Pública, mas sim que as regras não serão tão fáceis de definir como se pensa.

5.2 A Disponibilização do Bem ou Direito Público

A arbitragem envolvendo a Administração Pública não é novidade e a tentativa de haver previsão de cláusula arbitral já houve no decorrer do século passado.

Adilson de Abreu Dallari,⁵³ ao tratar do assunto, faz menção a um emblemático contrato de concessão para exploração da Ponte Rio-Niterói. Neste caso o TCU (Tribunal de Contas da União) determinou a exclusão da cláusula arbitral por julgar inexistente previsão legal para esta prática em contratos administrativos. O autor, ao analisar esta decisão, julgou-a infundada, alegando que havia previsão legal para a estipulação de cláusula arbitral, citando os arts. 54, da Lei 8.666/93⁵⁴ e art. 23, XV, da Lei 8.987/95,⁵⁵ e que a normatização relacionada ao compromisso, disposta nos arts. 1.037 a 1.048 do Código Civil e a determinação para a previsão contratual nos contratos de concessão de cláusula estipulando meios amigáveis de solução de divergências contratuais seriam suficientes para autorizar a existência de cláusula arbitral (este autor entende que a arbitragem é uma meio amigável de solução de controvérsias).

Quanto a esta argumentação cabem algumas considerações.

a) A arbitragem não tem natureza jurisdicional – embora parte da doutrina defenda que sim – como pudemos demonstrar no Cap. 3. Todavia, isto não quer dizer que todos os meios de solução de litígios sejam amigáveis. A arbitragem tem caráter substitutivo da jurisdição, de forma que, uma vez optado contratualmente por ela, não se poderá buscar socorro

⁵³ Arbitragem na concessão de serviço público. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 7. O TCU, fundamentou esta decisão da seguinte forma: “c) excluir as disposições dos itens 204 e 208 do Edital de Propostas de Tarifa que estabelecem a arbitragem como método para a resolução de conflitos entre a Concessionária e o DNER, ante a inexistência de fundamento legal para a adoção de tal instituto em contratos administrativos, consoante decisão do Tribunal de 15.07.1993 (Ata 29/93. Decisão 287/93)”. Esta decisão a que o TCU se refere tem o seguinte teor: “O Tribunal de contas da União, diante das razões expostas pelo Relator, Decide: 1. conhecer como consulta, o expediente do Aviso 167/GM/1993, do Exmo. Senhor Ministro das 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)”.

⁵⁴ “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”.

⁵⁵ “Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: (...) XV – ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais”.

jurisdicional. Não podemos excluir o caráter decisório da arbitragem, de forma que, uma vez decidida a contenda, as partes não poderão negar-se ao cumprimento da decisão, sob pena de utilizar-se da força judicial. Outros meios podem ser utilizados para compor eventuais conflitos, podemos classificar como meio amigável de solução de conflitos a mediação. Situação na qual as partes reúnem-se perante um terceiro que funciona como conselheiro, buscando amigavelmente a solução do conflito a partir do convencimento das partes. Mas esta decisão não vincula e não está sujeita à execução judicial.

Desta forma, não podemos admitir que já havia previsão legal para a estipulação de cláusula arbitral.

b) Quanto ao argumento da vinculação por força de compromisso, o fato de haver uma cláusula compromissória no contrato não vincula a Administração vez que está eivada de vício e neste caso a Lei estipula a aplicação subsidiária de outros diplomas somente nos casos possíveis, o que não é o caso.

A Lei que instituiu em âmbito nacional as Parcerias Público-Privadas (Lei 11.079/2004), atenta para decisões como a que acabamos de analisar e estipula em seu art. 11, III:

“**Art. 11.** O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3.º e 4.º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei 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 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato”.

Podemos verificar que o inciso III classifica a arbitragem como *mecanismo privado* de resolução de disputas, diferentemente do que previa o texto da Lei 8.987 em que havia a previsão de mecanismos amigáveis. Não podemos classificar uma disputa de amigável, por sua própria natureza.

Quis a Lei das PPP cumprir um princípio constitucional, o da legalidade. Todavia, esta previsão simplista da Lei é suficiente para que reste respeitado este princípio de tamanha importância e restrição? A Lei 9.307/96 regula como deveria uma situação de arbitragem entre um particular e o Poder Público?

O que este artigo veio fazer foi demonstrar a intenção do legislador para que seja utilizada a arbitragem para atrair investidores, haja vista a patente vontade destes de fugir do judiciário. Contudo, esta simples previsão não é suficiente para autorizar a arbitragem, haja vista os requisitos acima descritos, principalmente a disponibilidade.

Vale dizer que no caso descrito (Ponte Rio-Niterói) tratou-se de arbitragem para composição de conflitos envolvendo tarifas, isto é, a contraprestação do particular e do Poder Público (no caso das PPP) ao particular. Haveria meios de, sem uma decisão judicial, dizer se se trata de interesse público primário ou secundário? Assim, poderíamos dizer que a previsão legal que trata a decisão limita-se somente à questão meramente processual? Ou estamos diante de uma questão também de direito material? Cumpre ressaltar que o dispositivo trazido pela Lei das PPP limita-se à questão processual, mas não material, de forma que se se tratar de interesse público primário ou mesmo para decidir se o interesse é primário ou secundário estamos diante de direitos indisponíveis, e, portanto, torna-se inviável a arbitragem.

Todavia, a doutrina ainda cita que a arbitragem envolvendo a Administração já foi utilizada e a transação é utilizada em casos envolvendo a Fazenda.⁵⁶ Não podemos negar estes fatos, porém devemos analisá-los com prudência e verificar em que situação estas relações se dão.

Caso clássico citado pelos defensores da arbitragem⁵⁷ é o chamado “caso Lage”.⁵⁸ Patente é o reconhecimento dos tribunais pátrios sobre a legalidade da arbitragem, contudo o

⁵⁶ Neste sentido, Eros Roberto Grau. *Arbitragem e contrato administrativo*; Adilson Abreu Dallari. *Arbitragem na concessão de serviço público*; Dinorá Adelaide Musetti Gotti. *A arbitragem e a administração pública*. In Fernando do Valle Almeida Guilherme (Coord.). *Novos rumos da arbitragem no Brasil*. São Paulo: Fiúza, 2003.

⁵⁷ Idem; Carlos Alberto Carmona. *Arbitragem e processo*, p. 52.

⁵⁸ Carlos Alberto Carmona resume o caso em questão: “A União incorporou ao seu patrimônio (Decreto-Lei 4.648/42) os bens e direitos da Organização Lage e do espólio de Henrique Lage, sob a alegação de interesse da defesa nacional. Depois da avaliação dos bens, determinou o Poder Público sua venda para pagamento de débitos anteriores para com a União, restituindo-se saldo a seus proprietários, que formularam protesto judicial, propondo a criação de juízo arbitral, o que foi aceito, depois de alguma hesitação (Decreto-Lei 9.521/46). Os árbitros proferiram seu laudo, fixando indenização que deveria ser paga pela União. Num primeiro momento, a União acatou a decisão dos árbitros, solicitando abertura de crédito especial através de mensagem enviada ao Congresso Nacional; ato contínuo, porém, sob a alegação de que o juízo arbitral seria inconstitucional, a União

que estes doutrinadores não fazem é analisar em que situação esta decisão foi proferida e quais os elementos que ensejaram tal decisão.

A previsão de arbitragem se deu por meio do Decreto-Lei 9.521 de 26 de julho de 1946, o que sabidamente, nos períodos de “exceção”, era o instrumento legal com valor de Lei⁵⁹. Este Dec.-Lei previa expressamente os objetos da arbitragem, quais eram, as apurações das diferenças entre o valor dos bens incorporados e as dívidas da organização e do espólio junto à Fazenda Nacional e o valor do passivo do espólio e das empresas assumido pela União.

Determinam os arts. 7.º, 8.º e 12 do Dec-Lei:

“**Art. 7.º** O pagamento do passivo assumido pela União e das importâncias previstas no art. 25 será feito em apólices, na forma dos arts. 5.º e 3.º do Decreto Lei 7.024 de 6 de novembro de 1944, ficando para esse dito efeito renovado o crédito especial aberto pelo mesmo Decreto-Lei, cujo valor poderá ser aumentado de acordo com a decisão do Juízo Arbitral.

Art. 8.º O Juízo Arbitral apurará a diferença entre o valor dos bens incorporados nos termos dos arts. 2.º e 4.º e as dívidas referidas no art. 5.º deste Decreto-Lei.

(...)

Art. 12. Fica instituído o Juízo Arbitral para o fim especial de julgar, em única instância e sem recurso, as impugnações oferecidas pelo Espólio de Henrique Lage, sua herdeira e legatários, aos Decretos-Leis 4.648, de 2 de setembro de 1942, e 7.024, de 6 de novembro de 1944, com as seguintes atribuições:

I – Decidir sobre:

- a) as avaliações dos bens e direitos que aludem os arts. 2.º e 4.º deste Decreto-Lei;
- b) os débitos a que se referem os arts. 5.º, letra *a*, e 6.º;
- c) o levantamento do passivo das referidas Empresas e do Espólio, para os fins previstos no art. 5.º, letra *b*;
- d) a apuração da diferença a que alude o art. 8.º;

mudou de idéia, de tal sorte que o vencedor no juízo arbitral (em verdade, seus herdeiros) propôs demanda judicial para garantir seus direitos. O pleito foi acolhido em primeira instância, sendo a decisão confirmada pelo Tribunal Federal de Recursos e pelo Supremo Tribunal Federal...” (*Arbitragem e processo*, p. 52, nota 54).

⁵⁹ É importante destacar que não está em discussão a justiça norma ou a legitimidade dos regimes de exceção, mas tão somente o instrumento utilizado, levando em consideração a forma, bem como o fundamento de validade que a instituiu. Ressalte-se que não houve contestação sobre a validade da norma, tampouco sua constitucionalidade.

- e) as alterações eventuais previstas no art. 10;
- f) a demarcação da parte dos terrenos de marinha e acrescidos, excluída da incorporação, nos termos dos arts. 2.º e 3.º;
- g) a administração, nos termos do art. 21, § 1.º, das empresas excluídas;
- h) os casos omissos e qualquer outro assunto de que dependa e boa e rápida execução do presente Decreto-Lei.

II – Arbitrar, se necessário, o valor dos acréscimos e deduções a serem computados na forma do art. 10”.

Os artigos que seguem regulam outros elementos da arbitragem, tais como a composição do Juízo, a remuneração dos árbitros etc.

Percebe-se a precisão do legislador ao definir o objeto da arbitragem.

Ao tratarmos do conceito de interesse público no Cap. 3, frisamos a legalidade do interesse, isto é, o interesse público se reflete na Constituição, na Lei, nos costumes, e nos princípios gerais do direito. Somente por meio de Lei ou Emenda Constitucional, dependendo da matéria, seria possível desafetar determinado direito ou bem. Não se trata de desafetação do interesse público, mas é o próprio interesse público que se manifesta por meio da Lei em disponibilizar determinado bem ou direito.

No caso envolvendo a Organização Lage, temos um Decreto-Lei no qual houve a literal desafetação de determinados bens e direitos.

Os defensores da arbitragem ainda citam a possibilidade de haver transação envolvendo a União. Esta afirmação também é inegável, contudo, também nesta situação devemos fazer uma análise mais pormenorizada a fim de evitar qualquer equívoco.

As situações de transação envolvendo a União não se dão de forma aleatória ou por meio de disposições genéricas, mas, em observância ao princípio da legalidade, são disciplinadas por leis especiais que discriminam as relações.

A Lei Complementar 73, de 10 de fevereiro de 1993, dispõe em seu art. 4.º, VI:

“**Art. 4º** São atribuições do Advogado-Geral da União:

VI – desistir, transigir, acordar e firmar compromisso nas ações de interesse da União, nos termos da legislação vigente;”

Este dispositivo por si só teria o condão de autorizar o Advogado-Geral da União a desistir, transigir, acordar ou firmar compromisso ao seu talante? De certo que não, seria uma afronta ao princípio da legalidade e da indisponibilidade do interesse público, vez que nem mesmo ao chefe do executivo podem ser dados tão amplos poderes. Neste sentido foi promulgada Lei específica a fim de regulamentar este dispositivo dando delineamentos restritos às situações possíveis de haver transação. Trata-se da Lei 9.469, de 10 de julho de 1997.

Este caso é apenas um exemplo do modo pelo qual deve se dar a desafetação de determinado bem ou direito que inicialmente vinha protegido pelo manto do interesse público e que, em razão deste mesmo interesse, houve por bem disponibilizado.

Assim, não é um simples dispositivo legal genérico, que terá o condão de desafetar determinado interesse, ao contrário do que defende Carmona.⁶⁰ Para que um determinado bem ou direito possa ser disponível, é necessária previsão legal específica desafetando tal bem ou interesse.

Não se pode, sob o escopo de viabilizar determinada situação, atropelar os princípios gerais do Direito que são verdadeiros esteios de nossa sociedade. Interesses privados não podem sobrepor-se aos públicos.

No caso de relações envolvendo valores de grande monta, que necessitam de previsão orçamentária específica, não seria difícil desafetar determinado bem ou direito para viabilizar a arbitragem nestes contratos. Poderia ainda haver a convenção arbitral, todavia o Judiciário deverá se pronunciar, no momento de firmar o compromisso, para determinar se se trata de bem ou direito disponível ou indisponível. Todavia, este procedimento eliminaria uma das vantagens da arbitragem, que seria a celeridade.

Entretanto, nem todos esses cuidados poderão excluir da apreciação do Judiciário, *v.g.* uma ação popular proposta por qualquer do povo, nos termos do art. 5. LXXIII, CR, em caso

⁶⁰ Carlos Alberto Carmona acredita que a autorização legal para a previsão de cláusula arbitral se dará de forma genérica: “A preocupação com a *autorização legal* para submeter eventuais litígios à solução arbitral está efetivamente presente na mente do legislador (e tanto a Lei 8.987/95 como o Decreto 1.719/95 dão prova disso), mas isto não pode servir de óbice à validação de convenções arbitrais inseridas nos contratos administrativos (até mesmo – se outro argumento melhor não houvesse – por conta do princípio da boa-fé, que não pode deixar de orientar a Administração nos atos que praticar e nos contratos que se envolver). De qualquer modo, a autorização legal procurada por alguns pode ser (e normalmente será) genérica, como ocorre no caso de empresas públicas, submetidas por via constitucional ao regime das empresas privadas (e, por via de consequência, autorizadas – pela própria natureza de suas respectivas atividades – a dispor de direitos)”. (*Arbitragem e Processo*, p. 56).

de ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

5.3 Princípio da Segurança Jurídica e a Arbitragem

Este princípio, em um Estado de Direito, é de fundamental importância. Todavia, não tem a força de anular o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Assim, uma vez realizado um contrato contendo cláusula arbitral sem que sejam observadas as normas e princípios que regulam a Administração, não pode o contratado alegar tal princípio, a fim de obrigar a Administração a cumprir o compromisso, vez que, dependendo do direito ou bem – ressalte-se que podemos ver que dificilmente algum bem ou direito relacionado ao Poder Público não estará sob a égide do interesse público – não se tratará de bem ou direito disponível. Afinal ato nulo não pode ser convalidado por tal princípio que não tem este condão.

5.4 Princípio da Publicidade e a Arbitragem

Uma característica da arbitragem, tida como vantagem, é o sigilo. Todavia, um os princípios fundamentais que regem a Administração e que, portanto, deve incidir sobre os contratos administrativos é o da publicidade. Visando possibilitar a fiscalização e o controle dos atos administrativos pela sociedade, todos os seus atos devem ser públicos.

Destarte, caso seja adotada a arbitragem, uma de suas vantagens não poderá ser utilizada, isto é, por incompatibilidade entre o princípio da publicidade e o sigilo, prevalece o primeiro, de forma que a arbitragem deverá ser pública.

5.5 Local da Arbitragem e Princípio do Controle dos Atos Administrativos

Todos os atos administrativos são passíveis de controle, seja interno, isto é, pelo próprio Poder que pratica o ato, seja pelos outros Poderes, seja pelo povo.

Para que seja possível este controle, é necessário que estes atos sejam praticados sob a jurisdição brasileira, isto é, em território nacional ou em suas extensões previstas na Constituição, contudo a Lei 9.307/96 possibilita que as partes determinem o local para a realização do procedimento arbitral, podendo ser até mesmo em território internacional, sendo

a decisão simplesmente proferida no território nacional para que possa ser considerada sentença arbitral nacional, dispensando a homologação pelo STJ.

Exceção foi feita na Lei 11.079/2004 (Lei das PPP) quando restringe e define o local para realização deste procedimento, qual seja, o território nacional, visto que somente desta forma pode haver controle dos atos arbitrais e da Administração durante o procedimento, caso seja necessário.

5.6 Decisão por Equidade

Um princípio que muito foi citado até aqui foi o da legalidade, e mais uma vez se faz presente. O art. 2.º da Lei 9.307/96 determina que as partes podem determinar se a arbitragem será de direito ou equidade. Se nos referirmos aos particulares, isto é perfeitamente possível, contudo não podemos dizer o mesmo da arbitragem envolvendo os contratos administrativos. Isto em razão do princípio da legalidade. A Administração não pode agir de forma contrária à Lei, mesmo que outra Lei autorize, visto que o respeito aos princípios tem raiz constitucional, e não pode ser dispensada sua observância por norma infraconstitucional. Destarte, a arbitragem se dará obrigatoriamente por direito e direito nacional, visto que também não seria constitucional a previsão de norma internacional para disciplinar ações do Poder Público nacional, salvo nos casos envolvendo o Direito Internacional Público que é dotado de regras e princípios específicos que não estão em estudo.

A equidade somente poderá ser utilizada nos casos previstos na Lei de Introdução ao Código Civil, isto é, nos casos de lacuna do direito.

CONCLUSÃO

Após a realização deste estudo, dos elementos que incidem na relação de arbitragem e nos contratos administrativos celebrados com a Administração Pública Direta, podemos chegar a algumas conclusões.

Primeiramente, quanto à natureza, não se pode falar em jurisdição privada, vez que somente o Estado a detém, portanto, a arbitragem tem natureza contratual, sendo considerada um método diverso da jurisdição na solução de conflitos.

Assim, podemos definir a arbitragem, “uma técnica para a solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma *convenção privada*, decidindo com base nesta convenção sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir a eficácia de sentença judicial.”⁶¹ [grifo nosso]. **Podemos ainda acrescentar, que possui natureza contratual.**

Em segundo lugar, quanto à disponibilidade dos bens ou direitos abrangidos pela arbitragem, tem-se que há dúvida objetiva em relação a quais bens ou direitos estão protegidos pelo manto do interesse público primário, e sendo, portanto indisponíveis.

Como estudado, na Administração Direta, para que determinados bens ou direitos tornem-se disponíveis, deve-se haver a desafetação, o que se dá por meio de lei.

A Lei 9.307/96, em razão de sua generalidade, não tem o condão desafetar os bens ou direitos revestidos pela proteção do interesse público primário. Trata-se de uma norma processual, quando a desafetação trata de direito material, de forma que é necessária uma norma versando sobre a matéria em questão. Assim, tal lei não pode autorizar irrestritamente a previsão de cláusula arbitral nos contratos administrativos versando sobre quaisquer bens ou direitos.

⁶¹ *Arbitragem e Processo*, p. 27.

Tais previsões e proteções constitucionais tornam inseguras as arbitragens junto à Administração Direta, pois ela sempre poderá socorrer-se ao Judiciário sob o argumento que a arbitragem decidiu sobre bens ou direitos indisponíveis ou em razão da indisponibilidade do interesse público.

Da mesma forma, qualquer do povo poderá alegar ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, nos termos do art. 5.º, LXXIII, da CR e propor ação popular a fim de declarar a nulidade do procedimento arbitral e mesmo da cláusula arbitral.

Neste diapasão, para que haja maior segurança jurídica da relação, é prudente que haja Lei específica desafetando os bens ou direitos que serão objetos da arbitragem ou, antes de firmar-se o compromisso, preliminarmente, pedir a manifestação do Judiciário se se trata de bens ou direitos disponíveis ou indisponíveis, o qual deverá fazê-lo à luz da Constituição, das Leis e dos princípios gerais do Direito e, em caso de colisão de normas, através dos elementos do caso concreto, mediante ponderação e uso da proporcionalidade.

Deve-se atentar que, conforme Luis Roberto Barroso, no Brasil vigora o Estado Constitucional de Direito. “Nesse novo modelo, vigora a centralidade da Constituição e a supremacia judicial, como tal entendida a primazia de um tribunal constitucional ou suprema corte na interpretação vinculante das normas constitucionais”.⁶² Assim, no Estado de Direito, recai sobre o Poder Judiciário a missão de dar a última interpretação das normas jurídicas.

Destarte, cumpre ao Poder Judiciário decidir pela disponibilidade ou indisponibilidade do interesse, isto é, decidir se o direito da Administração é legítimo e, portanto, se se trata de um interesse público primário ou secundário.

⁶² “A expressão jurisdição constitucional designa a interpretação e aplicação da Constituição por órgãos judiciais. No caso brasileiro, essa competência é exercida por todos os juízes e tribunais, situando-se o Supremo Tribunal Federal no topo do sistema. A jurisdição constitucional compreende duas atuações particulares. A primeira, de aplicação direta da Constituição às situações nela contempladas. Por exemplo, o reconhecimento de que determinada competência é do Estado, não da União; ou do direito do contribuinte a uma imunidade tributária; ou do direito à liberdade de expressão, sem censura ou licença prévia. A segunda atuação envolve a aplicação indireta da Constituição, que se dá quando o intérprete a utiliza como parâmetro para aferir a validade de uma norma infraconstitucional (controle de constitucionalidade) ou para atribuir a ela o melhor sentido, em meio a diferentes possibilidades (interpretação conforme a Constituição). Em suma: a jurisdição constitucional compreende o poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição.” BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil contemporâneo. in *Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB – Atualidade Jurídicas*. Jan-mar/2011. n. 11. p. 05.

Assim, parece-nos que a primeira opção (desafetação) é a mais célere, mas ambas constituem um entrave importante à aplicação da arbitragem, pois, embora tragam maior segurança jurídica ao procedimento arbitral, aumentam o tempo dos processos; seja de contratação, pois a lei de desafetação deve ser prévia à celebração do pacto; seja do processo contencioso, pois a submissão prévia ao Poder Judiciário para se manifestar sobre a disponibilidade dos bens representaria um acréscimo de tempo e de recursos desmesurados.

Outrossim, o procedimento arbitral não poderá ser realizado em sigilo, em atenção ao princípio da publicidade, assim como não poderá ser realizado fora do território nacional, bem como sua decisão;

Ainda, a arbitragem sempre será de direito, não envolvendo a equidade, salvo nos casos de lacuna previstos na Lei de Introdução ao Código Civil.

Por fim, pode-se concluir que a arbitragem **pode ser aplicada em contendas envolvendo a Administração Pública Direta**, entretanto, perde suas funções atrativas principais que seriam a *segurança jurídica* e a *celeridade* – em razão da possibilidade de diversas arguições no Judiciário sobre nulidades (que não se aplicariam aos particulares), tais como a indisponibilidade de bens ou direitos ou interesse público, bem como a interferência de terceiros através de ação popular –, o *sigilo*, em razão da observância do princípio da publicidade e a *decisão por equidade* em razão do princípio da legalidade estrita. Ainda pode perder o atrativo da *economicidade*, em razão dos diversos processos em procedimentos que deveriam ser implementados para garantirem maior segurança às arbitragens.

BIBLIOGRAFIA

- ALEXY, Robert (tradução de Virgílio Afonso da Silva). *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo, MALHEIROS: 2008.
- ALVARENGA, José Eduardo. *Parcerias público-privadas – Comentários à Lei brasileira*. São Paulo: Mapontes, 2005.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ARRUDA ALVIM, José Manuel de. *Manual de direito processual civil – Parte geral*. 9. ed., São Paulo: RT, 2005.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil contemporâneo. *in Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB – Atualidade Jurídicas*. Jan-mar/2011. n. 11.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 2002.
- . *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Celso Bastos, 2002.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed., São Paulo: RT, 1997.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- . Arbitragem e jurisdição. *Revista de Processo*. n. 58. ano 15. abr.-jun. São Paulo: RT, 1990.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 1993.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro, 2002.
- DALLARI, Adílson Abreu. Arbitragem na concessão de serviço público. *Revista Trimestral de Direito Público* n. 13. São Paulo: Malheiros, 1996.
- . Conceito de serviço público. *Revista Trimestral de Direito Público* n. 15. São Paulo: Malheiros, 1996.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 24. ed., São Paulo: Saraiva, 2003.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Manual da arbitragem*. São Paulo: RT, 1997.
- . *Arbitragem, jurisdição e execução*. 2. ed., do Manual da arbitragem. São Paulo: RT, 1999.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

- GERAIGE NETO, Zaiden. *O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional – art. 5.º, inciso XXXV, da Constituição Federal*. Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Túlio Liebman – vol. 56. São Paulo: RT, 2003.
- GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público* n. 32. São Paulo: Malheiros, 2002.
- GUILHERME, Luiz Fernando do Vale (Coord.). *Novos rumos da arbitragem no Brasil*. São Paulo: Fiúza, 2003.
- LILLA, Fábio de Campos e BASTOS, Fabiana Ribeiro. A nova discussão a respeito do princípios fundamentais. *Revista do Advogado* n. 117. São Paulo: AASP, 2012.
- MADEIRA, Hécio Maciel França. (trad.). *Digesto de Justiniano – Líber primus – Introdução ao Direito Romano*. 3. ed., São Paulo: RT/UNIFIEO, 2002.
- MARQUES, José Frederico. *Ensaios sobre a jurisdição voluntária*. São Paulo: Millennium, 2000.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 9. ed. São Paulo: RT, 2005.
- MEIRELES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MESQUITA, José Ignácio de Botelho de. *Teses, estudos e pareceres de Processo Civil – Direito de ação, partes e terceiros, processo e política*. São Paulo: RT, 2005. v. 1.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004.
- RICCI, Edoardo Flavio. *Lei de arbitragem brasileira – Oito anos de reflexão. Questões polêmicas*. São Paulo: RT, 2004.
- ROLIM, Luiz Antonio. *A administração indireta, as concessionárias e permissionárias em juízo*. São Paulo: RT, 2004.
- ROUSSEAU, Jean-Jaques. *Do Contrato Social*. Tradução: Rolando Roque da Silva. Edição eletrônica: Ed Ridendo Castigat Mores (www.jahr.org) in <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv00014a.pdf>.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de processo civil canônico – história e direito vigente*. São Paulo: RT, 2001.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal – Jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo: RT, 2003.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil – Do processo de execução, arts. 566 a 645*. 2. ed., São Paulo: RT, 2003.