

MARIÊ ESTEFANATO FAIGLE

A APLICABILIDADE DA ARBITRAGEM NO CONTRATO ADMINISTRATIVO

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
2014**

MARIÉ ESTEFANATO FAIGLE

A APLICABILIDADE DA ARBITRAGEM NO CONTRATO ADMINISTRATIVO

Trabalho de conclusão de curso de pós graduação – *latu sensu*, apresentado ao Curso de Direito Contratual da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como requisito para a obtenção do Título de Especialista em Direito Contratual.

Orientadora: Luciana Chiavoloni de Andrade Jardim

MARIÊ ESTEFANATO FAIGLE

A APLICABILIDADE DA ARBITRAGEM NO CONTRATO ADMINISTRATIVO

Trabalho de conclusão de curso de pós graduação – *latu sensu*, apresentado ao curso de Direito Contratual da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como requisito para a obtenção do Título de Especialista em Direito Contratual.

BANCA EXAMINADORA

Orientadora: Prof. Luciana Chiavoloni
de Andrade Jardim

São Paulo, 26 de março de 2014.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho à minha família,
que sempre fizeram o possível e o
impossível pela minha felicidade.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a minha orientadora Prof. Luciana Jardim, pela oportunidade de fazer esse estudo, bem como por toda ajuda para a realização do mesmo.

À Rosana Estefanato, minha mãe, a grande responsável pela minha formação acadêmica, que sempre esteve presente me apoiando em todo o necessário. Obrigada por todo amor e confiança depositada em mim.

Aos meus amigos e a todos que, de alguma maneira, contribuíram para a realização deste trabalho.

FAIGLE, Mariê Estefanato. **A Aplicabilidade Da Arbitragem No Contrato Administrativo**. 2014. Trabalho de Conclusão de Curso de Pós - Graduação em Direito Contratual – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014.

RESUMO

O conteúdo deste trabalho visa demonstrar a possibilidade de arbitragem na resolução de conflitos pela Administração Pública, destacando as vantagens e aspectos importantes da arbitragem, apontando ainda suas diferenças, características e espécies. Será realizada uma análise dos contratos administrativos e, ainda, a aplicabilidade do instituto da arbitragem no contrato administrativo e da repercussão na esfera doutrinária e jurisprudencial. Trata-se de um conteúdo com informações relevantes aos atuantes do direito.

Palavras-chave: Administração Pública. Princípios. Arbitragem. Arbitrabilidade Objetiva. Arbitrabilidade Subjetiva.

FAIGLE, Marie Estefanato. **The Applicability Of Arbitration In the Administrative Agreement.** 2014. Conclusion Essay of the Pos Graduation Course in in Contract Law - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014.

ABSTRACT

This paper aims to demonstrate the possibility of using the arbitration as a tool to solve conflicts that involve the public administration. It highlights the advantages of arbitration and the main characteristics of this method. Moreover, the paper shows its differences when compared to other tools and explains the different kinds of arbitration. This paper contains an analysis of the applicability of arbitration in several administrative contracts, showing its repercussion on the doctrinal and the jurisprudential spheres.

Key words: Public Administration. Arbitration. Objective arbitrability. Subjective arbitrability.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 ARBITRAGEM	10
1.1 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DA ARBITRAGEM	10
1.1.1 Natureza jurídica	12
1.1.2 Princípios que regem a arbitragem	14
1.1.2.1 Autonomia da vontade.....	14
1.1.2.2 Kompetenz-kompetenz.....	14
1.1.2.3 Devido processo legal	16
1.1.3 Espécies	17
1.1.3.1 Arbitragem avulsa ou <i>ad hoc</i>	18
1.1.3.2 Arbitragem Institucional	19
1.2 FUNDAMENTOS DA ARBITRAGEM	21
1.2.1 Partes na arbitragem	21
1.2.2 Objeto da arbitragem	22
1.2.3 Árbitros	23
2 CONTRATO ADMINISTRATIVO	25
2.1 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DO CONTRATO ADMINISTRATIVO.....	25
2.2 PRINCIPAIS ESPÉCIES DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	27
2.3 PRINCÍPIOS QUE REGEM O CONTRATO ADMINISTRATIVO.....	29
2.3.1 Autonomia da vontade	30
2.3.2 Supremacia da ordem pública	31
2.3.3 Boa-fé contratual	31
3 APLICABILIDADE DA ARBITRAGEM NO CONTRATO ADMINISTRATIVO	33
3.1 OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E A ARBITRABILIDADE	33
3.2 ARBITRABILIDADE OBJETIVA	33
3.3 ARBITRABILIDADE SUBJETIVA	40
CONCLUSÃO	51
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	53

INTRODUÇÃO

Uma vida em sociedade implica na necessidade de relações interpessoais entre aqueles que ali se estabeleceram. No entanto, nem sempre esse relacionamento é harmônico e pacífico.

Antes de o Estado avocar para si a condição de solucionador de litígios, através do Poder Judiciário, as partes resolviam seus problemas por meio da autotutela, o que certamente não é o meio mais adequado, posto que o mais forte – fisicamente ou economicamente – sempre sairá vencedor.

Deste modo, há muito tempo foram criadas formas de resolução de conflitos, hoje denominados *meios extrajudiciais de solução de conflitos*, ou simplesmente MESC, em que as partes se socorrem da ajuda de um terceiro para resolver seus percalços.

Assim sendo, a utilização dos MESC – *conciliação, mediação e arbitragem*, vêm a cada dia se tornando formas extremamente eficazes e alternativas ao Poder Judiciário, que é moroso e nem sempre traz uma solução adequada ao caso que lhe fora confiado.

Sua utilização tem muitas vantagens e não fere o direito de acesso à justiça de qualquer cidadão brasileiro, posto ser direito constitucionalmente garantido, não se tratando de modo algum de juízo ou tribunal de exceção, nos termos do artigo 5º, incisos XXXV e XXXVII da Constituição Federal.

Abrem-se os olhos agora, todavia, para todas essas modalidades de soluções não jurisdicionais dos conflitos, tratadas como meios alternativos de pacificação social. Vai ganhando corpo a consciência de que, se o que importa é pacificar, torna-se irrelevante que a pacificação venha por obra do Estado ou por outros meios, desde que eficientes. Por outro lado, cresce também a percepção de que o Estado tem falhado muito na sua missão pacificadora, que ele tenta realizar mediante o exercício da jurisdição e através das formas do processo civil, penal ou trabalhista¹.

A solução de conflitos mediante arbitragem é um dos instrumentos mais eficazes postos à disposição do homem, para acompanhar a evolução dos tempos modernos.

¹ ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos; PELLEGRINI GRINOVER, Ada; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. p. 27-28.

O instituto da arbitragem, presente desde os tempos imperiais, encontrou realmente o auge com a edição da Lei de Arbitragem, a de nº 9.037/1996, que imprimiu maior modernidade e agilidade.

Apesar dos avanços trazidos com Lei de Arbitragem, há ainda muito a se aprender sobre o assunto. Nesse contexto, o presente estudo tem como objetivo estudar a validade do compromisso arbitral em contratos administrativos.

No campo do Direito Administrativo, no entanto, a utilização do juízo arbitral para dirimir conflitos envolvendo o Poder Público ainda é controvertida, o que dificulta o desenvolvimento deste campo do Direito e conflita com a inevitável aproximação, cada vez mais estreita, entre o Estado e a coletividade.

1 ARBITRAGEM

1.1 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DA ARBITRAGEM

Entende-se por arbitragem

uma forma heterocompositiva de solução de conflitos. As partes capazes, de comum acordo, diante de um litígio, ou por meio de uma cláusula contratual, estabelecem que um terceiro, ou colegiado, terá poderes para solucionar a controvérsia, sem a intervenção estatal, sendo que a decisão terá a mesma eficácia que uma sentença judicial².

Destarte, a partir conceito acima exposto é possível elencar algumas considerações iniciais a respeito da arbitragem.

A arbitragem é um modo alternativo, no sentido de ser uma opção para as partes, e não simplesmente a substituição do Poder Judiciário, e um modo privado de solução de litígios.

Refere-se a alternativo tendo como parâmetro a jurisdição estatal, mas não como substituto de um sistema jurídico capaz de desvencilhar-se do ordenamento, pois na arbitragem aplica-se o direito material e processual, além dos princípios gerais e a Constituição Federal, ou seja, seria uma alternativa à justiça estatal, mas seguindo regras jurídicas para o julgamento³.

O instituto possui como principais características⁴ a celeridade, o conhecimento específico da matéria objeto do conflito, maior informalidade, julgamento em instância única, cumprimento espontâneo da obrigação.

A grande vantagem do instituto encontra-se na velocidade com que a decisão, denominada sentença arbitral, é proferida. Nos termos do *caput* do artigo 23 da Lei de Arbitragem, “a sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Nada tendo sido convencionado, o prazo para a apresentação da sentença é de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro”, sendo que “as partes e os árbitros, de comum acordo, poderão prorrogar o prazo estipulado”, nos termos do parágrafo único do mencionado artigo. Ou seja, a

² CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem. Mediação. Conciliação. Resolução CNJ 125/2010*. p. 77.

³ Ibid. p. 77.

⁴ Neste sentido: CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem. Mediação. Conciliação. Resolução CNJ 125/2010*. p. 76.

sentença é proferida em tempo bem inferior ao que seria se as partes tivessem se socorrido do Poder Judiciário.

E mais, na arbitragem, via de regra, há instância única de julgamento, não sendo previstos recursos à decisão, visto que couberam às partes a escolha daquele que proferiu a sentença arbitral. Nada impede, entretanto, que fosse previamente pactuada uma espécie de fase recursal, mas não nos parece coerente com o procedimento.

Querendo, as partes podem estabelecer um julgamento colegiado, mas este acompanha o procedimento desde seu início, e não em instância recursal. Ademais, no pressuposto de que as partes escolheram as pessoas mais habilitadas para o exame daquela questão, como lhe é facultado, e na perspectiva de terem os eleitos se dedicado intensamente ao estudo e solução do conflito, não se justifica pensar em instância recursal⁵.

O conhecimento específico da matéria objeto do conflito é um grande diferencial para aqueles que têm por objeto matéria diversa da usual e que necessitam de um julgador com conhecimentos técnicos sobre a matéria. Neste sentido, as partes ficarão seguras de que o problema estará sendo analisado por pessoa qualificada, que saiba das minúcias do que lhe fora apresentado, lembrando sempre que o árbitro foi escolhido livremente e em consenso pelas partes.

O procedimento da arbitragem é mais flexível do que os procedimentos judiciais, posto que as partes convencionam previamente como será resolvido o problema que talvez venham a ter.

Ademais, é procedimento econômico em termos de número de atos e também tem a relação custo–benefício melhor do que o processo levado ao Judiciário, visto que começa e acaba em tempo muito inferior.

No mais, pode ser sigiloso, tanto por convenção como por regulamento das próprias câmaras de arbitragem.

Com efeito, pela sua abrangência a toda e qualquer situação, as regras estabelecidas no Código de Processo Civil, e procedimentos cartorários no Judiciário, geram a necessidade da prática de uma série de atos, protocolos, providências, cumprindo inúmeras formalidades, até para segurança do jurisdicionado. [...] Note-se que falar aqui em menor rigor quanto ao procedimento e, em especial, quanto às formalidades para a

⁵ Ibid. p. 78.

prática dos atos, mas em momento algum haverá transigência quanto aos direitos das partes⁶.

O julgamento em instância única é a uma vantagem desse procedimento. É fato que a quantidade de recursos que consta no Código de Processo Civil Brasileiro gera uma demora imensa à finalização dos litígios, acarretando na própria injustiça devido a sua morosidade.

Tendo em vista que as partes escolheram a arbitragem como o melhor procedimento para resolver qualquer litígio, e tendo elegido o árbitro mais adequado para prolação da sentença arbitral, a probabilidade de submissão e cumprimento pactuado da obrigação é muito grande.

Apesar de o árbitro ser figura que outorga uma solução, ele foi eleito, sendo a sentença arbitral resultado esperado pelas partes. Diferentemente da sentença emanada em um processo judicial, em que as partes não convencionaram como proceder em caso de litígio e quem resolveria o conflito.

1.1.1 Natureza jurídica

Quando se trata da natureza jurídica da arbitragem, faz-se necessário expor as quatro correntes doutrinárias sobre o tema⁷.

A primeira, denominada *teoria privatista ou contratualista*, é encabeçada por autores tais como Salvatore Satta, Giuseppe Chiovenda e Élio Fazzalari, dispõe que a natureza jurídica é meramente contratual, visto que a escolha do árbitro decorre do contrato previamente celebrado entre as partes.

E mais, sustenta esta corrente, com relação ao árbitro, que:

por lhe serem excluídos os poderes de execução e imposição do decidido, sua investidura se limita à solução por indicação ou delegação das partes, mas sem natureza jurisdicional, privativa do estado em sua plenitude⁸.

Todavia, com a chegada da Lei 9.307/96 se tornou mais difícil sustentar esta corrente, posto que seu artigo 31 dispõe que a sentença arbitral virou título executivo

⁶ CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem. Mediação. Conciliação. Resolução CNJ 125/2010*. p. 78.

⁷ Neste sentido: CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem. Mediação. Conciliação. Resolução CNJ 125/2010*. p. 84.

⁸ *Ibid.* p. 84.

extrajudicial e os artigos 18 e 13, §6º conferiram aparência e atributos de juiz de direito ao árbitro.

A segunda corrente é denominada *teoria publicista ou jurisdicionalista*, defendida por autores como Sérgio La China, Ludovico Mortara, Humberto Theodoro Jr., Hamilton de Moraes e Barros e Carreira Alvim⁹, dispõe que a arbitragem tem natureza jurídica jurisdicional, visto considerar que o Estado outorga por meio da lei poderes ao árbitro para resolver litígios, sendo assim uma jurisdição extrajudicial e até mesmo extraordinária.

Por sua vez, a terceira teoria, nascida na França, denominada *teoria autônoma* e defendida por Jacqueline Rubellin-Devichi, dispõe que a arbitragem é sistema autônomo, desvinculado de qualquer sistema jurídico existente, criando-se, portanto, uma jurisdição própria.

Por fim, uma quarta corrente seria aquela denominada *teoria intermediária ou mista*, defendida especialmente por Francesco Carnelutti¹⁰ e que contém elementos das teorias contratual e publicista.

Importante ressaltar que se considera *jurisdição* como sendo “o poder de solucionar a controvérsia independente da qualidade (pública ou privada) do agente que irá exercer esta atribuição”¹¹.

No mesmo sentido, segue o conceito tradicional de jurisdição, sendo ela “uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça”¹².

Assim sendo, a jurisdição, ou seja, o poder de dizer o direito, foi conferida ao árbitro pelo Estado, no entanto, as partes envolvidas foram responsáveis por sua eleição.

Daí dizer que o mais correto é entender que a natureza jurídica da arbitragem é *jurisdicional*, posto que ao árbitro é conferida a jurisdição pelo Estado, ainda que em caráter excepcional e tendo origem contratual. Ademais, somente

⁹ ALVIM, J. E. Carreira. *Comentários à Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307, de 23/9/1996)*. p. 24-28.

¹⁰ ALVIM, J. E. Carreira. *Direito Arbitral*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 38-40.

¹¹ CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem. Mediação. Conciliação. Resolução CNJ 125/2010*. p. 87.

¹² ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos; PELLEGRINI GRINOVER, Ada; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. p. 139.

seguindo esta corrente é que a regra contida no parágrafo único do artigo 8º da Lei de Arbitragem ganha coesão com o sistema em tela.

1.1.2 Princípios que regem a arbitragem

1.1.2.1 Autonomia da vontade

É o principal princípio da arbitragem. Ela somente pode existir em decorrência da vontade das partes, tendo em vista que atualmente não existe sua obrigatoriedade no nosso sistema jurídico. A arbitragem é instituída por vontade das partes envolvidas, mas também tem suas regras estabelecidas livremente pelas partes. No entanto, importante destacar

a existência, em sistemas jurídicos estrangeiros, de matérias que devem ser obrigatoriamente submetidas ao juízo arbitral. Em Portugal, por exemplo, há previsão na Constituição [art. 211] de “tribunais arbitrais”, levando os doutrinadores a sustentar que estes órgãos integram o sistema judicial. E assim, estão em funcionamento quatro destes tribunais para julgamento de causas específicas, como ligadas aos achados do fundo do mar¹³.

1.1.2.2 Kompetenz-kompetenz¹⁴

O princípio da competência-competência está disposto no parágrafo único do artigo 8º da Lei de Arbitragem (“Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória”). Nele está contido ainda o princípio da autonomia acima referido.

Tratado como o princípio da competência-competência, seu acolhimento significa dizer que, com primazia, atribui-se ao árbitro a capacidade para analisar sua própria competência, ou seja, apreciar, por primeiro, a viabilidade de ser por ele julgado o conflito, pela inexistência de vício na convenção ou no contrato¹⁵.

¹³ CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem. Mediação. Conciliação. Resolução CNJ 125/2010*. p. 98.

¹⁴ Texto em língua estrangeira em virtude da origem do instituto.

¹⁵ Ibid. p. 99.

Esse princípio é basilar e essencial ao procedimento arbitral, tendo em vista a sua principal característica: a celeridade. Se ao juiz de direito fosse dada essa atribuição, o procedimento correria o risco de sofrer o problema dos processos judiciais: a morosidade da Justiça.

Cabe destacar que “o controle judicial, na arbitragem, não cabe no início do processo arbitral ou mesmo antes, quando do surgimento da controvérsia ocorre, exclusivamente, após proferida a sentença arbitral”¹⁶.

No entanto há que se ressaltar mais uma vez que o Judiciário não fica afastado de examinar a questão. Ele apenas o fará em momento oportuno, havendo necessidade, nos termos do disposto no artigo 32 e seguintes da Lei de Arbitragem:

Art. 32. É nula a sentença arbitral se:

- I – for nulo o compromisso;
- II – emanou de quem não podia ser árbitro;
- III – não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei;
- IV – for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem;
- V – não decidir todo o litígio submetido à arbitragem;
- VI – comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva;
- VII – proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e
- VIII – forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.

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

§ 1º A demanda para a decretação de nulidade da sentença arbitral seguirá o procedimento comum, previsto no Código de Processo Civil, e deverá ser proposta no prazo de até noventa dias após o recebimento da notificação da sentença arbitral ou de seu aditamento.

§ 2º A sentença que julgar procedente o pedido:

- I – decretará a nulidade da sentença arbitral, nos casos do art. 32, incisos I, II, VI, VII e VIII;
- II – determinará que o árbitro ou o tribunal arbitral profira novo laudo, nas demais hipóteses.

§ 3º A decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser arguida mediante ação de embargos do devedor, conforme o art. 741 e seguintes do Código de Processo Civil, se houver execução judicial.

Ainda sobre este princípio, cabe ressaltar que:

contém neste princípio a essência da jurisdição que, *in abstracto*, é inerente ao árbitro, pois se atribui a ele, *in concreto*, o poder de avaliar o litígio a ele submetido e concluir pela inviabilidade de sua apreciação no seu próprio

¹⁶ PUCCI, Adriana Noemi. O princípio da competência-competência. In: *Revista do Advogado*. n. 119. p. 14.

juízo arbitral, ou seja, diz o árbitro que a matéria não é arbitrável, e assim, impossível de ser por ele apreciada. Desta forma, a regra confirma uma vez mais a opção legislativa de outorgar jurisdição ao juízo arbitral¹⁷.

E neste sentido, a tradução mais correta seria princípio da jurisdição–jurisdição, e não princípio da competência–competência.

Para finalizar, cabe ressaltar ainda que esse princípio está em conformidade com o princípio da boa-fé objetiva, obedecendo ainda o *pacta sunt servanda*.

Entretanto, a doutrina não é unânime na sua adoção, tampouco a jurisprudência, que inclusive não o observa. Neste sentido, recente decisão:

RECLAMAÇÃO. CLÁUSULA ARBITRAL. ACÓRDÃO QUE INIBE UMA DAS PARTES DO CONTRATO DE INSTAURAR O JUÍZO ARBITRAL NO ESTRANGEIRO.

A reclamação, na sua feição de instituto de natureza constitucional, destina-se a preservar a competência do Superior Tribunal de Justiça e a garantir a autoridade de suas decisões (CF, art. 105, I, 'f').

Um dos modos de preservar a competência do Superior Tribunal de Justiça é o de evitar que ela seja suprimida.

Quaisquer que sejam seus efeitos atuais, o acórdão proferido pelo tribunal a quo está sujeito a recurso especial, de modo que não se pode dizer que a competência do Superior Tribunal de Justiça foi suprimida.

Agravo regimental não provido.

(AgRg na Rcl 9030/SP, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, CORTE ESPECIAL, julgado em 20/03/2013, DJe 24/04/2013).

Portanto,

desconhecer que o árbitro é o primeiro com competência para decidir a respeito da sua jurisdição é convalidar que uma das partes, a que reluta se submeter à arbitragem agiu de forma contrária ao princípio da boa-fé; é validar o *venire contra factum proprium*¹⁸.

1.1.2.3 Devido processo legal

Conforme acima exposto, tendo em vista a natureza jurídica jurisdicional da arbitragem, ela deverá obedecer ao princípio do devido processo legal, conjuntamente com os princípios do contraditório, igualdade das partes, imparcialidade do árbitro e livre consentimento. Neste sentido, o §2º do artigo 21 da Lei de Arbitragem: “Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os

¹⁷ CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem. Mediação. Conciliação. Resolução CNJ 125/2010*. p. 101.

¹⁸ PUCCI, Adriana Noemi. O princípio da competência-competência. In: *Revista do Advogado*. n. 119. p. 17.

princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento”.

Ou seja, ainda que em âmbito arbitral, deverá se respeitar o direito ao contraditório e à ampla defesa dos envolvidos, nos termos do inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal (“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”).

1.1.3 Espécies

No direito brasileiro apenas duas espécies de arbitragem são reconhecidas: a arbitragem avulsa (*ad hoc*) e a arbitragem institucional.

No tocante à origem, requisitos, princípios e características da arbitragem não há distinção entre as espécies. Da mesma forma, a atribuição ao árbitro ou árbitros para apreciar o conflito é a mesma. A diferença entre estas espécies reside na escolha pelas partes por uma instituição aparelhada para administrar o procedimento ou de um árbitro (ou colegiado) para diretamente conduzir a arbitragem¹⁹.

A arbitragem *ad hoc*, também conhecida como arbitragem avulsa, cabe às partes definir as regras aplicáveis ao procedimento e à arbitragem, bem como as normas para a sua administração e escolher, de comum acordo, os profissionais que participarão da arbitragem. É possível que se escolham regras já existentes para os procedimentos ou a criação de regras novas.

Cabe às partes que administram o procedimento cumprir todas as exigências legais para que o laudo arbitral tenha eficácia de título executivo judicial e que seja evitada a posterior nulidade e, por consequência disso, toda a arbitragem.

A arbitragem *ad hoc* exige maior sintonia entre as partes e também a determinação de um grupo específico de profissionais para administrar o procedimento, de acordo com as regras estabelecidas pelas partes.

Na arbitragem institucional indica-se a instituição (“Câmara”, “Centro”, “Tribunal”) que será responsável pela administração do procedimento, cujas regras

¹⁹ Neste sentido: CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem. Mediação. Conciliação. Resolução CNJ 125/2010*. p. 102.

já são existentes e que devem ter sido analisadas e escolhidas pelas partes quando da elaboração da convenção arbitral.

A administração é feita pela instituição, de acordo com seu regulamento, assim como os cuidados legais são tomados pela instituição com o fim de garantir que o laudo arbitral tenha todos os requisitos necessários para ser executado e que o procedimento não tenha vícios que possam ser suscitados ao final em eventual ação de nulidade pela parte perdedora.

Ressalte-se que, conforme detalharemos a seguir, as vantagens teóricas associadas a um procedimento *ad hoc* acabam não sendo verificadas na prática. Em que pese à liberdade de escolha das regras procedimentais, é importante ressaltar que partes em conflito dificilmente chegam a um acordo sobre a forma de condução da arbitragem. Tal impasse exige a intervenção do Poder Judiciário, retardando a resolução da disputa.

Além disso, a economia com as taxas de administração das câmaras arbitrais acaba, na verdade, aumentando consideravelmente os custos com os honorários dos próprios árbitros, que passam a acumular a função de administração do procedimento arbitral.

Nesse sentido, a atuação da câmara arbitral, com seu regulamento próprio e secretaria executiva altamente qualificada, torna a arbitragem institucional uma opção de resolução de conflitos mais ágil e menos custosa em relação à arbitragem *ad hoc*.

Além disso, os regulamentos das principais câmaras expressam soluções consistentes para problemas comuns que surgem rotineiramente em procedimentos arbitrais.

1.1.3.1 Arbitragem avulsa ou *ad hoc*

Este tipo de arbitragem nasce da escolha livre das partes quanto à forma de construção do juízo arbitral. A escolha dos árbitros, do procedimento e do direito material aplicável decorrerá desta modalidade.

Sempre serão respeitadas as condições ajustadas na convenção arbitral. Tudo decorre da vontade das partes manifestada por meio desta convenção.

Constatado o litígio, as partes instituem o juízo arbitral através da escolha de um árbitro, conforme previamente acordado. O árbitro, por sua vez, após prévia aceitação, deverá adotar o procedimento escolhido pelas partes, podendo inovar em caso de lacuna, desde que antecipadamente autorizado para tanto pelas próprias partes, na convenção arbitral.

Nada impede que o árbitro crie uma equipe ou estrutura para a prática de atos instrumentais à realização da arbitragem, mas sob a sua responsabilidade direta. Ao árbitro competirá estabelecer as regras acerca do procedimento, mas, como anteriormente mencionado, deve respeitar o que tiver sido estipulado pelas partes na convenção arbitral.

Nada impede que a arbitragem *ad hoc* se desenvolva perante um colegiado. Porém, nesta hipótese, é indispensável que tenham regras próprias e bem delineadas para a formação do colegiado, pois só a partir da aceitação dos árbitros ao encargo se terá instaurada a arbitragem e delegada às atribuições a eles inerentes²⁰.

A decisão de mérito deverá ser proferida no prazo assinalado, em consonância com o direito material escolhido pelos litigantes.

Contudo, uma das grandes dificuldades verificadas na arbitragem *ad hoc* é a possibilidade de um surgimento maior de lacunas, principalmente em matéria procedimental, no decorrer do respectivo procedimento, o que poderá gerar dificuldades e atrasos na obtenção da sentença arbitral.

Cabe ressaltar, ainda, que a opção por este modelo pode trazer uma redução de custos, porém a escolha do árbitro deve recair em um profissional de extrema confiança das partes, com aptidão e experiência para tão específica atuação, além de uma adequada limitação pelas partes de critérios e parâmetros na convenção arbitral.

1.1.3.2 Arbitragem Institucional

Arbitragem institucional é aquela em que as partes escolhem um órgão arbitral institucional ou entidade especializada que se dedica à atividade arbitral, ou

²⁰ CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem. Mediação. Conciliação. Resolução CNJ 125/2010*. p. 106.

seja, submetem a sua controvérsia a uma instituição arbitral que administrará todo o procedimento da arbitragem. A própria instituição já tem o seu próprio quadro de árbitros, que podem ser escolhidos ou não pelas partes. Além do seu próprio regramento (prazos, forma de práticas dos atos, custos, dentre outros)²¹.

O art. 5º da Lei nº 9.307/96 dispõe sobre a arbitragem institucional:

Art. 5º Reportando-se as partes, na cláusula compromissória, às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras, podendo, igualmente, as partes estabelecerem na própria cláusula, ou em outro documento, a forma convencionada para a instituição da arbitragem.

A instituição, pessoa jurídica autônoma ou estrutura destacada dentro de uma pessoa jurídica pode ter uma relação de mediadores e árbitros, dentre os quais fará a escolha ou admitirá a indicação de terceiros. Por vezes, na formação de um painel arbitral o regulamento permite a indicação de árbitros externos pelas partes, porém exige que o presidente do “Tribunal Arbitral” seja um daqueles integrantes da relação. Algumas Câmaras têm procedimento de escolha do árbitro pelo seu presidente, secretário ou conselho e não pelas partes²².

Cada Câmara Arbitral tem autonomia para apresentar sua tabela de custas por procedimento, geralmente estimado de acordo com o valor da causa e considerando, ainda, os atos praticados (audiências, diligências, etc.). Também haverá previsão, no regulamento, da responsabilidade pelo seu pagamento (por ambas as partes ou apenas, inclusive com eventual previsão de reembolso pelo vencido).

O valor das custas destina-se à prestação de serviços na condução do procedimento e pode variar muito de acordo com uma ou outra instituição. Não se confunde e é independente do valor dos honorários dos árbitros, igualmente variável, mas geralmente com estimativa possível de ser obtida²³.

Dentre as principais instituições de arbitragem brasileiras destacam-se: o Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CCBC), a Câmara de Arbitragem e Mediação de São Paulo (Ciesp); a Câmara de Arbitragem Empresarial – Brasil (Camarb); a Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem; o

²¹ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*. 3. ed., p. 46.

²² CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem. Mediação. Conciliação. Resolução CNJ 125/2010*. p. 105.

²³ *Ibid.* p. 105.

Centro de Mediação e Arbitragem da Câmara Portuguesa de Comércio e o Centro de Arbitragem da Câmara Americana de Comércio para o Brasil (Amcham).

Cabe ressaltar, ainda, a existência do Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem – CONIMA, que é uma entidade que tem como objetivo principal congregar e representar as entidades de mediação e arbitragem, visando a excelência de sua atuação, assim como o desenvolvimento e credibilidade dos MESC's (Métodos Extrajudiciais de Solução de Controvérsias), sempre observando as normas técnicas e, sobretudo, a ética.

Entre outras atribuições cabe também ao Conima estimular a criação de novas instituições de mediação e arbitragem, orientando-as nas mais diversas áreas, sempre observando a qualidade, indispensável ao desempenho de suas atividades.

O Conima foi fundado em 24 de novembro de 1997 – data do primeiro aniversário de vigência da Lei nº 9.307/96, a Lei de Arbitragem –, durante seminário realizado no Superior Tribunal de Justiça. Na ata de fundação constam as assinaturas das vinte mais representativas entidades voltadas à mediação e arbitragem no país

1.2 FUNDAMENTOS DA ARBITRAGEM

1.2.1 Partes na arbitragem

O artigo 1º da Lei de Arbitragem (Lei 9.307/96) dispõe que “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

Assim, somente as pessoas em pleno exercício de sua personalidade, ou seja, aquelas que estão aptas a praticar os atos da vida civil, sem a necessidade de complementar essa prática com a ação ou vontade de outrem (juiz, tutor, curador, representante ou assistente), podem manifestar livremente a sua vontade, sendo assim, admitidas a se valer da arbitragem (artigo 1ª e seguinte do Código Civil e artigo 7º da Lei de Introdução ao Código Civil).

A doutrina tem reconhecido a legitimidade de entes despersonalizados, como condomínio, espólio e sociedades de fato ou irregulares, para figurar como partes em procedimentos arbitrais.

Ressalte-se que as partes que têm apenas capacidade de administração de bens e não de disposição, como inventariante, administrador judicial, síndico, não têm poderes para celebrar uma convenção de arbitragem válida, necessitando das respectivas autorizações exigidas por lei para dispor de direitos²⁴.

1.2.2 Objeto da arbitragem

O artigo 1º da Lei de Arbitragem (Lei 9.307/96) também restringe as matérias que podem ser julgadas pelos árbitros, ou seja, aquelas que envolvam direitos patrimoniais disponíveis.

Ao comentar o art. 1º da Lei de Arbitragem, Carlos Alberto Carmona, expõe o seguinte:

Diz-se que um direito é disponível quando ele pode ser ou não exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência. Assim, são disponíveis (do latim *disponere*, dispor, pôr em vários lugares, regular) aqueles bens que podem ser livremente alienados ou negociados, por encontrarem-se desembaraçados, tendo o alienante plena capacidade jurídica para tanto²⁵.

Sendo assim, a lei afasta a possibilidade das partes submeterem à arbitragem litígios relativos a direito de família, especialmente os casos que tratem de estado das pessoas (investigação de paternidade, separação e divórcio e pátrio poder), sucessão e direito penal.

Há, no entanto, grande debate sobre a possibilidade de se submeter à arbitragem os litígios relativos a questões trabalhistas, discussão essa gerada em grande parte devido ao teor do art. 444 da CLT:

Art. 444. As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

²⁴ CAVALCANTI, Fabiano Robalinho. *Arbitragem e Mediação*. p. 62.

²⁵ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*. 3. ed., p. 56.

Apesar de não haver entendimento pacífico sobre o tema, para o doutrinador Luiz Antônio Scavone Júnior²⁶ não há nenhum impedimento nos conflitos coletivos, pois frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros. Ex.: conflitos trabalhistas referentes à greve e participação nos lucros.

No caso da questão trabalhista, o doutrinador entende que o que poderá ser discutido no tribunal arbitral é, por exemplo, o valor que foi pago referente ao décimo terceiro salário proporcional, e nunca o seu recebimento ou não recebimento, pois o trabalhador não pode abrir mão de um direito, ele pode sim negociar o valor devido.

Ressalte-se que em contrato de trabalho não é possível cláusula arbitral. Por outro lado, nada impede a instituição da arbitragem através do compromisso arbitral.

No tocante às relações de consumo, é necessário conciliar o teor do art. 51, VII do CDC, com o art. 4º, § 2º da Lei de Arbitragem:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

VII – determinem a utilização compulsória de arbitragem; [...]

Art. 4º [...] § 2º. Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para a cláusula.

Nos termos do CDC, verifica-se que não pode ser imposta a arbitragem ao consumidor (elo mais frágil da relação jurídica). É nula uma cláusula arbitral do qual decorra uma relação de consumo.

Logo, nas relações de consumo, da mesma forma que nas relações trabalhistas, é possível o compromisso arbitral, mas não é válida cláusula arbitral²⁷.

1.2.3 Árbitros

A Lei de Arbitragem trata da figura do Árbitro, que nas palavras de Alexandre Câmara²⁸ é “sem sombra de dúvida, o mais importante sujeito no processo arbitral”

²⁶ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual da arbitragem*. p 87.

²⁷ Ibid. p. 87-88.

²⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem Lei 9.307/96*. p. 41.

nos termos dos artigos 13 a 18 da Lei no 9.307/96, que disciplina o papel do árbitro em todas as dimensões.

Cezar Fiúza define como árbitro “toda pessoa natural que, sem estar investida da judicatura pública, é eleita por duas ou mais pessoas para solucionar conflito entre elas surgido, prolatando decisões de mérito”²⁹.

O *caput* do artigo 13 estabelece que “pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes”. A norma não exige a qualificação de bacharel em direito ou qualquer conhecimento em matéria legal para que alguém funcione como árbitro. Exige apenas que a pessoa goze da confiança das partes e que seja capaz.

A indicação se fará na pessoa natural (pessoa física), inaceitável a eleição de pessoa jurídica, que possua capacidade de fato nos termos do previsto no Código Civil pátrio, ou seja, que a pessoa tenha aptidão para poder conduzir a sua própria pessoa, administrar seus bens, dentre outros.

A arbitragem pressupõe a escolha de árbitro especializado em determinada área do conhecimento, com formação técnica e científica em relação ao litígio que deva dirimir. Portanto, a especialidade do árbitro pode ser em qualquer área do conhecimento, inexistindo “reserva de mercado” aos advogados ou bacharéis em direito.

No entanto, a maestria em ciências jurídicas é a rotina da arbitragem, direcionando a verificação da habilidade do árbitro na matéria objeto da demanda. Porém, em determinadas situações o conhecimento técnico em outras matérias é necessário, como engenharia, contabilidade, informática, entre outros; e, desta forma, recomenda-se a formação de colegiado arbitral em que pelo menos um dos árbitros tenha formação jurídica e/ou conhecimento da prática do procedimento arbitral. É o chamado painel híbrido, composto por pessoas de diversas áreas do conhecimento, mas de toda a conveniência que a presidência fique aos cuidados de quem tem intimidade com as questões jurídicas da arbitragem³⁰.

A indicação do árbitro poderá recair, indiscriminadamente, em nacional ou estrangeiro e por expressa restrição constitucional o juiz togado está proibido de atuar como árbitro (art. 95, parágrafo único, I, CF).

²⁹ FIUZA, Cezar. *Teoria geral da arbitragem*. p. 112.

³⁰ CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem. Mediação. Conciliação. Resolução CNJ 125/2010*. p. 154.

2 CONTRATO ADMINISTRATIVO

2.1 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

O contrato administrativo é regido pela Lei Federal nº 8.666/93, a qual trata de norma geral e abstrata, e de competência da União, conforme artigo 2º, parágrafo único:

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

Destarte, o contrato administrativo é todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública em que há acordo de vontade para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas.

Os contratos administrativos são subordinados à Lei nº 8.666/93, além dos órgãos da Administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas, direta ou indiretamente, pela União, pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, de acordo com artigo 1º, parágrafo único:

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Os contratos devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidades das partes, em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam.

Podem ser apontadas como características dos contratos administrativos³¹:

- 1 **Presença da Administração Pública como Poder Públicos:** A Administração, nos contratos administrativos, surge com uma série de

³¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. p. 243.

prerrogativas, fornecendo uma posição de supremacia sobre o particular, visando sempre à consecução de uma finalidade pública.

- 2 **Finalidade Pública:** A característica da finalidade pública está presente em todos os atos e contratos da Administração, pois o interesse público tem que estar em vista sempre pela Administração, sob pena de desvio de poder.
- 3 **Obediência à forma prescrita em lei:** A Administração deverá observar uma série de normas referentes ao aspecto formal, visto que a forma é essencial para benefício tanto da Administração quanto do contratado, para fins de controle da legalidade.
- 4 **Procedimento Legal:** A Lei 8.666/93 estabelece uma série de procedimentos obrigatórios para a celebração dos contratos, tais como: autorização legislativa, avaliação, motivação, autorização pela autoridade competente, indicação de recursos orçamentários e licitação.
- 5 **Natureza de contrato de adesão:** Todas as cláusulas dos contratos administrativos são fixadas unilateralmente pela Administração, estabelecendo as condições em que pretende contratar com o particular. Destaca-se que a apresentação de propostas pelos licitantes equivale à aceitação da oferta feita pela Administração.
- 6 **Natureza *intuitu personae*:** A condição pessoal do contratado, apurada em procedimento licitatório, é essencial na relação contratual Administração-particular, por essa razão o artigo 78, VI da Lei 8.666/93 veda “a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato”.
- 7 **Presença de cláusulas exorbitantes:** As cláusulas exorbitantes são cláusulas comuns em contratos administrativos, mas que seriam consideradas ilícitas em contratos entre particulares, pois dão privilégios unilaterais à Administração, colocando-a em posição superior à outra parte, tais como: exigência de garantia, alteração unilateral, rescisão unilateral, aplicação de penalidades, retomada do objeto³².

³² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. p. 249-256.

- 8 **Mutabilidade:** Tal característica decorre do poder de alteração unilateral que possui a Administração ou o poder de rescindir o contrato antes do prazo estabelecido, por motivos do interesse público.

2.2 PRINCIPAIS ESPÉCIES DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Dentre os contratos administrativos, sujeitos ao Direito Público, tem-se a concessão de serviços públicos, a de obra pública, a de uso de bem público, concessão patrocinada, concessão administrativa. E mais, contrato de prestação ou locação de serviços, o de obra pública, o de fornecimento, o de empréstimo público.

O contrato de concessão é, conforme conceitua a jurista Selma Maria de Ferreira Lemes³³, “um contrato administrativo por excelência”.

É através da concessão que a Administração delega ao particular a execução de serviços ou obra pública para que este a explore por sua conta e risco, dentro dos parâmetros estabelecidos no contrato³⁴.

A Lei Federal nº 8.987/95 regula as concessões públicas federais, sem prejuízo da legislação específica que regula a matéria, tais como: Lei 9.427/96, que regulamenta a concessão de energia elétrica; Lei 9.295/97, que regulamenta a concessão de telecomunicações.

O contrato de concessão, além de regular os direitos e obrigações das partes, determina os direitos e obrigações dos usuários, portanto, dispõe sobre a prestação do concessionário, inclusive no que tange a organização, funcionamento, relação com o usuário etc.

Outro contrato administrativo muito utilizado é a Parceria Pública Privada, que é expressa em forma de concessão administrativa ou patrocinada.

A forma patrocinada é a concessão de serviços ou obras públicas previstas na Lei 8.987/95, é o contrato em que o parceiro privado planeja, executa e opera uma atividade de caráter público, precedida, ou não, de obra pública, em que parte da remuneração do serviço entregue à população será paga pelo parceiro público na forma de contraprestação adicional, em espécie. O usuário pagará o restante dos custos do investimento, por intermédio de uma tarifa decorrente do uso do

³³ LEMES, Selma Ferreira Maria. *O Estado como parte na Arbitragem: Casos no Brasil e no Chile*. p. 16.

³⁴ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. p. 634-635

equipamento público. Ressaltando-se que a Administração poderá complementar o custo da tarifa em busca de um valor mais acessível à população.

Por sua vez, a forma administrativa é o contrato de concessão em que a Administração Pública é a usuária direta ou indireta do serviço público concedido, ainda que envolva o projeto, a execução, a instalação e a operacionalização da obra ou serviço. O parceiro privado será remunerado unicamente pelos recursos públicos orçamentários, após a entrega do contratado.

Para Marçal Justen Filho³⁵, o contrato de Parceria Público-Privada:

é um contrato organizacional, de longo prazo, por meio do qual se atribui a um sujeito privado o dever de executar obra pública e (ou) prestar serviço público, com ou sem direito à remuneração, por meio da exploração da infraestrutura, mas mediante uma garantia especial e reforçada prestada pelo Poder Público, utilizável para a obtenção de recursos no mercado financeiro.

Por fim, os contratos de obra, prestação de serviços e fornecimentos e bens, submetidos ao processo licitatório por imperativo constitucional, estão regulados na Lei 8.666/93.

O Contrato de Obra Pública tem como finalidade a construção, reforma, fabricação, recuperação, ampliação de determinado bem público, podendo ser por Tarefa ou Empreitada.

1 ³⁶**Tarefa:** A tarefa é uma forma de contrato de obra pública comumente utilizada em pequenas obras ou em uma parte de obras. A tarefa poderá prever o fornecimento de mão de obra, equipamentos e até materiais. Sendo o valor considerado baixo não haverá necessidade de se realizar licitação.

2 ³⁷**Empreitada:** Na empreitada o particular assume o dever de realizar a obra pública por sua conta e risco, com remuneração previamente ajustada. A remuneração na empreitada poderá ser definida conforme o caso em:

Empreitada por Preço Unitário: Quando o preço é definido por unidades determinadas da obra.

Empreitada por Preço Global: Quando o preço ajustado leva em consideração a obra como um todo, com possibilidade de reajustes.

³⁵ JUSTEN, Marçal Filho. *Curso de Direito Administrativo*. p. 549.

³⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. p. 308.

³⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. p. 308-309

Empreitada Integral: Quando preço ou remuneração se refere a todo o empreendimento, em todas as suas etapas de obras, serviços e instalações.

Por sua vez, o contrato de serviços a Administração Pública objetiva obter uma prestação de serviços para atendimento de suas necessidades, tais como trabalhos de limpeza, transporte, serviços intelectuais, artísticos.

Por último, o contrato de fornecimento objetiva-se a aquisição de bens móveis para que a Administração Pública possa realizar serviços de diversas naturezas. Há neste caso aquisição, por exemplo, de materiais de escritório, limpeza, alimentos e outros.

O contrato de fornecimento poderá ser entendido conforme a frequência da aquisição dos bens, ou seja: Fornecimento Integral, Fornecimento Parcelado e Fornecimento Contínuo.

- 1 **Fornecimento Integral:** Todos os bens móveis ou produtos são entregues de uma única parcela ou ocasião.
- 2 **Fornecimento Parcelado:** Os bens móveis ou produtos são entregues em duas ou mais parcelas. Como o próprio nome induz, os itens adquiridos são entregues de forma parcelada.
- 3 **Fornecimento Contínuo:** Os bens móveis ou produtos são entregues de forma frequente ou contínua, no período de vigência contratual, conforme as necessidades da Administração Pública.

2.3 PRINCÍPIOS QUE REGEM O CONTRATO ADMINISTRATIVO

Celso A. B. de Mello³⁸, ao definir princípio, diz:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre as diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere tônica e lhe dá sentido harmônico.

Renomados juristas como Roque Carrazza, Geraldo Ataliba e Celso Antônio Bandeira de Mello determinam que o sistema jurídico ergue-se como um grande edifício, em que os princípios são comparados aos alicerces ou vigas mestras.

³⁸ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. p. 95

Assim sendo, no texto de nossa Constituição há uma série de princípios e normas que servem não apenas para fixar metas, como também para fiscalizar os atos praticados por aqueles encarregados pela administração da *res pública*.

Os princípios administrativos que se enquadram em princípios jurídicos podem ser divididos em duas ordens: os expressos, ou gerais, e os reconhecidos.

Os primeiros são aqueles disciplinados pela Constituição Federal no artigo 37. São eles: os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Já os princípios reconhecidos não estão previstos no ordenamento constitucional, entretanto orientam as diretrizes da Administração Pública e têm a mesma relevância que os primeiros.

2.3.1 Autonomia da vontade

A autonomia da vontade é o poder das partes de contratar aquilo que melhor lhes convier. Nada mais é do que a liberdade de contratar e, portanto, de produzir efeitos jurídicos.

A liberdade de contratar pode ser vista sob dois aspectos: a liberdade propriamente dita de contratar, ou pela escolha da modalidade do contrato.

A liberdade contratual permite que as partes se valham de modelos contratuais constantes no ordenamento jurídico ou criem uma modalidade de contrato de acordo com as suas necessidades.

Nesse mesmo sentido, decidiu o Tribunal Regional Federal da 4ª Região sobre o princípio da autonomia da vontade:

Civil. Processo Civil. Agravo de Instrumento. Contrato de Franquia. Rescisão. Cautelar. 1. Se a rescisão contratual levada a cabo pela EBCT implicou no descumprimento de cláusula prevista no instrumento, resolve-se a questão em perdas e danos, no âmbito do direito obrigacional, a ser discutido na ação principal. 2. Inviável a cautela, pena de o poder judiciário afrontar o sistema jurídico pátrio se obrigasse uma das partes a manter o contrato contra a sua vontade. 3. Impossibilidade de a intervenção estatal da iniciativa privada chegar ao ponto de anular a autonomia da vontade. 4. Agravo de instrumento improvido. (Ag 94454968-1, Relator Juiz Nylson Paim de Abreu).

Entretanto, a vontade contratual somente sofre limitações perante uma norma de ordem pública, conforme dispõe o Código Civil em seu Art. 421: “A

liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

2.3.2 Supremacia da ordem pública

O princípio da supremacia do interesse público está presente tanto no momento da elaboração da lei como no momento da sua execução em concreto pela Administração Pública³⁹.

A Administração, por representar o interesse público, tem a possibilidade de constituir terceiros em obrigações mediante atos unilaterais. Os atos são imperativos e trazem consigo a decorrente exigibilidade, traduzida na previsão legal de sanções que induzam o administrado a acatá-las.

Ainda há casos em que a própria Administração executa a pretensão traduzida no ato, sem a necessidade de recorrer previamente às vias judiciais. É a chamada autoexecutoriedade dos atos administrativos.

A autoexecutoriedade, todavia, não acontece sempre, mas apenas nas seguintes duas hipóteses: a) quando a lei prevê expressamente tal comportamento; b) quando a providência for urgente ao ponto de demandá-la de imediato, por não haver outra via de igual eficácia e existir sério risco de perecimento do interesse público se não for adotada.

2.3.3 Boa-fé contratual

O princípio da boa-fé contratual é o dever das partes de agir de forma correta antes, durante e depois do contrato.

No princípio da boa-fé dos contratantes devem ser examinadas as condições em que o contrato foi firmado, o nível sociocultural dos contratantes, o momento histórico e econômico.

Segundo Gustavo Tepedino⁴⁰:

³⁹ DI PIETRO, Maria da Silva Zanella. *Direito administrativo*. p. 59-61.

⁴⁰ TEPEDINO, Gustavo. *As relações de consumo e a nova teoria contratual*: temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

O estado, como garantidor do direito à igualdade e do progresso da sociedade, deve interferir nas relações contratuais definindo limites, diminuindo os riscos do insucesso e protegendo camadas da população que, mercê daquela igualdade aparente e formal, ficavam à margem de todo o processo de desenvolvimento econômico, em situação de ostensiva desvantagem.

Já para Claudia Marques⁴¹:

Um dos deveres das partes, decorrente do princípio da boa-fé, é o de informar, ou seja, principalmente no contrato e adesão, a parte que redige o contrato tem a obrigação de informar à outra parte, de maneira clara e objetiva todo o conteúdo do contrato.

O novo Código Civil consagra como princípio da nova ordem contratual o dever da boa-fé objetiva, previsto no artigo 422, o qual dispõe: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como na sua execução, os princípios de probidade de boa-fé”.

A boa-fé implica na conduta honesta, leal e correta, identificada como regra de comportamento. Não é princípio dedutivo, inexistindo norma pré-constituída, assim dependerá da mediação do intérprete-julgador, que analisará o comportamento dos contratantes antes, durante e após o contrato.

Existem outros dispositivos no Código Civil que se referem à boa-fé:

Art.113: Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. [...]

Art.186: Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé e pelos bons costumes.

Portanto, com o advento do Código Civil de 2002, que traz a adoção expressa da função social e do princípio da boa-fé objetiva, maior proteção terão as pessoas consideradas hipossuficientes num contrato, para que não seja, diante de sua inferioridade social, econômica ou cultural, submetidas a situações de desvantagem, exigindo ainda dos contratantes um comportamento transparente e digno, no qual não prepondere a injustiça, mas a dignidade das pessoas.

⁴¹ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. São Paulo: Ed. RT, 2002.

3 APLICABILIDADE DA ARBITRAGEM NO CONTRATO ADMINISTRATIVO

3.1 OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E A ARBITRABILIDADE

A análise da possibilidade da utilização do juízo arbitral para averiguar conflitos que envolvam a Administração Pública, deve, preliminarmente, passar pela análise da arbitrabilidade, que tem sua definição feita por Jacob Dolinger e Carmen Tiburcio:

Mesmo se partindo da premissa que a jurisdição – aplicação da lei ao caso concreto – é uma das funções do Estado, admite-se que as partes possam decidir submeter a solução de seus litígios à arbitragem, ao invés de à jurisdição estatal. O Estado conserva, todavia, o poder de decidir que determinadas questões sejam dirimidas pela via da arbitragem, resultado no estabelecimento da regra da competência exclusiva da jurisdição estatal no que se refere a determinadas controvérsias. Nesse caso, diz-se que o litígio não é passível de ser resolvido por arbitragem, ou melhor, não é arbitrável. Dessa forma, a arbitrabilidade é uma condição da validade da convenção arbitral e conseqüentemente da competência dos árbitros⁴².

A Arbitrabilidade é dividida em subjetiva e objetiva, sendo que a primeira determina quem pode se submeter ao juízo arbitral, enquanto a segunda refere-se ao objeto da controvérsia, estabelecendo quais matérias podem ser resolvidas por meio da Arbitragem.

3.2 ARBITRABILIDADE OBJETIVA

Conforme exposto no item anterior, a arbitrabilidade objetiva diz respeito à natureza dos bens envolvidos no conflito, leva-se em conta a disponibilidade do bem, assim, estabelece quais matérias podem ser resolvidas via juízo arbitral.

Ao longo da história essa arbitrabilidade esteve restrita às questões passíveis de transação, ou seja, direitos patrimoniais disponíveis, exemplo é o Código Comercial que, apesar de não prever expressamente, previa a arbitragem obrigatória para causas de natureza tipicamente comercial, quais sejam: contrato de locação mercantil, matéria societária, casos de naufrágio, avaria e quebras, *in verbis*:

⁴² DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. Arbitrabilidade. In: *Direito Internacional Privado – Parte Especial: Arbitragem Comercial Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

Art. 245 – Todas as questões que resultarem de contratos de locação mercantil serão decididas em juízo arbitral.

Art. 294 – Todas as questões sociais que se suscitarem entre sócios durante a existência da sociedade ou companhia, sua liquidação ou partilha serão decididas em juízo arbitral.

Art. 739 – As questões que se moverem sobre o pagamento de salvados serão decididas por árbitros no lugar do distrito onde tiver acontecido o naufrágio.

Art. 783 – A regulação, repartição ou rateio das avarias grossas serão feitos por árbitros, nomeados por ambas as partes, as instâncias do capitão.

O Código Civil de 1916, também não era expresso, prevendo apenas que o compromisso arbitral se aplicaria, quando possível, o disposto da transação, veja:

Art. 1.025 É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas.

Art. 1.026 – Sendo nula qualquer das cláusulas da transação, nula será esta.

Parágrafo único. Quando a transação versar sobre diversos direitos contestados e não prevalecer em relação a um, fica, não obstante, válida relativamente aos outros.

Art. 1.027. A transação interpreta-se restritivamente. Por ela não se transmitem, apenas se declaram ou reconhecem direitos.

Art. 1.028. Se a transação recair sobre direitos contestados em juízo, far-se-á:

I – Por termo nos autos, assignado pelos transigentes e homologado pelo juiz.

II – Por instrumento público, nas obrigações em que a lei exige, ou particular, nas em que ela o admite.

Art. 1.029. Não havendo ainda litígio, a transação realizar-se-á por aquele dos modos indicados no artigo antecedente, nº II, que no caso couber.

Art. 1.030. A transação produz entre as partes o efeito de coisa julgada, e só se rescinde por dolo, violência, ou erro essencial quanto à pessoa ou coisa controversa.

Art. 1.031. A transação não aproveita, nem prejudica senão aos que nela intervieram, ainda que diga respeito à coisa indivisível.

§ 1º Se for concluída entre o credor e o devedor principal, desobrigará o fiador.

§ 2º Se entre um dos credores solidários e o devedor, extingue a obrigação deste para com os outros credores.

§ 3º Se entre um dos devedores solidários e seu credor, extingue a dívida em relação aos codevedores.

Art. 1.032. Dada a evicção da coisa renunciada por um dos transigentes, ou por ele transferida à outra parte, não revive a obrigação extinta pela transação; mas ao evicto cabe o direito de reclamar perdas e danos.

Parágrafo único. Se um dos transigentes adquirir, depois da transação, novo direito sobre a coisa renunciada ou transferida, a transação feita não o inibirá de exercê-lo.

Art. 1.033. A transação concernente a obrigações resultantes de delito não perime a ação penal da justiça pública.

Art. 1.034. É admissível, na transação, a pena convencional.

Art. 1.035. Só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação.

Art. 1.036. É nula a transação a respeito de litígio decidido por sentença passada em julgado se dela não tinha ciência algum dos transatores, ou

quando, por título ulteriormente descoberto, se verificar que nenhum deles tinha direito sobre o objeto da transação.

Art. 1.048. Ao compromisso se aplicará, quanto possível, o disposto acerca da transação.

Já o Código de Processo Civil, no antigo artigo 1.072, restringia a possibilidade de celebração de compromisso a pendências judiciais e extrajudiciais de qualquer valor, relacionadas a direitos patrimoniais sobre as quais admitisse a lei de transação. E mais, continha previsão expressa sobre a incompetência do árbitro para decidir sobre questões relativas a direitos sobre os quais a lei não admite transação, assim:

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

Art. 1.094. Surgindo controvérsia acerca de direitos sobre os quais a lei não permite transação e verificando-se que de sua existência ou não dependerá o julgamento, o juízo suspenderá o procedimento arbitral, remetendo as partes à autoridade judiciária competente.

Parágrafo único. O prazo para proferir o laudo arbitral recomeça a correr depois de juntada aos autos a sentença, passada em julgado, que resolveu a questão prejudicial.

A Lei 9.307/96 restringiu o âmbito de aplicação da arbitragem a direitos patrimoniais disponíveis, veja: “Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

Com relação aos direitos indisponíveis a Lei de Arbitragem dispõe expressamente que:

Art. 25. Sobrevindo no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento, o árbitro ou o tribunal arbitral remeterá as partes à autoridade competente do Poder Judiciário, suspendendo o procedimento arbitral.

O artigo 852 do Código Civil vigente dispõe que é vedado compromisso para dirimir conflitos relacionados a questões de Estado, direito pessoal, de família e outras que não possuam caráter patrimonial, não adotando assim a forma genérica “direitos patrimoniais disponíveis”, numerando as questões não passíveis de arbitragem.

Por sua vez, o artigo 853 do Código Civil, faz remissão expressa à lei especial nº 9.907/96, devendo ser aplicado o artigo 1º da Lei de Arbitragem, cominado com as ressalvas enumeradas pelo artigo 85 do Código Civil.

Portanto, a problemática acerca da arbitrabilidade objetiva, mais especificamente o uso do juízo arbitral pela Administração Pública, baseia-se na natureza jurídica dos direitos envolvidos, ou seja, disponíveis ou indisponíveis.

A doutrina não é pacífica acerca do tema se todo contrato administrativo envolve direito indisponível ou se há casos em que a Administração atua como particular e restam presentes os direitos disponíveis. Maria Sylvia Di Pietro⁴³ sintetiza que existem três correntes doutrinárias sobre o tema:

1. A que nega a existência do contrato administrativo, como, por exemplo, o jurista italiano Achile Donato Giannini⁴⁴ e Oswaldo Aranha Bandeira de Mello⁴⁵.
2. A corrente que considera que todos os contratos celerados pela Administração Pública são contratos administrativos, como, por exemplo, o doutrinador argentino José Roberto Dromi⁴⁶.
3. A corrente que aceita a existência dos contratos administrativos como gênero contrato, com regime jurídico de Direito Público, distinto dos contratos privados da Administração, corrente defendida pela própria Maria Sylvia Di Pietro e José Cretella Júnior⁴⁷.

Deste modo, conclui-se que para a primeira e segunda corrente a Administração não poderia usar a arbitragem, em razão do regime jurídico de Direito Público e da natureza indisponível dos bens envolvidos.

Todavia, a terceira corrente, que defende a dicotomia entre contratos administrativos e contratos privados da Administração, a arbitragem é permitida, visto que existem direitos disponíveis na relação contratual.

No que pesa tal corrente, para determinar a possibilidade de utilização do juízo arbitral pela Administração deve-se distinguir os direitos envolvidos na relação

⁴³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. p.232-233.

⁴⁴ GIANNINI, Achille Donato. op. cit. p. 86.

⁴⁵ MELLO, Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito Administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 1969. 1. v. p. 681-687.

⁴⁶ DROMI, José Roberto. *La licitación pública*. Buenos Aires: Atrea, 1975. p. 16-18.

⁴⁷ JUNIOR, José Cretella. *Direito Administrativo Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 354.

contratual, ou seja, direitos primários e secundários, respectivamente disponíveis e indisponíveis.

Destarte, existem duas categorias de interesse público: primários e secundários⁴⁸. No primeiro tipo de interesse público, a Administração atua no interesse da coletividade, adotando políticas referentes ao bem-estar da sociedade, à segurança, caracterizando o interesse de indisponibilidade absoluta.

Por sua vez, os interesses públicos secundários, também conhecidos como derivados, possuem natureza instrumental, existindo para que os primeiros sejam satisfeitos, ou seja, a Administração adota ações para operacionalizar os interesses públicos primários e, deste modo, tem expressão patrimonial, tornando-se interesses disponíveis, suscetíveis à arbitragem.

Assim sendo, a questão da arbitrabilidade objetiva não reside no exame da legitimidade dos atos administrativos, interesses primários, mas sim nas suas consequências patrimoniais, interesses secundários, externadas no contrato administrativo.

Consoante afirma Diego de Figueiredo Moreira Neto:

Consigne-se, finalmente, que a competência para negociar e contratar a respeito de interesse patrimoniais disponíveis da Administração Pública implica na correlata competência para pactuar preventivamente a solução de controvérsias por meio de arbitramento. Tal é a norma do art. 1º da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, daí decorrendo que a competência para a escolha das regras de direito (art. 2º, § 1º), bem como para a escolha de árbitros (art. 13, §2º), seguem como corolários⁴⁹.

O mesmo autor, em sua obra, distingue as órbitas externa e interna de solução do conflito envolvendo o Estado, segundo ele, na órbita externa rege a matéria o princípio fundamental estabelecido no artigo 4º, VII, da Constituição, que aponta o emprego das vias consensuais para dirimir conflitos em que seja parte a República Federativa do Brasil em suas relações internacionais, *in verbis*: “Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] VII – solução pacífica dos conflitos;”.

E mais, argumenta o autor que:

⁴⁸ Op. cit. p. 53.

⁴⁹ NETO, Diego de Figueiredo Moreira Neto; LIMA, Claudio Vianna de. A Lei de arbitragem e o art. 23, XV, da Lei de Concessões. In: *Revista de Direito Administrativo*. 209/91-104, Rio de Janeiro, p. 88.

Ora, se isso se permite expressamente na órbita externa, não obsta que internamente, inexistindo disputa sobre interesses disponíveis nem sendo hipótese de competência absoluta (art. 89 do Código de Processo Civil e art. 7º da Lei de Falências, Decreto-lei nº 7.661, de 21 de julho de 1945), seja pactuada a arbitragem para dirimir conflitos patrimoniais que envolvam direitos do Estado e das demais pessoas administrativas. [...]

Toda questão do cabimento da arbitragem na órbita interna se reduz à definição do campo contratual em que a Administração negocia e estatui como particular, excluídas, portanto, quaisquer cláusulas em que seja prevista a satisfação de um interesse finalístico da sociedade, cometido ao Estado, este sim, indisponível⁵⁰.

O jurista Pedro Batista Martins, ao analisar o tema, difere a atuação da Administração Pública entre: atos de império e atos de gestão, sendo o último passível de arbitragem:

Sendo o ajuste contratado no desempenho de atividade do Estado com preponderância do seu poder político, agindo, pois, com causa de utilidade pública, impõe-se as cláusulas e condições acordadas no ordenamento de Direito Público, cujo conteúdo não é passível de transação. Estamos, nesse caso, frente ao ato *jus imperii*, ao qual se curva o particular e, a reboque, a cláusula compromissória.

Contudo, se a relação entabulada pelo o Estado ou por um de seus entes de direito público refletir ato de natureza privada, estão estes atuando no cenário comercial, desprovidos das prerrogativas do Direito Público, equiparando-se, pois, aos particulares contratantes. Assim, ao praticar atos *jus gestionis* podem comprometer-se em sujeitar-se à solução arbitral e, inclusive, aplicar lei estrangeira à própria controvérsia.

Tratando-se de contrato *jure gestione*, legítima e válida a cláusula arbitral, tanto das relações de direito interno quanto internacional⁵¹.

Corroborando tal entendimento, esclarece o doutrinador argentino Rafael Bielsa⁵² que nas atividades negociais do Estado não há que se falar em poder de império, apesar da existência de discricionariedade, e sim o poder de gestão, sendo assim, a arbitragem é possível. Entretanto, quando há os atos de império não é possível o uso da arbitragem ou qualquer meio alternativo de solução de conflito.

O ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Eros Roberto Grau, ao estudar o tema dispõe:

Permito-me, contudo, inicialmente anotar a circunstância de que, ainda que o uso da arbitragem não seja comum, a ponto de atíçar a curiosidade dos

⁵⁰ NETO, Diego de Figueiredo Moreira Neto. op. cit., nota 46, p. 87-88.

⁵¹ MARTINS, Pedro Batista. O Poder Judiciário e a Arbitragem: Quatro Anos da Lei nº 9.307/1996 (3º parte). In: *Revista Forense*. 359/165, p. 27.

⁵² BIELSA, Rafael. *Estudios de Derecho Publico*. v. 3. Buenos Aires: Depalma, 1949, p. 21-45.

da atualidade, essa não é a questão que tenha passado despercebida por nossos juristas.

O fenômeno, até certo ponto paradoxal, pode encontrar inúmeras explicações. E uma delas pode ser o erro, muito comum, de relacionar a indisponibilidade de direitos a tudo o quanto se puder associar, ainda que ligeiramente, à Administração.

Um pesquisador atento e diligente poderá, todavia, facilmente verificar que não existe qualquer razão a inviabilizar o uso dos tribunais arbitrais por agentes do Estado. [...]

Não só o uso da arbitragem é defeso aos agentes da Administração, como, antes, é recomendável, posto que privilegia o interesse público. [...]

A Administração, para a realização do interesse público, pratica atos, das mais variadas ordens, dispondo de determinados direitos patrimoniais, ainda que não possa fazê-lo em relação a outros deles. [...]

Mas é certo que inúmeras vezes deve dispor de direitos patrimoniais, sem que, com isso, esteja a dispor do interesse público, porque a realização deste último é alcançada mediante a disposição deste. Daí porque, sempre que puder contratar, o que importa disponibilidade de direitos patrimoniais, poderá a Administração, sem que com isso importe disposição do interesse público, convencionar cláusula de arbitragem⁵³.

Por fim, o doutrinador Carlos Carmona afirma que são passíveis de arbitragem:

As causas que tratam de matéria a respeito das quais o Estado não crie reserva específica por conta do resguardo dos interesses fundamentais da coletividade, e desde que as partes possam livremente dispor acerca do bem que controvertem⁵⁴.

Diante do exposto, resta claro que grande parte da doutrina admite a utilização da arbitragem pela Administração Pública quando a sua atuação envolva direitos disponíveis, de acordo com o artigo 1º da Lei 9.307/1996.

Resta claro, que a submissão de determinado litígio à arbitragem não implica renúncia ou disposição dos direitos em relação aos quais controvertem as partes. Confunde-se, nesse caso, a indisponibilidade dos bens com a impossibilidade de renúncia ou a obrigatoriedade de submissão de determinada controvérsia à jurisdição estatal.

Ora, a exclusividade do Judiciário não advém da indisponibilidade do direito envolvido, mas sim que a determinada consequência jurídica seja alcançada por meio do processo judicial, ou seja, trata-se das excepcionais hipóteses de processo necessário, que nesse caso há reserva de jurisdição.

⁵³ GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e Contratos Administrativos. In: *Revista da Escola Paulista da Magistratura*. v. 3, n. 2, jul./dez. 2002. p. 49-58.

⁵⁴ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*: um comentário à Lei nº 9.307/1996. 2ª Edição. São Paulo: Atlas, 2004, p. 51.

Por fim, a regra da Administração é não depender de submissão à jurisdição estatal, são atos que se realizam e consumam, validamente, no exclusivo âmbito da Administração Pública. A jurisdição, na realidade, não é necessária a prática de qualquer ato.

Argumenta Carlos Alberto de Salles que:

O problema da arbitragem relacionada a contratos administrativos não é de jurisdição, não havendo propriamente uma limitação a esse propósito. Na realidade, a questão central a viabilizar a arbitragem nesse campo é processual, isto é, de adequação dos mecanismos processuais pelos quais a convenção de arbitragem se constituiu e o processo dela decorrente se desenvolve⁵⁵.

3.3 ARBITRABILIDADE SUBJETIVA

A arbitrabilidade subjetiva, conforme exposto anteriormente, determina quem pode se submeter ao juízo arbitral. A legislação brasileira sempre determinou que o uso da arbitragem poderia ser feito por pessoas capazes, e mais, a arbitragem estava vinculada, tradicionalmente, à transação, assim, somente podia valer-se da arbitragem aqueles com poderes para transigir.

Nesse sentido, o Decreto nº 3.900 de 1867 em seu artigo 4º determinava que “podem fazer compromisso todos os que podem transigir”. A mesma regra estava contida no artigo 414 do Regulamento nº 737 de 1850.

Por sua vez, o Código Comercial de 1850 não dispunha expressamente sobre a arbitrabilidade subjetiva, entretanto, o Código Civil de 1916, em seu artigo 1.037, estabelecia que: “Art. 1.037: As pessoas capazes de contratar poderão, em qualquer tempo, louvar-se, mediante compromisso escrito, em árbitros que lhes resolvam as pendências judiciais ou extrajudiciais”.

Por fim, o Código de Processo Civil de 1973 dispunha que:

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

⁵⁵ SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos Administrativos*. p. 297.

Destaca que a Lei de Arbitragem, nº 9.307/1996, seguiu a regra, dispondo em seu artigo 1º: “Art. 1º: As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

Dessa mesma forma, o artigo 851 do Código Civil vigente dispõe: “É admitido compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que podem contratar”.

Resta claro que quanto à arbitrabilidade subjetiva não há dúvidas de que o ordenamento jurídico confere ao Estado, diante da sua personalidade jurídica de Direito Público, a capacidade para contratar e contrair obrigações.

A Lei de Arbitragem foi omissa ao tratar sobre a capacidade do Estado em submeter-se ao Instituto, o que se explica pelo fato de tal legislação pertencer à esfera de Direito Privado.

E mais, não se faz necessário a previsão expressa da autorização, vez que a autorização genérica no artigo 1º da lei ao dispor que “as pessoas capazes de contratar” não isenta de seu alcance as pessoas jurídicas que possam validamente assumir obrigações de natureza bilateral, como o Estado.

Do mesmo modo, o próprio ordenamento confere genericamente à Administração a capacidade para comprometer-se e negociar, encontrando tal capacidade correspondência na exigência do artigo 1º da Lei nº 9.307/1996.

No que tange ao fato da arbitragem pertencer à esfera privada, este também não representa óbice à utilização do Instituto pelos entes públicos, vez que o Estado, ao contratar com o particular, celebra transação e se sujeita ao Direito Privado.

Nesse sentido é o entendimento do professor Almiro Couto e Silva:

A Administração Pública, quando celebrar transação, sujeita-se ao Direito Privado. Cabe-lhe, pois, transigir da mesma maneira com os particulares, suprimindo dúvidas quanto à invalidade de ato jurídico, o qual é assim por ela mantido. Não fica o estado inibido de proceder dessa maneira pelo princípio da legalidade da Administração Pública⁵⁶.

Para corroborar tal entendimento, oportuno se faz lembrar que a transação não é novidade do Estado contemporâneo, vez que há tempos a Administração Pública reconhece e utiliza métodos consensuais, consagrando os contratos como

⁵⁶ SILVA, Amiro Couto. Transação e Administração Pública. Irrevogabilidade. Regime Jurídico. In: *RDP*. n. 73, p. 87-94.

formas adequadas para instrumentalizar seus compromissos, principalmente, no campo das relações patrimoniais.

Assim, pode-se dizer que os contratos administrativos é o instituto que inscreve e fundamenta o juízo arbitral. Portanto, na relação negocial entre o Estado e o particular, a arbitragem é exercida em um foro autônomo, imparcial, eleito entre as partes com a finalidade única e exclusiva de dirimir e apontar pendências, não esquecendo o compromisso de pacífica e mútua aceitação.

Destarte, se a Administração Pública possui aptidão legal para negociar, transacionar, contrair obrigações, é recomendável que procure formas céleres, pacíficas e eficientes para tanto.

Logo, o princípio da legalidade que rege os contratos não conflita com os princípios do interesse público e da eficácia dispostos na Constituição Federal, também não representam empecilho para a arbitrabilidade subjetiva, ao contrário, tais princípios orientam a aplicação do instituto nos contratos administrativos.

Por todo o exposto, resta claro que a opção pela a arbitragem é uma alternativa para aperfeiçoar a justiça estatal, visto que a realidade afronta a realização do interesse público quando se tem, na maioria dos casos, a Administração Pública adotando expedientes abusivos na gestão contratual.

Na mesma linha, segue entendimento do jurista José Anchieta da Silva:

O Estado Brasileiro, ao lado de ser o grande contratador, tem sido também um grande Estado inadimplente com suas obrigações contratuais. Saudável, portanto, que este Estado, na parte em que concorre com a iniciativa privada, e mesmo em várias de suas atribuições institucionais, se submeta a este novo tipo de julgamento. Para o Estado, eis aí uma oportunidade imperdível, um caminho límpido para ele despir-se de muitos de seus privilégios⁵⁷.

No que tange a possibilidade de uso da arbitragem para soluções de controvérsia, a lei 8.666/1993 dispõe regra confusa e lacunosa, o que gerou incerteza sobre o uso da arbitragem pela Administração Pública, *in verbis*:

Art. 55: [...]

§ 2º Nos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar necessariamente cláusula que declare competente o foro da sede

⁵⁷ SILVA, José Anchieta. *Arbitragem em Contratos Comerciais no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 42.

da Administração para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no § 6º do art. 32 desta Lei.

Art. 32. [...]

§ 6º O disposto no § 4º deste artigo, no § 1º do art. 33 e no § 2º do art. 55, não se aplica às licitações internacionais para a aquisição de bens e serviços cujo pagamento seja feito com o produto de financiamento concedido por organismo financeiro internacional de que o Brasil faça parte, ou por agência estrangeira de cooperação, nem nos casos de contratação com empresa estrangeira, para a compra de equipamentos fabricados e entregues no exterior, desde que para este caso tenha havido prévia autorização do Chefe do Poder Executivo, nem nos casos de aquisição de bens e serviços realizada por unidades administrativas com sede no exterior.

No que pese tal disposição, o artigo 55 da Lei de Licitações representou um anacronismo na medida em que a omissão fez surgir questionamentos sobre o instituto da arbitragem.

Sobre o tema, segue entendimento de Mauro Roberto Gomes de Mattos:

A Lei de Licitações (Lei nº 8.666/1993) também se integra a este quadro, para os contratos administrativos que envolvam financiamentos internacionais, em que é permitida a estipulação arbitral (art. 32, § 6º) como meio legal para a solução de controvérsias surgidas quando do cumprimento e interpretação do contrato⁵⁸.

E mais, para reforçar a possibilidade do uso da arbitragem do contrato administrativo tem-se a disposição do artigo 54 da Lei de Licitações, que estabelece:

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.

No mesmo sentido, Adilson Abreu Dallari determina:

Tal entendimento, quando estabelecido, já estava equivocado, pois efetivamente já havia naquela ocasião fundamento legal para a arbitragem, embora não explícito. Com efeito, o art. 54 da Lei nº 8.666 de 21/06/1993 assim dispõe: [...]

Isso significa que poder-se-ia ter aplicado, supletivamente e no que coubesse, o disposto nos arts. 1.037 a 1.048 do Código Civil (que trata do compromisso, ao dispor sobre o Direito das Obrigações), e nos arts. 1.072 a 1.102 do Código de Processo Civil (que cuida do Juízo Arbitral)⁵⁹.

⁵⁸ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Contratos Administrativos e a Lei de Arbitragem. In: *Revistas de Direito Administrativo*. 223/122.

⁵⁹ DALLARI, Adilson Abreu. Arbitragem na Concessão de Serviço Público. In: *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*. v. 32, n. 128/63-67, 1995, p. 65.

Sustenta Carlos Pinto Motta:

A própria Lei de Licitações nota-se a tendência para a adoção do arbitramento, no art. 72, II, ao prever a rescisão amigável do contrato, por acordo entre as partes⁶⁰.

Corroborando com o entendimento, Arnaldo Wald leciona:

No Brasil permitiu-se que o Estado e suas agências celebrassem convenção de arbitragem em casos específicos. Assim, tem-se que a Lei 8.666/1993 – Lei de Licitações – art. 57⁶¹.

Oportuno se faz destacar que o artigo 42, § 5º da Lei 8.666/1993 autoriza o uso da arbitragem nos contratos de financiamento ou doação internacional advindos de agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o Brasil faça parte.

Art. 42 [...]

§ 5º: Para a realização de obras, prestação de serviços ou aquisição de bens com recursos provenientes de financiamento ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte, poderão ser admitidas, na respectiva licitação, as condições decorrentes de acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional, bem como as normas e procedimentos daquelas entidades, inclusive quanto ao critério de seleção da proposta mais vantajosa para a administração, o qual poderá contemplar, além do preço, outros fatores de avaliação, desde que por elas exigidos para a obtenção do financiamento ou da doação, e que também não conflitem com o princípio do julgamento objetivo e sejam objeto de despacho motivado do órgão executor do contrato, despacho esse ratificado pela autoridade imediatamente superior.

A título de exemplo, tem-se o contrato de empréstimo firmado entre a República Federativa do Brasil e o Banco Interamericano de Desenvolvimento, que em seu Capítulo IX, artigos 9.01 a 9.05, elege a arbitragem como forma de resolução de controvérsias.

Existem na esfera internacional outros exemplos de contratos em que o Brasil é signatário, como por exemplo a Convenção Interamericana sobre a

⁶⁰ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Arbitragem nos Contratos Administrativos. In: *Boletim de Direito Administrativo*. n. 10. São Paulo: Editora NDJ, out. 1997, p. 67.

⁶¹ WALD, Arnald. Algumas Considerações a Respeito da Cláusula Compromissória Firmada pelos Estados nas suas Relações Internacionais. In: *Revista do Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*. 18/283.

Arbitragem Comercial Internacional, firmada no ano de 1975 e ratificada pelo Brasil em 1995.

Tal convenção tem por objeto a validação de submissão das divergências e relação a negócios de natureza mercantil à decisão arbitral. E mais, da homologação e execução de sentenças arbitrais oriundas dos países signatários da convenção.

No que tange à matéria internamente, sua evolução deu-se com o advento da Lei nº 8.987/95, Lei de Concessão e Permissão da Prestação de Serviços Públicos, que permitiu o uso da arbitragem em seu artigo 23, XV: “Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: XV – ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais”.

Sobre o tema, Diego de Figueiredo Moreira Neto ensina:

Ora, como só há três modos de solucionar amigavelmente controvérsias contratuais: pela mediação, pela conciliação e pela arbitragem, não resta a menor dúvida de que o legislador brasileiro a previu expressamente, embora sem explicitar como uma das modalidades que devem ser necessariamente adotadas⁶².

O doutrinador Cláudio Vianna de Lima, no mesmo sentido, determina:

Estes modos são a mediação, a conciliação e a arbitragem. Na verdade são formas que se filiam, ao mesmo fundamento do princípio da autonomia da vontade. As partes em divergência confiam a pessoas estranhas ao conflito que as separa, a sua composição⁶³.

No mesmo estudo, o autor salienta que no contrato de concessão da Rodovia Juiz de Fora–Rio, firmado em 31 de outubro de 1995, já incluiu disposições relativas ao processo amigável de resolução de controvérsias, dispondo expressamente sobre a arbitragem, com fundamento no referido artigo.

Com o advento da Lei de Concessão e Permissão, parte da doutrina, como por exemplo, Caio Tácio e Diogo de Figueiredo Moreira Neto, passou a defender que tal diploma constituía permissão genérica para a utilização da arbitragem nos contratos administrativos em geral.

Para Caio Tácio:

⁶² NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Arbitragem nos Contratos Administrativos. In: *Mutação do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 233.

⁶³ LIMA, Cláudio Vianna de. Lei de Arbitragem e o art. 23, XV, da Lei de Concessões. In: *Revista de Direito Administrativo*. 209/91-104, Rio de Janeiro, p. 101-102.

A questão de cabimento do juízo arbitral, em matéria pertinente a contratos administrativos, assumiu aspecto novo com o advento da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre concessões e permissões de serviços e obras públicas. [...]

A partir do exposto critério quanto aos contratos de concessão, cujo modelo federal se transmite como norma geral aos planos estaduais e municipais, a doutrina passou a reconhecer o ingresso do arbitramento em matéria administrativa⁶⁴.

No mesmo sentido, Diogo de Figueiredo Moreira Neto ensina:

Mas se qualquer dúvida pudesse pairar sobre o acerto, o advento da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, dispondo sobre os contratos de concessão e permissão de serviços públicos, que são irretocavelmente contratos administrativo típicos, e que, por este motivo, destinam-se a satisfazer diretamente interesses públicos indisponíveis, extingue a controvérsia. Com efeito, entre as cláusulas essenciais dessas modalidades contratuais, com alta densidade de interesse público, ficou prevista a que deve dispor especificamente sobre o foro e sobre o modo amigável de solução das divergências contratuais⁶⁵.

Seguindo a linha da Lei de Concessões e Permissões, tem-se a Lei Geral de Telecomunicações, a Lei nº 9.472/1997, que em seu artigo 93, XV dispõe: “Art. 93. O contrato de concessão indicará: XV – o foro e o modo para solução extrajudicial das divergências contratuais”.

No mesmo sentido, a Lei 9.478/1997, Lei do Petróleo, estabelece:

Art. 20. O regimento interno da ANP disporá sobre os procedimentos a serem adotados para a solução de conflitos entre agentes econômicos, e entre estes e usuários e consumidores, com ênfase na conciliação e no arbitramento. [...]

Art. 43. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais:

X – as regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional;

Mais adiante no tempo, tem-se em 2004 a promulgação da Lei nº 11.079/2004, que institui as normas gerais para licitação e contratação das Parcerias Público–Privadas, em seu artigo 11, III a seguinte previsão:

Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará,

⁶⁴ TÁCITO, Caio. O Juízo Arbitral em Direito Administrativo. In: *Reflexões sobre a Arbitragem: in memoriam do Desembargador Claudio Vianna de Lima*. São Paulo: LTr, 2002. p. 26.

⁶⁵ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Arbitragem nos Contratos Administrativos. In: *Revista de Direito Administrativo*. n. 209. Rio de Janeiro: Renovar, jul./set. 1997. p. 88.

no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever:

III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

Ao analisar o tema sobre o enfoque jurisprudencial, a utilização da arbitragem em contrato administrativo não é pacífica, vide a divergência de decisões do Tribunal de Contas da União e as Cortes Judiciárias.

O Tribunal de Contas da União dedicou atenção especial ao uso da arbitragem em contratos administrativos. No Acórdão nº 391/08, em razão da alteração da Lei nº 8.987/95 pela Lei nº 11.1196/05, o Tribunal passou a admitir a possibilidade do uso da arbitragem nos contratos de concessão, desde que delimitado o alcance e a extensão da aplicação desse instituto nos serviços públicos concedidos.

Concluiu aquela Corte de Contas: “uma vez constatada a existência de direitos patrimoniais disponíveis deve-se conferir eficácia ao citado art. 23-A da Lei nº 8.987/95, de modo a admitir a previsão contratual da arbitragem”.

Recentemente, esse mesmo Tribunal, no Acórdão nº 1.796/2011, ratificou o entendimento anterior e se manifestou pela impossibilidade de utilizar a arbitragem para resolução de divergências relativas às questões econômico-financeiras do contrato de concessão.

E mais, no Acórdão nº 2.573/2012, entre outras medidas ventiladas na decisão, o TCU determinou à Agência Nacional de Transportes Terrestres que adote medidas no contrato de concessão a fim de não aplicar a arbitragem para resolução de controvérsias pertinentes a questões econômico-financeiras da concessão.

Na esfera judicial, existem entendimentos mais recentes que reconhecem a possibilidade de arbitragem pela Administração Pública, o STJ, ao analisar o tema determinou que:

RECURSO ESPECIAL Nº 606.345 – RS (2003/0205290-5)
RELATOR: MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA
RECORRENTE: AES URUGUAIANA EMPREENDIMENTOS LTDA.
ADVOGADO: ARNOLDO WALD E OUTRO(S)
RECORRIDO: COMPANHIA ESTADUAL DE ENERGIA ELÉTRICA CEEE
ADVOGADO: MARCELO SILVEIRA TORCATO E OUTRO(S)
EMENTA
PROCESSO CIVIL. JUÍZO ARBITRAL. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA.
EXTINÇÃO DO PROCESSO. ART. 267, VII, DO CPC. SOCIEDADE DE
ECONOMIA MISTA. DIREITOS DISPONÍVEIS.

1. Cláusula compromissória é o ato por meio do qual as partes contratantes formalizam seu desejo de submeter à arbitragem eventuais divergências ou litígios passíveis de ocorrer ao longo da execução da avença. Efetuado o ajuste, que só pode ocorrer em hipóteses envolvendo direitos disponíveis, ficam os contratantes vinculados à solução extrajudicial da pendência.
2. A eleição da cláusula compromissória é causa de extinção do processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, inciso VII, do Código de Processo Civil.
3. São válidos e eficazes os contratos firmados pelas sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços (CF, art. 173, § 1º) que estipulem cláusula compromissória submetendo à arbitragem eventuais litígios decorrentes do ajuste.
4. Recurso especial provido.

AgRg no MANDADO DE SEGURANÇA Nº 11.308 – DF (2005/0212763-0)

EMENTA:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PERMISSÃO DE ÁREA PORTUÁRIA. CELEBRAÇÃO DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. JUÍZO ARBITRAL. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE. ATENTADO.

1. Mandado de segurança impetrado contrato do Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia, ante a publicação da Portaria Ministerial nº 782, publicada no dia 07 de dezembro de 2005, que anuiu com a rescisão contratual procedida pela empresa NUCLEBRÁS EQUIPAMENTOS PESADOS S/A – NUCLEP, com a ora impetrante, empresa TMC – TERMINAL MULTIMODAL DE COROA GRANDE – SPE – S/A.

2. Razões do pedido apoiadas nas cláusulas 21.1 e 21.2, do Contrato de Arrendamento para Administração, Exploração e Operação do Terminal Portuário e de Área Retroportuária (Complexo Portuário), lavrado em 16/12/1997 (fls. 31/42), de seguinte teor:

Cláusula 21.1 Para dirimir as controvérsias resultantes deste Contrato e que não tenham podido ser resolvidas por negociações amigáveis, fica eleito o foro da Comarca do Rio de Janeiro, RJ, em detrimento de outro qualquer, por mais privilegiado que seja.

Cláusula 21.2 – Antes de ingressar em juízo, as partes recorrerão ao processo de arbitragem previsto na Lei 9.307, de 23.09.06.

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

4. O STF sustenta a legalidade do juízo arbitral em sede do Poder Público, consoante precedente daquela corte acerca do tema, *in* “Da Arbitrabilidade de Litígios Envolvendo Sociedades de Economia Mista e da Interpretação de Cláusula Compromissória”, publicado na Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, Editora Revista dos Tribunais, Ano 5, outubro – dezembro de 2002, coordenada por Arnold Wald e de autoria do Ministro Eros Grau, esclarece às páginas 398/399, *in litteris*:

Esse fenômeno, até certo ponto paradoxal, pode encontrar inúmeras explicações, e uma delas pode ser o erro, muito comum de relacionar a indisponibilidade de direitos a tudo quanto se puder associar, ainda que ligeiramente, à Administração.

Um pesquisador atento e diligente poderá facilmente verificar que não existe qualquer razão que inviabilize o uso dos tribunais arbitrais por agentes do Estado.

Aliás, os anais do STF dão conta de precedente muito expressivo, conhecido como “caso Lage”, no qual a própria União submeteu-se a um juízo arbitral para resolver questão pendente coma Organização Lage, constituída de empresas privadas que se dedicassem a navegação, estaleiros e portos.

A decisão nesse caso unanimemente proferida pelo Plenário do STF é de extrema importância porque reconheceu especificamente “a legalidade do juízo arbitral, que o nosso direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a Fazenda.” Esse acórdão encampou a tese defendida em parecer da lavra do eminente Castro Nunes e fez honra a acórdão anterior, relatado pela autorizada pena do Min. Amaral Santos.

Não só o uso da arbitragem não é defeso aos agentes da administração, como, antes é recomendável, posto que privilegia o interesse público.[...] [grifou-se].

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

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

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

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

9. Nesta esteira, saliente-se que dentre os diversos atos praticados pela Administração, para a realização do interesse público primário, destacam-se aqueles em que se dispõe de determinados direitos patrimoniais, pragmáticos, cuja disponibilidade, em nome do bem coletivo, justifica a convenção da cláusula de arbitragem em sede de contrato administrativo.

10. Nestes termos, as sociedades de economia mista encontram-se em situação paritária em relação às empresas privadas nas suas atividades comerciais, consoante leitura do artigo 173, 1º, inciso II, da Constituição Federal, evidenciando-se a inocorrência de quaisquer restrições quanto à possibilidade de celebrarem convenções de arbitragem para solução de conflitos de interesses, uma vez legitimadas para tal as suas congêneres.

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

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

13. Precedentes do Supremo Tribunal Federal: SE 5206 AgR / EP, de relatoria do Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, publicado no DJ de 30-04-2004

e Al. 52.191, Pleno, Rel. Min. Bilac Pinto. in RTJ 68/382 – “Caso Lage”. Cite-se ainda MS 199800200366-9, Conselho Especial, TJDF, J. 18.05.1999, Relatora Desembargadora Nancy Andrichi, DJ 18.08.1999.

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

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

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

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

18. Consequentemente, o *fumus boni iuris* assenta-se não apenas na cláusula compromissória, como também em decisão judicial que não pode ser infirmada por Portaria ulterior, porquanto a isso corresponderia verdadeiro “atentado” (art. 880 do CPC) em face da sentença proferida pelo Juízo da 42ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro.

19. Agravo Regimental desprovido.

Por todo o exposto, cada vez mais se pode perceber o fortalecimento do juízo arbitral no Brasil, notadamente no âmbito do Direito Público, que contará com a moderna, eficiente e célere forma de solução de conflitos.

CONCLUSÃO

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o papel do Estado foi revisto na economia, trazendo ao ordenamento uma democracia de participação. Assim, em lugar da premissa: todo poder emana do povo e em seu nome será exercido, abriu-se espaço para o exercício direto do poder, proclamando-se estímulo a uma maior participação da sociedade no exercício da atividade econômica e na consecução do interesse público como um todo.

Desse modo, a Administração Pública deixa paulatinamente de ser o ator principal e passa a ser o agente regulador e fomentador das atividades econômicas realizadas pelo setor privado.

E mais, os novos paradigmas da Administração Pública passam pelas alterações impostas pela área contratual pública, uma vez que as características que se destacam nas contratações estatais são o vulto e a envergadura dos empreendimentos, para os quais o Estado não pode dispensar a colaboração do capital privado.

Portanto, ao conceber a participação privada nos contratos administrativos possibilita que estes contratos se compatibilizem com alguns princípios jurídicos de Direito Privado, como por exemplo a boa-fé, lealdade e respeito aos compromissos assumidos, não obstante tenham como norte o interesse público que autoriza a invocação das cláusulas exorbitantes.

Alicerçando nos princípios da legalidade e da eficiência, o ordenamento jurídico brasileiro permite que a Administração Pública eleja mais dinâmicas de solução de controvérsias, que considerem e atendam à preocupação na preservação e conciliação de seus interesses com os do contratado.

Assim, a inserção das cláusulas arbitrais em contratos administrativos flexibilizam a relação contratual entre as partes, priorizando o equilíbrio de interesses e possibilitando maior relevo à igualdade contratual, sem, todavia, deixar de acatar as cláusulas exorbitantes, peculiares a essa modalidade de contrato.

Ora, não se pode negar que as inúmeras particularidades da arbitragem, tais como a celeridade e o conhecimento dos árbitros sobre a matéria objeto da controvérsia, representam grande benefícios à Administração Pública e constituem um indiscutível incentivo ao ente privado que com esta pretende contratar.

A utilização da arbitragem nos contratos administrativos se coloca favorável ao atendimento dos princípios jurídicos da economicidade e da eficiência, os quais devem estar em conformidade com os princípios jurídicos da moralidade e da legalidade, necessariamente presentes em toda a atividade desenvolvida pelo Estado.

Assim sendo, a inclusão da cláusula arbitral nos contratos administrativos, como exposto, não constitui afronta à proteção do interesse público, e sim um instrumento auxiliar à sua consecução e adequado às peculiaridades das novas demandas da atual Administração Pública, em total consonância com a sociedade moderna.

Por todo o exposto, a utilização da arbitragem para dirimir controvérsias de direito patrimonial disponível, oriundos das relações entre o particular e o Estado, constitui atualmente a etapa mais avançada da tendência de modernização da Administração Pública, que deve ser incentivada por se constituir em um eficiente instrumento de desenvolvimento para o País.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, J. E. Carreira. *Direito Arbitral*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Tratado Geral da Arbitragem*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

_____. *Comentários à Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307, de 23/9/1996)*.

AMERICAN BAR ASSOCIATION. Committee on Alternative Dispute Resolution. Section of Republic Contract Law. *Alternative dispute resolution: a parcial guide for resolving government contract controversies*. 2005.

ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos; PELLEGRINI GRINOVER, Ada e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BATISTA MARTINS, Pedro A. e GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.). *Medidas Coercitivas e Cautelares no Processo Arbitral*. In: *Reflexões sobre Arbitragem*. São Paulo: LTr, 2002.

BIELSA, Rafael. *Estudios de Derecho Publico*. v. 3. Buenos Aires: Depalma, 1949.

BRUNET, E. et al. *Arbitration Law in America: a critical assessment*. New York: Cambridge University, 2006.

CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem. Mediação. Conciliação. Resolução CNJ 125/2010*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CAIVANO, Roque J. *Arbitraje*. 2. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem Lei 9.307/96*. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2005.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*. 3. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. _____. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Marano, 1958.

CASTRO, João Antônio Lima; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (Coord.). *Direito Processual: Estudos no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: PUC Minas, Instituto de Educação Continuada, 2008.

CAVALCANTI, Fabiano Robalinho. *Arbitragem e Mediação*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas FGV. Roteiro de Curso, 2010.

CHIOVENDA, Giuseppe. Dell'azione nascente dal contratto preliminare. In: *Revista Del Diritto Commerciale*. parte 1. v. 9.

DALLARI, Adilson Abreu. Arbitragem na Concessão de Serviço Público. In: *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*. v. 32, n. 128/63-67, 1995.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*.

DOLINGER, Jacob e TIBURCIO, Carmen. Arbitrabilidade. In: *Direito Internacional Privado – Parte Especial: Arbitragem Comercial Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DROMI, José Roberto. *La licitación pública*. Buenos Aires: Atrea, 1975.

FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*, v. 1. 9. Ed. Madri: Civitas, 1999.

FIUZA, Cezar. *Teoria geral da arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey. 1995.

FURTADO, Paulo; BULOS, Uadi L. *Lei de Arbitragem Comentada*. São Paulo: Saraiva, 1997.

GIANNINI, Massimo Severo. *Premisas Sociológicas e Históricas Del Derecho Administrativo*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1987.

GOYATÁ, Marco Antônio Rocha. *Eficácia da sentença arbitral*. 2000. 127f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_GoyataMA_1.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2013.

GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e Contratos Administrativos. In: *Revista da Escola Paulista da Magistratura*. v. 3, n. 2, jul./dez. 2002.

JUNIOR, José Cretella. *Direito Administrativo Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

JUSTEN, Marçal Filho. *Curso de Direito Administrativo*.

LEMES, Selma Ferreira Maria. *O Estado como parte na Arbitragem: Casos no Brasil e no Chile*.

LIMA, Claudio Vianna de. Lei de Arbitragem e o art. 23, XV, da Lei de Concessões. In: *Revista de Direito Administrativo*. 209/91-104, Rio de Janeiro.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS, Pedro Batista. O Poder Judiciário e a Arbitragem: Quatro Anos da Lei nº 9.307/1996 (3º parte). In: *Revista Forense*. 359/165.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Contratos Administrativos e a Lei de Arbitragem*. In: *Revistas de Direito Administrativo*.

MELLO, Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito Administrativos*. 1. v. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21ª edição – 2006, Malheiros Editores, São Paulo – São Paulo – Brasi

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Arbitragem nos Contratos Administrativos. In: *Boletim de Direito Administrativo*. n. 10, São Paulo: Editora NDJ, out. 1997.

NETTO, Cássio Telles Ferreira. *Contratos Administrativos em Arbitragem*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Arbitragem nos Contratos Administrativos. In: *Mutação do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. Arbitragem nos Contratos Administrativos. In: *Revista de Direito Administrativo*. n. 209. Rio de Janeiro: Renovar, jul./set. 1997.

NETO, Diego de Figueiredo Moreira; LIMA, Claudio Vianna de. A Lei de Arbitragem e o art. 23, XV, da Lei de Concessões. In: _____. n. 209/91-104. Rio de Janeiro.

PINHEIRO CARNEIRO, Paulo Cezar. Aspectos processuais da nova Lei de Arbitragem. In: *Arbitragem: A Nova Lei Brasileira (9.307/96) e a Praxe Internacional*. Paulo Borba Casella (Coord.). São Paulo: LTr., 1997.

PUCCI, Adriana Noemi. O princípio da competência-competência. In: *Revista do Advogado*. n. 119.

REVISTA DE ARBITRAGEM. n. 6, ano II. 2005.

REVISTA DO ADVOGADO. n. 87, ano XXVI. São Paulo: AASP, set. 2006.

_____. n. 119, ano XXXIII. São Paulo: AASP, abr. 2013.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em Contratos Administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual da Arbitragem*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SILVA, Amiro Couto. Transação e Administração Pública. Irrevogabilidade. Regime Jurídico. In: *RDP*. n. 73.

SILVA, José Anchieta. *Arbitragem em Contratos Comerciais no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

TÁCITO, Caio. O Juízo Arbitral em Direito Administrativo. In: *Reflexões sobre a Arbitragem: in memoriam do Desembargador Claudio Vianna de Lima*. São Paulo: LTr, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. *As relações de consumo e a nova teoria contratual: temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar.

TOSCANO, Fernando. *Direito e Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.portalbrasil.net/2006/colunas/direito/fevereiro_01.htm>. Acesso em 14 jul. 2013.

WALD, Arnald. Algumas Considerações a Respeito da Cláusula Compromissória Firmada pelos Estados nas suas Relações Internacionais. In: *Revista do Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*. 18/283.

_____. A arbitragem, os grupos societários e os conjuntos de contratos conexos. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*. n. 2. ano I. São Paulo. maio/ago. 2004.

ZAVASCKI, Teori Albino. Defesas do Executado. In: RENAULT, Sérgio; BOTTINI, Pierpaolo (Coord.). *A Nova Execução de Títulos Judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2006.